85974




# Revista Brasileira de **Ciências Criminais**

## Volume Especial – Teoria do Delito

Ano 24 • vol. 121 • julho / 2016

REVISTA BRASILEIRA DE
**CIÊNCIAS CRIMINAIS**

Ano 24 • vol. 121 • julho / 2016

*Presidência*
Andre Pires de Andrade Kehdi

*Coordenação*
Marina Pinhão Coelho Araújo

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

**EDITORA-CHEFE** – Marina Pinhão Coelho Araújo.

**EDITORES-ASSISTENTES** – Ana Carolina Carlos de Oliveira, Heloisa Estellita, Pedro Augusto Simões da Conceição, Vinicius Gomes de Vasconcellos e Yuri Corrêa da Luz.

**EDITORES-EXECUTIVOS** - Adriano Galvão, Eduardo Carvalho, Taynara Lira e Willians Meneses.

**CONSELHO EDITORIAL** – Ada Pellegrini Grinover (USP – São Paulo/SP); Adolfo Ceretti (Università degli Studi di Milano-Bicocca – Itália); Afranio da Silva Jardim (UERJ – Rio de Janeiro/RJ); Alberto Silva Franco (IBCCRIM – São Paulo/SP); 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); 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 Gimenez-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); 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); 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); 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); Roberto Bergalli (Universidad de Barcelona – Espanha); 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); (professores brasileiros aposentados).

**CORPO DE PARECERISTAS** – Adriana Borghi, Alamiro Velludo Salvador Netto, Alaor Leite, Alberto Zacharias Toron, Alessandra Teixeira, Alexandra Lebelson Szafir, Alexandre Wunderlich, Alexey Choi Caruncho, Alexis Couto de Brito, Álvaro P. Pires, Alvino Augusto de Sá, Américo Bedê Freire Junior, Ana Cláudia Cifali, Ana Gabriela Mendes Braga, Ana Elisa Liberatore S. Bechara, André Giamberardino, André Machado Maya, André Szesz, Andrei Zenkner Schmidt, Antonio Carlos Tovo Loureiro, Artur de Brito Gueiros Souza, Augusto Jobim do Amaral, Aury Lopes Jr., Bartira Macedo Miranda Santos, Bruna Angotti, Brunna Laporte, Bruno Shimizu, Bruno Tadeu Buonicore, Caíque Ribeiro Galícia, Carina Quito, Carolina de Freitas Paladino, Caroline Machado de Oliveira Azeredo, Celso Eduardo Faria Coracini, Christiano Falk Fragoso, Cleunice Valentim Bastos Pitombo, Cristiano Avila Maronna, Daniel Leonhardt, Daniel Silva Achutti, Danyelle da Silva Galvão, Davi de Paiva Costa Tangerino, David Teixeira de Azevedo, Décio Franco David, Deise Helena Krantz Lora, Denise Provasi Vaz, Diogo Alan Schöfer Albrecht, Diogo Malan, Eduardo Augusto Paglione, Eduardo Reale Ferrari, Eloisa de Sousa Arruda, Emília Merlini Giuliani, Eneida Gonçalves de Macedo Haddad, Érika Mendes de Carvalho, Fabio Machado de Almeida Delmanto, Fábio Roberto D'Avila, Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon, Felipe Caldeira, Felipe da Costa De-Lorenzi, Fernanda Carolina Ifanger, Fernanda Emy Matsuda, Fernanda Regina Vilares, Francis Rafael Beck, Fillipe Henrique Vergniano Magliarelli, Flávio Antônio da Cruz, Florence Haret, Francisco Monteiro Rocha Jr., Frederico Gomes de Almeida Horta, Frederico Valdez Pereira, Gabriel Antinolfi Divan, Geraldo Prado, Giovani Agostini Saavedra, Guilherme Francisco Ceolin, Gustavo Mesquita Batista, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Gustavo Noronha de Ávila, Helena Regina Lobo da Costa, Hugo Leonardo Rodrigues Santos, Ivo Anselmo Hohn Junior, Jéssica Oníria de Freitas, João Daniel Rassi, João Florêncio de Salles Gomes Junior, João Paulo Orsini Martinelli, José Danilo Lobato, Karyna Sposato, Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya, Klelia Canabrava Aleixo, Lander de Miranda Bossois, Leonardo Costa de Paula, Leonardo Massud, Leonardo Schmitt de Bem, Luciano Anderson de Souza, Luciano Feldens, Luís Carlos Valois Coelho, Luís Geraldo Lanfredi, Luís Greco, Luís Guilherme Vieira, Luíz Gustavo Gonçavels Ribeiro, Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth, Maíra Rocha Machado, Marcelo Almeida Ruivo, Marco Aurélio Florêncio Filho, Marco Aurélio Nunes da Silveira, Marcos Alexandre Coelho Zilli, Maria Lucia Karam, Mariana de Assis Brasil e Weigert, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, Mariângela Tomé Lopes, Marta Machado, Marta Saad, Matheus Felipe de Castro, Maurício Stegemann Dieter, Miguel Tedesco Wedy, Nereu José Giacomolli, Nestor Eduardo Araruna Santiago, Ney de Barros Bello Filho, Ney Fayet Jr., Oliveiros Guanais de Aguiar Filho, Paulo César Busato, Pedro Vieira Abramovay, Rafael Mafei Rabelo Queiroz, Raquel Lima Scalcon, Renato de Mello Jorge Silveira, Ricardo Jacobsen Gloeckner, Riccardo Cappi, Ricardo Sontag, Roberto Augusto de Carvalho Campos, Roberto Delmanto Júnior, Rodrigo de Grandis, Rodrigo Duque Estrada Roig Soares, Rodrigo Sánchez Rios, Rogério Fernando Taffarello, Romulo Rhemo Braga, Rubens Rebello Casara, Salah Khaled Jr., Selma Pereira de Santana, Serio Graziano Sobrinho, Sérgio Salomão Shecaira, Susana Aires de Sousa, Tarsis Barreto, Thamara Duarte Cunha Medeiros, Thayara Castelo Branco, Thiago Bottino, Thiago Minagé, Vanessa Pedroso.

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

**IBCCRIM**

*Revista Brasileira de Ciências Criminais*
revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

# Revista Brasileira de
# CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 24 • vol. 121 • julho / 2016

*Coordenação*
Marina Pinhão Coelho Araújo

*Publicação oficial do*
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN1415-5400

# REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 24 • vol. 121 • julho / 2016

*Presidência*
ANDRE PIRES DE ANDRADE KEHDI

*Coordenação*
MARINA PINHÃO COELHO ARAÚJO

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
ProView
INCLUI VERSÃO
ELETRÔNICA DA REVISTA

© edição e distribuição da
EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

*Diretora Editorial*
MARISA HARMS

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

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

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

e-mail para submissão de originais
revista@ibccrim.org.br

Visite nosso site
www.rt.com.br

Impresso no Brasil: [09-2016]
Profissional
Fechamento desta edição: [21.07.2016]

CÓPIA NÃO AUTORIZADA É CRIME
ABDR
ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITOS REPROGRÁFICOS
RESPEITE O DIREITO AUTORAL
EDITORA AFILIADA

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

# Diretoria da Gestão 2015/2016

## Diretoria Executiva

*Presidente*
Andre Pires de Andrade Kehdi
*1.º Vice-Presidente*
Alberto Silva Franco
*2.º Vice-Presidente*
Cristiano Avila Maronna
*1.º Secretário*
Fábio Tofic Simantob
*2.ª Secretária*
Eleonora Rangel Nacif
*1.º Tesoureira*
Fernanda Regina Vilares
*2.º Tesoureira*
Cecília de Souza Santos
*Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais*
Carlos Roberto Isa

## Conselho Consultivo

Carlos Vico Mañas
Ivan Motta
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Marta Cristina Cury Saad Gimenes
Sérgio Mazina Martins

## Ouvidor

Yuri Felix

## Suplentes da Diretoria Executiva

André Adriano Nascimento da Silva
Andrea Cristina D'Angelo
Bruno Amabile Bracco
Daniel Zaclis
Danilo Dias Ticami
Roberto Luiz Corcioli Filho
Rogério Fernando Taffarello

## Coordenadores-Chefes dos Departamentos

*Amicus Curiae*
Diogo Rudge Malan
*Biblioteca*
Bruno Salles Pereira Ribeiro
*Boletim*
José Carlos Abissamra Filho
*Comunicação e Marketing*
Rogério Fernando Taffarello
*Convênios*
Matheus Pupo
*Cursos*
Paulo Sérgio de Oliveira
*Estudos e Projetos Legislativos*
Renato Stanziola Vieira
*Iniciação Científica*
Alexis Couto de Brito
*Mesas de Estudos e Debates*
Andrea Cristina D'Angelo
*Monografias*
Fábio Roberto D'Avila

*Núcleo de Pesquisas*
Bruna Angotti
*Relações Internacionais*
Helena Regina Lobo da Costa
*Revista Brasileira de Ciências Criminais*
Marina Pinhão Coelho Araújo
*Revista Liberdades*
Roberto Luiz Corcioli Filho

## Presidentes dos Grupos de Trabalho

*Código Penal*
Juliana Garcia Belloque
*Estudo sobre Ciências Criminais e Direitos Humanos*
Milene Cristina Santos
*Estudos das Escolas Penais*
Alexis Couto de Brito
*Infância e Juventude*
Giancarlo Silkunas Vay
*Justiça e Segurança*
Humberto Barrionuevo Fabretti
*Política Nacional de Drogas*
Cristiano Avila Maronna
*Sistema Prisional*
Bruno Shimizu

## Presidentes das Comissões Organizadoras

*22.º Seminário Internacional*
Alexis Couto de Brito
*20.º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCRIM*
Fábio Roberto D'Avila
*Atualização do Vocabulário Básico Controlado – VBC*
Renato Watanabe de Morais
*Concessão de bolsas de estudo e desenvolvimento acadêmico*
Eleonora Rangel Nacif

## Comissão Especial IBCCrim – Coimbra

*Presidente*
Beatriz Dias Rizzo
*Secretário-geral*
Rafael de Souza Lira

REVISTA BRASILEIRA DE
**CIÊNCIAS CRIMINAIS**

Ano 24 • vol. 121 • julho / 2016

*Equipe editorial do IBCCRIM*
**ADRIANO GALVÃO, EDUARDO CARVALHO, TAYNARA LIRA E WILLIANS MENESES**

*Diretora Editorial*
**MARISA HARMS**

*Diretora de Operações de Conteúdo Brasil*
**JULIANA MAYUMI ONO**

*Editoras:* Aline Darcy Flôr de Souza, Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Ivîe A. M. Loureiro Gomes, Luciana Felix e Marcella Pâmela da Costa Silva

*Assistentes Administrativos Editoriais:* Francisca Lucélia Carvalho de Sena e Juliana Camilo Menezes

Produção Editorial
*Coordenação*
**DANIEL CESAR LEAL DIAS DE CARVALHO**

*Analistas de Operações Editoriais:* Aline Almeida da Silva, André Furtado de Oliveira, Damares Regina Felício, Danielle Rondon Castro de Morais, Felipe Augusto da Costa Souza, Felipe Jordão Magalhães, Fernanda Teles de Oliveira, Flávia Campos Marcelino Martines, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Juliana Cornacini Ferreira, Maria Eduarda Silva Rocha, Maurício Zednik Cassim, Patrícia Melhado Navarra, Rafaella Araujo Akiyama, Thiago César Gonçalves de Souza e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

Qualidade Editorial e Revisão
*Coordenação*
**LUCIANA VAZ CAMEIRA**

*Analistas de Qualidade Editorial*: Carina Xavier Silva, Cinthia Santos Galarza, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Marcelo Ventura e Maria Angélica Leite

*Analistas Editoriais:* Daniele de Andrade Vintecinco, Maria Cecilia Andreo e Mayara Crispim Freitas

*Capa:* Andréa Cristina Pinto Zanardi

*Administrativo e Produção Gráfica*
*Coordenação*
**CAIO HENRIQUE ANDRADE**

*Analista Administrativo:* Antonia Pereira

*Analista de Produção Gráfica:* Rafael da Costa Brito

# SUMÁRIO

Ofensividade e bem jurídico-penal: conceitos e fundamentos do modelo de crime como ofensa ao bem jurídico-penal

*Offensiveness and the criminal legal interest: concepts and fundaments of crime considered as offensiveness in relation to the criminal legal interest*

DANIEL LEONHARDT DOS SANTOS ..... 13

Justificação (segunda parte)

*Justification (part II)*

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, NILO BATISTA, ALEJANDRO ALAGIA E ALEJANDRO SLOKAR .. 51

Tipo, ilícito e valor. Notas conceituais e sistemáticas

*Actus reus, wrongdoing and value. Conceptual and systematic notes*

FABIO ROBERTO D'AVILA ..... 99

Sobre o futuro da ciência jurídico-penal alemã: abertura e método discursivo no lugar de provincianismo presunçoso

*On the future of the German Criminal Science: openness and a discursive method instead of a presumptuous provincialism*

KAI AMBOS ..... 127

O fundamento e as finalidades da pena criminal. A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas

*The ground and purposes of criminal punishment. The inaccuracy of the absolute and relative doctrines*

MARCELO ALMEIDA RUIVO ..... 161

Perigosidade – intervenção estatal em expansão?

*Dangerousness – state intervention under expansion?*

MARIA JOÃO ANTUNES ..... 191

Consentimento – Ortotanásia e adequação social

*Consent – Orthothanasia and social adequacy*

MIGUEL REALE JR. ..... 207

A teoria do delito e o enigma do dolo eventual: considerações sobre a aparente nova resposta italiana

*The theory of crime and the puzzle of the assumption of risk: considerations about the apparently new Italian response*

RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA ..... 223

A jurisprudência penal no tempo: a ultratividade e a irretroatividade do julgado (HC 126.292/SP)

*Criminal precedents in time: ultra-activity and non-retroactivity of legal decision (HC 126.292/SP)*

RENÉ ARIEL DOTTI ..... 251

L'ultimo imperativo della politica criminale: *nullum crimen sine confiscatione!*

*The last imperative of criminal policy: nullum crimen sine confiscatione!*

VITTORIO MANES ..... 291

*Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, de LUÍS GRECO, ALAOR LEITE, ADRIANO TEIXEIRA E AUGUSTO DE ASSIS.

Resenha por RODRIGO LEITE FERREIRA CABRAL ..... 323

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES ..... 335

TEMAS ..... 336

POLÍTICA EDITORIAL – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS ..... 339

DIRETRIZES AO CORPO DE AVALIADORES – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS ..... 347

85975

# OFENSIVIDADE E BEM JURÍDICO-PENAL: CONCEITOS E FUNDAMENTOS DO MODELO DE CRIME COMO OFENSA AO BEM JURÍDICO-PENAL

## *OFFENSIVENESS AND THE CRIMINAL LEGAL INTEREST: CONCEPTS AND FUNDAMENTS OF CRIME CONSIDERED AS OFFENSIVENESS IN RELATION TO THE CRIMINAL LEGAL INTEREST*

**DANIEL LEONHARDT DOS SANTOS**

Doutorando (2015) e Mestre em Ciência Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2014). Especialista em Ciências Penais (2013) e Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2012). Bolsista integral CAPES (2015), bolsista integral FAPERGS (2013-2014) e bolsista de Iniciação Científica (2010-2012). Pesquisador.
leonhardt88@gmail.com

**ÁREA DO DIREITO:** Penal

**RESUMO:** A ofensividade, estabelecida por uma orientação constitucional garantista liberal, pelo seu duplo caráter normativo, assume uma feição de imposição e de impossibilidade de derroga dos seus mandamentos. Ela orienta todo o ordenamento jurídico-penal, estabelecendo que apenas será legítimo o crime cuja conduta lesione ou ponha em perigo bem jurídico constitucionalmente amparado. A ofensividade impõe um *vínculo* ao intérprete do direito, devendo ele *reconstruir* toda a norma penal em conformidade com os preceitos do modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. A análise crítica é sempre indispensável para uma justa verificação das categorias do Direito Penal. Por esse motivo, buscaremos no presente artigo, trabalhar o modelo de crime como ofensa ao bem jurídico-penal, suas características e premissas, o seu fundamento e a sua relação com a política criminal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Penal - Ofensividade - Política Criminal - Bem Jurídico-Penal - Constituição.

**ABSTRACT:** Offensiveness, established by a liberal, constitutional, guarantor of rights orientation, by its double normative character, takes on a feature of imposition and impossibility of invalidating its commandments. It guides all the criminal law ordainment, establishing that it will only be considered legitimate the crime which behavior harms or treats the constitutionally supported juridical good. The offensiveness imposes a bond to the law exponent, should he rebuild all the criminal regulation according to the model of crime as an offense against the criminal juridical good. The critical analysis is always imperative to a fair proofing of Criminal Law categories. Therefore, we aim, in this article, to work the model of crime as an offense against the criminal juridical good, its characteristics and assumptions, its foundation and relationship with criminal politics.

**KEYWORDS:** Criminal law - Offensiveness - Criminal politics - Criminal juridical good - Constitution.

SANTOS, Daniel Leonhardt dos. Ofensividade e bem jurídico-penal: conceitos e fundamentos do modelo de crime como ofensa ao bem jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 121. ano 24. p. 13-50. São Paulo: Ed. RT, julho. 2016.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A ofensividade em direito penal – 3. A base constitucional da ofensividade – 4. A ofensividade como limite à política criminal – 5. A Ofensividade como parâmetro de orientação e delimitação: é possível a sua derroga? – 6. O bem jurídico-penal como base do conteúdo material do crime – 7. Conclusão – 8. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Pela análise[1] do Direito Penal, pode-se perceber que há estreita relação entre modelos de crime e modelos de Estado, sendo as formas de estruturação do ilícito-típico e seus principais elementos, parâmetros de verificação dos níveis de autoritarismo penal.[2] Excessivas formas de crimes omissivos, delitos de proteção de preceitos éticos e morais, criminalização de violações de deveres, consistem em um modelo de crime fortemente marcado por um Estado autoritário, reflexo de políticas ideológico-ditatoriais. O modelo de crime como ofensa a bens jurídicos, por sua vez, vincula-se a uma concepção *crítica* do Direito Penal, refletindo uma base político-ideológica intrínseca ao Estado democrático e social de Direito, cuja principal linha axiológica consiste na proteção de direitos e garantias fundamentais. A ofensividade consiste em um verdadeiro limite à atuação da política criminal, atuando como resistência às intenções autoritárias e intolerantes.[3]

---

1. O presente artigo é parte do resultado da dissertação de mestrado intitulada "crimes de informática e bem jurídico-penal: contributo à compreensão da ofensividade em direito penal", defendida no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, em 2014.
2. D'AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. In: _____. *Ofensividade em direito penal*: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 68.
3. Nas palavras de D'Avila, "um Estado que se quer não liberticida, autoritário, intolerante, mas sim, laico, plural e multicultural, erigido a partir da diferença e com ela comprometido, em que não há espaço para perseguições de credo, cor ou classe, em que não se punem pessoas ou grupos, mas apenas fatos. Enfim, um Estado em que todos, absolutamente todos, podem valer-se da condição de cidadãos e, assim, resguardados pela totalidade dos direitos e garantias constitucionais, resistir às manifestações de inaceitável autoritarismo que, sazonalmente, quer por razões de cunho meramente pragmático, quer por razões ideológicas, insistem em tenta-lo." (Idem, p. 68.) Conforme ensina Marinucci: "Al passaggio dallo Sato teocratico allo Stato liberale ha corrisposto la sostituzione dell'ideia del reato come peccato con l'idea

A concepção de crime como ofensa ao bem jurídico reflete um modelo de Estado laico, plural e tolerante, no qual não há espaço para a tutela de preceitos éticos ou morais, comportamentos antissociais ou violações de mero dever, nem a criminalização de vontades delituosas – o Direito Penal está centrado na "efetiva tutela de bens jurídicos".[4] Em um Estado democrático de direito, inspirado em valores de tolerância, no qual o poder do Estado emana do povo e é exercido para o povo, cujos valores provenientes da dignidade humana amparam todas as ações do Estado, *não pode*, o Direito Penal, perseguir valores transcendentais ou éticos nem degradar o indivíduo à situação de mero objeto (ou coisa); *não pode*, o Direito Penal, ter ingerência sobre o cidadão por simples condutas antissociais ou por meras ações de desobediência. O único modelo de crime compatível com a Constituição consiste na estrutura de proteção ao bem jurídico, no crime como ofensa ao bem jurídico.[5] Trata-se de uma

---

del reato come violazione di un diritto soggettivo e, sucessivamente, del reato come offensa a un bene giuridico. Laddove, in questo secolo, la crisi dello Stato liberale è sfociata nell'affermazione di uno Stato totalitario – la Germania nazista –, anche il concetto liberale del reato come offensa a un bene giuridico è stato soppiantato da concezioni del reato che esprimevano la compenetrazione e la totale sudditanza dell'individuo rispetto allo Stato (il reato come 'tradimento', 'violazione di un dovere', 'manifestazione di volontà', o di 'atteggiamenti interiori ribelli' etc.). Nel dopoguerra, soprattutto nei paesi dove la separazione tra diritto penale e morale non era stata ancora acquisita definitivamente (come la Germania e l'Inghilterra), al faticoso riaffermarsi dei principi dello Stato liberale ha corrisposto la coesistenza del concetto del reato come offensa a un bene giuridico con l'idea del reato come comportamento meramente immorale. Successivamente, a partire degli anni sessanta, il consolidarsi nelle democrazie occidentali dei principi dello *Stato liberale* promuove la riscoperta del contenuto liberale del concetto di *bene giuridico* e della sua funzione di *limite* invalicabile per il legislatore nella configurazione della struttura del reato" (MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*: le norme penali: fonti e limiti di applicabilità, il reato: nozione, estruttura e sistematica. 3. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2001. vol. I, p. 451).

4. D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p. 48.

5. MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*, cit., p. 452; MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. v. 4. n. 2. Coimbra. abr.-jun./1994; Também nesse sentido, CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo. *Elementi di diritto penale*: parte generale. 2. ed. Pádua: CEDAM, 2004. p. 86.

concepção de ilícito garantista[6] amparada por um modelo de Direito Penal de base objetiva,[7] limitador de um Estado totalitário.[8]

A ofensividade é o reflexo de um Direito Penal liberal[9] cuja principal expressão consiste na função de garantia, atrelada ao princípio da legalidade. Apenas será crime o fato que não só está previsto na lei como tal, mas que constitui uma necessária ofensa ao específico interesse tutelado pela norma penal. Explica Mantovani que a ofensa representa um elemento constitutivo do crime, em conjunto com os outros elementos estruturantes do tipo. A ofensividade e a legalidade consistem em uma dupla garantia ao cidadão: ele não será punido por uma mera desobediência, nem por uma mera "periculosidade social própria do agente".[10] A ofensividade consiste em uma barreira ao poder do legislador, vinculando-o ao crime como lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.[11] Ela impõe ao intérprete do Direito Penal a tarefa de individualização, de análise e de reconstituição dos tipos penais em conformidade com os preceitos da ofensividade, impossibilitando o regresso a qualquer modalidade não liberal de crime.[12]

Nesse sentido, (1) procederemos, no presente artigo, à análise do modelo de crime como ofensa ao bem jurídico-penal, a sua relação com o Estado Democrático de Direito liberal e garantista, as suas premissas básicas e a relação que

6. MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale:* parte generale. 8. ed. Pádua: CEDAM, 2013. p. 186. Também nesse sentido: RAMACCI, Fabrizio. *Corso di diritto penale.* 4. ed. Turim: G. Giappichelli Editore, 2007. p. 87.
7. MANTOVANI, Ferrando. Op. cit., p. 188.
8. D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico, cit., p. 49. Explica Schünemann que em todas as sociedades totalitárias "se ha tratado de imponer por la fuerza determinadas formas de vida, siendo el contenido de estas formas de vida en todo caso cambiante, mientras que, en cambio, el principio del sometimiento del pueblo al dictado de una pequeña clase dominante ha permanecido siempre igual" (SCHÜNEMANN, Bernd. Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y víctimodogmática. In: HIRSCH, Andrew von *et. al.* (orgs.). *Límites al derecho penal*: principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2012, p. 65).
9. MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Constituição e escolha dos bens jurídicos, cit., p. 153-154.
10. MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*, cit., p. 186.
11. MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale,* cit., p. 449.
12. Idem, p. 453-454; MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Constituição e escolha dos bens jurídicos, cit., p. 153.

a ofensividade possui na aferição de legitimidade do ilícito-típico. (2) Explicaremos a relação que possui a ofensividade com a Constituição, demonstrando que a ofensividade representa uma exigência constitucional. Analisaremos a sua relação com os direitos e garantias fundamentais, traçando um paralelo com o seu entendimento de regra e princípio em um só tempo. (3) Verificaremos a relação que possui a ofensividade com a política criminal, (4) se é possível ela ser derrogável em virtude de uma intenção político-criminal ou se ela consiste em um imperativo inderrogável de legitimidade da norma penal. Por fim, (5) estabeleceremos uma tomada de posição acerca do objeto sob o qual recai a teoria da ofensividade, trabalhando o bem jurídico-penal axiológico-constitucionalmente orientado como base do conteúdo material de crime.

## 2. A OFENSIVIDADE EM DIREITO PENAL

A ofensividade em Direito Penal consiste em uma perspectiva de ilícito na qual sua base está estabelecida "na ofensa a interesses objetivos, no desvalor que expressa a lesão ou pôr-em-perigo bens juridicamente protegidos", opondo-se à concepção de ilícito centrada na mera violação subjetiva do dever.[13] Segundo esta concepção, centrada na ofensa a bens jurídicos, não é suficiente apenas preencher os requisitos formais de tipicidade para caracterizar o ilícito-típico; é necessária, pois, a observância dos preceitos da *ofensividade*[14] – desvalor da ação e desvalor de resultado, ambos são necessários para a sua caracterização. O modelo de crime centrado na ofensa a bens jurídicos consiste na elevação do desvalor de resultado como motor central do ilícito, não havendo, portanto, "crime (legítimo) sem ofensa ao bem jurídico-penal".[15] Nessa perspectiva, o ilícito penal é construído a partir do desvalor do resultado, na ofensa a bens jurídico-penais axiologicamente orientados. O bem jurídico-penal é o pilar que sustenta o ilícito, representando um valor positivo que expressa a intenção axiológica da norma, sendo ele o primeiro nível de valoração. A tensão criada pela negação ao bem jurídico-penal permite a criação de níveis de valoração, sendo, o segundo nível, a ofensividade. As ações que negam o valor positivo primário – o bem jurídico – variam em intensidade, havendo determinados níveis em que o conteúdo do desvalor torna-se jurídico-penalmente interessante,

13. D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico, cit., p. 40.

14. Idem, p. 41.

15. Idem, p. 46.

"permitindo a construção e concretização do ilícito-típico". A ofensividade representa, nesse sentido, conforme explica D'Avila, o "resultado de um segundo e fundamental nível de valoração que, ao expressar o primeiro momento de desvalor do fato, assume-se como elemento de fundação do ilícito".[16]

O desvalor de resultado representa a negação da intenção normativa, representada pelo ilícito-típico protetor de bens jurídico-penais, os quais constituem a pedra angular do ilícito, sendo que apenas na sua presença tornar-se-á possível analisarmos o desvalor da ação, constituindo ambos – desvalor de ação e desvalor de resultado – elementos de coexistência necessária, sendo possível a elucubração daquele apenas na presença deste. Em outras palavras, apenas terá relevância jurídico-penal o desvalor da ação quando estivar presente o desvalor de resultado na violação de um bem jurídico-penal.[17]

A ofensa representa a essência da ofensividade.[18] A sua forma capaz de configurar o desvalor de resultado estrutura-se no dano/violação – representado pelo efetivo dano, prejuízo ou degeneração do bem jurídico tutelado pela norma[19] – e no perigo/violação – representado pela previsão de possibilidade de ocorrência de um dano/violação ao bem jurídico protegido.[20] Esse perigo é constituído pelos elementos "probabilidade de um acontecer" e o "caráter danoso" dessa probabilidade, sendo que tal perigo, explica Faria Costa, não possui consistência material, manifestando-se no tempo sem solidificar-se no espaço – "o que se solidifica no tempo e no espaço é a acção concretamente

16. D'AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico, cit., p 76-77.

17. Idem, p. 77. Nesse sentido, também, GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 86.

18. MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*: parte generale, cit., p. 208.

19. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. 2. ed. Portugal: Coimbra Ed., 2007. t. I: questões fundamentais, p. 309.

20. FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. p. 583. Conforme expõe Mantovani, "Il diritto penale moderno, a differenza di ciò che avveniva in una visione ancora rozzamente oggettivistica del diritto penale, prende in considerazione non solo i risultati lesivi della condotta, che si sono verificati, ma anche i risultati lesivi che potevano derivarne. Per la conservazione dei beni giuridici puó essere non sufficiente l'incriminazione del danno subito dal bene (*diritto penale repressivo*), ma necessaria l'incriminazione della messa in pericolo (*diritto penale preventivo*), con conseguente *anticipazione della punibilità*" (MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*: parte generale, cit., p. 208).

desvaliosa".[21] O perigo subdivide-se em perigo concreto, no qual o perigo integra o tipo penal, sendo apenas preenchido quando na efetiva exposição do bem jurídico a perigo, e em perigo abstrato, no qual o perigo não é elemento do tipo, mas consiste em uma conduta cuja base possui uma "perigosidade típica para um bem jurídico", sem a necessidade de comprovação em concreto desse perigo.[22] No perigo abstrato ocorre o que Figueiredo Dias chama de "presunção inelidível de perigo", sendo o comportamento do agente punido "independentemente de ter criado ou não um perigo efectivo para o bem jurídico".[23]

## 3. A BASE CONSTITUCIONAL DA OFENSIVIDADE

O modelo de crime como ofensa a bens jurídicos consiste em uma exigência constitucional.[24] Tal afirmação tem como base argumentos que serão a seguir

21. FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*, cit., p. 584-585.

22. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. cit., p. 309.

23. Idem, ibidem.

24. Esse é o entendimento majoritário na doutrina italiana. A própria Corte Constitucional italiana, em inúmeras situações, já se manifestou no sentido de exigência constitucional, afirmando que o princípio da necessária ofensividade consiste em uma exigência normativa e judicial, um limite de "categoria constitucional ao poder discricionário do legislador", que "fa riscontro il compito del giudice di accertare in concreto, nel momento applicativo, se il comportamento posto in esse lede effettivamente l'interesse tutelado dalla norma". Ainda, "un ininterrotto operare del principio di offensività dal momento dell'astratta predisposizione normativa a quello della applicazione concreta da parte del giudice", sendo a tarefa do intérprete, manifestou a Corte, "apprezzare, alla stregua del generale canone interpretativo offerto dal principio di necessaria offensività della condotta concreta, *se... la condotta dell'agente sia priva di qualsiasi idoneità lesiva concreta e conseguentemente si collochi fuori dall'area del penalmente rilevante*" (MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*, cit., p. 454). Em outras oportunidades, manifestou-se a Corte Constitucional italiana da seguinte forma: "sia sul terreno della previsione normativa, sia su quello dell'applicazione giudiziale: alla lesività in astratto, intesa quale limite alla discrezionalità del legislatore nella individuazione di interessi meritevoli di essere tutelati mediante lo strumento penale, suscettibili di essere chiaramente individuati attraverso la formulazione del modello legale della fattispecie incriminatrice, fa riscontro il complito del giudice di accertare in concreto, nel momento applicativo, se il comportamento posto in essere lede effettivamente l'interesse tutelado dalla norma" (GROSSO, Carlo Federico et. al. *Manuale di diritto penale*: parte generale. Milão: Giuffrè Editore, 2013. p. 53). Expos, ainda, que "in tema di *offensivitá* ha piú spesso preferito demandare al giudice penale la *disapplicazione* della norma incriminatrice quando il fatto tipico non sia *concretamente* offensivo" (RAMACCI, Fabrizio. Op. cit., p. 95). Na doutrina

expostos: Primeiramente, pela base principiológica da Constituição que, como se percebe da análise de seu preâmbulo,[25] recepciona os preceitos propugnados pela ofensividade. Em um segundo nível, da análise das regras constitucionais, extraímos, com base em uma inter-relação de regras e princípios,[26] um "princípio geral

---

alemã, porém, a ofensividade ainda é muito pouco conhecida (MANNA, Adelmo. *Corso di diritto penale*: parte generale. 2. ed. Pádua: CEDAM, 2012. p. 64). No Brasil, com esse entendimento, entre outros: FELDENS, Luciano. Constituição e direito penal: o legislador entre a proibição, a legitimidade e a obrigação de penalizar. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (org.). *Novos rumos do direito penal contemporâneo*: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 383; D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*, cit., p. 63 e ss.; SCALCON, Raquel Lima. *Ilícito e pena*: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013. p. 130 e ss.; DARCIE, Stephan Doering. *O fundamento da tentativa em direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014, p. 178; GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 89.

25. "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (...)" (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988).

26. Como explica Canotilho, um sistema estabelecido de forma exclusiva em regras conduziria o sistema jurídico a uma "limitada racionalidade prática", pois se faria necessária a introdução exaustiva e completa de preceitos legais (legalismo), estabelecendo exaustivamente as premissas das regras jurídicas que atingem o mundo e a vida. Nesse modelo, haveria, possivelmente, um "sistema de segurança" sem qualquer espaço de diálogo, estando ele fechado e restrito para qualquer complemento ou mesmo desenvolvimento de um sistema constitucional – o qual é estabelecido em preceitos abertos. Ainda, um sistema estabelecimento unicamente em regras não possibilitaria a adequada solução "dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta". Para o autor, tal perspectiva seria uma "organização política monodimensional (*Zagrebelsky*)". Por outro lado, um sistema estabelecido exclusivamente em princípios levaria, da mesma, a consequências indesejadas. A ausência de regras tornaria esse modelo demasiadamente indeterminado, "tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema". Para o autor, é necessária a coexistência de regras e princípios para o saudável funcionamento do sistema jurídico: ele *necessita* tanto de regras como de princípios. Como exemplo, utiliza o autor a idade mínima que torna o cidadão capaz para votar, estabelecido na Constituição, não sendo possível estabelece-la apenas com preceitos de otimização; ele é ou não é capaz em uma determinada idade. Os princípios, devido a sua referência a valores e pelo seu conteúdo axiológico, possuem função normogenética e sistêmica: "são o fundamento de regras jurídicas e têm uma *idoneidade irradiante* que lhes per-

fundamental de tutela de bens jurídicos, densificador do princípio estruturante do Estado de Direito".[27] Como decorrência desse princípio geral de tutela dos bens jurídicos, extrai-se o "princípio geral de garantia representado pela necessária ofensa", e o "princípio constitucional impositivo, representado pela intervenção penal necessária", acarretando, como consequência lógica, a conformação dos dois à esfera normativa do princípio originário de tutela de bens jurídicos.[28] Não é possível, desta forma, um crime ultrapassar o limite estipulado pela ofensividade, pois "fora do âmbito de proteção do seu princípio conformador".[29]

O ordenamento jurídico-constitucional estabelecido pela inter-relação de regras e princípios exige, como explica D'Avila, a "existência de princípios constitucionais estruturantes de todo o sistema interno", que, em conjunto com outros subprincípios e regras, "encontram diferentes graus de densificação e concretização".[30] Nesses princípios, encontra-se a tarefa fundamental do Estado de direito em tutelar bens reconhecidos pelo sistema jurídico na busca de uma "ordem de paz", sendo o Direito Penal o instrumento legitimado para a persecução desse fim.[31] A proteção de bens jurídicos representa, dessa forma, "um princípio constitucional impositivo como princípio geral fundamental, densificador do princípio estruturante do Estado de direito e, por consequência, estruturante de todo o ordenamento jurídico-penal".[32] A partir desse princípio geral fundamental de tutela de bens jurídicos encontramos a necessária ponderação entre o princípio constitucional de garantia – constituído

---

mite "ligar" ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional". Para que as regras e princípios estabelecidos na Constituição sejam operantes, é necessário, porém, o estabelecimento de procedimentos e processos que lhes insiram na prática, i.e., como expõe o autor, "o direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma *law in the books* para uma *law in action* para uma "*living constitution*" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 1162-1163).

27. D'AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico, cit., p 70.
28. Idem, ibidem.
29. Idem, ibidem. Explica Scalcon que "um ilícito penal, para que seja legítimo, deve necessariamente estar amparado na noção de ofensa a bem jurídico. Logo, a ofensividade deve ser compreendida como exigência – não como contingência." (SCALCON, Raquel Lima. Op. cit., p. 130).
30. D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios,* cit., p. 65.
31. Idem, ibidem.
32. Idem, ibidem.

pela necessária ofensa ao bem jurídico e fundado na liberdade – e o princípio constitucional impositivo – constituído pela intervenção penal necessária.[33]

Primeiramente, faz-se necessário o estabelecimento da distinção entre regras e princípios – base fundamental, como explica Alexy, da "fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais".[34] Essa distinção, porém, não é nova, encontrando, nos critérios tradicionais de diferenciação, pouca clareza[35] e demasiada complexidade,[36] sendo, entre outras, as seguintes: (a) grau de abstração, o qual estabelece que os princípios representam normas de elevada abstração, enquanto que as regras são normas de reduzida abstração; (b) grau de determinabilidade, estabelecendo que as regras são possíveis de serem aplicadas diretamente, enquanto os princípios "carecem de mediações concretizadoras"; (c) caráter de fundamentalidade, no qual os princípios possuem natureza estruturante no ordenamento jurídico, pois ocupam uma posição hierárquica superior no sistema das fontes; (d) proximidade da ideia de direito, a qual dispõe aos princípios padrões "juridicamente vinculantes radicados nas exigências de 'justiça' (Dworkin) ou na 'ideia de direito' (Larenz)"; (f) natureza normogenética, a qual expõe serem, os princípios, o fundamento das regras jurídicas.[37] Explica Canotilho que a complexidade decorrente das tradicionais teorias de diferenciação entre regras e princípios é o resultado de dois fatores: primeiro, a ausência de esclarecimento em relação à função dos princípios, se eles possuem

33. Idem, p. 66.

34. Explica Alexy que a distinção entre regras e princípios é fundamental para o estabelecimento de uma adequada teoria dos direitos fundamentais, pois sem essa distinção, não é possível falarmos em restrições a direitos fundamentais, nem em colisões de direitos, nem estabelecermos de forma satisfatória a função que possui os direitos fundamentais dentro de um sistema jurídico. Para o autor, "essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito". Ainda, "a distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais". A distinção entre regras e princípios, representa, desta forma, "uma das colunas-mestras do edifício dos direitos fundamentais" (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 85).

35. Idem, p. 86.

36. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 1161.

37. Idem, p. 1160-1161.

"função retórica-argumentativa ou são normas de conduta"; segundo, a falta de estabelecimento de se há um denominador comum entre ambos, de se há uma mesma família ou de se há uma diferença de grau – ou, por outro lado, se haveria a possibilidade de diferenciação qualitativa entre ambos.[38] Para Alexy haveria, sim, uma diferença *qualitativa* entre regras e princípios. Estes representam *mandamentos de otimização*, "que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas".[39] Os princípios, nesse sentido, são normas que "ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes".[40] As regras, por outro lado, são normas que exigem a plena satisfação, não sendo possível a livre ponderação, nem sua parcial utilização. Elas são plenamente satisfeitas ou não são satisfeitas; elas possuem validade, devendo ser cumprido exatamente o que é exigido, ou ela não é válida. Por esse motivo, as regras são consideradas *determinações*.[41] Nessa linha, havendo conflito entre regras, apenas seria possível uma solução caso houvesse uma cláusula de exceção na própria regra que extinguisse o conflito. Do contrário, seria necessário que uma das regras fosse declarada inválida. Havendo colisão entre princípios, a solução para o problema deve ser estabelecida pelo peso de cada princípio sobre o caso concreto estabelecido pelo conflito. De forma contrária à solução estabelecida em casos de conflito de regras, na colisão de princípios, ponderar-se-á qual princípio possui prevalência em determinadas condições, devendo um deles ceder espaço ao outro. Diferente das regras, não há necessidade de uma declaração de invalidade, ambos os princípios são válidos.[42]

Os direitos fundamentais podem assumir, nesse sentido, um duplo caráter, sendo considerados normas de princípios e normas de regras ao mesmo tempo. Porém, isso não significa que *toda* norma de direito fundamental possui esse duplo caráter. Explica Alexy que a norma de direito fundamental será *ou* regra *ou* princípio, adquirindo o caráter duplo *apenas* "se forem construídas de forma a que ambos os níveis sejam nelas reunidos".[43] Isso significa que haverá a vinculação de ambos os níveis caso a norma fundamental, na sua

38. Idem, p. 1161.
39. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 90.
40. Idem, ibidem.
41. Idem, p. 91.
42. Idem, p. 92-94.
43. Idem, p. 141.

formação constitucional, tenha incluída, na sua estrutura de princípio, uma cláusula restritiva, acarretando, em virtude dessa cláusula, a impossibilidade de sopesamento. Em outras palavras, as normas de caráter duplo "surgem sempre que aquilo que é estabelecido diretamente por uma disposição de direito fundamental é transformado, com o auxílio de cláusulas que se referem a um sopesamento, em normas subsumíveis".[44] Para o autor, uma compreensão das normas fundamentais de caráter exclusivo não é suficiente para a adequada compreensão do problema – apenas é possível obter um modelo adequado se trabalharmos com o duplo caráter das normas de direitos fundamentais.[45]

Nesse sentido, no âmbito constitucional, teremos tanto o princípio liberdade e a regra liberdade, o que impõe ao direito fundamental liberdade limites a sua ponderação.[46] Não é possível a irrestrita violação pelo seu conteúdo de regra constitucional. No âmbito penal, explica D'Avila, o processo de tipificação consiste no "resultado de uma ponderação de princípios na qual o direito fundamental à liberdade encontra-se sopesado com interesses outros, que segundo o legislador, carecem de tutela jurídico-penal". O ilícito-típico representa, nesse sentido, "a límpida concretização legislativa, em nível infraconstitucional, de uma ponderação que imporá, ao direito constitucional à liberdade, uma necessária restrição".[47] Pelo seu caráter restritivo ao direito constitucional fundamental à liberdade, essa ponderação, do ponto de vista formal, apenas será legítima caso o bem protegido pelo ilícito-típico tenha ressonância, mesmo que indireta, com a constituição, atendendo, desta forma, à imposição hierárquica normativa.[48] Do ponto de vista material, o interesse protegido pela norma penal deverá ser axiologicamente compatível com a Constituição, afastando-se, portanto, bens jurídicos que não possuem amparo constitucional. Em outras palavras, o direito fundamental à liberdade apenas poderá sofrer restrição pelo ilícito-típico quando "a ponderação com o princípio da intervenção estiver fundada na real necessidade de proteção de *bens jurídicos* dotados de suficiente consistência axiológica".[49]

Por esse motivo, é inadmissível que, nesse processo de ponderação entre direito fundamental à liberdade e interesse protegido axiologicamente orientado, es-

44. Idem, p. 143.
45. Idem, p. 144.
46. D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*, cit., p. 70.
47. Idem, p. 71.
48. Idem, ibidem.
49. Idem, p. 72.

colhas meramente político-criminais prevaleçam sobre o direito constitucional à liberdade. É necessário que o interesse protegido pela norma penal esteja em consonância, mesmo que indireta, com a Constituição, não bastando apenas a conformação formal de hierarquia normativa, sendo necessária, ainda, como exposto, a conformação material, devendo esse interesse possuir compatibilidade axiológica. O direito fundamental à liberdade e à dignidade da pessoa impossibilitam que o indivíduo seja instrumentalizado para interesses de mera política-criminal ou administrativos, com o fim único de organização ou regulamentação social.[50]

A ofensividade representa um inafastável imperativo constitucional para aferição da legitimidade do ilícito-típico, exigido pela Constituição Federal de 1988. Entendemos ser a ofensividade, no mesmo sentido proposto por Alexy em relação aos direitos fundamentais, uma norma de caráter duplo, devendo ela ser entendida como norma de princípio e norma de regra em um só tempo. Nessa perspectiva, por assumir a ofensividade a feição de um princípio, seus preceitos devem orientar todo o sistema jurídico-penal infraconstitucional, impondo, para que seja legítimo o crime, lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico-penal axiológico-constitucionalmente orientado. Por assumir conjuntamente o caráter de norma de regra, a ofensividade representa um inafastável imperativo constitucional impossível de sopesamento. Não é possível derrogarmos a ofensividade ou abrirmos espaços de exceção aos seus preceitos em prol de intenções político-criminais, cujas condutas criminalizadas não representam qualquer perigo de lesão ao bem jurídico.[51]

---

50. D'AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico, cit., p. 71.

51. Como explica D'Avila, "a exigência da ofensividade (...) não pode ser entendida como cânone meramente hermenêutico, mas necessariamente também como cânone legislativo, de forma a condicionar toda a lógica do ordenamento jurídico-penal. Ora, partindo deste pressuposto, ou seja, concebendo a ofensividade como cânone primeiramente legislativo, uma produção legislativa condizente deveria levar à análise judicial unicamente (de) tipos penais construídos sob a égide de necessária ofensa" (D'Avila, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*, cit., p. 85). Por outro lado, apoiando-se na proposta conceitual de regras e princípios estabelecida por Ávila, o qual expõe serem as regras "normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência", enquanto que os princípios representam "normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade" (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 102), Scalcon entende que a *ofensividade* representa uma *regra* constitucional de necessária aplicabilidade, não sendo possível o seu entendimento como princípio. Para a autora, "a exigência de ofensa não pode ser compreendida como um princípio, uma vez que: (a) não tem por pretensão a

Referência jurídico-penal de exigência da ofensividade é encontrada infraconstitucionalmente nas categorias da tentativa (art. 14, II, CP) e do crime impossível (art. 17, CP).[52] O ilícito-típico fundado em uma perspectiva material de crime, na qual se exige para a sua perfeita legitimação a efetiva ofensa ao bem jurídico-penal, a tentativa busca delimitar a punibilidade aos casos nos quais há exposição a perigo do bem jurídico, mesmo que de forma não concreta. Trata-se de uma compreensão do ilícito fundada nos preceitos "do pôr-em-perigo e da violação, na qual a tentativa assume o seu papel na necessidade da efetivação da proteção penal em um estágio anterior (*Vorfeld*) à efetiva afetação do bem jurídico".[53] O crime impossível pressupõe que toda ação posta em prática, mas que, em virtude da sua inidoneidade ofensiva, resta inviável a verificação da efetiva ofensa ao objeto tutelado pela norma penal, acarretando, por conseguinte, a atipicidade da conduta.[54] No crime tentado, a consumação não ocorre em virtude da ocorrência de causa alheia à vontade do agente, enquanto no crime impossível, pela completa inidoneidade do meio ou inexistência de objeto – fato que torna a conduta totalmente desprovida de ofensividade.[55]

---

promoção de um estado ideal de coisa; (b) não apresenta capacidade de submissão à ponderação; (c) não pode ser prescindida nem flexibilizada, seja pelo legislador, em abstrato, seja pelo aplicador ou intérprete, em concreto; (d) não é teleológica, mas deontológica; (e) não tem por função promover uma finalidade, mas sim fixar um dever, uma obrigação, que persiste menos frente a fins que lhe são contrapostos; e (f) representa uma "pretensão terminativa", apontando ao legislador um exato requisito de validade da criminalização" (SCALCON, Raquel Lima. Op. cit., p. 140). No mesmo sentido, DARCIE, Stephan Doering. Op. cit., p. 178.

52. DARCIE aponta uma terceira categoria que demonstra a exigência infraconstitucional da ofensividade: a relação de causalidade, disposta no art. 13 do Código Penal. Explica o autor que, a partir da estrutura gramatical da norma, i.e., a vírgula entre "o resultado" e "de que depende a existência do crime", o legislador, "ao lançar mão de uma oração explicativa, e não restritiva, não está senão pressupondo que a ocorrência de todo e qualquer crime depende da verificação de um resultado jurídico". Pelo emprego da vírgula na oração exposta no artigo 13, por ser explicativa, demonstra "que a existência de todo crime é condicionada pela verificação de um resultado, e sabendo-se que há uma diversidade de crimes destituídos de resultado naturalístico (crimes formais e de mera conduta), a norma claramente faz alusão à exigência não excepcionável de um resultado jurídico nas incriminações, expressando, por conseguinte, o acolhimento do princípio da ofensividade em âmbito infraconstitucional" (DARCIE, Stephan Doering. Op. cit, p. 180).
53. D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*, cit., p. 82.
54. MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale:* parte generale, cit., p. 195.
55. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Parte Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. vol. I, p. 305-306.

Desta forma, sendo a ofensividade um imperativo constitucional, faz-se impositiva a aferição axiológica nos níveis necessários de ponderação para o correto estabelecimento do ilícito-típico.[56] A construção do bem jurídico representa o primeiro nível axiológico, no qual há a verificação do valor positivo que será tutelado pela norma. A ofensividade consiste no segundo momento de valoração, representado pela análise da tensão entre negação e afirmação do valor tutelado pela norma. Extrair-se-á dessa conjectura – negação e afirmação – qual o nível de negação necessário que é exigido[57] para a configuração do ilícito-típico.[58] O terceiro momento representa a aferição do desvalor de resultado, na ponderação do resultado necessário da ação para a caracterização do crime,[59] ou, conforme expõe Kaufmann, os atos humanos em "cujas finalidades se inclui necessariamente a de prejudicar, resguardar ou produzir bens jurídicos", assim como os atos humanos "cuja execução, segundo um conhecimento social e causal mais sutil, reverte em prejuízo, proteção ou promoção dum bem jurídico".[60] A ofensividade representa, da aferição dos três níveis axiológicos de ponderação, a forma jurídico-normativa de percepção do intolerável atingimento do objeto de proteção da norma, manifestando-se no dano/violação, concreto pôr-em-perigo e cuidado-de-perigo.[61]

56. D'AVILA, Fabio Roberto. Filosofia e direito penal. Sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. In: _____. *Ofensividade em direito penal*: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 54.

57. Conforme expõe Scalcon, "é certo que não se deve conferir a qualidade de uma ofensa em termos jurídico-penais a qualquer atingimento do bem jurídico. Somente uma violação profunda é capaz de configurá-la. Apenas em tal âmbito, portanto, deve ser reconhecido em termos jurídico-penais um conteúdo de desvalor do fato ou do resultado jurídico". (SCALCON, Raquel Lima. Op. cit., p. 127).

58. Explica D'AVILA que a ofensividade representa, nestes termos, o "resultado de um segundo e fundamental nível de valoração que, ao expressar o primeiro momento de desvalor do fato, assume-se como elemento de fundação do ilícito, muito embora distante de ser o único" (D'AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico, cit., p. 77).

59. D'AVILA, Fabio Roberto. Filosofia e direito penal. Sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica, cit., p. 54.

60. KAUFMANN, Armin. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 101.

61. D'AVILA, Fabio Roberto. Ontologismo e ilícito penal. Algumas linhas para uma fundamentação onto-antropológica do direito penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Novos rumos do direito penal contemporâneo*: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 266.

## 4. A OFENSIVIDADE COMO LIMITE À POLÍTICA CRIMINAL

A recepção constitucional da *ofensividade*, mais do que o resultado do processo interpretativo que circunscreve a teoria do bem jurídico, representa um conjunto de preceitos vinculantes ao legislador, limitando-o aos crimes cujas condutas consistam em uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Essa vinculação se manifesta em dois âmbitos: no plano legislativo, por possuir a ofensividade natureza constitucional, condiciona a criação dos tipos penais à proteção de bens jurídicos axiologicamente vinculados à Constituição, excluindo condutas consideradas inofensivas; no plano jurisprudencial-aplicativo, a ofensividade orienta o magistrado e o hermeneuta na delimitação das condutas que, mesmo em conformidade com o tipo penal, concretamente não apresentam lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal.[62] A ofensividade exerce, nesse sentido, importante função de orientação e delimitação do Direito Penal, tanto quando da criação do ilícito-típico, como na sua aplicação em concreto, devendo-se, em ambos os casos, considerar atípico[63] o comportamento que não infringir uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

A perspectiva epistemológica oferecida pelo modelo de crime como ofensa ao bem jurídico possui fundamental importância como freio à crescente abertura e inserção de novos espaços de intervenção penal, presenciado principalmente em países ainda em desenvolvimento. A forte pressão popular pelo aumento das respostas punitivas representa uma força que deve ser, de alguma forma, contraposta quando da utilização da política-criminal na solução dos conflitos jurídico-penais. Pressão popular influenciada pela crença que o Direito Penal deve intervir de forma severa e ampla, sendo as soluções por ele propostas de rápida aplicação e efeitos imediatos.[64] Permitir à política-criminal sufragar essa visão, amparando suas decisões no arbítrio da atecnicidade, é relegar à normatividade o papel de coadjuvante na construção das propostas jurídico-penais dos conflitos ensejados pela contemporaneidade. Para solução dos novos problemas apresentados ao Direito Penal nos últimos anos, não pode, a resposta, partir da política-criminal, mas, contrariamente, da normatividade penal crítica, princi-

62. FELDENS, Luciano. Op. cit., p. 383-384.

63. MANES, Vittorio. *Il principio di offensività nel diritto penale*: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza. Turim: G. Giappichelli Editore, 2005. p. 252.

64. D'AVILA, Fabio Roberto. O direito e a legislação penal brasileiros no séc. XXI: entre a normatividade e a política criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó. *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. 2. ed. Porto Alegre: ediPUCRS, 2012. p. 262-263.

palmente quando essa discussão estiver sendo travada em países onde a análise dos direitos e garantias fundamentais ainda não atingiu a plena maturação. Devem partir do *direito penal constitucionalmente orientado* as premissas pelas quais se orientará a posterior análise da política-criminal; à normatividade crítica cabe o estabelecimento dos espaços de legitimidade dessa atuação.[65]

Roxin, por outro lado, entende que o correto percurso a ser trilhado é introduzir no sistema do Direito Penal as decisões valorativas da política-criminal, "de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de proveniência lisztiana".[66] Verdadeira união entre direito e fins político-criminais em uma unidade sistemática, abrangendo todas as esferas do ordenamento jurídico.[67] Nessa construção, devem-se respeitar três principais exigências: "ordem e clareza conceitual, proximidade à realidade e orientação por fins político-criminais", sendo que em cada categoria do delito (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) "deve ser observada, desenvolvida e sistematizada sob o ângulo de sua função político-criminal".[68]

65. Idem, p. 278-280.

66. ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 20.

67. Idem, p. 22.

68. Idem, p. 28-29. Nesse sentido, expõe Roxin: "o *tipo* está sob a influência da ideia de determinação legal, à qual a legitimação da dogmática por muitas vezes é reduzida; os tipos servem, na verdade, ao cumprimento do princípio *nullum-crimen*, devendo ser estruturados dogmaticamente a partir dele. A *antijuridicidade*, pelo contrário, é o âmbito da solução social de conflitos, o campo no qual interesses individuais conflitantes ou necessidades sociais globais entram em choque com as individuais. Sejam intervenções policiais, que precisam ser equacionadas com o direito geral da personalidade e a liberdade de ação do cidadão, seja a exigência de uma decisão para uma situação de necessidade, atual e imprevisível: sempre se trata da regulação socialmente correta de interesse e contra-interesse. (...) Por fim, a categoria do delito que tradicionalmente se chama de *culpabilidade*, e que tem na verdade pouco a ver com a comprovação, empiricamente difícil, do poder-agir-de-outro-modo, importa-se muito mais com a questão normativa de como e até que ponto é preciso aplicar a pena a um comportamento em princípio punível, se for ele praticado em circunstâncias excepcionais" sendo pontos necessários de análise para a solução dessa questão a verificação das funções da pena de prevenção geral e especial. Nesse sentido, os postulados expostos – "*nullun-crimen*, a regulação social mediante ponderação de interesses em situações de conflito e as exigências das teorias dos fins da pena" – consistem, segundo Roxin, "o substrato político-criminal sobre o qual descansam as nossas conhecidas categorias do delito" (Idem, p. 29-31).

A concepção orientada político-criminalmente de Roxin, apesar de proporcionar ganhos à dogmática penal, como a construção de um âmbito político-criminal crítico, não está imune a críticas devido à excessiva importância que esse âmbito de análise adquire como pressuposto legitimador do Direito Penal. A primeira crítica direcionada ao pensamento do autor consiste no equívoco metodológico de sua concepção que, segundo D'Avila, "acaba por afirmar exatamente aquilo que pretende corrigir", i.e., o autor, ao criticar concepções vazias, puramente conceituais e sem orientação axiológica, retira da normatividade qualquer função axiológica orientadora ao atribuir à política-criminal o exclusivo papel de parâmetro axiológico orientador do Estado democrático e social de Direito, restando à normatividade "conceitos vazios de sentido, incapazes de encontrar qualquer aplicação que fuja ao indesejado silogismo formalista".[69]

Pela excessiva amplitude que Roxin dispõe ao conceito de política-criminal na resolução dos problemas jurídico-penais, critica-se a demasiada abertura à política-criminal de sua concepção do Direito Penal, acarretando a consequente "perda do seu rigor conceitual como critério de orientação na resolução de casos, servindo, muitas vezes, de recurso meramente retórico".[70] A orientação

69. D'AVILA, Fabio Roberto. Funcionalismo versus normativismo no direito penal contemporâneo. In: _____. *Ofensividade em direito penal*: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 24-25. Nas palavras de D'Avila, "a elaboração em análise levanta-se, manifestamente, contra sistemas teóricos puramente conceituais, vazios de orientação axiológica, que, ao término, resumem-se a um silogismo formalista. Pois é exatamente esse modelo de normatividade que pressupõe Roxin ao considerar indispensável a política criminal como espaço que dará forma, sentido e orientação à normatividade. Se os principais reitores da dogmática penal, se os critérios axiológicos que lhe devem servir de base já não mais estão na normatividade, mas na política criminal, encontrando, daí, apenas e exclusivamente nela, a orientação axiológica capaz de lhe conduzir, de forma ajustada, aos parâmetros de um Estado democrático e social de Direito, o que então resta à normatividade? Ao seu espaço próprio, não sobram senão conceitos vazios de sentido, incapazes de encontrar qualquer aplicação que fuja ao indesejado silogismo formalista. Apenas uma compreensão de normatividade nesses termos dá sentido à sugerida síntese dialética com um conceito de política criminal dimensionado nos termos em que faz ROXIN, vale dizer, apenas a exata compreensão de normatividade tida como e combatida por manifestamente inaceitável. Uma normatividade incapaz de encontrar, em si mesma, sentido, função e orientação axiológicos, suficientemente consistentes" (D'AVILA, Fabio Roberto. O direito e a legislação penal brasileiros no séc. XXI: entre a normatividade e a política criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. 2. ed. Porto Alegre: ediPUCRS, 2012. p. 271).

70. D'AVILA, Fabio Roberto. Funcionalismo versus normativismo no direito penal contemporâneo, cit., p. 26.

do que é "político-criminalmente correto" e "político-criminalmente errado" consiste fundamentalmente no critério axiológico selecionado, não restando claro, porém, quais serão exatamente esses critérios orientadores. Se as categorias da ilicitude material, das causas de exclusão de ilicitude e das teorias da culpabilidade são resultados de uma escolha político-criminal, qual é o limite para a incorporação dos valores da política-criminal na dogmática penal?[71] A terceira crítica consiste na funcionalização do conceito de crime ao introduzir à noção de culpabilidade a ideia de "necessidade de aplicação da pena criminal" como substituto do "poder-agir-de-outro-modo". A ausência de punição para os casos, p.e., de coação moral irresistível, não está no fundamento da impossibilidade de agir de outro modo, mas em critérios de prevenção. Substitui-se, dessa forma, o conceito de culpabilidade pelo de responsabilidade (*Verantwortlichkeit*), mais amplo e amparado a partir do merecimento da pena.[72] Tal orientação resulta no "reconhecimento da existência do crime a sua consequência jurídica", vinculação considerada metodologicamente equivocada, tendo em vista que tal vinculação pressupõe o reconhecimento da existência da consequência jurídica antes de sua efetiva averiguação. "Apenas quando se tem por certo a ocorrência de um crime é que se faz possível cogitar sobre a legitimidade e conveniência político-criminal de lhe atribuir uma determinada sanção", caso contrário, explica D'Avila, "estaríamos por admitir uma noção de crime que deixa de ter conteúdo próprio para assumir, ele mesmo, um conteúdo funcionalizado: existe se atender à função que lhe é atribuída".[73]

71. Idem, ibidem.

72. Explica D'AVILA que tal orientação não merece prosperar, pois não é "saudável delimitar as vertentes axiológicas da culpabilidade ao superficial e restrito universo da prevenção geral e especial ou mesmo falar em não punição por irrepetibilidade dos fatos, quando mesmo a sua hipotética reiteração, não convenceria em alterar a solução jurídico-penal do caso" (Idem, p. 27).

73. Idem, p. 26-28. Conforme exposto por Castanheira Neves, o funcionalismo político exerce, no contexto no qual a "assimetria em que a autonomia constitutiva do *input* é sacrificado à optimização do *output*", uma posição "não apenas por compreender o direito como um *instrumento político*, mas por se orientar por uma intenção expressa de *politicização* da juridicidade". Explica o autor que o "direito não teria só uma geral função política, nem se lhe reconhecem apenas efeitos políticos, pretende-se que assuma um directo e determinante *objectivo político*, e assim segundo fundamentos e critérios imediatamente políticos". Numa orientação na qual "os fins deixaram de ser a expressão teleológica de uma ordem onto-axiológica para passarem a ser simples manifestações de pretensões subjectivas (a 'subjectivação dos fins')". Ainda, "as categorias da acção e do comportamento em geral (pessoal ou institucional) deixaram de ser as do bem, do justo, da validade (axiológica material), para serem as do útil, da

Pela orientação defendida por Roxin, de exclusiva utilização da política-criminal como núcleo axiológico reitor da dogmática penal e ponto de convergência dos princípios penais e constitucionais, o autor acaba por esvaziar a dogmática jurídico-penal, retirando-lhe qualquer conteúdo crítico, além de esvaziar a própria dimensão normativa dos princípios e regras por lhe atribuir caráter exclusivamente político-criminal.[74] Retira-se, ainda, das regras e princípios o seu caráter axiológico neutro por passarem a representar uma orientação assumidamente política, cuja característica consiste exatamente no fato de atender a um objetivo político-criminalmente orientado: a prevenção geral positiva.[75] Consequência direta dessa concepção consiste na abdicação de princípios fundamentais para um melhor atendimento aos objetivos preven-

---

funcionalidade, da eficiência, da *performance*" (CASTANHEIRA NEVES, A. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema" – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito*. vol. LXXIV. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998, p. 23-26).

74. D'AVILA, Fabio Roberto. Funcionalismo versus normativismo no direito penal contemporâneo, cit., p. 29.

75. Explica D'AVILA que essa orientação principiológica não consiste em "simplesmente conferir maior "flexibilidade" a princípios e regras, em função da sua tomada em um ambiente político, o que, por si só, e por razões evidentes, já não seria positivo, mormente em contextos jurídicos em que tais princípios ainda não se encontram suficientemente assimilados. O problema agrava-se consideravelmente quando essa flexibilidade se dá em um ambiente fortemente caracterizado pelo convívio desequilibrado de interesses, por uma predeterminação teleológica, em função de interesses de prevenção. Isso significa dizer que, muito embora seja a política criminal contemporânea um centro de convergência de princípios e regras reitores da discursividade penal, estes não são considerados em condições de razoável igualdade com os interesses que dão feição ao pensamento funcional" (Idem, p. 30). Explica o autor, ainda, que o direito penal não deve ser um mero instrumento de solução de conflitos, mas mais do isso. Em sua história, o Direito Penal representou sempre um legado civilizacional, sendo no seio dessa mesma ciência "que foram conquistadas as principais liberdades e garantias que hoje estruturam, em termos axiológicos, inúmeras constituições ao redor do mundo". Com o custo de muitas vidas, as conquistas do Direito Penal "representam o mais importante legado do direito ocidental. Elas representam a consolidação do reconhecimento de direitos fundamentais que estruturam (ou ao menos deveriam estruturar) não só a sociedade contemporânea, mas a nossa própria concepção de ser humano. E cujo abandono representa um inadmissível retrocesso civilizacional" (D'AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal. O problema da expansão da intervenção penal. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, v. 11. n. 71. Porto Alegre: IOB, dez./jan. 2012, p. 49).

cionistas.[76] Por fim, outra crítica direcionada ao pensamento de Roxin consiste na excessiva prioridade que o autor dispõe à dimensão político-criminal, invertendo a ordem crítica de enfrentamento dos problemas penais. Isso significa dizer que, antes de haver o questionamento acerca dos parâmetros político-criminais de análise das problemáticas penais, faz-se necessária a análise precípua acerca da legitimidade normativa das categorias em questão. Antes do perguntar político, é necessário haver o questionamento da possibilidade e legitimidade jurídica das questões trazidas à política-criminal. Dessa forma, não importa o interesse político que se está buscando, ele apenas poderá ser posto em prática se estiver de acordo com e nos precisos limites de legitimidade impostos pela normatividade penal e constitucional.[77]

## 5. A OFENSIVIDADE COMO PARÂMETRO DE ORIENTAÇÃO E DELIMITAÇÃO: É POSSÍVEL A SUA DERROGA?

Espaços de abertura dos pressupostos estabelecidos pela ofensividade são perigosos, pois *até onde podemos excepcionar as premissas estabelecidas pelas categorias jurídico-penais constitucionalmente estabelecidas*? Não apenas no limite, mas onde encontraremos o *fundamento* para essa abertura? Nesse viés, sendo a *ofensividade* um *imperativo constitucional inafastável*, é possível abrir espaços de exceção? Sendo positiva a resposta, qual o pilar que dará *sustentação e legitimidade* ao crime cuja conduta não manifesta qualquer ofensa ao bem jurídico, ou, ainda, ao crime sem bem jurídico? Tais questionamentos não são, porém, facilmente respondidos e o presente trabalho não possui a pretensão de fazê-lo. O que se intenciona é trazer à discussão a complexidade que envolve o tema, nem sempre resolvida por meros silogismos formais.

Mantovani, nesse sentido, trabalha com a possibilidade de derroga à ofensividade em prol de crimes cuja conduta não ofenda um bem jurídico em uma situação na qual o Estado possui um específico interesse em coibir. Essa prerrogativa está fundamentada no interesse de prevenção geral[78] atrelado a es-

76. D'AVILA, Fabio Roberto. Funcionalismo versus normativismo no direito penal contemporâneo, cit., p. 29-30.

77. Idem, p. 32-33.

78. MANTOVANI, Ferrando. Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. vol. 40. n. 2. Milano. abr.-jun./1997, p. 323.

ses crimes decorrentes da necessidade político-criminal.[79] O autor cita como exemplo os "crimes de dolo específico de ofensa", como os delitos previstos nos arts. 503 (*serrata e sciopero per fini non contrattuali*),[80] 504 (*coazione alla pubblica Autorità mediante serrata o sciopero*),[81] 505 (*serrata o sciopero a scopo di solidarietà o di protesta*),[82] 507 (*boicottaggio*)[83] do Código Penal italiano[84] e a figura delitiva de *associazione criminosa*.[85]

Por outro lado, Marinucci, ao estabelecer a imposição constitucional da ofensividade, expõe que é dever do intérprete do direito realizar a conformação da norma penal aos preceitos constitucionais da ofensividade. Sendo impos-

79. MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale:* parte generale, cit., p. 215-221. Também em MANTOVANI, Ferrando. *Principi di diritto penale,* cit., p. 98.

80. "Art. 503. Il datore di lavoro o i lavoratori, che per fine politico commettono, rispettivamente, alcuno dei fatti preveduti dall'articolo precedente, sono puniti con la reclusione fino a un anno e con la multa non inferiore a euro 1.032, se si tratta d'un datore di lavoro, ovvero con la reclusione fino a sei mesi e con la multa fino a euro 103 se si tratta di lavoratori" (ITÁLIA. Regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398. *Codice penale*. G.U. n. 251, 26 ottobre 1930. Disponível em: [http://www.altalex.com/?idnot=36653]. Acesso em: 04 out. 2014).

81. "Art. 504. Quando alcuno dei fatti preveduti dall'articolo 502 è commesso con lo scopo di costringere l'autorità a dare o ad omettere un provvedimento, ovvero con lo scopo di influire sulle deliberazioni di essa, si applica la pena della reclusione fino a due anni" (ITÁLIA. Regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398. *Codice penale*. G.U. n. 251, 26 ottobre 1930. Disponível em: [www.altalex.com/?idnot=36653]. Acesso em: 04 out. 2014).

82. "Art. 505. Il datore di lavoro o i lavoratori, che, fuori dei casi indicati nei due articoli precedenti, commettono uno dei fatti preveduti dall'articolo 502 soltanto per solidarietà con altri datori di lavoro o con altri lavoratori ovvero soltanto per protesta, soggiacciono alle pene ivi stabilite" (ITÁLIA. Regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398. *Codice penale*. G.U. n. 251, 26 ottobre 1930. Disponível em: [www.altalex.com/?idnot=36653]. Acesso em: 04 out. 2014.

83. "Art. 507. Chiunque, per uno degli scopi indicati negli articoli 502, 503, 504 e 505, mediante propaganda o valendosi della forza e autorità di partiti, leghe o associazioni, induce una o più persone a non stipulare patti di lavoro o a non somministrare materie o strumenti necessari al lavoro, ovvero a non acquistare gli altrui prodotti agricoli o industriali, è punito con la reclusione fino a tre anni. Se concorrono fatti di violenza o di minaccia, si applica la reclusione da due a sei anni" (ITÁLIA. Regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398. *Codice penale*. G.U. n. 251, 26 ottobre 1930. Disponível em: [www.altalex.com/?idnot=36653]. Acesso em: 04 out. 2014).

84. MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale:* parte generale, cit., p. 215-221.

85. MANTOVANI, Ferrando. Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale, cit., p. 327.

sível a sua reconstrução, estaremos diante de um crime inconstitucional. Para o autor, não é possível aceitarmos essa abertura em virtude de uma exigência constitucional. Nesse sentido, para o caso dos crimes de dolo específico, não haveria uma exceção à ofensividade, mas apenas um crime de consumação antecipada, direcionando a interpretação dessa modalidade delitiva à estrutura do crime tentado. Os delitos de dolo específico devem, por conseguinte, receber o mesmo tratamento da tentativa, aplicando-se a diminuição de pena estabelecida pelo Código Penal.[86] Inclusive, os delitos previstos nos artigos 503 e 504 do CP italiano, conforme expõe Marinucci, foram considerados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional italiano "na parte em que reprimem o puro e simples exercício do direito de greve".[87]

A abertura proposta por Mantovani, contrapondo-se ao entendimento de exigência constitucional exposto por Marinucci, demonstra a complexidade do problema anteriormente exposto. Isto é, se possível, qual o limite que deverá ser imposto à exceção das premissas basilares do ordenamento jurídico-penal constitucionalmente amparado? Percebe-se que a proposta de derroga à ofensividade elaborada por Mantovani estabelece uma fronteira entre os crimes que devem assumir a feição decorrente do modelo de crime como ofensa ao bem jurídico e os crimes que apenas estabelecem condutas sem ofensividade, meramente amparadas por escolhas de política-criminal. Nessa abertura, como delimitaremos o que deve obedecer à ofensividade e o que é possível incriminar sem a necessidade de ofensa? A exceção está restrita apenas aos crimes de dolo específico? O corte realizado pelo autor demonstra um entendimento crescente de abertura aos preceitos constitucionais em favor da (perigosa) necessidade político-criminal de combate ao crime. Mantovani estabelece essa ideia na intenção de fortalecimento da própria ofensividade, pois, com essa abertura, evitar-se-á o excessivo alargamento dos limites impostos pela necessidade de ofensa.[88]

86. MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale,* cit., p. 577 e ss.

87. MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Constituição e escolha dos bens jurídicos, cit., p. 158.

88. Nas palavras do autor: "Ed è questa, a nostro avviso, la soluzione più *realistica e lineare*, perché evitta le ambiguità della dottrina che, proclamata la inderogabilità del principio di offensività, è poi costretta, sotto la spinta delle ostinate esigenza della generalprevenzione, a pericolose "mimetizzazioni", volte a "normalizzare" come reati di offensa reati che sono, irriducibilmente, *senza offensa*. E che vanno considerati come tali, se si vuole mantenere nitido lo spartiacque tra la regola del principio di offensività e le deroghe ed avere la concreta *misura* della regolarità della sua attua-

Entendemos, porém, ser equivocada a concepção do autor, no mesmo sentido exposto por D'Avila,[89] pelo seu equívoco metodológico. Observa-se que Mantovani parte de um dado empírico para estabelecer o afastamento da exigência constitucional da ofensividade, i.e., no prévio reconhecimento, segundo ele, da existência de crimes sem ofensa ao bem jurídico. Não é possível, porém, partir de um dado empírico para estabelecer a possibilidade de derroga de uma premissa constitucional sob o único pretexto de "interesses políticos" na manutenção de tipos penais sem ofensividade.[90] Mais, a premissa exposta por Mantovani não observa as consequências decorrentes do caráter duplo da ofensividade (regra e princípio a um só tempo), que impõem limites intransponíveis ao processo legislativo infraconstitucional.[91] Por fim, a aceitação da derroga à ofensividade representa um equívoco lógico, pois o motivo que leva Mantovani a justificar o afastamento da ofensividade deveria ser o motivo que reforçaria a sua aplicação, i.e., a ofensividade consiste justamente em uma barreira, um limite que deve ser respeitado pelo legislador – ela possui um conteúdo material que é imprescindível.[92]

A ofensividade consiste em uma norma constitucional de caráter duplo, exercendo tanto uma barreira como um critério de orientação legislativa. No momento *ex ante* a criação da norma penal, limitando as condutas passíveis de tipificação às ações que atendam ao mínimo de potencial lesivo; no momento *ex post*, como critério hermenêutico-aplicativo ao magistrado, que deverá verificar se a conduta atendeu a necessária ofensa ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal.[93] Pelo seu caráter duplo – regra e princípio – ao mesmo tempo em que não é possível a ponderação dos preceitos estabelecidos pela ofensividade, os seus critérios, por assumirem também a feição de princípio, estabelecem um fim cuja busca deverá orientar todo o ordenamento jurídico-penal. Em outras palavras, no plano de *lege ferenda*, a ofensividade exerce um imprescindível parâmetro de orientação legislativo e, no plano de *lege lata*, necessário vínculo

---

zione legislativa nel nuovo codice e l'eccezionalità delle deroghe" (MANTOVANI, Ferrando. Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale, cit., p. 323-324).

89. D'AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico, cit., p. 73-75.

90. Idem, p. 73.

91. Idem, ibidem.

92. Idem, p. 74.

93. D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*, cit., p. 55.

de aferição da legitimidade do ilícito-típico, reitor do processo hermenêutico constitucionalmente orientado.[94]

## 6. O BEM JURÍDICO-PENAL COMO BASE DO CONTEÚDO MATERIAL DO CRIME

O conteúdo material do crime consiste na indagação acerca da legitimidade material da aplicação penal em certos comportamentos humanos, i.e., questionar-se-á se determinada conduta possui legitimidade para ser considerada como crime e incidir sobre o infrator uma sanção. O conceito formal, por outro lado, considerará crime toda e qualquer conduta descrita como tal pelo legislador, independente de fatores externos. A formulação proposta por este conceito é atualmente rechaçada, pois ela não analisa a *função* ou *os limites* do Direito Penal, nem expõe quais são os comportamentos – e suas *qualidades* – sobre os quais devem recair uma sanção criminal. O questionamento acerca do conteúdo material do crime apenas possui relevância e sentido quando a sua formulação estiver *fora* da esfera do Direito Penal legislado (*acima* ou *atrás*). O conceito material, nesse sentido, consiste em um *padrão crítico* fornecido ao legislador *previamente* ao processo de criação legislativa, apontando, pois, quais são os comportamentos que podem e devem ser criminalizados e os comportamentos sobre os quais não pode o Direito Penal recair.[95]

94. D'AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico, cit., p. 74-75.

95. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de Op. cit., p. 106-107. Podemos ainda relacionar outros entendimentos com relação ao conteúdo do crime, como a perspectiva positivista-sociológica e a perspectiva moral (ético)-social. O conceito positivista-sociológico consiste em uma tentativa de ultrapassar os limites que as formulações positivistas-legalistas possuem quando da análise do conceito de crime. Para essa formulação, deveríamos separar, dentro do arcabouço legal, os comportamentos que objetivo e universalmente pudesse ser considerado como crime dentro de uma realidade social (Id., p. 108). A primeira tentativa nesse sentido partiu de Garofalo, o qual criticava a escola naturalista pelo fato de os seus expoentes, ao estudarem o delinquente, "esquecerem" de expor o que era entendido por delito. Apenas seria possível sabermos quem é o delinquente se soubermos o que é o crime. Para o autor, a construção do delito deve partir de uma perspectiva sociológica, entendendo que não há conduta universalmente considerada criminosa nem universalmente punida (GAROFALO, Raffaele. *Criminologia*: estudo sobre o delito e a repressão penal. São Paulo: Teixeira e Irmão Editores, 1893. p. 01, 02 e 04). Para Garofalo, o crime consiste na "ofensa feita à parte do senso moral formado pelos sentimentos altruístas de piedade e de probidade". Essa ofensa representa o chamado delito natural, sendo essa definição não a verdadeira delimitação do crime, porém apenas uma de suas faces, pois nem

No refletir dogmático das questões jurídico-penais podemos partir das consequências da norma penal – a pena – ou do objeto da norma – o ilícito. Na compreensão centrada na pena, sendo atualmente Jakobs um dos maiores defensores, a indagação acerca do bem jurídico perde espaço. O Direito Penal possui o propósito maior de manutenção das expectativas normativas.[96] Esse

---

toda conduta imoral é considerada criminosa. É crime apenas "uma espécie particular de imoralidade" (Id., p. 35 e 36). Explica Bruno que Garofalo tentou fundamentar o crime "na ofensa trazida pelo crime ao senso moral comum, constituído por sentimentos altruísticos fundamentais", como a piedade e a probidade. A piedade, ou benevolência, consiste no sentimento de repugnância ocasionada pelas condutas cruéis. A probidade, ou justiça, refere-se ao sentimento de respeito ao outro, seja de ordem material ou moral, como bens, direitos, reputação, honra e tranquilidade pessoal (BRUNO, Aníbal. *Direito Penal:*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1956. vol. 1, t. 1, p. 274). Para Durkheim, a única característica comum em todos os crimes consiste no fato de eles representarem ações reprovados por todos os membros de uma determinada sociedade. Ele define o crime como a ação que "ofende os estados fortes e definidos da consciência coletiva" (DURKHEIM, Émile. *A divisão do trabalho social*. 2. ed. Lisboa: Presença, 1977. vol. I, p. 91 e 99). A perspectiva moral (ético)-social busca o fundamento do crime na violação de deveres ético-sociais fundamentais. A função do Direito Penal é assegurar a proteção dos valores fundamentais da ordem social por meio de normas ético-sociais. Adentram, nessa perspectiva, noções religiosas de ética, de moralidade, de pecado e de castigo. Tal fundamentação, entretanto, é atualmente refutada pela doutrina, pois *não é função do direito penal tutelar a virtude ou a moral* (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. cit., p. 111-112).

96. Nas palavras do autor: "A legitimação material consiste no fato de as leis penais serem necessárias à manutenção da configuração da sociedade e do Estado. Não existe um conteúdo genuíno das normas penais; os conteúdos possíveis orientam-se segundo o contexto da regulação em questão. (...) A contribuição que o Direito Penal presta à manutenção da configuração da sociedade e do Estado é a garantia de normas" (JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal*: teoria do injusto penal e culpabilidade. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 61). A teoria da pena trabalhada por Jakobs consiste na chamada prevenção geral positiva, cuja finalidade é a manutenção da vigência da norma como modelo de contrato social. Com a imposição de uma sanção, estar-se-á reafirmando que a norma violada segue vigente, assim como as consequentes expectativas decorrentes dela. A pena exerceria a função de estabilização das expectativas sociais. Explica Lynett que, "Se a sociedade se estrutura através de normas, entendidas como 'esquemas simbólicos de orientação', e através das quais uma sociedade assinala os aspectos fundamentais de sua configuração, o relevante não é uma lesão externa de uma situação valiosa (v.g., a vida, a propriedade etc.), mas o *significado* da conduta: com seu comportamento o infrator expressa (comunica) que para ele não vigem as expectativas fundamentais, senão sua própria concepção de mundo". A pena, nesse

modo de compreensão do Direito Penal abre espaços para um sistema jurídico-penal cujas bases legitimam a exclusão de garantias fundamentais do ser humano, fundado em meras questões pessoais ou sociais do agente, possibilitando o seu tratamento como não pessoa e segregando-o indefinidamente.[97]

---

sentido, expressaria que a negação da conduta do agente não possui validade e a norma violada continua vigente (LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 11-29). Ensina Buonicore e Teixeira Neto que a visão funcionalista de Jakobs é demasiadamente extrema e nefasta para "um direito penal que pretenda coadunar-se aos postulados do Estado Democrático de Direito", cuja compreensão do direito penal recai a uma exacerbada orientação funcional, "em que nada parece escapar às demandas de *utilidade* e *conveniência*". A dogmática jurídico-penal, antes devendo ser vista como pressuposto basilar das decisões político-criminais, passa a ser suprimida por fins unicamente preventivos de inocuização do indivíduo perigoso (BUONICORE, Bruno Tadeu; TEIXEIRA NETO, João Alves. A fundamentação onto-antropológica do direito penal: por uma concepção dogmática de resistência ao pensamento funcional. In: FAYET JÚNIOR, Ney; SANTOS, Daniel Leonhardt dos (org.). *Perspectivas em ciências penais*. Porto Alegre: Elegantia Juris, 2014. p. 111).

97. Como exposto pelo autor em JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org. e trad.). *Direito penal do inimigo*: noções críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 21-50. Essa abertura à exclusão das garantias fundamentais do indivíduo é perceptível principalmente na elaboração do chamado direito penal do inimigo cujas manifestações possuem as características de um direito penal expansivo, de frequente ampliação do seu âmbito de intervenção e de flexibilização dos princípios e garantias jurídico-penais do Estado de Direito. Explica Gracia Martín que o termo "inimigo" possui uma forte carga ideológica e emocional, fortemente presente em regimes políticos totalitários, nos quais há a presença constante de etiquetamento e estigmatização dos dissidentes e discrepantes do regime. Esses Estados, na tentativa de controle desses grupos, elaboram leis penais "sem qualquer conteúdo de justiça", estabelecidas sob a premissa do combate contra os supostos inimigos. Jakobs estabelece a ideia de inimigo em contraposição com a noção de cidadão, distinguindo o Direito Penal em Direito Penal do Inimigo e Direito Penal do cidadão. O delinquente "normal", ao infringir a vigência de uma norma, recai sobre ele uma sanção cuja intenção consiste no equilíbrio do dano acarretado à vigência dessa norma. Ele deve ser tratado como um cidadão, uma pessoa que por sua escolha violou a vigência da norma. Contrariamente, o inimigo é o sujeito que, pela sua atitude, distancia-se (de forma duradoura e não acidental) do Direito aceito pela sociedade e que, em virtude disso, não proporciona "a segurança cognitiva mínima de um comportamento pessoal". Tendo em vista a efetiva existência desses indivíduos (cujas condutas proporcionam a falta de segurança cognitiva) e o perigo que eles acarretam à vigência da norma jurídico-penal, não é possível esse problema ser respondido pelo tradicional Direito Penal,

Acreditamos ser essa estrutura a menos adequada para a solução dos conflitos jurídico-penais na atual sociedade complexa.

As condições materiais que devem revestir a conduta para ser possível o enquadramento em um ilícito-típico "é, e sempre será, o problema primeiro do direito penal".[98] O questionamento sobre o que pode ser considerado materialmente crime é fundamental para verificar a legitimidade tanto da punição quanto da própria proibição penal. Devemos compreender o Direito Penal centrado no objeto da norma, o ilícito.[99] O ilícito deve assumir o ponto

---

surgindo a necessidade, pela falta de alternativa possível, do estabelecimento de um Direito Penal do inimigo, com regras e princípios próprios. Esse Direito Penal possui fins diferentes aos propostos pelo Direito Penal comum (manutenção das expectativas normativas), como a "guerra contra o inimigo, cujo único fim seria a exclusão e inocuização deste". Expõe Gracia Martín que "O Direito Penal do inimigo é a disciplina jurídica da *exclusão* dos inimigos, que se justifica atualmente porque estes não são pessoas, e, conceitualmente, vislumbra uma *guerra* cujo alcance, limitado ou total, depende do que se possa temer em relação a eles. (...) Mediante o Direito Penal do inimigo o Estado já não dialoga com os cidadãos para manter a vigência da norma, mas combate seus inimigos, isto é, combate perigos e, por isso, nele, 'a pena se dirige à conservação com respeito a fatos futuros, e não à sanção de fatos já perpetrados'". Nessa atuação do Estado no combate aos inimigos, estabelece-se o afastamento das garantias matérias e processuais presentes no Direito Penal tradicional. Há, ainda, a excessiva antecipação da punibilidade, abrangendo condutas de caráter preparatório (ou mesmo de elaboração psíquica) e a excessiva desproporcionalidade das penas aplicadas a esses casos. Nesse contraste, "o Direito Penal do cidadão seria um ordenamento de *pacificação dos cidadãos*, enquanto o Direito Penal do inimigo seria um ordenamento de *guerra contra inimigos*" (GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 75-92).

98. D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo, cit., vol. I.

99. Explica D'Avila que, nessa perspectiva, ilícito e pena devem fundamentar-se em bases distintas, não podendo o ilícito ser justificado pela simples necessidade de pena, isto é, deve-se primeiro analisar, como explica o autor, "a existência de "dignidade de proibição penal" (*Strafverbotswürdigskeit*), para, então, constatada a sua existência – e, portanto, a existência do ilícito –, verificar a "necessidade de pena" (*Pönalisierungsbedürftigkeit*)". A legitimidade desse ilícito deve ser buscada e, consequentemente, orientada pela sua dimensão material, "no fragmento de realidade que lhe confere concretude", sem recairmos, contudo, em reducionismos utilitaristas, devendo-se sempre embasarmos essa reflexão a partir da racionalidade axiológica (D'AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal. O problema da expansão da intervenção penal, cit., p. 52). Sobre esse posicionamento, ver também BUONICORE, Bruno Tadeu. *O fundamento onto-antropológico da culpa*: contributo para o estudo do

central na compreensão da estrutura dogmática do crime,[100] sendo a função primeira da norma penal a proteção do bem jurídico.[101] I.e., "um ilícito penal teleologicamente voltado à tutela de bens jurídicos".[102] A ofensividade assume, nessa perspectiva, a forma jurídico-normativa de percepção do intolerável atingimento do objeto de proteção da norma, que se manifesta no dano/violação, concreto pôr-em-perigo e cuidado-de-perigo.[103]

Os bens jurídico-penais, objeto de tutela da norma penal, não devem ser constructos elaborados pelo direito. Não cabe ao Direito Penal a tarefa de produzi-los, mas sim de proceder ao seu adequado reconhecimento, necessário reflexo "de realidades que transcendem a ordem jurídico-penal e condicionam o

conteúdo material da culpabilidade na dogmática penal contemporânea. Dissertação de Mestrado, Porto Alegre, PUCRS, 2014.

100. D'AVILA, Fabio Roberto. Ontologismo e ilícito penal. Algumas linhas para uma fundamentação onto-antropológica do direito penal, cit., p. 266.

101. FARIA COSTA, José Francisco de. *Noções fundamentais de direito penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 23. Explica Faria Costa que a função do direito penal consiste na proteção ao bem jurídico que tenha dignidade penal, mas não só. Agrega-se a essa função o dever de garantia, de segurança e de coesão que devem estar associadas ao Direito Penal. A garantia está representada no conhecimento que o indivíduo deve possuir das condutas consideradas ilícitas dentro do ordenamento jurídico. A atividade legiferante, explica o autor, constitui "uma barreira à tendência centrípeta de esmagamento que o poder do Estado sempre desenvolve em face dos direitos fundamentais da pessoa humana". Isso é uma garantia do indivíduo. Ele "tem de conhecer, antecipadamente, as condutas que lhe estão penalmente vedadas praticar, o que lhe permite, em intelecção inversa, conhecer o universo dos comportamentos irrelevantes para o direito penal. Conhecer, assim, os comportamentos que não entram na discursividade jurídico-penal. Conhecer, digamo-lo ainda de maneira mais impressiva, os comportamentos penalmente permitidos". A função de segurança deve ser entendida como o sopesamento da "legítima representação interior do "eu" a poder viver, se bem que socialmente integrado, em uma relação de cuidado para consigo e também com a não menos legítima pretensão externa de exigência de aquela relação de segurança dever ser protegida pelo direito penal". A coesão representa, como função do Direito Penal, ao punir o comportamento violador do bem jurídico, dar "sentido da unidade do homem", assumindo "a tarefa de dar coesão ao todo social". Explica o autor que a coesão representa uma "função e não um valor, o que quer significar que o direito penal não deve proteger (...) a coesão enquanto valor em si e por si, ainda que ligado (...) à densidade irreprimível de outros valores" (Idem, p. 23-25).

102. D'AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico, cit., p. 77.

103. D'AVILA, Fabio Roberto. Ontologismo e ilícito penal. Algumas linhas para uma fundamentação onto-antropológica do direito penal, cit., p. 266.

seu âmbito legítimo de tutela".[104] Nesse sentido, estamos de acordo com D'Avila, que expõe ser o bem jurídico-penal a "representação jurídica de um valor transcendente e corporizável", cuja verificação será orientada axiológico-constitucionalmente, com necessária correspondência de sentido e de fins entre a Constituição e os valores por ela tutelados. Necessário observar, ainda, que a construção desse valor deve partir de uma referência histórico-comunitária; sempre será um objeto organizado comunitariamente e historicamente datado, reflexo de uma realidade social.[105] Entretanto, para que um crime seja legítimo, não basta a aferição do valor, em um juízo axiológico positivo *ex ante* e sob o crivo da Constituição; é necessária, também, a verificação *negativa* da ofensa necessária a causar lesão ao bem tutelado pela norma penal. Isso significa dizer que é imperativa a verificação da ofensividade da conduta para perfectibilizar a legitimidade do crime, em uma necessária análise do desvalor do resultado.

Na atual conjuntura, é indiscutível que o uso do Direito Penal só é legítimo como fim último do poder estatal, assim como somente se adequado e necessário para a realização do fim a que se propõe, evitando-se sempre a desproporcionalidade. Em outras palavras, o Direito Penal representa a *ultima ratio* de proteção dos bens jurídicos.[106] Sendo o ilícito penal a intervenção de maior

104. D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo, cit. Explica Greco que uma das dificuldades encontrada na precisa definição do bem jurídico é fato de seu fundamento dever partir em algo externo à própria lei, pois, sendo ele uma barreira ao processo de criminalização, não pode fundamentar-se internamente. Deve-se, por isso, buscar um fundamento em algo superior à lei ou externo a ela (GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (org.). *Novos rumos do direito penal contemporâneo*: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 404).

105. D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo, cit.

106. SCHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., p. 67. Nesse sentido, expõe Roxin que o "Direito Penal deve assegurar, como *ultima ratio* e respeitando todos os direitos fundamentais, a convivência livre e pacífica dos cidadãos. Se se parte dessa finalidade, deve-se entender por "bem jurídico" tudo o que for indispensável para cumpri-la" (ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 184). A intervenção penal apenas deve ser aplicada, conforme escreve Queiroz, "nas hipóteses de singular, singularíssima mesmo, afronta a bens jurídicos fundamentais e para cuja repressão não bastam as sanções do ordenamento jurídico 'ordinário-principal'". O Direito Penal possui uma

gravidade na esfera de liberdade individual, apenas estará legítimo o Estado em recorrer ao Direito Penal quando não houver outro meio menos gravoso para sancionar a prática de determinada conduta.[107] Essa perspectiva possui fundamento no princípio constitucional da proporcionalidade e da necessidade, devendo sempre, quando na presença de duas modalidades de restrições à liberdade idôneas, optar pela de menor gravidade ao indivíduo. Possui importância na orientação ao legislador, pois, amparados nesse princípio, devemos verificar quando será ou não necessária a aplicação de uma pena para coibir a prática de determinado comportamento.[108] Não deve o Direito Penal ser empregado quando outras formas de sanção ou meios de controle social se mostrem adequadas e suficientes para exercer a proteção do bem jurídico. "Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais".[109]

Outro importante princípio ao qual se deve atender quando da análise jurídico-penal relacionada ao bem jurídico é o da proporcionalidade. Constitucionalmente amparado, o princípio da proporcionalidade foi reconhecido pelo Tribunal Constitucional alemão e atualmente é aceito pela doutrina majoritária.[110] Segundo esse princípio, deve-se respeitar a idoneidade (*Geeignetheit*), a necessidade (*Erforderlichkeit*) e a exigibilidade (*Zumutbarkeit*) como critério para aferir o que é gravemente adequado e justo na aplicação do Direito Penal.[111] A *idoneidade* refere-se ao problema empírico de verificação da

natureza secundária e representa uma "exigência político-jurídica dirigida ao legislador" (QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 70-71). Sobre a diferença entre *ultima ratio* e o chamado direito penal mínimo, Cf. MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Derecho penal mínimo y nuevas formas de criminalidad. *Más Derecho?: Revista de ciencias jurídicas*. n. 4, Buenos Aires, set./2004, p. 299-323.

107. GRECO, Luís. Op. cit., p. 416.

108. Idem, p. 417.

109. BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Régis. *Doutrinas essenciais de direito pena:* Princípios fundamentais do direito penal. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 1, p. 345 e ss.

110. NEUMANN, Ulfrid. El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena. In: HIRSCH, Andrew von et. al. (orgs.). *Límites al derecho penal:* principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2012. p. 202.

111. HASSEMER, Winfried. El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico jurídico-penales. In: HIRSCH, Andrew von et. al. (orgs.). *Límites al derecho penal:* principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2012. p. 193.

capacidade que possui determinado meio para atingir um fim proposto pelo Estado de Direito, analisando-se as consequências provenientes da intervenção da norma penal. A pergunta acerca da idoneidade "se dirige a la aptitud del medio de cuya aplicación proporcional se trata".[112] A *necessidade* consiste em uma correspondência instrutiva ao Direito Penal, o qual deve sempre, em casos de igual idoneidade, optar pelo de menor gravidade, aproximando-se dos preceitos do referido princípio da *ultima ratio*. A análise da idoneidade e da necessidade encontra-se atualmente, conforme expõe Hassemer, relegada em prol da aplicação dos meios mais graves e lesivos do Direito Penal em função do temor, do medo e da necessidade de controle que domina a "práxis atual": "la orientación decididamente preventiva del Derecho Penal moderno no es propicia a los límites de la intervenciones que derivan de operar con la inexigibilidad o la indisponibilidad".[113] Depois de passados os dois primeiros níveis de análise, a *exigibilidade* – também denominada de proporcionalidade em sentido estrito – consiste na ponderação entre a conduta delituosa e que o se considera inaceitável em um Estado de Direito, na exigência de equilíbrio "entre os meios utilizados e os fins colimados".[114] Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade representa um importante critério de sopesamento no conflito entre direitos fundamentais, bens jurídicos e interesses,[115] proibindo-se tanto o excesso como a atuação insuficiente.[116]

---

112. Idem, p. 194.

113. Idem, p. 195 e 198.

114. SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Doutrinas essenciais de direitos humanos*. vol. 2. ago./2011, p. 555 e ss.

115. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade. *Revista dos tribunais*. vol. 719. São Paulo: Ed. RT, set./1995, p. 57 e ss.

116. Conforme explica SARLET: "Tal princípio acabou transformando-se em um dos pilares do Estado Democrático de Direito e da correspondente concepção garantista do direito (...). De outra parte, a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente, como ainda será desenvolvido, a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, em que encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados" (SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 555 e ss). Expõe Sarlet, ainda, que "a violação da proibição de insuficiência, (...)

Neumann, por outro lado, critica a capacidade que o princípio da proporcionalidade possui em frear a força do poder punitivo por duas razões. Primeira, a proporcionalidade "es un principio débil porque su aplicación exige una pluralidad de valoraciones que no vienen determinadas por el principio miso en cuestión". Segunda, "esta debilidad no cuestiona en lo fundamental la potencia argumentativa del principio de proporcionalidad como eficaz limitación del Derecho Penal".[117] Essas críticas não são, porém, suficientes para afastar a aplicação do princípio da proporcionalidade na análise dos problemas jurídico-penais contemporâneos, tendo em vista que elas são cabíveis apenas a um modelo jurídico cujos pressupostos estão embasados na proporcionalidade como único instrumento de ponderação crítica. Entretanto, esse princípio não deve vir desassociado de outros princípios, pelo contrário, é necessária uma união de forças – entre, p. ex., a ofensividade, a *ultima ratio*, a legalidade e a proporcionalidade – para a justa e adequada aplicação do Direito Penal.

## 7. CONCLUSÃO

Com base na exposição realizada neste trabalho, podemos traçar os seguintes apontamentos finais:

1. A concepção de crime como ofensa ao bem jurídico reflete um modelo de Estado laico, plural e tolerante, no qual não há espaço para a tutela de preceitos éticos ou morais, comportamentos antissociais ou violações de mero dever, nem a criminalização de vontades delituosas. O Direito Penal deve centrar-se na tutela do bem jurídico axiológico-constitucionalmente orientado. Segundo esta concepção, centrada na ofensa a bens jurídicos, não é suficiente apenas preencher os requisitos formais de tipicidade para caracterizar o ilícito-típico,

encontra-se habitualmente representada por uma omissão (...) do poder público, no que diz respeito ao cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção", porém, alerta o autor, essa concepção não se esgota na precisa dimensão da *omissão*, como se verifica, por exemplo, no processo de descriminalização, no qual não há uma omissão em sentido próprio da palavra. Por esse motivo, entende que a terminologia mais correta não seria proibição de omissão ou proibição de defeito, como proposto por Gilmar Ferreira Mendes e Joaquim José Gomes Canotilho, respectivamente, mas *proibição de insuficiência* (SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e da insuficiência em matéria criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (orgs.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. 2. ed. Porto Alegre: ediPUCRS, 2012. p. 211).

117. NEUMANN, Ulfrid. Op. cit., p. 204.

é necessário, pois, a observância dos preceitos da ofensividade. O bem jurídico-penal é o pilar que sustenta o ilícito, o qual representa um valor positivo e expressa a intenção axiológica da norma. A ofensa representa a essência da ofensividade. A sua forma capaz de configurar o desvalor de resultado estrutura-se no dano/violação e no perigo/violação.

2. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico consiste em um imperativo constitucional inderrogável e imponderável. A ofensividade deve ser analisada como uma norma de princípio e de regra a um só tempo, exercendo sobre todo o ordenamento jurídico-penal a orientação quanto à forma que deve assumir a norma penal e, ao mesmo tempo, seus preceitos são irrenunciáveis e impassíveis de ponderação. Apenas é constitucionalmente legítimo o crime cuja conduta lesione ou ponha em perigo um bem jurídico-penal axiológico-constitucionalmente orientado. Não é possível o afastamento das prerrogativas atinentes à ofensividade em função de interesses político-criminais que delas estejam desassociados. Antes do questionamento político-criminal, deve-se questionar à normatividade sobre a legitimidade jurídica de determinada questão.

3. Para a aferição da legitimidade da proibição penal e sua punição, é fundamental o questionamento do que pode ser considerado materialmente crime. A estrutura dogmática do crime deve ser compreendida pelo seu objeto central, o ilícito, sendo a função primeira da norma penal a proteção do bem jurídico. Os bens jurídico-penais não são construções elaboradas pelo direito. O Direito Penal não possui a tarefa de produzi-los, mas apenas de proceder ao seu adequado reconhecimento, em um necessário reflexo à realidade transcendente ao ordenamento jurídico-penal. O bem jurídico-penal consiste em um valor transcendente à ordem jurídico-penal, verificado por uma orientação axiológico-constitucional. Ele deve possuir estrita correspondência de sentido e de fins com a Constituição. A sua materialização no ordenamento jurídico-penal está condicionada ao entendimento histórico-comunitário de uma determinada sociedade, cujo objeto será sempre um reflexo da realidade social.

## 8. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Régis. *Doutrinas essenciais de direito penal*: Princípios fundamentais do direito penal. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 1.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal:* Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1956. vol. 1, t. 1.

BUONICORE, Bruno Tadeu. *O fundamento onto-antropológico da culpa*: contributo para o estudo do conteúdo material da culpabilidade na dogmática penal contemporânea. Dissertação de Mestrado, Porto Alegre, PUCRS, 2014.

_____; TEIXEIRA NETO, João Alves. A fundamentação onto-antropológica do direito penal: por uma concepção dogmática de resistência ao pensamento funcional. In: FAYET JÚNIOR, Ney; SANTOS, Daniel Leonhardt dos (orgs.). *Perspectivas em ciências penais*. Porto Alegre: Elegantia Juris, 2014.

CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo. *Elementi di diritto penale*: parte generale. 2. ed. Pádua: CEDAM, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Portugal: Almedina, 2003.

CASTANHEIRA NEVES, A. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema" – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito*. vol. LXXIV. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998.

DARCIE, Stephan Doering. *O fundamento da tentativa em direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. In: ANDRADE, Manuel da Costa et. al. (orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Ed., 2009. vol. I.

_____. Filosofia e direito penal. Sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. In: _____. *Ofensividade em direito penal*: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. Funcionalismo versus normativismo no direito penal contemporâneo. In: _____. *Ofensividade em direito penal*: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. Liberdade e segurança em direito penal. O problema da expansão da intervenção penal. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*. v. 11. n. 71. Porto Alegre: IOB. p. 49-52, dez.-jan./2012.

_____. O direito e a legislação penal brasileiros no séc. XXI: entre a normatividade e a política criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó. *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. 2. Ed. Porto Alegre: ediPUCRS, 2012.

_____. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. Ontologismo e ilícito penal. Algumas linhas para uma fundamentação onto-antropológica do direito penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Novos rumos do direito penal contemporâneo*: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. In: _____. *Ofensividade em direito penal*: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

DURKHEIM, Émile. *A divisão do trabalho social*. 2. ed. Lisboa: Presença, 1977. vol. I.

FARIA COSTA, José Francisco de. *Noções fundamentais de direito penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

_____. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

FELDENS, Luciano. Constituição e direito penal: o legislador entre a proibição, a legitimidade e a obrigação de penalizar. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (org.). *Novos rumos do direito penal contemporâneo*: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. 2. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2007. t. I: questões fundamentais.

GAROFALO, Raffaele. *Criminologia*: estudo sobre o delito e a repressão penal. São Paulo: Teixeira e Irmão Editores, 1893.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

GRACIA MARTÍN, Luis. *O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo*. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Ed. RT, 2007.

GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (org.). *Novos rumos do direito penal contemporâneo*: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GROSSO, Carlo Federico et. al. *Manuale di diritto penale*: parte generale. Milão: Giuffrè Editore, 2013.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade. *Revista dos tribunais*. vol. 719. São Paulo: Ed. RT. p. 57 e ss. set./1995.

HASSEMER, Winfried. El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales. In: HIRSCH, Andrew von *et. al.* (orgs.). *Límites al derecho penal*: principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2012.

JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org. e trad.). *Direito penal do inimigo*: noções críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Tratado de direito penal*: teoria do injusto penal e culpabilidade. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

KAUFMANN, Armin. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (orgs.). *Direito penal e funcionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MANES, Vittorio. *Il principio di offensività nel diritto penale*: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza. Turim: G. Giappichelli Editore, 2005.

MANNA, Adelmo. *Corso di diritto penale*: parte generale. 2. ed. Pádua: CEDAM, 2012.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale:* parte generale. 8. ed. Pádua: CEDAM, 2013.

_____. Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. v. 40, n. 2. Milano. p. 313-337. abr.-jun./1997.

_____. *Principi di diritto penale*. Pádua: CEDAM, 2002.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*: le norme penali: fonti e limiti di applicabilità, il reato: nozione, estruttura e sistematica. 3. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2001. vol. I.

_____; _____. Constituição e escolha dos bens jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. v. 4. n. 2. Coimbra, abr.-jun./1994.

_____; _____. Derecho penal mínimo y nuevas formas de criminalidad. *Más Derecho?*: *Revista de ciencias jurídicas*. n. 4. Buenos Aires, set./2004.

NEUMANN, Ulfrid. El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena. In: HIRSCH, Andrew von et. al. (orgs.). *Límites al derecho penal:* principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2012.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RAMACCI, Fabrizio. *Corso di diritto penale*. 4. ed. Turim: G. Giappichelli Editore, 2007.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Parte Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. vol. I.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Doutrinas essenciais de direitos humanos*. ago./2011. vol. 2.

_____. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e da insuficiência em matéria criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (orgs.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. 2. ed. Porto Alegre: ediPUCRS, 2012.

SCALCON, Raquel Lima. *Ilícito e pena*: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y víctimo-dogmática. In: HIRSCH, Andrew von et. al. (orgs.). *Límites al derecho penal*: principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2012.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A propósito de se aferir a legitimidade de intervenção do direito penal (a partir de uma análise sobre a dignidade penal do bem jurídico que se pretende tutelar), de Karla Padilha Rebelo Marques – *RBCCrim* 119/273-302 (DTR\2016\4878);
- O princípio da ofensividade nos julgados do supremo tribunal federal: uma análise do (des)conhecimento da defesa de bens jurídicos enquanto princípio formador do direito penal, de Décio Franco David – *RBCCrim* 115/17-57 (DTR\2015\11451); e
- O que protege o direito penal? Bens jurídicos ou vigência da norma?, de José Francisco Dias da Costa Lyra – *RBCCrim* 97/143-182 (DTR\2012\450320).

85976

# JUSTIFICAÇÃO (SEGUNDA PARTE)

## *JUSTIFICATION (PART II)*

**EUGENIO RAÚL ZAFFARONI**

Professor emérito de Direito Penal e Criminologia da Universidade de Buenos Aires.
Doutor *Honoris Causa* pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Vice-presidente da Associação Internacional de Direito Penal.

**NILO BATISTA**

Professor titular de Direito Penal que foi da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Presidente do Instituto Carioca de Criminologia.

**ALEJANDRO ALAGIA**

Professor-Adjunto da Universidade de Buenos Aires.

**ALEJANDRO SLOKAR**

Professor-Adjunto da Universidade de Buenos Aires.

**ÁREA DO DIREITO:** Penal; Processual

**RESUMO:** O texto – segunda parte de capítulo inédito da obra coletiva *Direito Penal Brasileiro* – dá continuidade ao exame das causas de justificação. No estudo do estado de necessidade chama-se a atenção para a peculiaridade do direito brasileiro (justificação mesmo quando haja paridade valorativa entre o bem sacrificado e o bem salvo). Também os requisitos do estado de necessidade são examinados, bem como o excesso. A atuação oficial direta ou delegada,

**ABSTRACT:** The text – second part of an unpublished chapter of the collective work *Direito Penal Brasileiro* – gives way the analysis of the justification causes. In the study of necessity defense, the text emphasizes the peculiarity of Brazilian law (justification even when there is equal merit between the interest sacrificed and the interest saved). The necessity defense's requisites are also examined, as well as the excess itself. Official acting, whether direct or delegated,

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Justificação (segunda parte). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 121. ano 24. p. 51-97. São Paulo: Ed. RT, julho. 2016.

a autotutela e a autorização (licenças) são examinadas, assim como certos campos problemáticos (direito de correção, direito de resistência, direito de manifestação do pensamento e outros). A legítima defesa ou o estado de necessidade contra atuação oficial ilícita é igualmente objeto de estudo, que se encerra com o exame do concurso de causas de justificação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado de necessidade - Exercício regular de direitos - Atuação oficial ilícita.

self-protection and authorization (permits) are investigated, just like certain problematic fields (right of correction, right of resistance, freedom of speech, among others). Self-defense or the necessity defense against illicit official act is equally object of the present study, which is closed by the exam of concurring justification causes.

**KEYWORDS:** Necessity defense - Regular exercise of rights - Illicit official act.

SUMÁRIO: I. Necessidade justificante e exculpante - II. Requisitos do estado de necessidade - III. A atuação oficial direta ou do particular - por delegação ou autorização - como possíveis exercícios de um direito - IV. Outros possíveis exercícios de direito - V. Legítima defesa e estado de necessidade contra a atuação oficial ilícita - VI. Concurso de causas de justificação - Bibliografia.

## § 42. ESTADO DE NECESSIDADE E OUTRAS JUSTIFICATIVAS

## I. NECESSIDADE JUSTIFICANTE E EXCULPANTE

1. A necessidade desempenha um papel central na legítima defesa, no estado de necessidade justificante e na exclusão da culpabilidade. Nos três campos seu conceito é o mesmo: entende-se haver necessidade quando o sujeito não dispõe de outro meio menos danoso para preservar um direito em perigo. Contudo, a defesa está legitimada pela necessidade sem meticulosas considerações sobre a magnitude da lesão efetuada pelo defendente por causa da ilicitude da agressão, excetuando-se apenas reações defensivas que desbordem da racionalidade por aberrantes (e, assim, desnecessárias). Já no estado de necessidade, não se legitima qualquer lesão efetuada pelo necessitado, porque não ocorre nenhuma agressão injusta por parte de quem suporta o dano a seu(s) bem(ns) jurídico(s). Assim, no estado de necessidade ganha primeiro plano a ponderação entre o mal evitado e o mal causado; dessa ponderação advém um limite para a justificação da conduta. Poderá ocorrer também que, a despeito da maior valia do bem sacrificado sobre o bem salvo, circunstâncias do fato tornem inexigível do sujeito conduta diversa da que exteriorizou: não se poderá falar de exclusão da antijuridicidade (ou seja, de estado de necessidade justificante), porém será forçoso reconhecer a falta de culpabilidade por inexigibilidade de conduta conforme o direito (surgindo, assim, o que se chama de estado de necessidade exculpante).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Justificação (segunda parte). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 121. ano 24. p. 51-97. São Paulo: Ed. RT, julho. 2016.

2. O debate doutrinário sobre isso foi considerável, e em boa parte da matéria não existe acordo. Na doutrina francesa, já que o *Code* napoleônico não contemplava nenhuma disposição a respeito, produziu-se enorme discussão,[1] recorrendo-se à *contrainte morale* que, obviamente, pouco tinha a ver com justificação. Admitida pela jurisprudência a justificação por estado de necessidade, sustentou-se que quando fossem os bens em conflito de igual valor somente caberia acudir-se à *contrainte morale,*[2] tese que continua sendo sustentada na vigência do código de 1994,[3] embora alguns autores procurem atribuir-lhe efeito justificante.[4] Na Alemanha, onde o código prussiano seguira no ponto o modelo napoleônico, tampouco era o estado de necessidade tratado pelo código imperial de 1871 com a amplitude e os efeitos hoje reconhecidos no direito penal comparado. A doutrina considerou em certa época que o estado de necessidade dispunha apenas de efeitos exculpantes. Logo, a partir do critério de ponderação dos males, estimou-se haver um estado de necessidade justificante e outro exculpante. Na raiz do problema, o § 54 do *StGB* de 1871 circunscrevia o estado de necessidade a perigos para a vida ou a pessoa do sujeito ou de seus próximos. Apelando ao código civil, logrou a doutrina distinguir um estado de necessidade *agressivo* (fundado no § 904 *BGB)* e outro *defensivo* (a partir do § 228 *BGB*), construindo também um estado de necessidade *supralegal* justificante, diferente do exculpante (§ 54 *StGB*), ao qual se agregava a coação (§ 52 *StGB*). Hippel pensava que o estado de necessidade era sempre justificante,[5] solução ainda propugnada, desde a Espanha, por Gimbernat Ordeig, Mir Puig e Luzón Peña.[6] Helmuth Mayer e Arthur Kaufmann sustentaram que, no caso de colisão de bens de igual valor, teríamos uma não proibição, porém não reconheciam aí justificação,[7] enquanto Maurach, por conta da segmentação que introduz na culpabilidade, afirma não tratar-se propriamente de exculpação, e sim de exclusão da responsabilidade.[8] O código alemão de 1974 adotou o critério diferenciador, regulando no § 34 o estado de necessidade justificante e no § 35 o estado de necessidade exculpante; tal critério é aceito de modo geral

1. Cf. Pradel, p. 404.
2. BOUZAT-PINATEL, *Traité de Droit Pénal et de Criminologie*. vol. I, p. 372.
3. Assim DESPORTES-LE GUNEHEC, p. 507.
4. PRADEL, p. 409.
5. HIPPEL, Robert von. 1930. v. II, p. 234.
6. Cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *NPP*. 1974, p. 91-107.
7. MAYER; HELMUTH. 1967, p. 133-134; KAUFMANN, Arthur *Fest. f. Maurach*. p. 93.
8. MAURACH, p. 399.

pela doutrina.[9] No entanto, um setor doutrinário alemão constrói por analogia um estado de necessidade defensivo que se daria quando o perigo provenha de pessoa, embora não se trate de uma agressão que viabilizasse a legítima defesa. Tais seriam os casos de coação física irresistível, condutas conforme a direito que sejam fonte de perigos, a morte do feto para salvar a mãe[10] e a chamada "legítima defesa *preventiva* ou *antecipada*". Este estado de necessidade suprimiria a exigência da ponderação de males, pois estaria integralmente fundamentado na faculdade do agente de preservar a incolumidade de seu direito.[11]

3. O estado de necessidade teve no Brasil um percurso peculiar, que convém resgatar antes de nos posicionarmos sobre seus efeitos. Como visto, foi enorme a influência de Bentham sobre os legisladores de nosso código imperial.[12] Para Bentham, a justificativa do estado de necessidade consistia em "fazer um mal para prevenir outro maior (*pour en prévenir un plus grand*)", desde que presentes três requisitos: "a certeza do mal que se deseja evitar (*qu'on veut écarter*), a falta absoluta (*le manque absolu*) de outro meio menos oneroso (*coûteux*) e a eficácia certa daquele meio que se emprega".[13] Bernardo Pereira de Vasconcellos, em seu anteprojeto, praticamente converteu à linguagem legal o pensamento de Bentham,[14] que assim chegaria, quase integro, ao código imperial[15]

9. ROXIN, Claus. p. 896; JESCHECK-WEIGEND, p. 354; JAKOBS, Günther. p. 493; KÖHLER, p. 287.

10. No direito penal brasileiro, caso especial de estado de necessidade justificante previsto no artigo 128, inciso I CP. Na apreciação desse caso, fugir à tentação idealista de valorar igualmente a vida socialmente provada e existida da mãe e a vida puramente biológica do feto. Neste sentido, invocando Asúa, Hungria, Aníbal Bruno e Frederico Marques, REALE JÚNIOR, Miguel. *Dos Estados de Necessidade*. S. Paulo: ed. J. Bushatsky, 1971. p. 89.

11. Assim JAKOBS, Günther. 13/46; HRUSCHKA, Joachim. *Extrasystematische Rechtsfertigungsgründe. Fest. f. Dreher.* Berlim, 1977. p. 189; na Espanha, BALDÓ LAVILLA, Francisco. *Estado de necesidad y legítima defensa, un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda. Barcelona*, 1994. p. 170.

12. Cf. v. I, p. 428 ss (§ 18, II, 4).

13. BENTHAM; JEREMIE. *Traités de Législation Civile e Pénale*. Trad. E. Dumont. 3. ed. Paris: ed. Rey e Gravier, 1830. t. 2, p. 53-54.

14. Anteprojeto de Vasconcellos: Art. 13. Não há delicto quando o mal é feito para evitar mal maior. Para que não haja delicto neste caso, devem concorrer estes tres requisitos: 1°, certeza do mal que se propõe evitar; 2°, a falta absoluta de outro meio menos custoso; 3°, a eficácia certa do que se emprega.

15. Art. 14. Será o crime justificável, e não terá lugar a punição delle: 1°. Quando for feito pelo delinquente para evitar mal maior. Para que o crime seja justificável, neste caso,

e dele, com mínimos retoques formais, ao código penal de 1890 (arts. 32, § 1º e 33). Sob tal regime, o estado de necessidade só disporia de efeito justificante quando o direito salvo fosse valorativamente superior ao sacrificado: o "mal maior" foi evitado. Os comentadores do CP 1890 podiam afirmar que "para o código vigente, incorre em pena quem sacrificar a vida de outrem para salvar a própria",[16] já que em tal situação não se evitou um "mal maior" senão um idêntico. Precisamente contra tal limitação levantaram-se muitas críticas. José Hygino se queixava de ser o conceito legal do estado de necessidade "muito estreito" por circunscrever-se a quem "pratica o crime para evitar *mal maior*".[17] Costa e Silva endossou-lhe a crítica, registrando ficar "dest'arte excluído o caso typico desse estado (*tabula in naufragio duorum non capax*)".[18] Quando da elaboração do CP 1940, houve uma reação contra a limitação do estado de necessidade justificante a casos nos quais o mal evitado fosse maior do que aquele realizado para evitá-lo. A reação já estava presente no anteprojeto Alcântara Machado,[19] e foi vitoriosa na comissão revisora. A Exposição de Motivos do CP 1940 registrou (nº 17, último parágrafo) que estava "abolido o critério anti-humano com que o direito atual lhe traça os limites" (do estado de necessidade), assinalando que "não se exige que o direito sacrificado seja inferior ao direito posto a salvo". Muitos doutrinadores conheciam o critério diferenciador alemão, diretamente[20] ou pela tradução de Mezger que circulava entre nós.[21] Apesar disso, houve unanimidade quanto à interpretação de que o estado de necessidade justificante previsto pelo CP 1940 abrangia casos de idêntico valor jurídico do bem sacrificado e do bem salvo, e também quanto à superioridade

---

deverão intervir conjunctamente a favor do delinquente os seguintes requisitos: 1º. certeza do mal que se propôs evitar; 2º. falta absoluta de outro meio menos prejudicial; 3º. probabilidade da eficácia do que se empregou.

16. SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brazileiro*. vol. I. p. 436.
17. *Apud* MACEDO SOARES, Oscar de. *Codigo Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio: ed. Garnier, 1910. p. 87.
18. COSTA E SILVA, Antonio José. *Codigo Penal dos Estados Unidos do Brasil Commentado*. vol. I, p. 248.
19. Art. 14 – Não será punível aquele que praticar a ação ou omissão: III – para salvar a vida, a liberdade, a honra ou outro direito relevante, próprio ou alheio, de perigo atual e grave, que o agente não haja voluntariamente provocado, não possa evitar de outra maneira e não tenha o dever jurídico de afrontar.
20. Por exemplo, ANIBAL BRUNO. *Direito Penal*. vol. I, t. I, p. 375 ss., HUNGRIA, Nelson. *Comentários*. v. I, t. II. p. 270 e ss. e FRAGOSO, Heleno F. *Lições*. P.G. p. 196.
21. Por exemplo, FREDERICO MARQUES. *Tratado*. v. II, p. 124.

de tal critério.[22] A despeito do frustrado CP 1969 ter preferido o critério diferenciador (arts. 25 e 28), consagrado pelo Código Penal Militar de 1969 (arts. 39 e 43), a reforma da Parte Geral de 1984 repetiu com as mesmas palavras[23] o conceito legal de estado de necessidade do CP 1940.[24] E a doutrina elaborada a partir dela reconhece, com ampla maioria, que no direito penal brasileiro rege o critério unitário e o estado de necessidade é sempre justificante, mesmo quando o bem sacrificado é valorativamente equiparável ao bem salvo.[25]

4. A fórmula cunhada por Hungria e seus companheiros, preservada na reforma coordenada por Toledo em 1984, é sem embargo curiosa. Destinada a abolir "o critério anti-humano" do mal maior, que o inventor do Panóptico nos legara, não o fez expressamente, remetendo a uma vaga razoabilidade;

22. "O Código, a nosso ver acertadamente, considera-o (o estado de necessidade) como descriminante" (MAGALHAES NORONHA. *Direito Penal*. vol. 1.182); "o Código atual foi menos rígido (...) como se vê, era preciso que houvesse desigualdade entre os bens em entrechoque e predominasse o interesse mais importante" (GARCIA, BASILEU. *Instituições de Direito Penal*. vol. I, t. I, p. 292); "a doutrina abraçada pelo código pátrio é a mais acertada" (FREDERICO MARQUES. Op. cit., p. 124); "o estado de necessidade vigora não só a favor de um bem preponderante, mas entre bens equivalentes. O Código atual fugiu à estreiteza do anterior" (BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. v. I, t. I, p. 383).

23. Como frisado na Exposição de Motivos da reforma da Parte Geral, "permanecem as mesmas, e com o tratamento que lhes deu o Código vigente, as causas de exclusão da ilicitude" (nº 21).

24. Ao influxo dessa opção legislativa, dois importantes estudos monográficos vieram a lume nos anos setenta, em defesa do critério diferenciador: REALE JÚNIOR, Miguel. *Dos Estados de Necessidade*, cit., e RODRIGUES DE SOUZA, Alberto R.R. *Estado de Necessidade*. Rio: ed. Forense, 1979. Um estudo mais recente (OLIVEIRA PIRES, André. *Estado de Necessidade*. S. Paulo: ed. Juarez de Oliveira, 2000) também perfilha o mesmo critério, e registra, sobre o conceito legal de 1940 mantido em 1984: "ao adotar a concepção unitarista do estado de necessidade, o legislador brasileiro preferiu o alívio imediato à cura definitiva" (p. 77).

25. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado*. v. 1, p. 364; MESTIERI, João. *Manual*. p. 149; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*. p. 242; GUEIROS, Artur de B.S.; JAPIASSÚ, C. Eduardo. *Direito Penal*. Rio: ed. Elsevier, 2012. p. 224; QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*. PG, Rio: ed. L. Iuris, 2011. p. 303; BRANDÃO, Cláudio. *Curso*. p. 206; COSTA JR., Paulo José da. *Comentários*. 1, p. 199. Muitos (p. ex., os dois primeiros citados) preconizam a adoção do critério diferenciador, porém rendem-se à clareza da opção político-criminal do legislador de 1940, prestigiada em 1984. René Dotti, na hipótese de bens de igual valor, não reconhece justificação e sim exculpação (*Curso*, p. 486). Fernando Galvão opina que a lei brasileira acolheu a teoria diferenciadora (*Direito Penal*. 5. ed. p. 371).

destinada a banir resmungos diferenciadores e afirmar a soberania do critério unitário, do efeito exclusivamente justificante do estado de necessidade, empregou o léxico da culpabilidade! *Considera-se em estado de necessidade* – reza a lei brasileira desde 1940 – *quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se* (art. 24 CP). O efeito justificante é garantido pelo artigo 23 CP, que sob a rubrica "*exclusão da ilicitude*" prescreve: *Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade*. Para cunhar aquela fórmula e atribuir-lhe efeito justificante foi preciso que Hungria propusesse uma *exigibilidade objetiva*, a ser aferida tão somente a partir das características factuais da situação de necessidade. Eis suas palavras: "a inexigibilidade só se apresenta em particulares circunstâncias do fato, e, portanto, entende também com o lado objetivo da conduta".[26] O centro dessa exigibilidade objetiva, que conferirá – ou não – razoabilidade ao sacrifício do direito alheio, está na equivalência valorativa entre aquilo que se salva e aquilo que se sacrifica.[27] Essa equivalência constitui, na lei brasileira submetida a adequada interpretação histórica e redutora, a fronteira dos efeitos justificantes no estado de necessidade. Ou seja: no direito penal brasileiro – salvo o direito penal militar – exclui-se a antijuridicidade do homicídio praticado por um dos náufragos agarrados à *tabula unius capax*. Os efeitos justificantes, neste caso, fundamentam-se em que *o direito não pode proibir o náufrago de salvar sua vida às custas do sacrifício do outro,* não porque estaríamos então fora do direito ou porque esta seria uma proibição à qual ninguém jamais atenderia, mas sim por tratar-se de proibição irracional e materialmente injusta. Nessa extrema situação de necessidade, a ausência de proibição justifica a conduta típica. Como disse Hungria, "a lei, aqui, assume uma atitude de neutralidade e declara sem crime o *vencedor* (seja este o mais forte ou o mais feliz)".[28] Além da ponderação entre os bens jurídicos em confronto, que está longe de não oferecer dificuldades, como se verá, outras circunstâncias do fato – especialmente a intensidade do perigo e o tempo disponível para o exercício eficaz da

26. HUNGRIA, Nelson. *Comentários*, cit., p. 272. Miguel Reale Júnior observou tratar-se de "construção própria do pensamento de Hungria" (Instituições, v. I, p. 167).

27. Cf. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal.* Rio: ed. Forense, 2002. vol. I, p. 167-168 ("a existência de uma certa proporcionalidade constitui uma diretriz acerca da razoabilidade ou não de se sofrer o dano"); PRADO, Luiz Regis. *Curso.* vol. 1. p. 444 ("o aspecto da razoável inexigibilidade implica na ponderação objetiva dos bens em confronto").

28. *Comentários.* v. I, t. II, p. 272.

ação salvadora – serão considerados na aferição da inexigibilidade objetiva de suportar o sacrifício do direito.

5. Como o estado de necessidade pode provir de uma força da natureza ou de uma conduta humana, casos de coação moral irresistível – prevista como exculpante para o coagido (art. 22 CP) – podem impregnar-se de efeitos justificantes. Pense-se no caixa bancário ameaçado de morte para apropriar-se de certa quantia e entregá-la ao coator. Nenhum inconveniente decorreria de vislumbrar-se estado de necessidade para o coagido. O coator não poderia amparar-se na mesma justificativa, mesmo quando se desempenhasse como coautor material, já que "provocou por sua vontade" (art. 24 CP) o perigo que arrosta o coagido. Também não haverá justificação para o terceiro coautor do delito do coagido. Temos aí nada mais que uma consequência da tese do injusto pessoal. A posição contrária, què enquadra a coação moral irresistível inexorável e incondicionalmente como excludente da culpabilidade, sonegando-lhe efeitos justificantes mesmo quando o coagido atua para evitar um dano juridicamente mais significativo do que aquele que sua atuação produz[29] tem que arrancar do conceito objetivo de injusto ou então valer-se de argumentos incompreensíveis ou inaceitáveis. Assim, sustentou-se que não seria admissível atribuírem-se efeitos justificantes, ao menos em caso de delitos graves, para não afetar a amplitude do direito de defesa da vítima do coagido.[30] Este raciocínio desvirtua tanto a legítima defesa, que não pode ser exercida contra um inocente, quanto o estado de necessidade, autorizando o sacrifício de direitos valorativamente muito superiores ao direito preservado. Em última análise, tal raciocínio postula a supremacia da vontade estatal sobre a vida, a liberdade e o patrimônio dos cidadãos, justificando o sacrifício de inocentes no altar da imagem autoritária do Estado. Definitivamente, procura-se amparar homicídios praticados por agentes do sistema penal para reafirmar o poder punitivo. Grande parte da doutrina rechaça esta aberração,[31] embora às vezes se introduzam distinções inextricáveis para favorecer a violência institucional:[32] excetua-se o caso da tomada de reféns para fins de libertação de pre-

29. Assim LENCKNER, Theodor. *Der Rechtfertigende Notstand*. 1965, p. 117; SCHÖNKE-SCHRÖDER-LENCKNER, § 34, n. 41; Baumann-Weber, § 21, III; Blei, § 44, IV, 5; Soler, I, p. 362; Fontán Balestra, II, p. 166-167; Creus, p. 301; RODRIGUES DE SOUZA, Alberto R.R. Op. cit., p. 212 e ss.

30. ROXIN, Claus. p. 703.

31. SAMSON, § 34; SCHMIDHÄUSER, 6/37.

32. Assim ROXIN, Claus. p. 704; em sentido contrário, corretamente, KÜPER, Wilfried. *Darf sich der Staat erpressen lassen?*. 1986. p. 139.

sos.[33] Procura-se argumentar que, tratando-se de presos por delitos graves, a morte dos reféns constituiria um mal equivalente à libertação deles. Por essa via equipara-se um perigo hipotético e que não se sabe se realmente ocorrerá (construído sem dúvida a partir da categoria amorfa da periculosidade), já que nenhuma ação foi ainda iniciada contra a vida de ninguém, além dos reféns, ao perigo iminente e direto da morte dos reféns inocentes. A questão de quem deve tomar a decisão[34] não altera a solução correta, cabendo tal decisão à autoridade hierarquicamente mais elevada que possa ser acessada na ocasião. No Estado de direito o principal dever de todo funcionário do sistema penal é salvar a vida dos cidadãos. Por isso, a ação ou omissão da qual resulta a morte dos reféns, longe de estar justificada, constitui um crime raramente impunível, pois sempre o funcionário "podia de outro modo evita-las" transigindo – aí, sim, ele estaria em estado de necessidade quanto ao delito funcional (art. 351, CP) – com a fuga do(s) preso(s). Não há argumento que possa equiparar valorativamente o mal de um resultado irreparável, a sumária execução do(s) refém(ns), ao mal de um resultado perfeitamente reversível, a libertação de preso(s) que pode(m) ser recapturado(s).

## II. REQUISITOS DO ESTADO DE NECESSIDADE

1. Segundo a lei penal brasileira, o primeiro requisito do estado de necessidade é que o sujeito tenha praticado o fato *para salvar de perigo atual direito próprio ou alheio*. Como na definição legal da legítima defesa, o legislador também privilegiou a velha designação liberal "direito", no sentido de direito subjetivo enquanto objetividade jurídica de um delito:[35] a doutrina recorrerá preponderadamente ao conceito de bem jurídico. Salvo a voluntária provocação pelo próprio sujeito necessitado, que será objeto de exame mais tarde, é indiferente a fonte do perigo, que pode provir de conduta humana, de forças naturais, do ataque de um animal, de privações, de acidentes etc.[36] A situação de necessidade pode originar-se das próprias funções fisiológicas do sujeito, como incontinência urinária ou evacuatória, fome, sede etc., inclusive quan-

33. Por vezes sob o argumento alarmista da dissolução do Estado de direito, o que retoricamente transforma uma situação de necessidade numa situação de guerra e os suspeitos em inimigos: cf. JAKOBS, Günther. p. 518.

34. Levantada por ROXIN, Claus. loc. cit.

35. Sobre isso, cf. *supra* § 41, IV, 1.

36. René Dotti, *Curso*, p. 484; BRANDÃO, Cláudio. Op. cit., p. 207; RODRIGUES DE SOUZA, Alberto R.R. Op. cit., p. 62 e ss.

do envolvam doença, como se daria numa síndrome de abstinência. Se tais achaques chegarem a um extremo de intolerância que supere a capacidade de controle do sujeito, o estado de necessidade estará suplantado por um caso de ausência de ação fundado em coação física irresistível exercida por seu próprio organismo. A fome e a miséria, presentes historicamente nas raízes canônicas do estado de necessidade, podem perfeitamente configurá-lo ainda hoje,[37] não, porém, de modo automático, sem a observância dos requisitos legais. Quando o perigo provém de conduta do titular do bem jurídico que será sacrificado (conduta que deve obrigatoriamente ser distinta da agressão, que introduziria a legítima defesa) fala-se de *estado de necessidade defensivo*, em contraposição ao *estado de necessidade agressivo* de todas as demais hipóteses.[38]

2. Em princípio, todos os direitos – ou todos os bens jurídicos – são susceptíveis de serem salvos pelo sujeito necessitado[39] através de uma ação justificada, sempre que para isso seja afetado ou aniquilado um direito – ou um bem jurídico – valorativamente inferior ou idêntico ao salvo. O bem jurídico preservado pode ter por titular o próprio sujeito necessitado ou terceiro. Neste último caso, alguns autores que utilizam a inconsistente divisão entre bens jurídicos indisponíveis e disponíveis[40] afirmam que para salvar o bem jurídico disponível de terceiro seria necessária a autorização do titular.[41] Não nos parece que tal opinião possa ser generalizada de forma absoluta, subordinando-se, ao contrário, às circunstâncias que integrarão a aferição da inexigibilidade objetiva, particularmente ao tempo disponível para o exercício eficaz da ação salvadora. Se, presentes todos os requisitos do estado de necessidade, o sujeito sacrifica o direito de alguém para salvar o bem jurídico de um terceiro que depois dirá não ter se interessado pela preservação de seu bem salvo, a conduta está justificada; e o terceiro, se assim o desejar, poderá então livremente aniquilar o próprio bem pelo qual já não se interessa.

3. Apesar da amplitude dos bens jurídicos que podem salvar-se através do estado de necessidade – ou talvez por causa dessa amplitude – a doutrina se esforçou para tentar demarcar classes de bens jurídicos expostos ou não a esta

37. Sobre isso, ARMAZA GALDÓS, Julio. *Legítima defensa y estado de necesidad justificante*. Arequipa, 1995. p. 201.

38. GALVÃO, Fernando. *Direito Penal*. 5. ed. p. 370; DOTTI, René. *Curso*. p. 488; OLIVEIRA PIRES, André . Op. cit., p. 33.

39. COSTA JR., Paulo José da. *Comentários*. vol. 1, p. 200.

40. Sobre essa inconsistência, cf. § 32, II, 7 (v. 2°, t. I, p. 220).

41. Cf. QUEIROZ, Paulo. Op. cit., p. 307.

possibilidade, problematizada não só nos casos de prática equivalência entre salvação e sacrifício como particularmente quando o bem salvo é mais valioso do que aquele sacrificado. A propósito advertiu-se que – a despeito da evidente superioridade da vida sobre a integridade corporal – não seria justificado extrair à força o rim de alguém para salvar a vida de um filho prestes a morrer de insuficiência renal, à míngua de doadores voluntários para o transplante que salvaria sua vida.[42] A solução desses problemas foi ensaiada mediante uma teoria geral dos bens pessoais, com um maior alcance que abranja não apenas a justificação como também as medidas de coerção direta da Administração e os atos funcionais da jurisdição em matéria de coerção pessoal do acusado (cumprimento de dever jurídico). Essa teoria distingue: *a*) bens dos quais os indivíduos nunca podem ser privados, nem mediando consentimento do titular (vida, liberdade [redução à condição análoga à de escravo], tortura, vexações); *b*) bens dos quais os indivíduos só podem ser privados mediante seu consentimento (extração de órgãos, procedimento que causem lesão ou dor);[43] *c*) bens dos quais os indivíduos podem ser privados sob a condição de ser a perda compensada (propriedade, intimidade, liberdade em certa medida [detenção]); *d*) bens dos quais podem os indivíduos ser privados sem consentimento nem compensação (pena privativa de liberdade por sentença, condenações civis). Apenas os bens pertencentes às categorias *c*) e *d*) poderiam ser sacrificados por estado de necessidade. Segundo esse critério, não caberia justificação mesmo se, ao invés do rim, se tratasse de uma extração forçosa de sangue para transfusão, o que se fundamentaria em que a dignidade humana e a autonomia da pessoa são bens jurídicos insuscetíveis de ponderação.[44]

4. O perigo, entendido como probabilidade de dano que acomete o direito próprio ou alheio, deve ser, reza a lei, *atual*. É fácil delimitá-lo quanto ao passado: se o dano já se realizou, incabível o estado de necessidade. Contudo, danos que perduram no tempo, através da repetição ou da expansão da lesão, não excluem o estado de necessidade, porque renovam a cada instante o perigo de reiterar-se ou acrescer-se o dano.[45] A doutrina brasileira procura caracterizar

42. NINO, Santiago. *Fundamentos*, cit., p. 475.

43. Cf. arts. 13, 14 e 15 CC.

44. Assim GALLAS, Wilhelm. *Pflichtenkollision als Schuldausschliessungsgrund. Fest. f. Mezger*. Munique, 1954. p. 311 ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER-LENCKNER, § 34, nº 41; JAKOBS, Günther. p. 509; contrário, ROXIN, Claus. p. 693.

45. FRAGOSO, Heleno. *Lições*. P.G., p. 196; QUEIROZ, Paulo. Op. cit., p. 305; SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 243; JESCHECK-WEIGEND. p. 361; ROXIN, Claus. p. 680.

o perigo atual como "concreto",[46] sinalizando a exigência de ser ele verificável. *Se o perigo não for real, não haverá estado de necessidade, deslocando-se o exame para o campo da culpabilidade, mais propriamente do erro de proibição indireto (estado de necessidade putativo).* Como, ao contrário da legítima defesa – que pode ter como pressuposto uma agressão atual ou iminente – a lei só se refere, no estado de necessidade, ao perigo atual, discutia-se seu cabimento perante um perigo iminente, onde não teríamos ainda, mas estaríamos prestes a ter a probabilidade de dano para o bem jurídico. Em 2002, o Código Civil, ao definir o estado de necessidade, optou por contentar-se com um "perigo iminente" (art. 188, inc. II), opção que não pode ser indiferente, ainda que não seja determinante, para a reconstrução dogmática jurídico-penal.[47] Talvez a tirania de um critério puramente cronológico possa, com mais apurado nível de segurança jurídica, ser temperada por uma circunstância em si mesma capaz de revelar a existência de um perigo atual: estar o bem jurídico objetivamente à mercê de um dano, imediato ou futuro. A criança que, no zoológico, caiu do muro que circunda o espaço onde vivem os jacarés está com sua vida em perigo atual embora nenhum dos répteis tenha ainda percebido sua presença.

5. Requer, ainda, nossa lei que o perigo atual não tenha sido voluntariamente provocado pelo sujeito necessitado (*que não provocou por sua vontade*). Uma questão polêmica divide a doutrina brasileira: se parece claro que um perigo "dolosamente" provocado não pode ser removido através de uma conduta típica, porém justificada de quem o provocou, essa interdição alcançará também o perigo provocado "culposamente"? Antes de enfrentá-la, recordemos que a conduta do sujeito necessitado que sacrifica um bem para salvar outro deve ser típica, ou não nos interessaria em nada. Como concluiu Alberto Rufino Rodrigues de Souza, "o estado de necessidade só tem relevância direta para o direito punitivo quando a correspondente ação salvadora apresenta-se perfeitamente subsumível num dos tipos das normas jurídico-penais".[48] Ao contrário, o perigo atual se manifesta ordinariamente, quando provindo de fonte humana, por condutas atípicas até porque a presença de uma agressão, inclusive a direito de terceiros, chama a legítima defesa e não o estado de necessidade. A despeito de certa impropriedade no aproveitamento de conceitos de dolo e culpa para predicar a produção de um perigo, tal expediente não é incomum. No dispositivo sobre imputabilidade por embriaguez, a *vox* "*voluntária*" se distingue

46. Assim GALVÃO, Fernando. Op. cit., p. 374; PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 443.

47. Incorpora-a DOTTI, René. *Curso*. p. 485-488.

48. *Estado de Necessidade*, cit., p. 247.

de "*culposa*" (art. 28, inc. II CP), e toda a doutrina, sem maiores inquietações, fala de embriaguez fortuita, dolosa ou voluntária, culposa e preordenada. Se adicionarmos a tal argumento o conceito legal de dolo, impregnado de vontade (art. 18, I, do CP), será inevitável concordar com os autores cuja interpretação só exclui do estado de necessidade justificante os casos em que o perigo tenha sido "dolosamente" provocado.[49] Portanto, o sujeito que, com violação de dever objetivo de cuidado, causou o incêndio no cinema pode invocar estado de necessidade quanto à cotovelada (art. 129, CP) que lhe garantiu escafeder-se pela janela estreita.

6. Constitui outro requisito do estado de necessidade que o sujeito necessitado não disponha de conduta alternativa ao sacrifício do direito alheio para salvar o seu ou o de terceiro (auxílio necessário). *Nem podia de outro modo evitar* – são as palavras da lei (art. 24 CP). É inerente ao estado de necessidade esta inevitabilidade da lesão a um bem jurídico feita para salvar outro: se fosse possível evitar os dois danos, desapareceria o estado de necessidade.[50] Desde logo, a aniquilação do bem jurídico não é necessária quando evidentemente inadequada para a salvação do direito periclitante. Quando o sujeito sacrifica um bem jurídico e não logra salvar o direito seu (ou alheio) em perigo, não há estado de necessidade. Neste caso, se houver fundamento para sua crença na eficácia salvadora daquele sacrifício, cabe analisar eventual erro de proibição indireto – porém não há justificação de sua conduta típica. A possibilidade de recorrer a meio inócuo ou menos lesivo deve ser cumpridamente examinada.[51] A fuga, que na legítima defesa suscita pruridos honoríficos, será aqui sempre obrigatória, quando viável.[52] Por fuga cabe compreender todo deslocamento físico ou todo recurso a um obstáculo que salvaguarde o bem jurídico ameaçado pelo perigo. Refogem também ao âmbito da justificativa aqueles casos nos quais existem regulações legais para o tratamento do perigo, no sentido de contê-lo ou minorá-lo, como se dá com a situação falimentar de um co-

49. ANIBAL BRUNO. Op. cit., p. 383-384; FRAGOSO, Heleno. *Lições*. p. 196; Paulo QUEIROZ, Paulo. Op. cit., p. 305-306; BRANDÃO, Cláudio. Op. cit., p. 208-209; PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 444; Artur de B.S.; JAPIASSÚ, C. Eduardo. Op. cit., p. 225. Autores que interpretam o "*provocou por sua vontade*" da lei como "provocou intencionalmente" chegarão a conclusão similar por um caminho mais longo: BITENCOURT, Cezar Roberto, vol. 1, p. 369; GALVÃO, Fernando. Op. cit., p. 376 ss.

50. CUERDA ARNAU, M.L. *El miedo insuperable*. p. 193.

51. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*. Op. cit., p. 244; RODRIGUES DE SOUZA, Alberto R.R. Op. cit., p. 248.

52. BITENCOURT, Cezar Roberto. vol. 1, p. 368.

merciante que, mesmo provocada por um infortúnio que a ele não se pudesse imputar, não o autorizaria a apropriar-se de dinheiro alheio para evitar a bancarrota[53] e seus danos colaterais, cabendo submeter-se aos procedimentos da lei de falências e recuperação (Lei 11.101, de 09.02.2005). Para esta última hipótese, o tratamento também se deslocaria para o campo da culpabilidade.

7. Finalmente, só se reconhecerá estado de necessidade justificante quando *o sacrifício do direito* (próprio ou alheio) ameaçado pelo perigo (não produzido "dolosamente" pelo sujeito nem evitável por qualquer outro modo, inclusive fuga), *nas circunstâncias, não era razoável exigir-se*. No eixo dessa exigibilidade objetiva estará a ponderação valorativa entre o bem jurídico salvo e o sacrificado, que no direito penal brasileiro comum terá como limite a igualdade entre ambos. Ou seja, como regra geral, os efeitos justificantes do estado de necessidade abrangem o aniquilamento de bens jurídicos valorativamente inferiores ou idênticos ao bem salvo. Conforme já adiantado, contudo, outros elementos participam da exigibilidade objetiva além da simples hierarquia de bens, particularmente a intensidade do perigo e o tempo disponível para uma ação salvadora não lesiva.

8. O emprego da mera ponderação de bens jurídicos para distinguir o estado de necessidade justificante do exculpante foi sintetizado na Alemanha com a fórmula *não atua antijuridicamente quem lesione ou exponha a perigo um bem jurídico se apenas assim pode salvar-se outro bem de maior valor*.[54] A imperfeita regulação do estado de necessidade no código de 1871 transferiu à doutrina a elaboração do critério diferenciador. A proeminência da hierarquia dos bens jurídicos tinha a virtude de excluir uma valoração subjetiva deles. Contudo, a mera hierarquia revela-se, às vezes, estreita e inconvincente para justificar: pense-se no indivíduo que, transportando uma obra de arte de valor incomensurável, permite que ela seja destruída para evitar um leve corte em um dos dedos da mão. Sem dúvida, a saúde e a integridade corporal estão hierarquicamente acima do patrimônio artístico e material: justificar-se-ia o sacrifício da Noite Estrelada de Arles para salvar de uma incisão rasa a falangeta do quinto quirodáctilo esquerdo do curador da exposição? Sustentou-se, por

53. ROXIN, Claus. p. 696.

54. Cf. MEZGER. Lebrbuch. 1949. p. 239. Critério similar postula LOPEZ-REY; ARROJO, *Estudio penal y criminológico*... cit., p. 37. Algumas legislações o consagram expressamente, como nosso vigente Código Penal Militar e como fazia o frustrado CP 1969. Cf. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. El estado de necesidad en la legislación punitiva del Estado de Michoacán. *Revista michoacana de Derecho Penal*. 4. 1966, p. 1 ss.

isso, que a valoração não deve realizar-se em abstrato, ou seja, reportando-se à classe do bem jurídico e sim em concreto, considerando-se também a intensidade do perigo.[55] Durante os debates parlamentares que culminaram na sanção do código penal alemão de 1974 defendeu-se que fossem ponderados o valor abstrato dos bens jurídicos em confronto, o grau de perigo (não apenas sua gravidade, mas também sua proximidade), uma justa apreciação dos interesses do lesado e, por último, que a conduta do sujeito necessitado fosse ético-socialmente adequada.[56]

9. Podemos reconhecer a inexigibilidade objetiva, que outorga ao sujeito necessitado a faculdade de sacrificar um bem jurídico ("direito") alheio para salvar o próprio (ou de terceiro) com base em quatro critérios: *a*) O primeiro e sem dúvida mais importante reside na *superioridade ou identidade valorativa do direito preservado em face do sacrificado*. Em princípio, os efeitos justificantes do estado de necessidade só operam quando se está salvando algo superior ou pelo menos igual ao que se está aniquilando. Excepcionalmente, na dependência de um quadro peculiar oferecido pelos critérios subsequentes, poderá haver justificação quando a distância axiológica dos direitos em confronto for muito pequena. *b*) O segundo critério interroga a *intensidade do perigo*. Tanto maior, segundo observação *ex ante* na posição do sujeito necessitado, seja o dano que provavelmente se produzirá no bem jurídico periclitante, tanto menos exigível que seu titular se conforme com ele. O médico que, mesmo tendo bebido muito vinho, assume a direção de seu carro para levar ao hospital alguém que sofreu um infarto do miocárdio no restaurante tem justificada sua conduta de embriaguez ao volante (art 306, CTB). A intensidade do perigo deve ser apreciada em correlação com a ponderação valorativa dos bens jurídicos em confronto: a iminência de um pequeno ferimento na mão não justifica negligenciar o controle de uma usina nuclear. No campo da justificação de tipicidades culposas, *quanto maior for o perigo de lesão para terceiros, tanto mais restrita a autorização de que dispõe o sujeito necessitado.*[57] *c*) Em terceiro lugar, cabe examinar o *tempo disponível para eludir o perigo*. Uma lesão que se produzirá em segundos contribui para a justificação da conduta típica mais do que uma que se produziria em algumas horas. A exigibilidade objetiva será aferida na razão direta desse tempo, até para afastar a possibilidade recomendável de fuga. Um

55. GALLAS, Wilhelm. Op. cit., p. 311.

56. v. HEINTZ, Ernst. *Die Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit*. Fest. f. Eb. Schmidt. Göttingen, 1961. p. 281-282.

57. Cf. LENCKNER, Theodor. *Der Rechtfertigende Notstand*. 1965 § 32, 101.

perigo prestes a converter-se em dano sinaliza inexigibilidade. *d*) Finalmente, e também por sua utilidade para o tratamento do excesso e da necessidade exculpante, cabe considerar os *vínculos materiais e afetivos do sujeito com o bem jurídico ameaçado*. Esses vínculos se manifestam em permanência longa na titularidade do bem, em cuidados com sua guarda e manutenção, e outras circunstâncias objetivas. Não se trata aqui de apreciação subjetiva que poderá determinar, se for o caso, um estado de necessidade exculpante fundamentado na inexigibilidade de conduta conforme o direito.

10. *Não pode alegar o estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo* (art. 24, § 1°, CP). Certos funcionários públicos (bombeiros, salva-vidas, policiais etc.) vinculados a deveres que envolvem precisamente proteger a população de determinados perigos não podem, obviamente, aniquilar bens jurídicos que deveriam preservar. A amplitude da restrição pode ser delimitada em quatro sentidos. Em primeiro lugar, onde a lei diz *dever legal* não cabe ler dever jurídico, dilatando o círculo dos sujeitos desprovidos da justificativa.[58] Logo, só os garantidores cujo dever se ancore em texto de lei estão afastados do estado de necessidade. Em segundo lugar, a restrição só é aplicável ao funcionário que esteja em serviço. Como disse Reale Júnior em exemplo pedagógico, o bombeiro não tem que suportar "lesões corporais em um tumulto, à saída de um estádio prestes a desabar, no qual se encontrava como mero espectador".[59] Em terceiro lugar, o dever de enfrentar o perigo não significa o dever de morrer na atividade salvadora.[60] A esses funcionários não se permite a invocação do estado de necessidade justificativo, mas é perfeitamente possível sua exculpação através da inexigibilidade subjetiva (estado de necessidade exculpante). Por fim, a vedação não se aplica a sacrifícios justificáveis (com presença de inexigibilidade objetiva) realizados na e para a atividade salvadora, como na hipótese das lesões corporais que os tirantes empregados pelo bombeiro imponham aos braços da criança (art. 129, CP) para retirá-la do edifício incendiado ou aos danos que o policial cause em coisas alheias (art. 163, CP) para libertar reféns. A vedação se restringe ao caso em que o funcio-

58. Neste sentido, HUNGRIA, Nelson. *Comentários*, cit., p. 280; ANIBAL BRUNO. Op. cit., p. 385; JESUS, Damásio de. 26. ed. I. p. 420; GRECO, Rogerio. I. p. 332; BITENCOURT, Cezar Roberto. vol. I, p. 371. Em sentido contrário, impedindo a invocação do estado de necessidade perante mero dever jurídico, SOUZA, Alberto Rufino de. Op. cit., p. 90 ss.; OLIVEIRA PIRES, André. Op. cit., p. 44 ss.; BRANDÃO, Cláudio. Op. cit., p. 209 e SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 252 ss.

59. *Instituições*, I, p. 171.

60. QUEIROZ, Paulo. Op. cit., p. 306; GALVÃO, Fernando. Op. cit., p. 380.

nário optasse por sacrificar bem jurídico alheio – que tinha o dever legal de tentar salvar – em benefício dele mesmo. Situações extremas, nas quais a vida do funcionário esteve exposta drasticamente a perigo iminente, poderão ser resolvidas no âmbito da culpabilidade, porém não estarão justificadas.

11. Há *excesso* no estado de necessidade justificante quando o sujeito realiza a conduta típica que aniquila um bem jurídico para salvar outro sem que exista inexigibilidade objetiva. A constatação do excesso, cujo tratamento dispõe de uma regra no direito privado,[61] deve considerar: *a*) a ponderação valorativa dos bens (em princípio, há excesso quando o direito sacrificado é superior ao preservado); *b*) a intensidade do perigo (a probabilidade de um dano irrisório no bem jurídico ameaçado torna abusiva a destruição do outro, já que ambos poderiam ser preservados); *c*) o tempo disponível para eludir o perigo (tanto mais tempo, maiores as possibilidades de conduta alternativa que não lesionasse o bem jurídico alheio; é abusivo não empreender fuga, quando viável); e *d*) os vínculos materiais e afetivos do sujeito, apreciados objetivamente (o salvamento de um velho e estimado cão de companhia de um cego em oposição ao salvamento de uma cabeça do vasto rebanho adquirido para corte na semana anterior). O excesso será *doloso* quando, tendo o sujeito consciência de faltar a inexigibilidade objetiva, ainda assim atue sacrificando o direito; e será *culposo* quando, por incúria e displicência na observação das circunstâncias, o sujeito não percebe aquela falta, ainda que pudesse percebê-la, e igualmente sacrifica o direito. Ambos os excessos, doloso e culposo, são puníveis (art. 23, par. ún., CP). Contudo, a pena sofrerá uma minoração de um a dois terços (art. 24, § 2º, CP), cujo *quantum* atenderá à natureza do excesso (a minorante tenderá ao máximo, de dois terços, no excesso culposo, e ao mínimo, de um terço, no doloso). Por fim, pode o excesso ser *escusável*. Socorramo-nos de sua definição legal, oferecida pelo direito penal castrense: *não é punível o excesso quando resulta de escusável surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação* (art. 45, par. ún., do CPM).[62] Quando as circunstâncias do caso incutem temor ou comoção ao sujeito, afligindo-o ao ponto de não conseguir avaliá-las adequadamente, temos o impunível excesso escusável. A impunibilidade do excesso escusável é o ponto de contato do estado de necessidade justificante e do esta-

61. Dispõe o art. 188 do Código Civil, cujo inc. II define o estado de necessidade, que "o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo". Sobre consequências civis, cf. arts. 929 e 930 CC, bem como o art. 65 CPP.

62. A mesma definição, apenas acrescida do *medo* (inconveniente numa lei castrense) estava no art. 30, § 1º do frustrado CP 1969.

do de necessidade exculpante no direito penal brasileiro. A rigor de esquadro, o modelo do estado de necessidade exculpante – inculpabilidade por inexigibilidade de conduta conforme o direito – é o excesso escusável no estado de necessidade justificante. A falta de *inexigibilidade objetiva* impede a justificação da conduta, ou seja, neutraliza o estado de necessidade justificante, mas fica em aberto a possibilidade de exculpação, que se contenta com a *inexigibilidade subjetiva*. A matéria deve, no entanto, ser estudada na culpabilidade.

## III. A ATUAÇÃO OFICIAL DIRETA OU DO PARTICULAR – POR DELEGAÇÃO OU AUTORIZAÇÃO – COMO POSSÍVEIS EXERCÍCIOS DE UM DIREITO

1. Perante todo direito constitucionalizado, existe o dever jurídico do funcionário de respeitá-lo e fazê-lo respeitar. Trata-se de um dever, e não de uma faculdade do funcionário. Portanto, constitui um equívoco caracterizar a coerção oficial como exercício de direito do funcionário, que justificaria eventuais lesões típicas a bens jurídicos nela entranhadas. Essa tese só pode derivar-se da afirmação prévia de um inconsistente e jamais explicado *ius puniendi* e da frequente confusão entre pena e coerção direta.[63] Não obstante, boa parte da doutrina trata como casos especiais de justificação condutas penalmente típicas que: *a*) provêm dos deveres funcionais de intervenção no exercício do cargo; *b*) resultam da execução de ordem antijurídica vinculante; *c*) exprimem a atuação *pro magistratu* o a autotutela; *d*) estão respaldadas por autorização oficial.

2. A lei atribui a distintos funcionários públicos competência para o exercício de inúmeras e proteiformes coerções diretas, muito visíveis naqueles lotados nas agências do sistema penal. A prisão preventiva, a interceptação telefônica, o arresto de bens do acusado e a condução de testemunhas são exemplos do processo penal; a suspensão ou restrição de direitos do condenado e seu isolamento são exemplos da execução penal. Autores que trabalham essa matéria no âmbito da antijuridicidade requerem para a justificação três elementos: *a*) a competência material e territorial do funcionário; *b*) a forma prevista em lei; *c*) observância de proporcionalidade.[64] Em nossa concepção, esses elementos sinalizam o cumprimento *estrito* do dever legal, e a solução – conforme já exposto[65] – se remete à tipicidade objetiva conglobante. O mandamento legal, que subjaz ao dever do funcionário, recorta a norma proibitiva

63. Sobre tal confusão, cf. *supra* § 5º, II (v. I, p. 101 ss.).

64. ROXIN, Claus. v. I, p. 789; JAKOBS, Günther. p. 548.

65. Cf. *supra* § 32, IV (v. II, t. I, p. 231 ss.).

dedutível do tipo. Não configura furto a conduta do meirinho que arrecada um bem penhorado, como não configura constrangimento ilegal a conduta do policial que efetua uma prisão em flagrante. Esses casos se resolvem como atipicidade objetiva conglobante, e não como justificação.

3. No Estado de direito o problema do funcionário executor de uma ordem vinculante cuja execução realiza um tipo legal de delito estaria praticamente confinado ao direito penal militar da guerra. "Ninguém" – e aí cabe compreender, na primeira fila, os funcionários públicos – "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5.º, II, da CR). No Estado de direito, a legalidade é condição prévia da obediência. Não há ordens vinculantes para um policial, adstrito a aferir a legalidade de todas elas. A execução de uma ordem que, embora antijurídica, não o seja manifesta e evidentemente, estando, pois, o executor insciente de sua ilicitude, resolve-se na culpabilidade como especial erro de proibição (obediência hierárquica – art. 22 do CP) que converte o executor em instrumento escusável do autor mediato, o funcionário que conscientemente expediu a ordem antijurídica. No direito penal militar da guerra, diversamente, a simples desobediência a uma ordem, quando comprometedora da eficiência militar, constitui crime punível até com pena capital (art. 356, V, do CPM), e a mera incitação à desobediência, independentemente de qualquer outro resultado, é sancionada com reclusão de três a dez anos (art. 370 do CPM). Podemos reconhecer sem maiores dificuldades que nessa conjuntura, entre a declaração de guerra e a cessação das hostilidades (art. 15 do CPM), existem ordens vinculantes. Contudo, mesmo o executor de uma ordem vinculante pode ser responsabilizado: *1º*) desde que a ordem tenha "por objeto a prática de ato manifestamente criminoso" (e o executor não possa invocar erro de proibição), ou *2º*) quando a lesão antijurídica provenha de "excesso nos atos ou na forma de execução" (art. 38, § 2.º, do CPM). No primeiro caso, a solução acompanha o direito penal comum; no segundo caso, o delito do executor já não provém da estrita obediência à ordem vinculante, senão precisamente o contrário: o executor se desvinculou da ordem e responderá como autor pelos delitos cometidos a pretexto de sua execução. Dessa forma, o velho debate sobre obediência a ordens vinculantes – no qual palpitam vestígios do autoritarismo próprio dos Estados legais – bem como as soluções doutrinárias que, configurando-a como conflito de deveres e recorrendo à ponderação[66] hesitam entre conferir-lhe efeitos justificativos ou

66. JAKOBS, Günther. p. 551 e ss.; ROXIN, Claus. v. I, p. 794 ss. Cf. síntese em SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 260.

escusantes, simplesmente não nos interessam. Como veremos mais pormenorizadamente em tópicos subsequentes, uma ordem antijurídica e uma execução criminosamente abusiva de ordem mesmo jurídica carecem dos pressupostos necessários à constituição de dever jurídico, implicando, portanto, um injusto contra o qual o cidadão poderá reagir em legítima defesa de seu direito afetado.

4. Atua *pro magistratu* o cidadão que, autorizado pelo art. 301 do CPP,[67] prende alguém que se encontre em situação de flagrante delito, ou seja, em alguma das situações descritas nos quatro incisos do artigo 302 do CPP. Isto significa que a "faculdade"[68] conferida a qualquer do povo delega o ato da prisão também naqueles casos designados por flagrante impróprio (ou imperfeito ou ainda quase-flagrante) e flagrante presumido. Aqui, sem dúvida, estamos perante um "direito"[69] que pode ou não ser exercido pelo sujeito, motivo pelo qual um setor doutrinário se refere a "flagrante facultativo".[70] Por isso, estamos aqui no modelo geral de exclusão da antijuridicidade (art. 23, III, segunda parte, do CP), desde que a atuação do sujeito não extrapole a autorização de que dispõe, restrita a efetuar o ato da prisão. Disparar sobre o flagrado em fuga extrapola grosseiramente tal autorização, além de estar expressamente proibido pela Lei 13.060, de 22.12.2014 (art. 2.º, par. ún., I), respondendo o sujeito pelo homicídio ou pelas lesões corporais a que der causa. Contudo, é admissível a ameaça de disparar para obviar resistência ou fuga, bem como providências orientadas à retenção do flagrado no local (como apoderar-se das chaves de seu carro).[71] Não há violação de domicílio, por atipicidade objetiva conglobante, quando a prisão se dá no interior da casa do flagrado ou de terceiro na qual transcorra a situação de flagrância (art. 150, § 3.º, inc. II, do CP). O debate sobre a solução do caso no qual o sujeito prende alguém que não era o autor de delito em flagrância, embora a suspeita de ser ele o autor fosse fundada,[72] não se sustenta no direito penal brasileiro: é evidente que só cabe reconhecer

67. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

68. Empregam a palavra "faculdade", entre outros, LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. Rio: ed. L. Iuris, 2010. 2 vols. e HASSAN CHOUKR, Fauzi. *Codigo de Processo Penal*. Rio: ed. L. Iuris, 2009. p. 511.

69. Cf. FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de Direito Processual Penal*. Rio: ed. Forense, 1965. 4 vols., p. 71.

70. Assim RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio: ed. L. Iuris, 2009. p. 689.

71. JAKOBS, Günther. p. 555.

72. Cf. ROXIN, Claus. p. 746-747; SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal. Op. cit., p. 262.

a justificativa do exercício regular de direito quando a pessoa presa estivesse efetivamente em situação de flagrante delito. O erro inevitável sobre a identidade da pessoa presa em flagrante constituirá erro de proibição indireto (art. 20, § 1.°, do CP) com eficácia escusante, mas seria um absurdo tolher o acesso à legítima defesa daquele que, sem nada ter feito, vê-se subitamente acometido pelo improvisado xerife do art. 301 CPP.

5. Sob o rótulo de autotutela ou autoajuda compreendem-se certas autorizações legais para que o sujeito, por seus próprios meios, garanta a realização de seu direito ou o defenda. Por vezes é clara a natureza justificante do exercício regular de direito (art. 23, inc. III, segunda parte, do CP), como se dá no caso do hospedeiro que retém as bagagens do hóspede caloteiro, fundamentado na condição de credor pignoratício (arts. 1.467, I e 1.469 do CC), até o valor da dívida. Outras vezes, encontraremos casos especialmente regulados de legítima defesa, como ocorre quando o possuidor turbado ou esbulhado se mantém ou se restitui na posse "por sua própria força, contanto que o faça logo," limitando-se a empregar no desforço a violência estritamente necessária à manutenção ou reintegração (art. 1.210, § 1°, CC).

6. A autorização oficial não dispõe em princípio de efeitos justificantes, porque é inaceitável que a Administração disponha do privilégio de suspender a antijuridicidade de uma conduta, ou seja, de converter o injusto em conduta lícita. Contudo, em inúmeros campos da atividade humana – do tráfego viário, no qual veículos e motoristas devem circular com autorizações, à exploração da energia nuclear, com um grande centro de referência no direito penal ambiental – se apresentarão problemas jurídico-penais por falta de licença ou pela expedição e uso de uma licença viciada. Quando o requisito da prévia licença consta do tipo legal de delito, como, por exemplo, nos arts. 52, 55 ou 60 da Lei 9.605, de 12.01.1998, temos para o executor autorizado da atividade atipicidade objetiva sistemática. Caso o executor supusesse dispor de licença a solução se deslocaria para a tipicidade subjetiva (erro de tipo a solucionar-se segundo sua vencibilidade – art. 20 do CP).[73] A mera tolerância da Administração não equivale à licença, salvo se manifestada tão assertivamente que possa ser interpretada como suspensão da proibição,[74] o que remeteria a solução do caso à culpabilidade, como erro de proibição (art. 21 do CP). A licença viciada só não produzirá efeitos quando o executor da atividade licenciada conhecer sua origem viciosa (por exemplo, por ter empregado ele suborno ou ameaças para

73. Cf. *supra* § 35, II (v. II, t. I, p. 288 ss.).

74. Nesse sentido ROXIN, Claus. p. 761 e JAKOBS, Günther. p. 560.

obtê-la). Nesse caso a licença não operará qualquer efeito por tratar-se de ato administrativo nulo.[75]

## IV. OUTROS POSSÍVEIS EXERCÍCIOS DE DIREITO

1. Muitos autores se referem a um "direito de correção" do qual disporiam os pais quanto aos filhos e os mestres quanto aos alunos. Nosso escravismo emparelhava a essas situações o "direito" de castigar o senhor a seu escravo.[76] Como o escravismo envolve necessariamente um poder punitivo doméstico atuante, a rudeza dos castigos por vezes se equiparava, como se vê do uso comum da palmatória. Vestígios do *pater* senhorial punitivo brasileiro sobrevivem em muitos episódios da chamada violência de gênero.

2. A educação dos filhos constitui um dever dos pais (art. 229 da CR, art. 1.634, do CC e art. 22 da ECA) a cumprir-se no marco do "poder familiar" (art. 1.630 e ss. do CC). Que o cumprimento desse dever possa envolver reprimendas físicas comedidas é algo que se deduz da norma que impõe a perda do poder familiar ao pai ou mãe que "castigar imoderadamente o filho" (art. 1.638, I, do CC), ou, não fosse o bastante, da unanimidade com a qual doutrina[77] e jurisprudência[78] reconhecem no pai um dos sujeitos especialmente qualificados do crime de maus tratos na modalidade de "abusar dos meios de correção ou disciplina" (art. 136 do CP). Pais, biológicos ou adotivos, que tenham perdido o poder familiar – e, assim desvinculados do dever de educação dos filhos – responderão por vias de fato (art. 21 do LCP), lesões corporais (art. 129 do CP) ou cárcere privado (art. 148 do CP) como qualquer outra pessoa. Também a Convenção dos Direitos da Criança, internalizada pelo Dec. 99.710, de

75. Sobre o tema, DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*. Barcelona, 1996; DESTEFENNI, Marcos. *Direito Penal e Licenciamento Ambiental*. S. Paulo: ed. Memória Jurídica, 2004; FONSECA PIRES, Luis Manuel. *Regime Jurídico das Licenças*. S. Paulo: ed. Q. Latin, 2006; Gómez Rivero, M. Carmen, *El Régimen de Autorizaciones en los Delitos Relativos a la Protección del Medio Ambiente y Ordenación del Territorio*.

76. Assim ALVES JUNIOR, Thomaz. *Annotações Theoricas e Praticas ao Codigo Criminal*. Rio: ed. F. Luiz Pinto, 1864. p. 285. Sobre esse emparelhamento, cf. Nilo Batista, Pena pública e escravismo, em Arquivos do Ministério da Justiça. ano 51. n. 190. 2006, p. 230 ss.

77. Por todos, HUNGRIA, Nelson. *Comentários*, cit., p. 451.

78. "Responde por maus tratos o progenitor que, a título de correção, espanca descendente menor, provocando-lhe lesões corporais" (TACrimSP, rel. J. Galvão Coelho, Julgados 49/384).

21.11.1990, exceptua do regime geral de convivência com os pais a criança que sofra maus tratos (art. 9.º), e concita os Estados. Partes a adotarem medidas que protejam a criança contra todas as formas de violência física ou mental e maus tratos (art. 19). Ao contrário da opinião dominante, que constrói um direito de castigar cujo exercício pode ser delegado em particulares situações de guarda e custódia,[79] parece-nos tecnicamente preferível conceber o moderado castigo como um momento – que se alterna com recompensas, repreensões, promessas, ameaças de castigo, sobremesas etc. – do cumprimento do dever de educar. Com tal concepção, o assunto se desloca do âmbito da antijuridicidade, no qual estaria se acreditássemos num direito de castigar, na direção da tipicidade objetiva conglobante (cumprimento de um dever legal).[80] É evidente que o moderado castigo físico (uma palmada, um beliscão, um puxão na orelha e similares) é uma espécie de *ultima ratio* pedagógica, culturalmente legitimada entre nós. Viola o dever de educação todo castigo imoderado, que implique perigo direto ou dano à saúde ou à integridade corporal do filho, bem como o castigo moderado cotidiana e permanentemente aplicado, sem alternância com outros meios pedagógicos. Muitas práticas imoderadas que não recorrem ao castigo físico, longos isolamentos no "quarto escuro" ou a exploração sistemática de medos infantis, podem igualmente ser lesivas da saúde do filho. A invocação da finalidade educativa é por si insuficiente para eximir de responsabilidade o pai abusivo. Como disse Hungria, "o justo fim não autoriza o excesso do meio (...) nem mesmo a incorrigibilidade ou insubmissão do sujeito passivo".[81]

3. A escola, este poderoso aparelho de controle social que, como lembrava Baratta, "reflete a estrutura vertical da sociedade" e opera "através de mecanismos de seleção, discriminação e marginalização",[82] foi historicamente um espaço de exercício do poder punitivo.[83] A sociologia discutiu os falsos fundamentos (preventivos ou retributivos) da pena quando estudou a escola.[84] A doutrina penalística tratou de inventar um "direito de correção" do professor

79. ROXIN, Claus. I, p. 754.

80. Cf. v. II, t. I, p. 231 ss. (§ 32, IV).

81. Comentários, v. V, p. 451. No mesmo sentido, ROXIN, Claus. I, p. 753.

82. BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. cap. XIII (p. 171 ss).

83. Cf. CARON, Jean-Claude. À l'école de la violence : châtiments et sévices dans l'institution scolaire au XIX siècle. Paris: ed. Aubier, 1999– *châtiments et sévices dans l'institution scolaire au XIX siècle.*

84. Cf. DURKHEIM, Émile. L'Éducation Morale. Paris: ed. F.Alcan, 1925. p. 181 ss (o capítulo se denomina *La penalité scolaire*).

para legitimar as brutalidades escolares; na Alemanha, buscando fundamentá-lo no direito consuetudinário. Gradualmente reduzido à escola primária, o castigo escolar perderia inexoravelmente sua legitimidade. Ninguém hoje o sustenta, nem na Alemanha.[85]

4. A aquiescência presumida pode ser confortavelmente resolvida ao nível da tipicidade, como visto[86] e, portanto não suscita um problema de justificação. Da mesma forma, a colisão de deveres, segundo a teoria que esposamos, deve ser tratada no âmbito da tipicidade conglobante e não da antijuridicidade.[87]

5. O direito de resistência dispõe de uma tradição milenar,[88] mas a despeito dos precedentes históricos – entre os quais o elogio do tiranicida por Tomás de Aquino[89] – só na modernidade se apresentariam as condições políticas para sua elaboração jurídica.[90] Entre nós, há quem o veja implicitamente acolhido pela Constituição[91] e quem defenda sua expressa inclusão entre os direitos individuais.[92] O fato de que a criminalização da resistência supõe um "ato legal" do funcionário (art. 329 do CP) fornece um patamar mínimo ao conteúdo desse direito: é justificada toda e qualquer resistência contra condutas oficiais ilegais. A história dessa criminalização, cujas raízes estão no lesa majestade,[93] é a história do confronto entre uma concepção autoritária e outra democrática.[94]

---

85. ROXIN, Claus. v. I, p. 755; JAKOBS, Günther. v. 2, p. 466-467.
86. Idem, § 32, V, 10 (vol. 2., t. I, p. 243).
87. Idem, § 32, IV, 5 ss. (vol. 2, t. I, p. 233 ss.).
88. Sobre essa tradição, MACHADO DE ARAÚJO, Cláudia de Rezende. *O Direito Constitucional de Resistência*. P. Alegre: ed. Fabris, 2002.
89. "Quem mata o tirano é louvado e merece uma recompensa" (Comentário às sentenças de Pedro Lombardo, l. II, d. XLIV, q. 2, art. 2). *Apud* Passarin d'Entrèves, A., *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, p. 213 ss.
90. Um "direito de resistência" foi explicitamente concebido por Locke, Segundo Tratado, esp. cap. XVIII.
91. Assim MACHADO DE ARAÚJO, Cláudia de Rezende. *O Direito Constitucional de Resistência*. P. Alegre: ed. Fabris, 2002. p. 126.
92. Assim BUZANELLO, José Carlos. *Direito de Resistência Constitucional*. Rio: ed. L. Iuris, 2006. p. 258-259.
93. "Se o príncipe não é pontualmente obedecido, a ordem pública está subvertida (...) quem desobedece ao poder público é julgado digno de morte" – ensinava Bossuet ao Delfim, na segunda metade do século XVII (Bossuet, Jacques Bénigne, *Politique tirée des propres paroles de l'Écriture sainte*, l. VI, art. II, 1ª proposição).
94. Cf. COSTA E SILVA, Antonio José. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Commentado*. v. I, p. 274 ss.; LONGHI, Silvio. *La legittimità della resistenza agli atti dell'autorità*

O patamar da legalidade é insuficiente para os inúmeros casos nos quais, a despeito da existência de lei produzida segundo o devido processo legislativo constitucional, seja evidente a iniquidade de sua aplicação, ou nos tantos bolsões de exceção e violência estatal que democracias representativas frequentemente ostentam em paralelo à ordem jurídica. Sendo incabível desenvolver aqui este tema, baste-nos admitir ser correto situar a resistência à opressão entre as causas de justificação, ao lado da defesa de interesses legítimos.

6. A justificação do abortamento dispõe no Brasil de regulação muito restritiva, limitada às chamadas indicações *terapêutica*[95] (circunscrita à cláusula "se não há outro meio de salvar a vida da gestante") e *sentimental* (apenas "se a gravidez resulta de estupro"), como se vê no art. 128 do CP. A despeito de inúmeras iniciativas para ampliar tais indicações,[96] a obsessão da hierarquia católica e de setores conservadores poderosos pelo tema tem inviabilizado qualquer reforma legislativa. Em ação de descumprimento de preceito fundamental, a Corte Suprema declarou a inconstitucionalidade da interpretação que criminalize o abortamento de feto anencéfalo,[97] abrindo as portas para a admissão da indicação *embriopática*, da qual a anencefalia é apenas uma forma extrema. Mas a chamada indicação *social* segue como tabu entre nós. Enquanto a indicação terapêutica, que uma interpretação constitucionalmente centrada na dignidade da pessoa faria abranger também perigos para a saúde, física ou psíquica, da gestante, situa-se claramente como um caso especial de estado de necessidade justificante, na indicação sentimental a justificação provém do exercício do direito de não gestar o filho de seu estuprador, o que se corrobora pela exigência do consentimento da gestante ou, sendo ela incapaz, de seu representante legal (art. 128, II, do CP). Na indicação terapêutica extrema, contemplada pela lei (risco para a vida da gestante), o descumprimento da exigência legal de ser o abortamento realizado por médico (art. 158 *caput*) não afeta a solução jurídico-penal (justificação por estado de necessidade). A indicação embriopática, sempre que a deformidade do feto ou sua incapacidade vital afetem a saúde física ou mental da gestante, justificar-se-á como estado de

*nel diritto penale*. Milão, 1908; Vallardi; VERHAEGEN, Jacques. *La Protection pénale contre les Excès de Pouvoir et la Résistance légitime à l'Autorité*. Bruxelas, 1969. p. 351 ss.

95. Sobre este tema, LAURENZO COPELLO, Patricia. *El aborto no punible*. Barcelona, 1990. p. 289 ss. e SILVA FRANCO, Alberto. *Estudos Jurídicos – Homenagem a Manuel Pedro Pimentel*. p. 103 ss.

96. Para uma delas, cf. BATISTA, Nilo. *Temas de Direito Penal*. p. 214 ss.

97. STF, ADPF nº 54, julgada em 12.abr.2012. A Resolução nº 1.989, do Conselho Federal de Medicina, dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia.

necessidade, tal qual a indicação terapêutica. A tendência de outros sistemas jurídicos, descriminalizando completamente o abortamento realizado até certa etapa (tem prevalecido o prazo de doze semanas de gestação) e só depois dela impondo requisitos legais para sua prática não só evitaria os rendilhados restritivos das indicações da lei, como permitiria o advento da indicação social, largamente praticada – à revelia da lei – também entre nós.

7. A privação de uma vida a pedido de quem sofre de uma doença incurável com sofrimentos que não podem ser impedidos por outros meios coloca a questão da extensão do direito à integridade física e, portanto, também da determinação de uma causa de justificação para a eutanásia.[98] Sustenta-se que, nos casos mais patentes, nos quais o paciente expressamente requeira que se ponha fim a sua vida em seu próprio interesse, seria permitido proceder à eutanásia (assim, voluntária), seja na modalidade ativa ou passiva.[99] Contudo, nos casos de eutanásia involuntária, ensaiaram-se argumentos em prol da justificação sob consignas éticas provindas da impossibilidade de tratar o paciente como pessoa moral quando se encontra em profundo e irreversível estado de coma, por ter perdido e ser incapaz de readquirir as distintas habilidades que o habilitariam ao desfrute de direitos.[100] Desde 1997, com a promulgação da Lei 9.434, de 04.02.1997, que dispõe sobre remoção de órgãos e tecidos do corpo humano para fins de transplante, não se pode afirmar que esteja vivo o paciente com morte encefálica (art.

98. Assimila-a ao suicídio JAKOBS, Günther. *Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición*. Bogotá, 1996. p. 30.

99. NINO, Santiago. *Fundamentos*, cit., p. 252; FARREL, Martín D. *La ética del aborto y la eutanasia*. Buenos Aires, 1985, para quem basta o mero consentimento; assim também LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Temas penales*. Barcelona, 1994. p. 81. O Seminário Internacional sobre eutanásia, realizado em Málaga em 1994, também enfatizou a presença do consentimento informado (cf. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.; Muñoz Sánchez, J. (orgs.). *El tratamiento jurídico de la eutanasia*. Valência: ed. T.lo Blanch, 1996. p. 592). Cf. as reservas de Roxin quanto à eutanásia ativa (Tratamiento jurídico-penal de la eutanásia. In: CLAUS, Roxin. et al. *Eutanasia y suicidio*. Granada: ed. Comares, 2001. p. 25 ss). Especialmente na chamada eutanásia ativa indireta, sustenta-se a existência de um estado de necessidade (cf. IGLESIAS RÍO, Miguel Angel. *Perspectiva histórica, cultural y comparada de la legítima defensa*. Burgos, 1999. p. 147), que estaria no centro do modelo holandês (cf. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*. Madri: ed. Bol. Of. Estado, 1999. p. 539).

100. NINO, Santiago. *Fundamentos*, cit., p. 253; outros sustentam a justificação apenas na eutanásia passiva. Cf. NIÑO, Luis. *Eutanasia. Morir con dignidad; consecuencias jurídico penales*. Buenos Aires, 1994. p. 106; soluções idênticas em GIUNTA, Fausto. Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problemática. *RIDPP*. 1997, p. 74.

3.º); após esta, portanto, já não há que falar-se em eutanásia. Parece claramente desarrazoado imputar ao médico a interrupção de um tratamento intensivo de continuidade automática quando já não exista dever de prolongá-lo.[101]

8. O direito à *livre manifestação do pensamento* (art. 5.º, IV, da CR) e o direito à *livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação* (art. 5.º, IX, da CR) dispõem de fronteiras problemáticas com certos delitos, entre os quais apologia, ofensas à honra, ultraje ao pudor, violação de sigilos e outros. Como esses direitos estão no cerne das instituições republicanas e democráticas, é preciso valorar cuidadosamente o aparente conflito de interesses que podem suscitar.[102] Quanto à apologia (art. 287 do CP), parece a rigor incompatível com nossa Constituição; em certos campos, como por exemplo, na manifestação artística, tal inconstitucionalidade é de clareza meridiana.[103] Como pode um Estado democrático pretender que tudo quanto ele considera crime é ontologicamente delituoso, e que todas as pessoas condenadas por seus tribunais são execrandas? Como cultuar Cristo ou homenagear Tiradentes, dois condenados? Como discutir o sangrento fracasso do proibicionismo em matéria de drogas sem questionar os absurdos da lei? Quem não quiser avançar tanto no tratamento preferencial da liberdade de manifestação do pensamento poderia, recorrendo à velha classificação que opõe os *mala in se* aos *mala prohibita*, reservar o tipo legal da apologia apenas para a primeira classe (ou seja, para o homicídio, o genocídio, o estupro etc.), solução de algum modo tributária de um "delito natural". Por outro lado, procurar limitar o âmbito da apologia através da *idoneidade* ou do *perigo* é claramente insatisfatório. Por esta via usou-se a regra jurisprudencial estadounidense do "perigo claro e presente", formulada pelo Juiz Holmes no caso *Schenk vs US*,[104] sobre a qual insistiu-se em *Brandenburg vs. Ohio*,[105] que é outra formulação da regra de *idoneidade* adotada pela doutrina de nossa família jurídica,[106] que exige da conduta apologética a capacidade de produzir uma ação ilícita iminente, de com alta probabilidade incitar tal ação. Nenhum problema oferece a apologia dirigida

101. Cf. JAKOBS, Günther. p. 262; a mesma solução em ENGISCH, Karl. *Tun und Unterlassen*. Fest. f. Gallas. Berlim, 1973. p. 163; Hirsch, H.J., em *Fest. f. Lackner*, p. 579; Roxin, em *Fest. f. Engisch*, p. 380.

102. Sobre seu valor republicano, cf. FRAGOSO, Heleno. *Jurisprudência Criminal*. p. 429 ss.

103. Cf. Nilo Batista, Sobre a criminalização do funk carioca, em BATISTA, Carlos Bruce (org.) *Tamborzão – Olhares sobre a Criminalização do Funk*. p. 185 ss.

104. 249 US 47, 1919.

105. 395 US 477, 1969.

106. Cf. Creus, P. Esp. II, p. 128.

à pessoa determinada para estimulá-la à prática de um crime: estaríamos, então, nas águas menos inseguras da participação por instigação. Mas é bastante claro que não cabe imputar ao autor de um discurso apologético eventuais afetações típicas de bens jurídicos porventura provenientes de terceiros que tenham resolvido converter em ato suas ideias e razões.[107] Não seria admissível que o elogio, por exemplo, do abortamento, do consumo de drogas ilícitas ou da eutanásia fosse castigado pelo fato de alguém, adotando o ponto de vista dos encômios, cometer algum de tais delitos. Na perspectiva da filosofia individualista-liberal estadounidense sustentou-se um critério mais restritivo: só seria admissível intervir em caso de crises institucionais de tal gravidade que já não haja tempo nem oportunidade para discutir razões.[108] Em outro extremo se pronuncia Jakobs, que requer uma situação próxima de uma crise de legitimação, pois se trataria de *delitos de produção de um clima.*[109]

9. Não está definitivamente aclarado se a crítica através dos meios de comunicação constitui uma causa de justificação de ofensas à honra veiculadas[110] ou se, ao contrário, as regras que pretendem restringir a interferência sobre a livre imprensa concernem aos pressupostos de imputação ao tipo objetivo.[111] O Supremo Tribunal Federal entendeu que os direitos "que dão conteúdo à liberdade de imprensa" prevalecem sobre os direitos "à imagem, honra, intimidade e vida privada", porém *a posteriori* esses últimos podem produzir "o efeito de assegurar o direito de resposta e assentar responsabilidades penal, civil e administrativa":[112] é o que se poderia chamar de posição preferencial *ma non troppo*. A doutrina entende que as ofensas à honra estão justificadas se: *a*) a liberdade de crítica colide com pequenos danos à honra; *b*) a crítica ou a crônica não tem como objetivo o sensacionalismo ou o escândalo; *c*) a crítica é relevante para quem a expressa; *d*) não houver outra forma de fazer valer o interesse; *e*) é proporcional; e *f*) constatada a seriedade da publicação ou que ela corresponde à verdade (dever de examinar).[113] Esses recortes doutriná-

107. NINO, Santiago. *Fundamentos,* cit., p. 261 e 307.

108. RAWLS, John. *Sobre las libertades*. Barcelona, 1990. p. 104.

109. *Estudios*, p. 321.

110. Para Nuvolone, a crítica e a crônica jornalística configuram exercícios de direito (NUVOLONE, Pietro. *Il Diritto Penale della Stampa.* Pádua: ed. Cedam, 1971. p. 49 ss.).

111. JESCHECK-WEIGEND. *As trata como risco permitido justificante*. p. 401.

112. STF, ADPF nº 130, rel. Min. Ayres Brito (transcrições entre aspas da ementa).

113. ROXIN, Claus. p. 783; JESCHECK-WEIGEND. p. 401. Cf. GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, L.G. *Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira*. Rio: ed. Renovar, 2003.

rios alemães, tanto quanto os jurisprudenciais que se valem da teoria estadounidense da *malícia real*[114] nem sempre são coincidentes, mas a circunstância de se originarem de normas constitucionais e internacionais que declaram a proeminência da liberdade de manifestação do pensamento[115] não significa que exprimam uma colisão de interesses entre a liberdade de expressão e a honra das pessoas da qual resulte uma causa de justificação. Ao contrário da permissão justificante, essas pautas especificam o raio da imputação objetiva e subjetiva, ou seja, o pragma conflitivo que supõe a proibição. Assim parece indicar a teoria da *malícia real* e a maior tolerância à crítica endereçada a funcionários e homens públicos.

10. Quando alguém divulga um segredo através da imprensa, atuando estritamente no interesse da crítica democrática, é possível admitir a "justa causa" que geralmente integra esses tipos legais (cf. arts. 153, § 1º-A e 154 do CP). Temos nesses tipos um elemento negativo de recorte que torna objetivamente atípica a ação. Ao contrário, configura exercício de um direito – e, portanto, causa de justificação – a negativa do jornalista a fornecer a identidade de quem lhe proporcionou conhecer o segredo divulgado (art. 5º, XIV, da CR). Atenção especial devem merecer os reiterados casos de divulgação de segredo de justiça (art. 10 da Lei 9.296, de 24.07.1996) por empresas de comunicação, que mantêm estranho contubérnio com algumas agências do sistema penal. A frequência de tais violações sugere muito mais uma colaboração recíproca rotineira, que pelos sucessivos escândalos veiculados garante audiência e, portanto, lucro e prestígio, do que a crítica democrática; a presunção de inocência e o direito a um julgamento justo são atingidos em cheio por essa prática.

11. São atípicas, e não justificadas, as publicações, reproduções ou imagens obscenas dirigidas a adultos que aquiesceram em assistir a elas.[116]

12. Da garantia constitucional à "liberdade de consciência e crença" e ao "livre exercício dos cultos religiosos" (art. 5.º, VI, da CR) deriva a possibilidade de descumprir deveres, ainda quando essa inadimplência possa afetar um bem jurídico (como a recusa do médico católico a praticar abortamento terapêutico

114. Cf. *New York Times vs. Sullivan*, 376 US 254, 1964; sobre o estado da questão em diversos países, ILANUD/Comissão das Comunidades Européias, Justicia Penal e Libertad de Prensa; DIX SILVA, Tadeu, A. *Liberdade de Expressão e Direito Penal*. S. Paulo: ed. IBCCrim, 2000. p. 275 ss.

115. Na Corte Interamericana de Direitos Humanos, cf. voto do Juiz Gross Espiell, na opinião consultiva nº 7/86, de 29.ago.86 ("exigibilidade do direito de retificação ou resposta"); CoIDH, Informe 1994, p. 215-216-OEA/Ser.L/V/II, Doc. rev. 17.fev.95.

116. NINO, Santiago. *Fundamentos*, cit., p. 269.

ou da testemunha de Jeová a consentir em transfusão de sangue para seu filho incapaz). Quando se tratar de um dever genérico (do qual o melhor exemplo é o serviço militar) a Constituição determina que a lei preveja uma "prestação alternativa" àquela recusada por objeção de consciência, cumprida a qual preservará o sujeito qualquer direito que seria atingido pela recusa (art. 5º, VIII, da CR). O exercício dos direitos que promanam da liberdade de crença só pode justificar quando, estritamente aderido a um dogma religioso, exprima críticas não violentas contra atos ou leis que contravenham tal dogma.

13. A inviolabilidade da "intimidade", da "vida privada" e da "imagem das pessoas" (art. 5º, X, da CR) pode ser legitimamente defendida, atendidos os requisitos de proporcionalidade. No Brasil, seria inconstitucional lei que vedasse o uso da vestimenta islâmica tradicional que cobre o rosto da mulher (burca), na confluência do exercício do culto religioso e da inviolabilidade da imagem. Não se resolve como justificação (por exercício do direito à intimidade e à vida privada) a impunidade de quem possui droga ilícita para uso próprio doméstico, senão como atipicidade objetiva conglobante, fundada na impossibilidade de que o tipo legal compreenda condutas que não afetem terceiros.

14. Justificam-se, pelo exercício do direito constitucional de reunião (art. 5º, XVI, da CR), eventuais violações de dispositivos edilícios ou do regulamento do tráfico viário.

15. A injúria ou difamação irrogada pelo advogado ou pela parte em juízo, na discussão da causa, são impuníveis (art. 133 da CR; art. 142, I, do CP; e art. 7.º, § 3.º, da Lei 8.906, de 04.07.1994). Essa tradicional imunidade judiciária, habitualmente chamada de *libertas convinciandi*, quando não se resolva em atipicidade subjetiva (por defecção do elemento especial do tipo subjetivo nos crimes contra a honra) configurará um caso de justificação.[117]

## V. LEGÍTIMA DEFESA E ESTADO DE NECESSIDADE CONTRA A ATUAÇÃO OFICIAL ILÍCITA

1. Quando a autoridade pública deve exercer coerção direta sobre pessoas ou coisas em cumprimento de normas jurídicas (detenções, buscas, arrombamentos, sequestro de bens etc.) sua intervenção não está justificada por permissões, senão que é atípica porque sempre que a ingerência estiver estritamente conforme aos requisitos objetivos da lei, tratar-se-á do cumprimento

117. Assim FRAGOSO, Heleno. *Lições*. p. 236. Sobre o tema, o saboroso trabalho de SERRANO NEVES, Francisco de Assis. *Imunidade Penal*. Rio: ed. Alba, 1967.

de um dever jurídico, que exclui a tipicidade objetiva conglobante.[118] O juiz que ordena, por escrito e fundamentadamente, um arresto, e a autoridade policial que prende alguém em flagrante delito (diversamente do particular que, como lhe *faculta* o art. 301 do CPP, efetua a mesma prisão)[119] têm o dever de fazê-lo, sem que a lei lhes conceda a possibilidade de não atuar. Como o estrito cumprimento de um dever jurídico cancela a tipicidade objetiva, quem sofre as restrições jurídicas decorrentes da conduta do funcionário não pode defender-se ou resistir-lhe. Só caberia justificação para o particular atingido quando a conduta do funcionário fosse contrária ao dever,[120] exorbitante do figurino legal, porque teríamos então uma atuação típica (abuso de autoridade) habilitante de legítima defesa. Se o juiz condena à prisão alguém acusado por delito ao qual não é cominada pena privativa de liberdade, pode o condenado resistir à execução do ato ilegal defendendo legitimamente seu direito à liberdade ambulatória.

2. Quando o funcionário atua dolosamente, é pacífica a opinião de que o particular pode legitimamente defender qualquer direito que aquele pretenda afetar. Nestes casos, os fundamentos justificantes da legítima defesa deixam-se impregnar pelo direito de resistência. Mas nos casos de erro do funcionário formulou-se um limite à possibilidade de defesa recorrendo a teorias autoritárias, provindas do direito administrativo, segundo as quais apenas atos funcionais com vícios graves e manifestos seriam antijurídicos, enquanto os restantes deveriam ser tolerados pelo cidadão.[121] Em sentido similar, sustentou-se que em tais casos existiria uma pretensa antijuridicidade especificamente penal, segundo a qual, sob certas circunstâncias, o funcionário no exercício do cargo atuaria conforme o direito, ainda que sua conduta fosse ilícita e anulável pe-

118. Cf. v. II, t. I, p. 231 ss. (§ 32, IV).

119. Cf. *supra*, § 42, III, 4.

120. Sobre isto, ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto. *Derecho Penal Venezolano*. p. 209; ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. *Manual*. p. 254; PERRON, Walter. *Principios estructurales de la justificación en los derechos penales español y alemán, em Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*. Pamplona, 1995. p. 73 ss.; uma visão inspirada nos princípios liberais em COSTA E SILVA, Antonio José. *Código Penal*. I, p. 274.

121. Cf. MEYER, W. Nochmals: *Der Begriff der Rechtmässigkeit einer Vollstreckungshandlung* i. S. des §113, Abs. 3 StGB. NJW, 1973. p. 1074. A raiz dessas teorias encontra-se na ciência política do absolutismo: "os súditos não podem opor-se à violência dos príncipes, salvo por requerimentos respeitosos, sem insurgência ou maledicência, e preces por sua conversão", ensinava Bossuet ao Delfim por volta de 1675 (*Politique tirée...*, l. VI, art. II, prop. VI).

rante o direito administrativo, especialmente perante erros sobre os requisitos factuais do dever de intervenção mediante um exame cuidadoso. Mas este *privilégio de errar*[122] carece de fundamento, pois não há argumento que explique por qual motivo o erro converte em lícito um ilícito e, portanto, deveria o cidadão suportar os efeitos lesivos do erro do funcionário. Há quem sustente que seria condição prévia que o particular advertisse o funcionário sobre seu erro:[123] por um lado, tal condição é supervacânea (na disciplina geral da legítima defesa, se para conjurar a intervenção ilícita basta advertir o funcionário, não temos agressão; se apesar da advertência sobrevier a intervenção ilícita, caberá legítima defesa tanto quanto se não houvesse advertência nenhuma) e, por outro lado, na realidade de nosso sistema penal, a advertência em regra potencializará a intervenção ilícita. Cabe distinguir o caso do policial que realiza uma apreciação séria sobre a situação de flagrância em que se encontre uma pessoa, atento aos critérios legais (art. 302, CPP), sendo que posteriormente se constate que seu juízo esteve equivocado. A circunstância de ter o funcionário que atuar valendo-se de *indícios* torna discutível que se possa falar aqui em erro, embora outra apreciação seja possível; porém, mesmo admitindo-se um erro, não habilitaria legítima defesa contra a intervenção do policial. A prisão em flagrante será conforme o dever, sempre que existirem indícios do cometimento de um crime e de sua autoria pelo preso, não, porém, perante meras suspeitas desprovidas de toda base objetiva ou oriunda de preconceitos (como é o caso daquela que se funda apenas no estereótipo criminal).

3. A liberdade ambulatória somente pode ser restringida nos casos de coerção direta administrativa (evacuação dos moradores da casa interditada pela defesa civil) ou processual penal (flagrante delito ou prisões provisórias necessárias) ou de condenação exequenda de pena privativa de liberdade. Quando não se tratar de prisão em flagrante, será sempre exigível ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI, da CR), salvo as prisões disciplinares no âmbito militar. Se o direito à liberdade de ir e vir (art. 5º, XV, da CR) é violado por um funcionário fora desses casos, o ato funcional reputa-se agressão ilícita que justificará a salvaguarda daquele direito nos limites da legítima defesa, o que poderá justificar condutas típicas de resistência (art. 329 do CP), desobediência (art. 330 do CP), vias de fato (art. 21 do LCP), lesões corporais (art. 129 do CP) e outras empreendidas para repelir a ilegal detenção. O despacho judicial com fundamentação insatisfatória, a juízo do

122. A expressão é de Jellineck, *apud* JESCHECK-WEIGEND. p. 392; ROXIN, Claus. p. 739.

123. ROXIN, Claus. p. 741.

preso, não habilita legítima defesa, a exemplo do que se passa com a avaliação inadequada dos indícios na prisão em flagrante; mas a total ausência de qualquer fundamentação configura um abuso de autoridade do qual pode o cidadão legitimamente defender-se. A velha prática policial brasileira da "prisão para averiguações" é grosseiramente ilegal e inconstitucional. Não é apenas a conduta de funcionários públicos que pode cercear a liberdade de ir e vir, como se dá na controvertida hipótese dos danos que o automobilista imobilizado produz na cancela do pedágio, quando não há caminhos alternativos nem cobradores no *guichet*, e que se solucionam como estado de necessidade.

4. O direito à intimidade e à vida privada (art. 5º, X, da CR) também pode ser ilegitimamente violado por funcionários que estejam procedendo à busca domiciliar ou à busca pessoal (arts. 240 e ss. do CPP). Como decorrência do princípio da inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, da CR), por regra geral exige-se ordem judicial para a busca domiciliar, que deve ser realizada durante o dia. Em caráter excepcional, admite-se busca domiciliar sem autorização judicial nos seguintes casos: *a*) ocorrendo livre e expresso consentimento do morador; *b*) apresentando-se dentro da casa situação de flagrante delito. Para justificar a violação noturna de domicílio é preciso que haja flagrante próprio, não bastando as formas assemelhadas (flagrante impróprio, quase-flagrância) que, como ensina Grandinetti Castanho de Carvalho, "dilargam o campo constitucional de admissibilidade do ingresso em domicílio".[124] A participação do próprio juiz na diligência torna dispensável o mandado (art. 241 do CPP). Já a busca pessoal (revista) poderá ser efetuada sem ordem judicial apenas nos seguintes casos: *a*) ocorrendo livre e expresso consentimento do revistado; *b*) por ocasião da prisão (em flagrante, provisória ou para execução de pena privativa de liberdade) do revistado; *c*) no curso da busca domiciliar (art. 244 do CPP); *d*) quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida, instrumentos ou produtos de crime ou alguma prova da infração penal investigada (art. 240, § 2.º, do CPP).[125] Esta última hipótese recoloca as mesmas questões anteriormente versadas sobre a atuação funcional a partir de indícios: a fundada suspeita não pode originar-se, como frisou o Supremo Tribunal Federal, apenas em "parâmetros unicamente subjetivos, exigindo

124. GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, L.G. A captação e a intercepção ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos. *Boletim IBRASPP*, 2013/02. p. 8; do mesmo, *Processo Penal e Constituição*, p. 91 ss.

125. Cf. PITOMBO, Cleunice Bastos. A.V. *Da Busca e Apreensão no Processo Penal*; NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. Rio: ed. Elsevier, 2012. p. 498 ss.

elementos concretos que indiquem a necessidade de revista".[126] Perante uma suspeita fulcrada em dados objetivos, não caberia defesa legítima contra a intervenção funcional, ainda que se constatasse – como, de resto, não é raro – ser ela infundada. Nos demais casos, a falta das formalidades legais habilita legítima defesa: o policial que realiza sem ordem judicial uma busca domiciliar é autor de abuso de autoridade na modalidade de violação de domicílio (art. 3.º, al. *b da* Lei 4.898, de 09.12.1965, c/c art. 150 do CP). Determina a lei que "*o mandado de busca deverá indicar o mais precisamente possível a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador*" (art. 243, I, do CPP). Contudo, no Rio de Janeiro, alguns Delegados de polícia, ao invés de procederem a mínima investigação para suprir este requisito legal, passaram a requerer mandados de busca domiciliar genéricos, abrangentes de áreas urbanas periféricas extensas, por vezes, de toda uma favela; e, por inacreditável que possa parecer, alguns Juízes os concederam. Temos aí grosseira ilegalidade, como assinala a melhor doutrina,[127] propiciadora de muitos abusos e muita violência policial: contra tal agressão injusta à inviolabilidade do domicilio e à intimidade é cristalinamente cabível legítima defesa.

5. Da promiscuidade entre policiais à procura de fama e jornalistas policizados surgiu um deprimente espetáculo: a exibição compelida de suspeitos e indiciados. Diante de um painel que reproduz o logotipo da agência policial, tal como um esportista à frente das marcas que o patrocinam, o detido é exposto às câmeras tal qual troféu humano e, por vezes, se faculta a repórteres interrogá-lo. Há nesta prática evidente – e irremediável – lesão à inviolabilidade da "imagem das pessoas" (art. 5.º, X, da CR) e à presunção de inocência (art.

126. STF, HC nº 81.305, *apud* NICOLITT, André. Op. cit., p. 502. No caso, o revistado apenas vestia um blusão folgado, que poderia ocultar uma arma ou muitas outras coisas, como é rotineiro nos blusões folgados... Por essa lógica, os padres deveriam ser intensamente revistados. Uma tradição portuguesa proibia os "arcabuzes menos da marca", ou seja, com o cano menor de quatro palmos (Ord. Fil., V, LXXX, 13) e Manoel Lopes Ferreira nos explicava a razão: "este arcabuz pequeno (...) pode muito bem encobrir-se com a capa" (Practica Criminal, p. 65).

127. "Não pode haver mandado incerto, vago ou genérico" (PITOMBO, Cleunice Bastos. *Da Busca e Apreensão*... cit., p. 171); "situação absurda, que infelizmente tem se tornado comum, são os mandados de busca e apreensão genéricos, muitas vezes autorizando a diligência em quarteirões inteiros – obviamente na periferia –, conjuntos residenciais ou mesmo nas favelas" (LOPES JR., Aury. Op. cit., p. 701); "a prática designada por 'mandado genérico' (...) além de violar a inviolabilidade constitucional do domicílio, viola a legalidade, vez que o CPP prevê a necessidade de especificação do local da diligência" (NICOLITT, André. Op. cit., p. 500).

5º, LVII, da CR), para não mencionar o prejuízo quase irreparável ao direito a um julgamento justo. No dia em que algum desses troféus humanos insurgir-se contra sua acintosa exibição, desprovida de qualquer base legal, e quebrar algumas câmeras, estará agindo em legítima defesa.

6. O direito à vida (art. 5º, *caput*, da CR), que pressupõe o direito à integridade física, pode ser afetado quando o emprego de violência contra o suspeito de um crime ou contra pessoa cuja atividade é preciso interromper superar os limites da racionalidade no exercício da coerção direta. Os Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Encarregados de Cumprir a Lei, adotados em 1990 pelo VIII Congresso da ONU sobre a Prevenção do Delito e Tratamento de Delinquente, restringe o emprego de armas de fogo aos casos de legítima defesa do policial ou de terceiro "contra perigo iminente de morte ou lesão grave" ou "para prevenir um crime particularmente grave que ameace vidas humanas" (art. 9.º), recomendando "moderação" e emprego "proporcional" (art. 5.º, *a*). Em caso de "utilização arbitrária ou abusiva" de arma de fogo, deve o caso ser tratado como "infração penal" do funcionário (art. 7.º).[128] Essas recomendações foram explicitamente adotadas no Brasil, através da Portaria Interministerial 4.226 de 31.12.2010. Tal Portaria submete o emprego de força por agentes de segurança pública aos princípios da "legalidade, necessidade, proporcionalidade, moderação e conveniência" (item 2), e só faculta o disparo de arma de fogo "em casos de legítima defesa própria ou de terceiros" (item 3). Menção especial merece a situação de fuga do suspeito. "Não é legítima" – afirma a Portaria Interministerial – "o uso de armas de fogo contra veículo que desrespeite bloqueio policial em via pública", salvo quando este desrespeito representar "risco imediato de morte ou de lesão grave aos agentes de segurança ou terceiros" (item 5) – ou seja, em situação de legítima defesa. Da mesma forma, "não é legítimo o uso de arma de fogo contra pessoa em fuga que esteja desarmada ou que, mesmo na posse de algum tipo de arma, não represente risco imediato de morte ou lesão grave aos agentes de segurança pública ou terceiros" (item 4) – ou seja, fora da situação de legítima defesa. Para além de todos esses dispositivos regulamentares, constitui agressão injusta o uso de arma de fogo para o fim de deter pessoa que foge de detenção mesmo legítima, sem exercer violência

128. Cf. ANTUNES BARBOSA, Sérgio; OLIVEIRA ANGELO, Ubiratan. Distúrbios Civis: Controle e Uso da Força pela Polícia. In: CERQUEIRA, Nazareth; MAGNO, Carlos (orgs.). *Coleção Polícia Amanhã*. Rio: ed. F. Bastos, 2001. vol. 4 e 5., p. 109 ss.; MAIA NETO, Cândido F. *Código de Direitos Humanos*. p. 428 ss.

contra policiais ou terceiros, ou já tendo cessado de exercê-la.[129] A Lei 13.060, de 22.12.2014, proíbe expressamente o uso de arma de fogo contra pessoa em fuga ou veículo que desrespeitou bloqueio da via, desde que não se apresente risco imediato à vida ou à integridade física do policial ou de terceiros (art. 2º, par. ún., I e II). Nosso brutal cotidiano, neste aspecto específico, afasta-se não só das diretrizes vigentes, internacional e internamente, como também de uma referência jurídica portuguesa que remonta à metade do século XV.[130]

7. Na Europa vigem dispositivos segundo os quais: *a*) a arma poderá ser utilizada quando a agressão seja de tal intensidade que exponha a perigo a vida ou a integridade corporal das pessoas; *b*) a arma será utilizada quando necessária para impedir ou repelir essa agressão desde que um recurso defensivo menos nocente não possa ser empregado, ou seja, desde que haja proporcionalidade entre agressão e defesa; *c*) quando viável, o uso de arma deve ser precedido de avisos ao agressor; *d*) insistindo o agressor, que disparos de advertência, endereçados ao ar ou ao solo, sejam efetuados, quando viável; *e*) esgotadas essas etapas, ou diante de uma agressão tão instantânea, violenta ou perigosa que as inviabilizem, autorizam-se disparos dirigidos a partes não vitais.[131] Na Alema-

129. Atirar para matar ou ferir gravemente para evitar uma fuga não agressiva constitui uma ação antijurídica – QUERALT I JIMÉNEZ, Joan Josep. *La obediencia debida en el Código Penal*. Barcelona, 1986. p. 280 ss. e 295.

130. Mencionando uma curiosa polêmica entre doutores, alguns dos quais afirmando que "se o malfeitor se defende dos homens da Justiça querendo-o prender por mandado do julgador (...) podem-no matar livremente sem outra alguma pena", e outros radicalizando ainda mais, já que "o familiar da Justiça pode(ria) matar o malfeitor ainda que se não defenda, se ele foge para não ser preso", D. Afonso V formulou solução avançada para a época: deveria o Juiz apreciar "o modo e temperança que o familiar da Justiça teve em ferir ou matar quem assim queria prender", e "achando que o pudera prender por alguma guisa sem o matar ou ferir dê-lhe pena, segundo a culpa em que o achar, porque não deve o familiar da Justiça ligeiramente proceder a matar ou ferir aquele que prender quer, ainda que fuja, senão quando já por outra guisa alguma o não puder prender". E mesmo tal solução, restringiu-a aos casos de quem devia ser preso "por algum malefício grave", porquanto se se tratasse de alguém perseguido por malefício leve "e o dito familiar da Justiça for disso sabedor, não o deve matar por fugir, ainda que doutra guisa prendê-lo não possa, e matando-o haverá pena de Justiça segundo no caso couber" (Ord. Afo. II, VIII, 8, 9 e 10 – grafia atualizada).

131. Infelizmente para o brasileiro Jean Charles de Menezes, assassinado pela polícia inglesa no metrô de Londres em 22 de julho de 2005, os venenos do terrorismo inviabilizaram essa progressão. Sobre as instruções para as *Fuezas y Cuerpos de Seguridad del Estado Español* de 1983, AGIRREAZKUENAGA, Iñaki. *La coacción administrativa directa*. Madri, 1990. p. 248.

nha, o uso da arma regulamentar se autoriza apenas frente a um delito grave ou a qualquer delito cometido com emprego de arma:[132] essa fórmula, mais genérica que a espanhola, resulta numa ambígua fonte normativa para abusos policiais.[133] Na Itália, criou-se uma causa de justificação especial, o "uso legítimo de armas".[134] No plano internacional cabe destacar o *Código de Conduta para Funcionários Encarregados de Cumprir a Lei* da ONU, particularmente o artigo 3º que estabelece limites para o uso da força.[135] Esta é uma questão que necessita urgentemente de regulamentação na América Latina, onde as execuções policiais sumárias são a forma corrente[136] – Brasil, sob o disfarce dos "autos de resistência"[137] – de dissimular a pena de morte.

## VI. CONCURSO DE CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO

1. É inadmissível o *concurso antagônico* de justificativas, isto é, que a uma conduta justificada se oponha outra conduta igualmente justificada. Tratar-se-ia de um concurso aparente de preceitos, porque na verdade um deles não seria válido, já que é impossível que alguém esteja juridicamente autorizado a empreender uma conduta que outra pessoa esteja também juridicamente autorizada a impedir. O *concurso positivo,* isto é, o caso em que duas ou mais causas de justificação abrangem uma única conduta típica do sujeito, é plenamente admissível: temos aí um concurso de normas permissivas. Perante tal caso não

132. ROXIN, Claus. p. 656.

133. Amplo estudo comparado em SÁNCHEZ GARCÍA, Isabel. *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad.* Barcelona, 1995.

134. Cf. ALIBRANDI, Luigi. *L'uso Legittimo delle Armi.* Milão: ed. Giuffrè, 1979.

135. Adotado pela Assembleia Geral em 17 de dezembro de 1979. Cf. NAZARETH CERQUEIRA, Carlos Magno; WANDERLEY DORNELLES, João Ricardo. *A Polícia e os Direitos Humanos.* Coleção Polícia Amanhã. Rio: ed. F. Bastos, 1998. vol. 1, p. 135 ss.

136. Cf. IIDH, *Muertes Anunciadas*; EIDE, Asbjorn. *El derecho a oponerse a las violaciones de los derechos humanos: Fundamentos, condiciones y límites. Análisis en prospectiva, em AA.VV., Sobre la resistencia a las violaciones de los derechos humanos.* Barcelona, 1984. p. 74 ss.

137. Ao estudo pioneiro de Sérgio Verani (Assassinatos em Nome da Lei) vieram somar-se os de Michel Misse (MISSE, Michel. *"Autos de resistência": uma análise dos homicídios cometidos por policiais na cidade do Rio de Janeiro.* Rio: UFRJ, 2011.) e de Orlando Zaccone (ZACCONE, Orlando. *Indignos de Vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro.* Rio: ed. Revan, 2014.). Este último examina também a participação de promotores de Justiça e magistrados no sepultamento judiciário dos "autos de resistência".

cabe eliminar ou privilegiar uma das justificativas concorrentes, mesmo sob o argumento redundante de que bastaria a outra para excluir a ilicitude, em razão de inexistir hierarquia entre as causas de justificação da conduta típica.[138]

2. Contudo, vale advertir que existe a possibilidade de que entre duas justificativas concorrentes possa aplicar-se o *princípio da especialidade*, na medida em que divirjam os objetivos perseguidos pelos preceitos permissivos concorrentes, ou seja, que medie uma incompatibilidade teleológica entre os preceitos.[139] A pretensão de aplicar o princípio da subsidiariedade[140] se frustra porque importaria em consagrar uma hierarquização das justificativas.

## BIBLIOGRAFIA

AGIRREAZKUENAGA, Iñaki. *La coacción administrativa directa*. Madri, 1990.

AGUADO CORREA, Teresa. *El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal*. Madri: ed. Edersa, 1999.

ALEXY, Robert. *Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal*. Trad. A. Daniel Oliver-Lalana. Doxa, 2000.

ALIBRANDI, Luigi. *L'uso Legittimo delle Armi*. Milão: ed. Giuffrè, 1979.

ALMADA, Célio de Melo. *Legítima Defesa*. S. Paulo: ed. J. Bushatsky, 1975.

ALVES JUNIOR, Thomaz. *Annotações Theoricas e Praticas ao Codigo Criminal*. Rio: ed. F. Luiz Pinto, 1864.

AMBOS, Kai. *Acerca de la antijuridicidad de los disparos mortales en el muro*. Trad. C. López Díaz. Bogotá: ed. Un.Ext.Colômbia, 1999.

ANIBAL BRUNO. *Direito Penal*. vol. I, t. I.

ANTUNES BARBOSA, Sérgio; OLIVEIRA ANGELO, Ubiratan. Distúrbios Civis: Controle e Uso da Força pela Polícia. In: CERQUEIRA, Nazareth; MAGNO, Carlos (orgs.). *Coleção Polícia Amanhã*. Rio: ed. F. Bastos, 2001. vol. 4 e 5.

ARENT, Hannah. *La Disobbedienza Civile*. Trad. T. Serra. Milão: ed. Giuffrè, 1985.

ARMAZA GALDÓS, Julio. *Legítima defensa y estado de necesidad justificante*. Arequipa, 1995.

_____. *Legítima Defensa, Error de Compreensión y otros Aspectos Negativos del Delito*. Arequipa: ed. Adrus, 2004.

138. Baumann-Weber, § 21, III, p. 349.

139. WARDA, Günter. *Konkurrenz von Rechtsfertigungsgründen, em Fest. f. Maurach, Karlsruhe*, 1972. p. 143 e ss.; CUERDA RIEZU, Antonio. *ADPCP*. 1990, p. 519.

140. Assim SÁNCHEZ GARCÍA, Isabel. cit., p. 343.

AZZALI, Giampero. *L'eccesso colposo*. Milão: ed. Giuffrè: 1965.

BACIGALUPO, Enrique. *Fundamentación del concepto de tipo penal en la dogmática Argentina*, em "Actas". Buenos Aires: Univ. de Belgrano, 1971.

_____. *Legítima defensa y estado de necesidad en la reforma penal de España. CDJP*. ano II. 1 e 2. p. 99 e ss.

BALDÓ LAVILLA, Francisco. *Estado de necesidad y legítima defensa, un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*. Barcelona, 1994.

BASTOS PITOMBO, Cleunice A. Valentim. *Da Busca e Apreensão no Processo Penal*. S. Paulo: Ed. RT, 1999.

BASILEU GARCIA. *Instituições de Direito Penal*. vol. I, t. I.

BAUER, Frit. *Das Strafrecht und das heutige Bild vom Menschen* em *Die deutsche Strafrechtsreform*. Munique, 1967.

BAUMANN-WEBER. § 21, III.

BENTHAM; JEREMIE. *Traités de Législation Civile e Pénale*. Trad. E. Dumont. 3. ed. Paris: ed. Rey e Gravier, 1830. t. 2.

BERNER, A. F. Die Nothwehrtheorie. *Archiv des Criminalrechts*. Halle, 1848.

BERTEL, Ch. *Notwehr gegen verschuldete Angriffe*. ZStW, 1972.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. S. Paulo: ed. Saraiva, 2010. 5 vols.

_____. *Tratado*. vol. 1.

BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, Francisco. *Legítima defensa. Enc. Jur. Omeba*. XVIII.

_____. *Sobre el ademán de sacar armas o instrumentos contundentes y la legítima defensa*. LL, 1964.

BLEI. § 44, IV, 5.

BOCKELMANN, Paul. *Hegels Notstandslehre*. Berlim e Leipzig, 1935.

_____. *Menschenrechtskonvention und Notwehrrecht. Fest, für Engisch*. Frankfurt, 1969.

BOUZAT-PINATEL. *Traité de Droit Pénal et de Criminologie*. vol. I.

BÖSE, Martin. *Die Glaubens- und Gewissensfreiheit im Rahmen der Strafgesetze (insbesondere &34 StGB)*. ZStW, 2001.

BRANDÃO, Cláudio. *Curso*.

BRANDÃO, Paulo. *Direito Penal*. Rio: ed. Forense, 2010.

BRITO ALVES, Roque de. *A Moderação na Legítima Defesa*. Recife, ed. U. Gráfica, 1957.

BUNSTER, Alvaro. *Escritos de derecho penal y política criminal*. Sinaloa, 1994.

BUSSE, Volker. *Nötigung im Strassenverkehr*. 1968.

BUZANELLO, José Carlos. *Direito de Resistência Constitucional*. Rio: ed. L. Iuris, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: ed. Almedina, 2003.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *La Justificación Penal. Madri: ed.* EDERSA, *1982*.

CARON, Jean-Claude. À l'école de la violence. Paris: ed. Aubier, 1999.

CARRARA, Francesco. *Una questione di moderame. Opuscoli*. vol. VII.

CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Direito Penal Português*. Viseu: ed. Verbo, 1982.

CAVALLO, Vicenzo. *L'Esercizio del Diritto nella Teoria Generale del Reato*. Nápoles: ed. Jovene, 1939.

CONTIERI, Enrico. *Lo Stato di Necessità*. Milão: ed. Giuffrè, 1939.

CORSONELLO, Carlo. *Teoria delle Cause Oggettive di Cessazione del Reato*. Pádua: ed. Cedam, 1941.

COSTA E SILVA, Antonio José. *Codigo Penal*. São Paulo: ed. C. Ed. Nacional, 1930.

_____. *Codigo Penal dos Estados Unidos do Brasil Commentado*. vol. I.

COSTA JR., Paulo José da. *Comentários*. 1.

CUERDA ARNAU, M.L. *El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad*. Valência: ed. T.lo Blanch, 1997.

CUERDA RIEZU, Antonio. *Sobre el concurso de causas de justificación*. ADPCP, 1990.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*. Barcelona, 1996.

DE LUCA, Javier. *El secreto de las fuentes periodísticas en el proceso penal*. Buenos Aires, 1999.

DESTEFENNI, Marcos. *Direito Penal e Licenciamento Ambiental*. S. Paulo: ed. Memória Jurídica, 2004.

DÍAZ PALOS, Fernando. *Estado de Necesidad*. Barcelona: ed. Bosch, s/d.

_____. *La Legítima Defensa*. Barcelona: ed. Bosch, 1971.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.; Muñoz Sánchez, J. (orgs.). *El tratamiento jurídico de la eutanasia*. Valência: ed. T.lo Blanch, 1996.

DIX SILVA, Tadeu, A. *Liberdade de Expressão e Direito Penal*. S. Paulo: ed. IBC-Crim, 2000.

DONNA, Edgardo Alberto. *El exceso en las causas de justificación. Estudio del artículo 35 del Código Penal*. Buenos Aires, 1985.

DOTTI, René. *Curso.*

DURKHEIM, Émile. *L'Éducation Morale.* Paris: ed. F.Alcan, 1925.

EIDE, Asbjorn. *El derecho a oponerse a las violaciones de los derechos humanos: Fundamentos, condiciones y límites. Análisis en prospectiva*, em AA.VV., *Sobre la resistencia a las violaciones de los derechos humanos.* Barcelona, 1984.

ENGISCH, Karl. *Tun und Unterlassen. Fest. f. Gallas.* Berlim, 1973.

FARANDA, Claudio. *L´eccesso colposo.* Milão, 1988.

FARREL, Martín D. *La ética del aborto y la eutanasia.* Buenos Aires, 1985.

FERREIRA, Manuel Lopes. Practica Criminal. Porto: ed. A.A.R. Guimaraens, 1767.

FICHTE, J.G. *Fondement du Droit Naturel selon les Principes de la Doctrine de la Science.* Trad. A. Renaut. Paris: ed. PUF, 1984.

FIORETTI, Julio. *Sobre a Legítima Defeza.* Trad. O.Mendes. S. Paulo: ed. Teixeira & Irmão, 1891.

FLETCHER, George. *En defensa propia.* Valencia, 1992.

FONSECA PIRES, Luis Manuel. *Regime Jurídico das Licenças.* S. Paulo: ed. Q. Latin, 2006.

FONTAN BALESTRA. II.

FRAGOSO, Heleno. *Lições.* P.G.

_____. *Jurisprudência Criminal.*

FRÍAS CABALLERO, Jorge. *Notas sobre la teoría normativa de la culpabilidad.* LL, 65.

FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de Direito Processual Penal.* Rio: ed. Forense, 1965. 4 vols.

FREDERICO MARQUES. *Tratado.* vol. II.

GALLAS, Wilhelm. *Pflichtenkollision als Schuldausschliessungsgrund. Fest. f. Mezger.* Munique, 1954.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal.* 5. ed.

GARCÍA COTARELO, Ramón. *Resistencia y desobediencia civil.* Madri, 1987.

GEYER, August. *Die Lehre von der Notwehr. Eine strafrechtliche Abhandlung.* Jena, 1857.

GIMBERNAT ORDEIG, E. *Justificación y exculpación en derecho penal español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes).* CDJP. ano V. n. 9. p. 328 ss.

_____. *El estado de necesidad.* NPP, 1974.

GIUNTA, Fausto. Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problemática. *RIDPP*, p. 74 ss. 1997.

GÓMEZ LÓPEZ, Orlando. *Legítima defensa.* Bogotá, 1997.

GÓMEZ RIVERO, M. Carmen. *El Régimen de Autorizaciones en los Delitos Relativos a la Protección del Medio Ambiente y Ordenación del Territorio*. Valência: ed. T.lo Blanch, 2000.

GOULART, Henny. *O Excesso na Defesa*. S. Paulo: Ed. RT, 1968.

GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, L.G. *Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira*. Rio: ed. Renovar, 2003.

_____. A captação e a intercepção ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos, *Boletim IBRASPP*, 2013/02.

GRECO, Rogerio. I.

GRISANTI AVELEDO, Hernando. *Esquema de la Legítima Defensa*. Valência (Venezuela): ed. Un. Carabobo, 1979.

GROSSO, Carlo Frederico. *Difesa Legittima e Stato di Necessità*. Milão: ed. Giuffrè, 1964.

GUEIROS, Artur de B.S.; JAPIASSÚ, C. Eduardo. *Direito Penal*. Rio, ed. Elsevier, 2012.

GUERRERO, Hermes Vilchez. *Do Excesso em Legítima Defesa*. B. Horizonte: ed. Del Rey, 1997.

GÜNTHER, H. L. *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*. 1983.

HABERMAS, J. *Facticidad y validez*. Madri, 1998.

HÄLSCHNER, Hugo. *Das gemeine deutsche Strafrecht*. Bonn, 1881.

HASSAN CHOUKR, Fauzi. *Codigo de Processo Penal*. Rio: ed. L. Iuris, 2009.

HEGEL. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*."Werke". Berlim, 1833. vol. VIII.

HEINTZ, Ernst. *Die Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit. Fest. f. Eb. Schmidt*. Göttingen, 1961.

HENKEL, Heindrich. *Recht und Individualität*. Berlim, 1968.

HIMMLEREICH, Klaus. *Erforderlichkeit der Missbrauch – Notwehrexcess*. GA, 1966.

HIRSCH, H. J. *Behandlungsabbruch und Sterbehilfe. Fest. f. Lackner*. Berlim, 1987.

HIS, Rudolf. *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters*. Weimar, 1920 (reimp. 1964.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários*. v. I, t. II.

HRUSCHKA, Joachim. *Extrasystematische Rechtsfertigungsgründe. Fest. f. Dreher*. Berlim, 1977.

_____. *Bestrafung des Täters trotz Rechtfertigung der Tat?* ZStW, 2001.

IGLESIAS RÍO, Miguel Angel. *Perspectiva histórica, cultural y comparada de la legítima defensa*. Burgos, 1999.

JAKOBS, Günther. *Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición*. Bogotá, 1996.

_____. *Crímenes del Estado – Ilegalidad en el Estado. Goltdammer's Archiv für Strafrecht*. Trad. P Giménez Alcover. jan./1994.

JARDIM LINHARES, Marcello. *Legítima Defesa*. Rio: ed. Forense, 1980.

JESCHECK, H. H. *Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten*. NJW, 1954.

JESCHECK-WEIGEND.

JESUS, Damásio de. 26. ed. I.

KANT. *Die Metaphisik der Sitten. Werke*. Darmstadt, 1968. vol. VII.

KARGL, Walter. *Die intersubjektive Begründung und Begrenzung der Notwehr*. ZStW, 1998.

KRATZCH, Dietrich. *Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht*. Berlim, 1968.

KÜPER, Wilfried. *Darf sich der Staat erpressen lassen?*. 1986.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Temas penales*. Barcelona, 1994.

LAURENZO COPELLO, Patricia. *El aborto no punible*. Barcelona, 1990.

LEMOS, Sobrinho Antonio. *Legitima Defesa*. Rio: ed. Jacintho, 1925.

LENCKNER, Theodor. *Der Rechtfertigende Notstand*. 1965.

_____. *Notwehr bei provosierten und verschuldetem Angriff*. GA, 1961.

_____. *"Gebotensein" und "Erforderlichkeit" der Notwehr*. GA, 1968.

_____. *Schonke-Schroder*. § 32.

LEVITA, Carl. *Das Recht der Notwehr. Eine strafrechtliche Abhandlung*. Guissen, 1856.

LONGHI, Silvio. *La legittimità della resistenza agli atti dell'autorità nel diritto penale*. Milão, 1908.

LOPERA MESA, Gloria Patrícia. *Principio de Proporcionalidad y Ley Penal*. Madri: ed. CEPC, 2006.

LOPES, JR., Aury. *Direito Processual Penal*. Rio: ed. L. Iuris, 2010. 2 vols.

LÓPEZ-REY Y ARROJO, Manuel. *Estudio penal y criminológico del proyecto oficial de Código Penal de 1967 para Puerto Rico*. San Juan, 1969.

LÜDERSSEN, Klaus. *Elementos de legítima defensa en la pena y elementos de pena en la legítima defensa*, em *La insostenible situación del derecho penal*. Granada, 2000.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *El doble fundamento de la legítima defensa*. CPC, 1977.

_____. *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. Barcelona, 1978.

MACEDO SOARES, Oscar de. *Codigo Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio: ed. Garnier, 1910.

MACHADO DE ARAÚJO, Cláudia de Rezende. *O Direito Constitucional de Resistência*. P. Alegre: ed. Fabris, 2002.

MACHADO PAUPÉRIO, A. *O Direito Político de Resistência*. Rio: ed. Forense, 1978.

MAGALHÃES, Délio. *Causas de Exclusão do Crime*. S. Paulo: ed. Saraiva, 1975.

MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. S. Paulo: Ed. RT, 2003.

MAGALHAES NORONHA. *Direito Penal*. vol. 1.

MAIA NETO, Cândido Furtado. *Código de Direitos Humanos*. Rio: ed. Forense, 2003.

MALAMUD GOTI, Jaime. *La estructura penal de la culpa*. Buenos Aires, 1976.

_____. *Legítima defensa y estado de necesidad*. Buenos Aires, 1977.

_____. *El Principio de Proporcionalidad Penal*. Valência: ed. T.lo Blanch, 2007.

MENDOZA ARÉVALO, José R. *La legítima defensa en la jurisprudencia venezolana*. Caracas, 1975.

MERÉJE, João Rodrigues de. *A Legítima Defesa*. S. Paulo: ed. Linográfica s/d.

_____. *O Estado de Necessidade*. S. Paulo: ed. EDIGRAF, 1957.

MERKEL, Rudolf. *Die Kollission rechtmässiger Interessen*. 1895.

MESTIERI, João. *Manual*.

MEYER, W. *Nochmals: Der Begriff der Rechtmässigkeit einer Vollstreckungshandlung i. S. des §113, Abs. 3 StGB*. NJW, 1973.

MEZGER. *Lebrbuch*. 1949.

MISSE, Michel. *"Autos de resistência": uma análise dos homicídios cometidos por policiais na cidade do Rio de Janeiro*. Rio: UFRJ, 2011.

MOLARI, Alfredo. *Profili dello Stato di Necessità*. Pádua: ed. Cedam, 1964.

NAZARETH CERQUEIRA, Carlos Magno; WANDERLEY DORNELLES, João Ricardo. A Polícia e os Direitos Humanos. *Coleção Polícia Amanhã*. Rio: ed. F. Bastos, 1998. vol. 1.

NEUMANN, Ulfrid. Positivismo jurídico, realismo jurídico e moralismo jurídico en el debate sobre "delincuencia estatal". *RDA*. Trad. F. Puigpelat Martí. n. 17-18. Doxa, p. 435 ss. 1995.

_____. Positivismo e realismo jurídico no debate sobre a contribuição do direito penal para a transição de sistemas políticos. Trad. A. Martins, em Dimoulis. In: DIMITRI et al (orgs). *Justiça de Transição no Brasil*. S. Paulo: ed. Saraiva, 2010.

NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. Rio: ed. Elsevier, 2012.

NINO, Carlos Santiago. *La fundamentación de la legítima defensa. Réplica al Profesor Fletcher*. DP, 1979.

NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos*.

NIÑO, Luis. *Eutanasia. Morir con dignidad; consecuencias jurídico penales*. Buenos Aires, 1994.

NÚNEZ PAZ, Miguel Ángel. *Homicidio Consentido, Eutanasia y Derecho a Morir con Dignidad*. Madri: ed. Tecnos, 1999.

NUVOLONE, Pietro. *Il Diritto Penale della Stampa*. Pádua: ed. Cedam, 1971.

OETKER, Friedrich. *Notwehr und Notstand. Fest. f. Frank.* Tübingen, 1930. I.

OLIVEIRA PIRES, André. *Estado de Necessidade.* S. Paulo: ed. Juarez de Oliveira, 2000.

PASSERIN D'ENTRÈVES, Alessandro. *Obbedienza e Resistenza in una Società Democratica.* Verona: ed. Comunità, 1970.

PAULA PESSOA, Vicente Alves. *Codigo Criminal do Imperio do Brazil.* Rio: ed. A.A. Cruz Coutinho, 1885.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. El estado de necesidad en la legislación punitiva del Estado de Michoacán. *Revista michoacana de Derecho Penal.* 4. p. 1 ss. 1966.

PEREDA, Julián. *Covarrubias penalista.* Bilbao, 1959.

PERRON, Walter. *Principios estructurales de la justificación en los derechos penales español y alemán*, em *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal.* Pamplona, 1995.

PESSOA, Nelson R. *Legítima defensa en el Código Penal del Paraguay.* Corrientes, 2000.

_____. *Legítima defensa.* Corrientes, 2001.

PUFENDORF, S. *Le Droit de la nature et des Gens ou Systeme General des principes les plus importans de la morale, de la Jurisprudence et de la Politique.* Trad. Jean Barbetrac. Amsterdam, 1706 (edición latina de Frankfurt, 1694).

PRADO, Luiz Regis. *Curso.* vol. 1.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal.* PG, Rio: ed. L. Iuris, 2011.

QUERALT I JIMÉNEZ, Joan Josep. *La obediencia debida en el Código Penal.* Barcelona, 1986.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal.* Rio: ed. L. Iuris, 2009.

RAWLS, John. *Sobre las libertades.* Barcelona, 1990.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Dos Estados de Necessidade.* S. Paulo: ed. J. Bushatsky, 1971.

_____. *Instituições de Direito Penal.* Rio: ed. Forense, 2002. 2 vols.

REQUEJO CONDE, Carmen. *La legítima defensa.* Valencia, 1999.

RICCOBONO, Salvatore. *Roma, madre de las leyes.* Buenos Aires, 1975.

RIGHI, Esteban. *Consideraciones críticas sobre la regulación del exceso en la legítima defensa en el sistema del código penal argentino.* CDJP, V-9A, 1999.

RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de. *Del fundamento de la defensa en la legítima defensa*, em hom. R. P. Julián Pereda. S. J. Bilbao, 1959.

_____. *La Causas de Justificación.* B. Aires: ed. Hammurabi, 1996.

RODRIGUES DE SOUZA, Alberto R.R. *Estado de Necessidade.* Rio: ed. Forense, 1979.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del Tribunal Supremo*. Madri: ed. Civitas, 1976.

ROXIN, Claus. *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, em *Problemi di teoría dell'illicito penale, a cura di* Sergio Moccia. Nápoles, 1996.

_____. *An der Grenze von Begehung und Unterlassung*, em *Fest. f. Engisch*. Frankfurt, 1969.

_____. *Otras causas de justificación y exculpación*. CDJP. ano 4. n. 8A.

_____. *Die provozierte Notwehrlage*. ZStW. 75. 1963.

_____. *Política criminal y estructura del delito (Elementos del delito en base a la política criminal)*. Barcelona, 1992.

_____ et al. *Eutanasia y suicidio*. Granada: ed. Comares, 2001.

RUSCONI, Maximiliano. *La justificación en el derecho penal, algunos problemas actuales*. Buenos Aires, 1996.

SÁNCHEZ GARCÍA, Isabel. *La legítima defensa después de la Convención Europea de Derechos Humanos*. PJ. n. 35. p. 299 ss. 1994.

_____.*Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*. Barcelona, 1995.

SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime. *Legítima defensa. Los derechos defendibles. Estudio comparativo en los derechos español y colombiano*. Bogotá, 1994.

SANDRO, Jorge. *Exceso en la justificación*, Relato, VIII, *Jornadas Nacionales de Derecho Penal*. Río Gallegos, 1980.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*.

SAMSON. § 34.

SCHAFFSTEIN, Friedrich, *Notwehr und Güterabwägunsprinzip. Monatschrift für Deutsches Recht*. 1952.

SCHONKE-SCHRODER-LENCKNER. § 34, n. 41.

SCHRÖDER, Friedrich-Christian. *Die Notwerhr als Indikator politischer Grundausschauungen*, em *Fest. f. Maurach*. Karlsruhe, 1972.

SERRANO NEVES, Francisco de Assis. *Imunidade Penal*. Rio: ed. Alba, 1967.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito Penal Brazileiro*. vol. I.

SILVA FRANCO, Alberto. Aborto por indicação eugénica, em Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel. São Paulo, 1992.

SILVANO FONTANA, Raúl José. *Legítima defensa y Lesión de Bienes de Terceros*. B. Aires: ed. Depalma, 1970.

SOLER. I.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen. *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*. Madri: ed. Bol. Of. Estado, 1999.

VASCONCELLOS, Fernando Camilo de. *O Estado de Necessidade no Direito Penal*. Porto: ed. Athena, 1982.

VECILLA DE LAS HERAS, Luis. *La Iglesia y la pena capital. Comentarios a un artículo del P. Messineo sobre la pena de muerte*, em *Rev. de Estudios Penitenciarios*. Madri, 1964, 20.

VENZON, Altayr. *Excessos na Legítima Defesa*. P. Alegre: ed. Fabris, 1989.

VERANI, Sérgio. *Assassinatos em Nome da Lei*. Rio: ed. Aldebarã, 1991.

VERDROSS, Alfred. *La filosofía del derecho del mundo occidental*. Trad. Mario de la Cueva. México, 1962.

VERGARA, Pedro. *Da Legítima Defesa Subjetiva*. Rio: ed. F. Bastos, 1961.

VERHAEGEN, Jacques. *La Protection pénale contre les Excès de Pouvoir et la Résistance légitime à l'Autorité*. Bruxelas, 1969.

VIEIRA DE ARAÚJO, João. *Código Brasileiro – Commentario*. Recife: ed. J. N. de Souza, 1889.

VITALE, Gustavo. *La defensa del provocador.* Derecho a la vida del autor del robo. *Aequitas*. Neuquén. ano 1. n. 4. p. 2 ss. 1991.

WARDA, Günter. *Konkurrenz von Rechtsfertigungsgründen*, em *Fest. f. Maurach*, Karlsruhe, 1972.

ZACCONE, Orlando. *Indignos de Vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. Rio: ed. Revan, 2014.

ZILIO, Jacson. *Legítima Defensa*. B. Aires: ed. Didot, 2012.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A justificação do direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli: algumas observações críticas, de Paulo Queiroz – *RBCCrim* 27/143-148 (DTR\1999\282);
- Contribuição para o estudo do estado de necessidade, com destaque para o caso dos miseráveis, de Orlando Faccini Neto – *RBCCrim* 120/125-158 (DTR\2016\20117); e
- Justificação (primeira parte), de Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar – *RBCCrim* 116/39-76 (DTR\2015\13623).

85977

# Tipo, ilícito e valor. Notas conceituais e sistemáticas

## *Actus reus, wrongdoing and value. Conceptual and systematic notes*

**Fabio Roberto D'Avila**

Pós-doutor em Ciências Criminais pela Johann Wolfgang Goethe Universität, Frankfurt am Main, Alemanha. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. Professor Titular da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da PUCRS. Presidente do Instituto Eduardo Correia (IEC). Advogado criminal em Porto Alegre.
davila@davilaoliveira.adv.br ou fabio_davila@hotmail.com

**Área do Direito:** Penal; Processual

**Resumo:** Os conceitos de tipo e ilícito não se confundem. Todavia, em termos materiais, tipo e ilícito desfrutam do mesmo *fundamento* e da mesma *função*, constituindo uma unidade, uma única categoria sistemática: o ilícito-típico. Categoria essa que, se adequadamente compreendida, propõe uma inversão de perspectiva sobre a antiga controvérsia em torno das teorias indiciária (*ratio cognoscendi*) ou fundamentadora (*ratio essendi*) da ilicitude: não é (e não deve ser) o tipo a *ratio essendi* da ilicitude, mas sim o seu exato oposto. É a *ilicitude a ratio essendi da tipicidade*; é o *ilícito a razão de ser do tipo, o seu fundamento*. Assertiva da qual advêm importantes consequências em termos de imputação e de delimitação do *tipo em sentido estrito*.

**Palavras-chave:** Tipo penal – Ilícito penal – Ilícito-típico – Bem jurídico – Desvalor da ação – Desvalor de resultado.

**Abstract:** The *Tatbestand* (*actus reus*) and *Unrecht* (wrongdoing) concepts should not be confused. However, in material terms, *Tatbestand* and *Unrecht* enjoy the same basis and the same function, constituting a unit, a single systematic category: *Unrechtstatbestand*. A category which, if properly understood, proposes a reversal of perspective on the old controversy surrounding the *ratio cognoscendi* and the *ratio essendi* theories: it is not (and it should not be) the *Tatbestand* the ratio essendi of the *Unrecht*, but its exact opposite. It is the *Unrecht* the *ratio essendi* of the *Tatbestand*; it is the *Unrecht* the reason of the *Tatbestand*, its foundation. From this assertive important consequences in terms of attribution and delimitation of the *Tatbestand*, in the strict sense, arise.

**Keywords:** *Tatbestand* – *Actus reus* – Wrongdoing – Legal good – Criminal offense.

D'Avila, Fabio Roberto. Tipo, ilícito e valor. Notas conceituais e sistemáticas.
*Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 121. ano 24. p. 99-126. São Paulo: Ed. RT, julho. 2016.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 1.1. Tipo legal de crime (gesetzlicher Tatbestand) e tipo em sentido estrito – 1.2. Os elementos do tipo legal de crime – 2. O tipo de ilícito – 2.1. O ilícito como *ratio essendi* da tipicidade. O primado ontológico da ilicitude – 2.2. Os núcleos de desvalor do ilícito-típico – 2.2.1. Desvalor da ação e desvalor de resultado – 2.2.2. Antecedentes históricos – 2.3. Norma penal e os níveis de valoração – 3. Considerações finais – Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

### *1.1. Tipo legal de crime (gesetzlicher Tatbestand) e tipo em sentido estrito*

O tipo legal de crime (*praeceptum legis*), ou simplesmente tipo penal, consiste na *descrição do fato criminoso pela lei penal*, por meio da qual é delimitada a matéria de proibição. No homicídio simples (art. 121 *caput* CP), "matar alguém"; na lesão corporal (art. 129 *caput* CP), "ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem" etc. Pode ser adequadamente compreendido como parcial[1] concretização do princípio da legalidade, em atenção ao prescrito pelo art. 1.º do Código Penal: "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal".

Essa precisa forma de conceber o tipo penal, ainda hoje de grande valia para a teoria do delito, remonta aos escritos de Ernst Beling, nomeadamente à sua *Doutrina do Crime* (*Die Lehre von Verbrechen*) de 1906. Antes dele, a noção de tipo (*Tatbestand*) era já conhecida, mas como conceito muito próximo ao de crime como um todo.[2] Beling, em contrapartida, propôs uma concepção bem mais estreita, não mais como sinônimo de crime, mas como um fundamental "momento do conceito de crime", a partir do qual a teoria do crime deveria ser construída.[3] Tipo, propunha o autor, é o "conjunto dos elementos que revelam

1. É preciso ter em conta que *tipo legal* e *tipo de garantia* não são categorias coincidentes (*vide infra*).
2. Em termos históricos – observam Stratenwerth e Kuhlen –, o conceito de tipo (*Tatbestand*) remete ao de *corpus delicti*, presente já na obra de Farinacius de 1581. Nessa altura, correspondia ao conjunto dos elementos exteriores de um concreto fato criminoso. Só a partir do século 18, o conceito de tipo passaria a representar o conjunto dos elementos constitutivos de um determinado crime (STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil I. 5. ed. Köln; Berlin; München: Carl Heymanns Verlag, 2004. p. 74). Ver também KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2008. p. 65.
3. BELING, Ernst. *Die Lehre vom Verbrechen*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1906. p. 1.

o crime de que se está a tratar em termos típicos, isto é, para o § 303 StGB, 'o dano ou a destruição de coisa alheia', para o § 211 StGB, o 'matar uma pessoa', e assim por diante".[4] A esse conceito assinalava Beling não só uma *função sistemática*, mas também uma *função de garantia*, enquanto expressão do princípio da legalidade (*nullum crimen sine lege*), além de uma específica *função dogmática atinente ao erro*, consistente na delimitação dos elementos cujo desconhecimento teria como consequência a exclusão do dolo.[5]

Estudos posteriores, contudo, passaram a desdobrar o conceito de tipo a partir da atribuição de conteúdo e funções diversos, levando a um afastamento do conceito unitário de Beling. Ilustrativo mostra-se, nesse contexto, o conhecido escrito de Engisch, de 1954, acerca dos elementos normativos do tipo. Nele o autor já identificava, com precisão, cinco diferentes conceitos de tipo, organizados do mais amplo ao mais restrito: *(i) Tipo no sentido da teoria do direito*, atinente ao conjunto de todos os pressupostos materiais necessários à aplicação da pena, incluindo as condições objetivas de punibilidade e deixando de fora apenas as condições de procedibilidade (*Strafverfolgungsbedingungen*); *(ii) tipo de crime* (*Verbrechenstatbestand*), formado pelo conjunto de todos os elementos do crime ("gerais e especiais, positivos ou negativos, escritos ou não"), deixando de fora as condições de procedibilidade (*Strafverfolgungsbedingungen*) e as "condições externas de punibilidade", como, *v.g.*, a ausência de indulto, na medida em que elas não interferem na existência do crime em si; *(iii) tipo de garantia* (*Garantietatbestand*), a compreender todos os elementos do crime sob a perspectiva do princípio da legalidade (*nullum crimen sine lege*), dentre os quais elementos da ilicitude e da culpabilidade; *(iv) tipo de ilícito* (*Unrechtstatbestand*), constituído pelo conjunto dos elementos ("gerais ou especiais, positivos ou negativos, escritos ou não, objetivos ou subjetivos") que constituem o "conteúdo objetivo do ilícito" penal ("lesão a interesses, danosidade social etc.") e que, nesta medida, apresenta-se como "*ratio essendi* da

4. Idem, p. 3; definição também destacada por Roxin (ROXIN, Claus. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil. 4. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2006. vol. I, p. 280). O conceito de tipo na obra de Beling foi objeto de posteriores desenvolvimentos, os quais podem ser observados na sua *Doutrina do Tipo*, publicada em 1930 (BELING, Ernst. *Die Lehre vom Tatbestand*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1906). Tais desdobramentos, contudo, não se fazem importantes para o presente escrito. Para maiores detalhes sobre o pensamento de Beling, ver, entre nós, a cuidadosa exposição de ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Tipicidade penal:* Uma análise funcionalista. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 44 e ss.

5. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 281.

ilicitude" – o tipo de ilícito não compreende elementos da culpabilidade –; e, finalmente, o (e) *tipo legal* (*gesetzlicher Tatbestand*), correspondente ao "conceito reitor" (*Leitbild*) de Beling, nos termos já acima expostos. De todos é este o conceito mais restrito. Não alcança os elementos da culpabilidade e, no que tange às causas de justificação, coloca-se na dependência de se aceitar ou não a controvertida teoria dos elementos negativos do tipo.[6]

Esses são, todavia, apenas alguns exemplos da variedade de formas assumidas pelo conceito de tipo na doutrina penal, às quais se pode ainda acrescentar as denominações "tipo de ação", "tipo total", "tipo de erro" e "tipo de culpabilidade", dentre outras.

É bem verdade que essa multiplicidade de conceitos envolvendo a noção de tipo, ainda que aspire a uma maior clareza e exatidão, não raramente dão margem ao seu exato oposto, dificultando o consenso terminológico e levando a equívocos no emprego das suas variadas acepções. O que não impede de reconhecer, em contrapartida, que algumas distinções são, de fato, absolutamente essenciais e delas não se pode prescindir. Quanto a nós, e naquilo que interessa ao presente escrito, o problema coloca-se em relação ao conteúdo do denominado *tipo em sentido estrito*,[7] é dizer, em relação ao *conceito de tipo* que deve ser tomado como *referência ao processo de subsunção*, a revelar a tipicidade ou atipicidade de um determinado fato. O que, aliás, ganha em importância, quando se tem em conta, entre nós, i.e., na prática penal brasileira, o recorrente uso, para esse fim, de uma compreensão muito próxima – senão mesmo coincidente, em termos essenciais – da formulação originária de Beling.

A proposição belingniana, contudo, e como melhor se verá adiante, partia de uma concepção de tipo neutra e descritiva, hoje sabidamente superada. Aliás, nessa seara, é esse um dos poucos pontos de consenso. Uma formulação típica desprovida de valoração é algo absolutamente insustentável. E se isso é

6. ENGISCH, Karl. Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht. *Festschrift für Edmund Mezger zum 70° Geburtstag*. München; Berlin: 1954. p. 130 e ss.

7. Ver WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil. 30. ed. C. F. Müller, 2000. p. 37; STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. Op. cit., p. 75 e ss.; RENGIER, Rudolf. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil. 5. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2013. p. 44. Em sentido semelhante, mas fazendo referência a tipo em *sentido técnico* (FUCHS, Helmut. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil I. Grundlagen und Lehre von der Straftat. 8. ed. Wien: Springer, 2012. p. 90 e ss.) e a tipo *em sentido dogmático* (STEININGER, Einhard. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil. Eine Einführung. 2. ed. Wien: Linde, 2013. p. 97).

assim, se o tipo não existe desprovido de um juízo de valor, a defesa de uma tipicidade estritamente formal, na linha do vetusto *gesetzlicher Tatbestand*, faz-se igualmente insustentável no estado atual da teoria do crime.

É preciso reconhecer que a inviabilidade categorial deste *fantasma exangue*[8] belingniano – ainda que sujeito à atualização possível nos limites de uma descrição típica desprovida de dimensão material – não reside, propriamente, na sua inutilidade prática.[9] Não é disso que se está a tratar, mas, sim, da sua manifesta insuficiência para os fins sistemáticos e dogmáticos a que se propõe. E isso, inclusive no que tange à função de garantia que lhe é tradicionalmente assinalada.[10] Não se nega que, na ausência de referencial material, ainda pode o tipo resguardar alguma pretensão de segurança, delimitando, por linhas grossas, a matéria de incriminação. Mas mesmo essa é aqui exercida apenas precariamente. Desprovido da sua dimensão substancial, o tipo abre-se demasiadamente à manipulação hermenêutica, dando margem, não raramente, a uma insuportável perda de racionalidade.

Isso por um lado. Por outro, é preciso ter conta que a categoria de *tipo em sentido estrito* deve corresponder, em termos dogmáticos, à violação do preceito normativo que lhe subjaz, seja ele preceptivo ou proibitivo.[11] A bem da verdade, ele é a própria descrição legal dessa precisa violação e, portanto, *expressão legislativa da "negação de valores"*[12] *que a norma penal busca resguardar*. O que, se bem entendido, faz do tipo uma *formulação essencialmente normativa e teleologicamente orientada*. Formulação essa que guarda na dimensão material a sua mais profunda *ratio*.

---

8. Esta expressão, "fantasma exangue", remonta à célebre crítica de Beling ao conceito de ação (ver BELING, Ernst. Die *Lehre vom Verbrechen*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1906. p. 17) e que, por ironia, pode ser agora aplicada ao seu conceito de tipo.
9. O seu reiterado uso pela prática penal faz prova disso. O que, aliás, não é surpresa alguma. Como bem lembra Castanheira Neves, "as sobrevivências são um fenômeno conhecido e há mortos que morrem devagar" (CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema": os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito* 74/1998. Coimbra. p. 22).
10. Não se deve confundir *função de garantia* com *tipo de garantia*. Como já observado, o tipo de garantia corresponde a uma categoria mais ampla e mais rica do que a de tipo em sentido estrito, o que, todavia, não impede esse último de exercer uma função fundamental no sentido da concretização da exigência de legalidade.
11. STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. Op. cit., p. 75.
12. CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Coimbra: Almedina, 1999 (reimp.). p. 273 e ss.

As linhas que seguem buscam demonstrar a inexorável imbricação entre as denominadas dimensões formal e material na constituição do tipo *stricto sensu*. Imbricação, aliás, que se mostra exuberante sob os mais diversos pontos de vista. Tudo a atestar a insuficiência do *tipo legal* de crime como parâmetro de subsunção. Em seu lugar, ao invés de uma tentativa de ressignificação do conceito de tipo legal, propõe-se o conceito de *tipo de ilícito*. Tem-se que qualquer esforço apto a atualizar a categoria de tipo legal implicaria um resultado demasiadamente próximo do já reconhecido conceito de tipo de ilícito. Conceito esse que vem aqui concebido como *conjunto dos elementos materiais e formais, escritos ou não, que constituem a matéria de incriminação*.[13] Propõe-se, em síntese, não mais o tipo legal, mas sim *o tipo de ilícito como parâmetro de subsunção típica e, assim, como tipo* stricto sensu.[14]

Para tanto, comecemos com um breve lançar de olhos sobre a usual classificação das elementares constitutivas do tipo legal.

### 1.2. Os elementos do tipo legal de crime

No que tange à sua constituição, o tipo legal de crime é tradicionalmente decomposto em elementos de três diferentes grupos: descritivos, normativos e subjetivos.

Os *elementos descritivos* correspondem àqueles que podem ser conhecidos por meio da experiência sensível,[15] não sendo para tanto necessário um juízo

13. O que irá resultar em uma combinação de elementos típicos e juízo de desvalor (FUCHS, Helmut. Op. cit., p. 90). Afinal, bem observa Jescheck e Weigend, no estado atual da teoria do crime, o tipo deve compreender todos aqueles elementos que fundamentam o "conteúdo material do injusto do fato punível" (JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*: Allgemeiner Teil. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. p. 245). Ver, também, WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. Op. cit., p. 37 s.; e STEININGER, Einhard. Op. cit., p. 97; RENGIER, Rudolf. Op. cit., p. 44; KÜHL, Kristian. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil. 3. ed. München: Verlag Franz Vahlen, 2000. p. 17 e ss.

14. Conquanto haja pontos de coincidência, preferimos a denominação *tipo em sentido estrito* à de *tipo sistemático (Systemtatbestand)*, usada, p. ex., por Roxin (ROXIN, Claus. Op. cit., p. 280 e ss.). Isso porque o conceito aqui proposto, como se verá, busca atender tanto a uma exigência sistemática, como a uma fundamental função dogmática. Daí correta a observação de Steininger: "o tipo em sentido dogmático é por isso um tipo de ilícito" (STEININGER, Einhard. Op. cit., p. 97).

15. MAYER, Max Ernst. *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*. Lehrbuch. 2. ed. Heidelberg: Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1923. p. 183.

de valor.[16] Fala-se em um mero "juízo de existência"[17] ou ainda em "uma atividade intelectual de verificação".[18] Como exemplo, costuma-se mencionar os elementos "pessoa", "coisa", "mulher", "subtrair", "matar", entre outros.

Os *elementos normativos*, em contrapartida, não são acessíveis pela simples atividade sensorial. O seu conhecimento somente é alcançado por meio de um *juízo de valor*, cuja referência pode ser encontrada nas normas em geral, penais ou não, ou mesmo em outras dimensões axiológicas não jurídicas, como a cultura. Esse é o caso das elementares "alheia", no crime de furto (art. 155 CP), "falsamente" no delito de calúnia (art. 138 CP) ou "ilícita" no estelionato (art. 171 CP). Esse juízo de valor, por sua vez, nem sempre estará aberto ao intérprete, como ocorre nos exemplos já referidos. Em determinadas situações, o legislador antecipa-se, definindo ou delimitando o conteúdo da elementar, sem com isso retirar-lhe a natureza normativa. Veja-se, por exemplo, a elementar "funcionário público" no delito de peculato (art. 312 CP), definida no art. 327 CP, bem como a elementar "casa" no delito de violação de domicílio (art. 150 CP), delimitada (o que não é o mesmo que definida) nos §§ 4.º e 5.º do referido dispositivo.

Os *elementos subjetivos*, por fim, dizem respeito a determinadas intenções que não apenas marcam o direcionamento da conduta, mas são indispensáveis para a correta compreensão e delimitação da matéria de proibição. O exemplo mais comum é a elementar "para si ou para outrem" no tipo legal de furto (art. 155 CP), sem a qual o tipo não se perfectibiliza, dando margem a figuras atípicas como o impropriamente denominado *furto de uso* (subtração sem a pretensão de apropriação, mas apenas de fazer breve uso da coisa). Outros exemplos ainda podem ser encontrados no tipo de extorsão mediante sequestro, art. 159 CP ("com o fim de obter, para si ou para outrem") e no tipo de associação criminosa, art. 288 CP ("para o fim específico de cometer crimes").

Essa usual sistematização, por outro lado, nem sempre se mostrou assim, e não necessariamente precisa ser exatamente assim. Pelo contrário, os elementos do tipo e a sua história estão diretamente imbricados com os diferentes

16. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*: Parte geral. 1. ed. brasileira, 2. ed. portuguesa. São Paulo: Ed. RT e Coimbra Editora, 2007. p. 288; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal:* Parte Geral. 16. ed. atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 194.

17. FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal*: fragmenta iuris poenalis. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 213.

18. CORREIA, Eduardo. Op. cit., p. 283.

papéis já assumidos pela tipicidade e com a subjacente relação entre tipo e ilicitude, refletindo, em grande parte, a própria dinâmica desta relação.

Em sua primeira formulação por Beling, como já tivemos a oportunidade de adiantar, o tipo legal era proposto como algo "puramente descritivo", neutro, incapaz de adiantar qualquer juízo de valor sobre o fato praticado.[19] No tipo, afirmava Beling, "não reside qualquer juízo de valor".[20] A valoração do fato típico era tarefa que competia exclusivamente à ilicitude.[21] Logo, como é fácil de perceber, nessa precisa compreensão de tipicidade não havia lugar senão para elementos estritamente descritivos.

Conquanto possa denotar alguma ingenuidade aos olhos de hoje, é certo que, concebido nesses termos, o tipo de Beling alcançaria o patamar máximo de clareza e objetividade, resultando em níveis ideais de segurança jurídica. O trabalho do magistrado no âmbito da tipicidade estaria restrito a um mero juízo cognitivo acerca da subsunção do fato ao tipo legal de crime, a um simples processo silógico de adequação, em perfeita harmonia com o ideário positivista da época: o juiz seria apenas a "boca da lei".

Essa concepção, porém, não resistiria muito. O reconhecimento de elementos normativos e subjetivos no tipo legal mudou substancialmente a forma de perceber a tipicidade, com consequências de relevo para a sua relação com a ilicitude penal.

Max Ernst Mayer, a quem é normalmente atribuída a descoberta dos elementos normativos do tipo, percebe no tipo legal a existência de elementos carentes de valoração e, assim, próprios da ilicitude; uma espécie de "corpo estranho" dentre os elementos descritivos do tipo, denominando-os, por essa razão, de "elementos impróprios da tipicidade".[22] Valendo-se, para fins de ilustração, dos elementos "alheio" e "falso", observa Mayer que os *elementos próprios da ilicitude*, diferentes dos elementos da tipicidade, seriam não apenas indiciários da ilicitude (*ratio cognoscendi*), mas sim o seu próprio fundamento (*ratio essendi*), e que essa precisa característica se faria presente nos elementos normativos do tipo.[23] À parte disso, na linha do que teria sido inicialmente ob-

19. BELING, Ernst. *Die Lehre vom Verbrechen*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1906. p. 112 e 147.
20. Idem, p. 147.
21. Idem, p. 145 e ss.
22. MAYER, Max Ernst. Op. cit., p. 184.
23. Idem, p. 184 e ss.

servado por Fischer,[24] autores como Mayer e Mezger passam a reconhecer na tipicidade também elementos de natureza psicológica, provenientes de uma dimensão interna do autor.[25] Tais elementos, em que pese sua natureza subjetiva, não se confundiriam com os elementos da culpabilidade, onde, na época, estavam localizados o dolo e a culpa, e, portanto, o conteúdo subjetivo do crime.

O contínuo estudo sobre os elementos do tipo, porém, acabou por levar a uma quase inversão da premissa inicial de Beling. É dizer. O que antes se mostrava como exceção, hoje parece ter se convertido à regra.

Inicialmente identificados em apenas alguns elementos do tipo legal – tão excepcionais que chegaram a receber, como vimos, a designação de "corpos estranhos" e de "elementos impróprios" da tipicidade –, os elementos normativos foram ganhando cada vez mais espaço, a ponto não só de se sobrepor aos elementos descritivos, mas até mesmo de colocar dúvidas acerca da efetiva existência de elementos verdadeiramente descritivos.

Eduardo Correia, em célebre passagem, já considerava correto afirmar que "todos os elementos do '*Tatbestand*' são normativos", na medida em que "todos concorrem para a expressão do integral juízo de desvalor que ele traduz".[26] Roxin, por sua vez, no seguimento de E. Wolf, reconhece o tipo como figura "totalmente normativa", uma estrutura na qual se "entrelaçam elementos de valor e elementos do ser".[27] Salienta que, em casos difíceis, mesmo conceitos como "subtrair" ou "edifício" devem ser interpretados a partir do fim de proteção da norma penal, da mesma forma que as noções de "pessoa" ou "coisa" carecem, também elas, de um nível valorativo. A maior parte dos elementos, conclui o autor, seriam, em realidade, um misto de elementos descritivos e normativos, não se fazendo relevante a sua distinção.

Com efeito, a se levar a sério o conceito de elemento descritivo como realidade apreensível por um *puro juízo de cognição não valorativo*, muito pouco resta dentre os elementos típicos aptos a atender a tal designação. Mesmo os mais tradicionais exemplos de elementos descritivos ("matar", "homem", "coisa" etc.) mostram-se hoje detentores de uma indesmentível carga valorativa,

24. Segundo Mezger, H. A. Fischer foi o primeiro a tratar da matéria (MEZGER, Edmund. *Strafrecht*. Ein Lehrbuch. 2. ed. München; Leipzig: Duncker und Humblot, 1933. p. 168).

25. MAYER, Max Ernst. *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1923, p. 7 s. e 185 ss.; MEZGER, Edmund. Op. cit., p. 168 e ss. e 190.

26. CORREIA, Eduardo. Op. cit., p. 283.

27. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 285.

ainda que visível, por vezes, apenas em situações-limite.[28] O conceito de matar, p. ex., imbrica-se com a problemática questão do início e do fim da vida que, cada vez mais, encontra assento em limites fortemente normativos. Do mesmo modo, as noções de homem e mulher já não encontram definição por critérios puramente biológicos, senão também normativos, a partir de uma lógica de reconhecimento de gênero. E diferente não é o conceito de coisa que, para além de remeter o intérprete ao âmbito da normatividade civil, pode compreender até mesmo animais e é, inclusive, no crime de furto, por força do art. 155 § 3.º do CP, equiparado à energia, elétrica ou não, detentora de valor econômico.

Logo, ainda que não seja razoável negar a reminiscência de todo e qualquer elemento descritivo, a sua muito eventual ocorrência já não parece mais justificar a distinção entre elementos normativos e descritivos. O que há são elementos de maior ou menor abertura à valoração, a depender, dentre outras coisas, da sua vinculação a realidades sensíveis. Não há dúvida de que a abertura permitida por elementares como "matar" e "mulher", conquanto haja, não é equiparável à amplitude das elementares "falsamente" e "ilícita". Daí a exigência de cuidado na seleção das elementares a compor o tipo, de modo a evitar que uma demasiada abertura possa defraudar a exigência de *legalidade estrita*, como, aliás, tão bem ilustra o "praticar ato obsceno" da amplíssima e, também por isso (embora não só), inconstitucional descrição típica do art. 233 CP.

De outra parte, haveria, segundo Roxin, um caminho possível para a manutenção da distinção entre elementos normativos e descritivos – se, por razões terminológicas, se desejar mantê-la. Para tanto, seria necessário fazer uso de uma concepção mais estreita de "elemento normativo", considerando por tal apenas aqueles cuja representação só se torna possível sob o "pressuposto lógico de uma norma"; como então proposto por Engisch.[29] "Alheio" e "documento" seriam, nessa medida, elementos normativos, enquanto que "pessoa" e "coisa", elementos descritivos.[30] Quanto a nós, todavia, nem mesmo esse recurso se mostraria suficientemente apto a socorrer a terminologia em questão. Basta considerar que mesmo o conceito de pessoa, profundamente ligado ao de vida, tem hoje como referencial valorativo a Lei de Transplantes (Lei 9.434/1997), a qual toma por fim da vida a morte encefálica (art. 3.º). Vale

28. Falando em uma "zona periférica normativa", ver KIENAPFEL, Diethelm; HÖPFEL, Frank; KERT, Robert. *Grundriss des Strafrechts*: Allgemeiner Teil. 14. ed. Wien: Manzsche, 2012. p. 37.
29. ENGISCH, Karl. Op. cit., p. 146 e ss.
30. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 309.

dizer, que a sua representação, ainda que apenas em momentos extremos, só será possível sob o pressuposto de uma norma, tornando-se assim, mesmo a partir de uma normatividade mais estrita, também um elemento normativo.

A ser tudo isso verdade – é dizer, a ser o tipo penal constituído, fundamentalmente, por elementos normativos e, eventualmente, subjetivos –, é inarredável a conclusão de que o tipo, ainda que na sua conformação mais restrita, expressa no conceito de *tipo legal de crime* (*praeceptum legis*), consiste em uma *formulação essencialmente normativa*. E, se assim é, igualmente inarredável mostra-se a pergunta acerca do seu conteúdo material ou, o que é o mesmo, acerca do núcleo de (des)valor que lhe subjaz e conforma, e que, em igual medida, irá revelar a sua orientação teleológica.

## 2. O TIPO DE ILÍCITO

### 2.1. *O ilícito como* ratio essendi *da tipicidade. O primado ontológico da ilicitude*

Em termos estritamente lógico-analíticos,[31] a tipicidade corresponde ao primeiro *juízo de valor* da estrutura analítica do crime. Assertiva que é válida mesmo para aqueles que, diferente de nós,[32] defendem a manutenção de um conceito de ação como *Oberbegriff* da estrutura do crime. Isso porque o conceito pré-típico de conduta não é (ou, ao menos, não deve ser) resultado de juízos de natureza jurídico-penal.[33]

Essa privilegiada posição da tipicidade no âmbito do conceito analítico é indispensável para o atendimento das funções atribuídas ao tipo, muito especialmente da função de garantia. Contudo, o fato da tipicidade ocupar o marco zero do método escalonado de valoração jurídico-penal nada tem a ver com a questão que ora se coloca, a questão acerca do primado ontológico no âmbito do ilícito penal.

31. Assim, FARIA COSTA, Op. cit., p. 217.

32. Ver 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* 54/2014. p. 135 e ss.

33. Sobre a questão ver MARINUCCI, Giorgio. *Il reato come "azione"*: Critica di un dogma. Milano: Giuffrè, 1971, *passim*; D'AVILA, Fabio Roberto. realização do tipo como pedra angular da teoria do crime, cit., p. 135 e ss.

Em termos ontológicos, o tipo penal não é um *prius*, mas um *posterius*. É nada mais do que o resultado da intervenção legislativa sobre um estado de coisas já valorado negativamente e cujo (des)valor, para além de o preceder, lhe motiva e confere fundamento. O tipo é, pois, apenas o "portador da valoração jurídico-penal que o juízo da ilicitude exprime".[34] Ao tipificar o homicídio, o Estado não inaugura o desvalor do ato de matar, como também não, por meio do tipo de ofensas corporais, o desvalor da ofensa à integridade corporal de outrem. O que há é o reconhecimento, pelo direito penal, do prévio desvalor de tais comportamentos, a partir de referenciais penais de natureza trans-sistemática, dentre os quais, muito particularmente, embora não só, *a ofensa a bens jurídico-penais*. Não de um qualquer desvalor, por certo; mas de um desvalor que se mostra intolerável, verdadeiramente insuportável para a vida em comunidade, pois, só assim, diante dessa especial gravidade, poderá o direito penal elevá-los à mais alta categoria de ilicitude, à ilicitude de natureza penal, o que se dá, por sua vez, única e exclusivamente a partir do processo de tipificação.

O tipo constitui, nessa medida, a porta de entrada da ilicitude no mundo penal, mas também, e principalmente, a expressão legislativa do ilícito material que o precede e fundamenta. É o resultado da difícil tarefa de traduzir em palavras o fragmento de realidade que se deseja proibir; daí a sua inerente complexidade. Quanto mais nítidos forem os contornos da matéria de incriminação, mais precisos serão os limites do tipo legal de crime e mais claro o seu fundamento, carregando, assim, de forma exuberante, a sua dimensão material. Por outro lado, quanto mais complexa for a matéria de incriminação, mais imprecisos serão os contornos do tipo legal e obscuro o seu fundamento, dando perigosa margem a tentativas equivocadas de autonomização do tipo em relação ao ilícito e, por consequência, não raramente, também à perda de sua legitimidade.

Tipo e ilícito não se confundem.[35] Isso é certo. O que está aqui em questão não é a *autonomia conceitual* de tais categorias, mas a profunda e imbricada relação de interdependência entre elas. E isso de tal modo que não pode haver ilícito penal sem tipicidade – todo ilícito penal é *ilícito-típico* –, como também não, tipo desprovido de ilícito – todo tipo é *tipo de ilícito*. E aqui reside o que há de mais relevante. Nem um, nem outro possui, isoladamente, autonomia

34. CORREIA, Eduardo. Op. cit., p. 281; MEZGER, Edmund. Op. cit., p. 176. Sobre a teoria do tipo de ilícito na doutrina portuguesa, ver HÜNERFELD, Peter. *Strafrechtsdogmatik in Deutschland und Portugal*. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Verbrechenslehre und ihrer Entwicklung in einem europäischen Zusammenhang. Baden-Baden: Nomos, 1981. p. 176 e ss.

35. FARIA COSTA, José de. Op. cit., p. 216.

em *termos materiais*. Tipicidade e ilicitude desfrutam do mesmo *fundamento* e do mesmo *sentido*, constituindo, em termos substanciais, uma unidade, uma única categoria sistemática: o ilícito-típico.[36]

Algumas precisões, entretanto, tornam-se ainda necessárias.

A questão em análise em nada coincide com a denominada *teoria dos elementos negativos do tipo* – nesse sentido, a precisa lição de Figueiredo Dias[37] – e não encontra perfeita correspondência com a discussão em torno das teorias do *tipo-indiciador* (*ratio cognoscendi*) e do *tipo-fundamentador* (*ratio essendi*) da ilicitude.

Com a descoberta dos elementos normativos do tipo, já acima considerada, a concepção belingniana de um tipo neutro em relação à ilicitude perdeu força e deu azo a inúmeras contribuições no sentido de uma nova perspectiva acerca da relação entre tipo e ilícito. M. E. Mayer, ainda influenciado pela concepção de Beling, propôs a tipicidade como *mera razão de conhecer*, como simples indício da existência de ilicitude (*ratio cognoscendi*), a ser verificada fora do espaço próprio da tipicidade e a partir da inexistência de causas justificantes. Uma relação comparável a da fumaça com o fogo. A ilicitude não seria parte da tipicidade, mas apenas um juízo de valor sobre ela.[38] Perspectiva essa que se tornou conhecida como teoria indiciária da ilicitude e que encontra, ainda hoje, qualificada representação na literatura nacional.[39] Mezger, em contrapartida, via na tipicidade bem mais do que mero indício de ilicitude. "Quem age tipicamente, age ilicitamente, desde que não esteja presente uma causa de exclusão do ilícito". E, se isso é correto, teria de ser a tipicidade muito mais

36. Com razão Faria Costa, ao afirmar que "a concepção de conduta punível é, pois, uma concepção bi-partida, integrando, por um lado, o ilícito-típico – enquanto unidade de sentido em primeira linha objetivamente desvalioso – e, por outro, a culpa" (FARIA COSTA, José de. Op. cit., p. 179). Também assim, no essencial, Figueiredo Dias: "a conclusão a retirar do que fica dito é a de que, num sistema teleológico funcional da doutrina do crime, não há lugar a uma construção que separe, em categorias autónomas, a tipicidade e a ilicitude. Categoria sistemática, com autonomia conferida por uma teleologia e uma função específica, é só a categoria do ilícito-típico ou do tipo de ilícito" (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*, cit., p. 270).

37. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*, cit. p. 266.

38. MAYER, Max Ernst. Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 1923, p. 10.

39. Ver BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: Parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 346 s.; PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal*: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 263; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro:* Parte geral. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 454; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal, cit. p. 191.

relevante para a ilicitude do que um simples juízo indiciário. A tipicidade torna-se, nesse horizonte, o próprio fundamento da ilicitude, a sua *ratio essendi*.[40]

O essencial, todavia, de uma forma ou de outra, acaba por perder-se. Quer na doutrina indiciadora, quer na doutrina fundamentadora, o ilícito típico é visto sob a perspectiva do tipo, e não do ilícito. Embora haja importantes diferenças também entre os teóricos de uma mesma orientação – Sauer, *v.g.*, chega a falar de uma "antijuridicidade tipificada" (*vertypte Rechtswidrigkeit*) –[41] o problema coloca-se mais em saber o *quanto o tipo antecipa do sentido de ilicitude*, mantendo-o, todavia, nas palavras de Figueiredo Dias, "lógica e ontologicamente 'antes' da ilicitude".[42] Trata-se, assim, do límpido primado da tipicidade. Nos quadros da doutrina do teleológico-funcional, p. ex., sustenta Roxin a "prioridade teleológico-funcional [do tipo] na construção do sistema",[43] o que faz por razões de natureza político-criminal.[44]

A teoria dos elementos negativos do tipo, por seu turno, remete suas primeiras linhas aos escritos de Adolf Merkel, de 1889.[45] Essa orientação defende a pertença das causas de justificação ao próprio tipo legal, na forma de elementos negativos do tipo. A separação, na lei penal, entre tipos incriminadores e causas justificantes teria razão meramente técnico-legislativa; em termos materiais, pertenceriam à mesma realidade. Deste modo, o tipo penal de homicídio (art. 121 CP), p. ex., seria algo como "matar alguém, fora dos casos de legítima defesa, estado de necessidade etc.".[46] Essa teoria, conquanto anterior à disputa entre as doutrinas indiciária e fundamentadora da ilicitude, ganhou novos ares nos quadros da teoria fundamentadora, deslocando o debate para o âmbito da estrutura do crime, mais precisamente para o confronto entre as concepções tripartida (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) e bipartida de crime (ilícito-típico e culpabilidade). Tal deslocamento, contudo, apenas obscureceu ainda mais o problema ora em análise. Como bem observa Figueiredo Dias, "a questão dos

40. MEZGER, Edmund. Op. cit., p. 182.

41. SAUER, Wilhelm. *Allgemeine Strafrechtslehre*. Eine lehrbuchmässige Darstellung. 3. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1955. p. 63.

42. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora., 1995. p. 91.

43. Na expressão de FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*, cit., p. 266.

44. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 289.

45. MERKEL, Adolf. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Stuttgart: Verlag von Ferdinand Enke, 1889. p. 35.

46. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 286.

elementos negativos do tipo constitui um problema sem significado material". Numa ou noutra sistematização o tipo permanece como "o substantivo, a causa, o *prius*, e a ilicitude apenas a predicação, a consequência, o *posterius*. Por isso, uma tal discussão falha o essencial".[47] O que, aliás, deixa suficientemente claro o fato de que aqui não está em questão a *dimensão "negativa"* da ilicitude, expressa na forma de causas de justificação – e que coloca problemas de outra ordem, impossíveis de serem versados nos estreitos limites deste texto[48] –, mas sim a sua *dimensão "positiva"*, a sua dimensão fundamentadora.

A relação entre tipo e ilícito é, portanto, no horizonte que aqui se propõe, melhor percebida e explicada por meio de uma inversão de perspectiva. Embora a ideia de tipo como *ratio essendi* da ilicitude possa comportar uma leitura a partir do ilícito, a terminologia estará sempre a privilegiar o tipo e a tornar equívoca a sua compreensão. Ao se aceitar a premissa da qual partimos, não é (e não deve ser) o tipo a *ratio essendi* da ilicitude, mas sim o seu exato oposto. É a *ilicitude a ratio essendi da tipicidade*; é o *ilícito a razão de ser do tipo, o seu fundamento*.

O tipo, por sua vez, enquanto concretização do princípio da tipicidade, assume a posição, nobre e irrenunciável posição – na feliz expressão de Faria Costa – de *ratio relevans* da ilicitude.[49] Linha de corte entre o relevante e o irrelevante para o direito penal[50] e, portanto, "a relevância que abrange, por inteiro e em unidade, o ilícito-típico".[51]

47. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*, cit., p. 266.

48. Sobre a questão, ver STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. Op. cit., p. 76 e ss.; e KINDHÄUSER, Urs. Op. cit., p. 57 e ss., o qual, após comparar os modelos bipartido e tripartido, adota este último em suas lições, valendo-se, para tanto, de razões didáticas e por considerar que, dessa antiga contenda, quase não advém consequências práticas. Não chega, todavia, a afirmar uma diferença objetiva entre tipicidade e ilicitude.

49. FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 435 e ss.; FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal*, cit. p. 217. É verdade que não acompanhamos o autor quando, a partir dessa premissa, ele dá passos no sentido da doutrina do tipo como *ratio essendi* da ilicitude (ver FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*, cit. p. 435 e 437). Todavia, e por tudo até aqui exposto, pensamos que isso em nada prejudica a recepção do tipo como *ratio relevans*, nos estritos termos em essa ideia é aqui exposta. Pelo contrário. Se bem vemos, essa forma de perceber o tipo mostra-se ainda mais exuberante no horizonte de coisas ora proposto.

50. Afinal, como bem observa Faria Costa, a "antijuridicidade penalmente relevante não está fora do tipo, mas sempre se expressa dentro dos contornos dogmáticos definidos por ele" (FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal, cit.*, p. 217).

51. FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal*, cit., p. 435.

## *2.2. Os núcleos de desvalor do ilícito-típico*

### *2.2.1. Desvalor da ação e desvalor de resultado*

O conteúdo material do ilícito penal é constituído por dois centros de desvalor indispensáveis e insubstituíveis: o desvalor de ação e o desvalor de resultado.[52] Juntos eles formam uma *unidade de sentido* que, conquanto tenha no desvalor de resultado o seu núcleo fundamental, na medida em que consubstancia o referencial teleológico da norma, somente na presença e convergência de ambos (desvalor de ação e de resultado) pode alcançar dignidade penal e, assim, fundar o ilícito-típico.

O *desvalor de ação* deve abranger todos os diferentes aspectos da conduta em si, sejam eles subjetivos ou objetivos, de modo a expressá-la adequadamente em termos axiológicos. Compreende, por um lado, o *(i) desvalor subjetivo da conduta*, isto é, a vontade que preside a realização da conduta. O homicídio doloso é, por isso, mais grave que o culposo, muito embora o resultado da ação seja exatamente o mesmo. Por outro lado, tem-se o *(ii)* desvalor objetivo da conduta em si, compreensivo do modo e da forma através dos quais a ação é praticada. Ex.: sempre que o homicídio for cometido "à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima" (art. 121, IV CP) ele torna-se mais grave, dando azo à sua forma qualificada. Por fim, também os *(iii)* elementos objetivos da autoria exercem um relevante papel na formação do desvalor de ação. Ex.: a apropriação indébita apresenta-se mais reprovável quando o sujeito ativo é funcionário público, resultando inclusive em delito diverso (art. 312 CP, peculato) daquele praticado por quem não possui esta qualificação (art. 168 CP, apropriação indébita).

Não há dúvida de que, no desvalor de ação, encontra-se não só o dolo como os elementos subjetivos do tipo (desvalor subjetivo da conduta). Mas o mesmo não pode ser dito no que tange à localização dos elementos referentes à forma ou ao modo de execução (desvalor objetivo da conduta), bem como dos elementos objetivos da autoria.

O problema não se coloca, observa Roxin, se for aplicada a concepção por ele defendida do desvalor de ação como "unidade de sentido objetivo-subjetiva", uma vez que, sob esta perspectiva, até mesmo o resultado está incluído

52. Ver JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. cit. p. 238 e ss.; KÜHL, Kristian. Op. cit., p. 18.

no desvalor de ação. Contudo, prossegue Roxin, se adotada uma concepção de desvalor de ação exclusivamente subjetiva, estes elementos teriam que ser incluídos no desvalor de resultado ou, então, em uma "terceira" categoria de desvalor.[53]

O nosso entendimento, porém, é outro.

Como já acima avançado, acreditamos mais adequada a absorção desses elementos pelo desvalor de ação, em oposição ao desvalor de resultado, como específico desvalor de ofensividade, na linha de Jescheck e Weigend;[54] o que, ao nosso sentir, em nada prejudica, mas sim reforça, a compreensão de ambos como uma unidade de sentido. Esse entendimento mostra-se, inclusive, particularmente útil na análise de crimes cujo desvalor de ação, em termos subjetivos, é muito fraco ou mesmo inexistente, como ocorre, *v. g.*, nos crimes por negligência.[55]

A partir dessa concepção, coloca-se fora do desvalor de ação apenas a forma e a intensidade com que a conduta atinge o objeto de proteção da norma, âmbito próprio do desvalor de resultado. O *desvalor de resultado* é aqui *desvalor de ofensa*. Não se confunde com o resultado em uma perspectiva natural, entendido como modificação do mundo exterior, e tampouco com o objeto da ação. Trata-se do *desvalor expresso pela ofensa a bens jurídico-penais, pela lesão ou perigo de lesão ao objeto de tutela da norma.* Núcleo de desvalor que, ao exprimir, por meio das categorias penais que lhe são próprias (bem jurídico e ofensividade), a ruptura da relação originária de cuidado de perigo, assume-se como pedra angular do ilícito penal, expressão da contrariedade não só à intencionalidade jurídico-normativa, mas à própria função do direito penal.[56]

53. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 327 e ss.

54. JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. Op. cit., p. 240.

55. Sobre a questão, MAZZACUVA, Nicola. *Il disvalore di evento nell'illecito penale*: L'illecito commissivo doloso e colposo. Milano: Giuffrè, 1983. p. 64 e ss.

56. Como se pode notar, partimos de uma concepção do ilícito-típico fundada na dimensão onto-antropológica de cuidado de perigo, proposta por Faria Costa (FARIA COSTA, José de. Ilícito típico, resultado e hermenêutica. Ou o retorno à limpidez do essencial. *Seminário internacional de direito penal*. Lisboa: Universidade Lusíada, março de 2000. p. 16 e ss.). É, pois, neste horizonte compreensivo que concebemos o desvalor de resultado como categoria erigida a partir da violação desta mesma relação originária. Daí tornar-se evidente que o desvalor de resultado não se esgota nos limites de um dano/violação. Deve, ao contrário, ser compreendido na riqueza de significação que expressa, isto é, no mais puro e límpido desvalor de cuidado.

### *2.2.2. Antecedentes históricos*

Esta precisa conformação do ilícito penal, é importante que se diga, longe está de ser pacífica.

Conquanto haja certo consenso sobre a relevância de ambos os referenciais de desvalor (ação e resultado) na constituição do ilícito, não se pode dizer o mesmo acerca da sua indispensabilidade – i.e. da possibilidade de haver um ilícito penal desprovido de desvalor de resultado ou de ação –, como também não da prevalência do desvalor de resultado sobre o desvalor da ação. A sua trajetória, em realidade, está fortemente marcada por avanços e retrocessos explicáveis, em grande medida, pelo fato de estar o ilícito penal diretamente imbricado com o fundamento, o sentido e a função que são assinalados ao direito penal.

Em termos históricos, mais precisamente no *modelo clássico de crime*, o injusto era concebido em termos exclusivamente objetivos. Na medida em que os elementos subjetivos do crime, em sua totalidade, estavam adstritos à culpabilidade, o injusto detinha como referencial forte de desvalor o resultado. Mas, se por um lado, como vimos, o surgimento dos elementos normativos do tipo acaba por romper a defendida neutralidade do tipo legal, abrindo caminho para a atual concepção de tipo de ilícito, por outro, o surgimento dos *elementos subjetivos do tipo* permite semelhante desdobramento no que tange ao referencial de desvalor do injusto. Embora de modo ainda tênue, os elementos subjetivos do tipo dão o primeiro passo no sentido da afirmação do desvalor de ação na composição do ilícito penal.

O segundo e decisivo passo é dado pela teoria finalista de Welzel. A passagem do dolo e da culpa, antes na culpabilidade, para a tipicidade inaugura uma nova forma de ver o ilícito penal. O ilícito torna-se *ilícito pessoal*. Não mais a causação de um resultado desvinculada do seu autor, mas apenas a "ação como obra de um determinado autor" deve alcançar o designativo de ilícita. Ao lado da eventual lesão ao bem jurídico na constituição do injusto, Welzel destaca a importância da *finalidade* que preside a conduta, como também da *atitude* (*Einstellung*) por meio da qual ela é cometida e dos *deveres* que incidem sobre o autor. O injusto torna-se, nas palavras de Welzel, "injusto da ação referido ao autor", torna-se "injusto pessoal".[57]

57. WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*: Eine systematische Darstellung. 11. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1969. p. 62.

O contributo prestado pela noção de ilícito pessoal é incontestável. A sua afirmação tanto na Alemanha como no Brasil independe da recepção da teoria finalista da ação como tal. Fundamenta-se principalmente em razões sistemáticas, referentes à admissão do dolo e dos elementos subjetivos do tipo na tipicidade, com implicações diretas na compreensão do ilícito.[58] Expressa, em essência, a ideia simples, mas fundamental, de que o acontecimento jurídico-penalmente relevante deixa-se descrever adequadamente não como um simples processo causal, mas como comportamento de uma *pessoa*;[59] não como um simples resultado, mas como *obra de um autor*, como resultado a ele atribuível por dolo ou culpa. O que, como se percebe, não implica supressão ou redução da importância da ofensa a bens jurídicos na constituição do ilícito.

A proposta de Welzel, porém, não se esgota na simples defesa do desvalor de ação como constitutivo do ilícito, agora na forma de um ilícito pessoal. Nesse novo horizonte de coisas, o desvalor de resultado deixa de ter o protagonismo de outrora, dando lugar ao desvalor de ação na posição de centro e fundamento do ilícito penal. Embora Welzel reconheça importância ao desvalor de resultado e acredite que a sua ocorrência pode ser evitada através da punição do desvalor de ação, a tarefa primária do direito penal não é, para ele, a proteção de bens jurídicos, mas sim a garantia da "real vigência (observância) dos valores do ato (*Aktwerte*) da consciência jurídica".[60] Em seu entender, "os valores do ato como a fidelidade, a obediência, o respeito à pessoa etc., possuem maior fôlego e visão mais ampla que a mera proteção de bens",[61] o que o leva a defender uma noção de ilícito centrada eminentemente no desvalor de ação, uma concepção na qual o resultado aparece como um elemento até mesmo dispensável em alguns casos: "o desvalor objetivo [a lesão ou perigo ao bem jurídico] pode faltar no caso concreto sem que desapareça o desvalor de ação como, por exemplo, ocorre na tentativa inidônea".[62]

O passo "extremo" em prol do desvalor de ação e de uma exata inversão do *status quo* é dado, posteriormente, por Diethart Zielinski. Zielinski leva a concepção finalista do ilícito ao seu mais extremo limite. Em seu entender, "o

58. MAIWALD, Manfred. Criteri-guida per una teoria generale del reato. In: CANESTRARI, Stefano (org.). *Il Diritto Penale alla Svolta di Fine Millennio*. Torino: Giappichelli, 1998. p. 242; ROXIN, Claus. Op. cit., p. 321 e ss.

59. STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. Op. cit., p. 121 e ss.

60. WELZEL, Hans. Op. cit., p. 1 e ss.

61. Idem, p. 4.

62. Idem, p. 62.

desvalor de ação, fundamentado na direção do comportamento a um objetivo contrário ao valor, constitui o ilícito. E apenas ele preenche-o de conteúdo". E conclui: "ilícito é o ato final contrário ao dever – e apenas isto".[63] O desvalor de resultado é absolutamente irrelevante no âmbito do ilícito penal, não havendo qualquer sentido em distinguir o crime consumado do crime tentado.[64] Caminha, pois, no sentido de propor a tentativa inidônea como paradigma do ilícito penal.

À elaboração de Zielinski levantaram-se inúmeras críticas mesmo dentre os adeptos do finalismo. Stratenwerth, *v.g.*, destaca a importância do desvalor de resultado como ponto de equilíbrio para uma correta compreensão do ilícito-típico.[65] Observa que a eliminação do desvalor de resultado da teoria do ilícito opõe-se, dentre outras coisas, a princípios elementares de imputação penal, não havendo razão que justifique uma leitura do ilícito através de um modelo estabelecido a partir da tentativa inidônea.[66]

Com efeito, no atual estágio da doutrina do crime, já não é possível reconhecer qualquer razão a orientações envoltas por tamanho radicalismo. É inegável que o desvalor de ação constitui um elemento indispensável para uma correta compreensão do ilícito-típico, mas não é o único, e também não o primeiro. Valendo-nos da passagem de Welzel na qual afirma que "a lesão ao bem jurídico (o desvalor de resultado) tem significação jurídico-penal apenas dentro de uma ação pessoal antijurídica (dentro do ilícito de ação)",[67] diríamos que a nossa forma de compreender as coisas encontra-se na exata inversão desta afirmativa: o *desvalor de ação tem relevância no direito penal somente dentre as condutas ofensivas a bens jurídicos e, assim, detentoras de desvalor de resultado.* O desvalor de resultado é, ao nosso sentir, o fundamento, a pedra de toque de

63. ZIELINSKI, Diethart. *Handlungs-und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*. Untersuchung zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss. Berlin: Duncker e Humblot, 1973, p. 143.

64. Idem, p. 144. Para Zielinski, bem observa Mylonopoulos, a diferença não está entre consumação e tentativa (acabada), mas sim entre tentativa acabada e inacabada, pois, nestas, seria possível apreciar um distinto desvalor e ação (MYLONOPOULOS, Christos. Über das Verhältnis von Handlungs-und Erfolgsunwert im Strafrecht. Eine Sudie zur Entwicklung der personalen Unrechtslehren. Köln: Heymann, 1981. p. 36 e ss.).

65. STRATENWERTH, Günter. Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht. *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag*, Göttingen: Schwartz, 1975. p. 177 e ss.

66. STRATENWERTH, Günter. Op. cit., p. 192. Ver ainda, do mesmo autor, Handlungs-und Erfolgsunwert im Strafrecht, *SchwZStR* 79, 1963. p. 233 e ss.

67. WELZEL, Hans. Op. cit., p. 75.

um direito penal[68] que se pretende legítimo – e, portanto, em oposição a uma ordem penal moral, erigida sobre "deveres 'categóricos' de fidelidade a valores"[69] – sobre a qual então recairá o juízo de desvalor de ação. Desta conjunção, e somente a partir dessa conjunção, é que poderemos obter uma correta compreensão do ilícito-típico.

### 2.3. *Norma penal e os níveis de valoração*

O que temos até aqui observado, no que tange ao conteúdo material do ilícito, torna-se ainda mais evidente quando considerado em uma perspectiva normológica, em uma leitura a partir da *norma penal* e dos denominados *níveis de valoração*.

As normas penais consistem em mandamentos que podem assumir a forma de uma proibição de agir (ex.: "é proibido matar" – art. 121 CP) ou de uma determinação/obrigação de agir (ex.: "é obrigado a salvar" – art. 135 CP), teleologicamente orientados à tutela de bens jurídico-penais. Logo, possuem uma dimensão valorativa e outra prescritiva. Elas precedem, em termos lógicos, o tipo incriminador. Encontram-se pressupostas no tipo legal de crime e são deduzidas a partir dele. O tipo legal é, nessa perspectiva, como já adiantado, a descrição da sua violação, a descrição da violação da norma penal.[70]

Não há aqui nada de novo. Já a seu tempo, observava Binding que o infrator, ao cometer um crime, não viola o tipo penal, mas o preenche. O tipo penal do furto, *v.g.*, dispõe simplesmente que "*subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel*" dará lugar a uma pena de "*reclusão, de um a quatro anos, e multa*" (art. 155 *caput* CP). Logo, ao furtar alguém, o autor estaria, em realidade, realizando precisamente o que dispõe o tipo, e não contrariando/violando o tipo legal de crime.[71] E, se a isso se resumisse o crime, seria possível argumentar, ainda que absurdamente, que a conduta típica estaria disponível ao cidadão, desde que concordasse com a respectiva sanção. Algo como: se furtar, deve aceitar as respectivas penas de reclusão e multa; o que é logicamente inaceitável.

68. FARIA COSTA, José de. Ilícito típico, resultado e hermenêutica, cit. p. 22 e ss.
69. MARINUCCI, Giorgio. "Relazione di sintesi". *Bene giuridico e riforma della parte speciale*. STILE, Afonso M. (org.). Napoli: Jovene, 1985. p. 345.
70. Ver KAUFMANN, Armin. *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik. Göttingen: Verlag Otto Schwartz, 1954. p. 17 e ss.
71. BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. 3. ed. Leipzig: Verlag von Felix Meiner, 1916. vol. I, p. 4; KAUFMANN, Armin. Op. cit., p. 3.

Em verdade, há algo que precede o tipo em termos conceituais e que é necessariamente violado pelo autor, aquilo que Binding chamou de *norma*.[72] A norma, assim denominada em razão de prescrever comportamentos,[73] assumiria sempre a forma de um mandamento (*Befehl*) que, em termos de conteúdo, encontraria expressão em uma proibição (*Verbot*) de agir ou em uma determinação (*Gebot*) de agir.[74]

Naquilo que aqui interessa, eis que muitos são os desdobramentos possíveis dessa premissa, está a relação entre *norma* e *valor*, da qual se pode deduzir níveis de valoração especialmente relevantes no que tange à formação do conteúdo material do ilícito.[75]

*O primeiro nível de valoração*. Partindo da premissa de que a norma, por uma exigência lógica, é precedida de um juízo de valor, é preciso admitir que o momento primeiro da construção normativa parte, invariavelmente, de um juízo positivo de valor, de uma valoração positiva. "A primeira valoração", bem observa A. Kaufmann, "é sempre positiva, pois uma valoração negativa pressupõe sempre uma positiva que a precede, por mais que ambas possam coincidir no tempo".[76] Valoração que não é outra coisa senão o original momento jurídico de reconhecimento, ainda que a traços grossos, da concepção jurídico-penal de bem jurídico.

O bem jurídico, nesse horizonte compreensivo, é o valor primeiro da norma. É ele o valor irradiante e simultaneamente condensador da intencionalidade normativa. Elementar axiológico que permite, através da tensão entre sua afirmação e negação, as diferentes formas de aparição do ilícito-típico, nos níveis subsequentes de valoração.

---

72. Idem, ibidem.

73. Idem, p. 7.

74. Idem, p. 51. Ver, também, STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. Op. cit., p. 75.

75. A referência a "níveis de valoração" é aqui feita no sentido da sequência escalonada de valoração de que nos fala Armin Kaufmann em obra dedicado ao pensamento de Binding (KAUFMANN, Armin. Op. cit., p. 69 e ss.). Conquanto já presente na teoria das normas de Binding (KAUFMANN, Armin. Op. cit., p. 67), a relação entre norma e valor encontra particular destaque no estudo de A. Kaufmann. A análise que segue, porém, embora coincidente em alguns aspectos, não possui qualquer pretensão de fidelidade ao pensamento destes autores, muito pelo contrário, há pontos de assumida discordância.

76. KAUFMANN, Armin. Op. cit., p. 69.

Embora se possa afirmar, como o faz A. Kaufmann,[77] que a antiga "teoria da lesão a bens jurídicos" encontra o seu ponto de partida em uma vinculação imediata da norma ao objeto jurídico, terminando por excluir outras fontes axiológicas, como, *v.g.*, os valores ético-sociais da ação, sustentados pela doutrina finalista (esta crítica tem como especial objeto a doutrina de von Hippel, em que o direito penal é compreendido e limitado à proteção de bens jurídicos),[78] não nos parece que esta seja uma antinomia que se possa dizer intrínseca a essas ideias. Um vínculo imediato do bem jurídico com a norma não impede a recepção de valores outros que não aqueles emanados pelo próprio valor primário, ao contrário, revela-se absolutamente adequado e, até mesmo, necessário.

*O segundo nível de valoração.* Ao considerar o bem jurídico um valor positivo, os fatos que lhe são ofensivos passam, enquanto negação de um valor positivo juridicamente reconhecido, a expressar um conteúdo de valor negativo. Encontram-se entre os acontecimentos que, relacionados com o valor situacional do bem jurídico, manifestam-se como positivos ou negativos, como afirmação ou negação. E que, nessa exata medida, permitem o que se pode denominar de segundo nível de valoração.

O segundo nível corresponde ao *conteúdo objetivo de desvalor do fato* e, nessa medida, é o lugar por excelência do desvalor de resultado (desvalor de ofensa). Mas é também o lugar dos referenciais objetivos de desvalor da conduta. Compreende tanto o desvalor objetivo da conduta em si, como os elementos objetivos da autoria (*vide supra*), abrindo-se, por essa razão, também a referenciais ético-sociais de grande relevo para a constituição do ilícito-típico.

O "dever de agir", p. ex., constituinte do ilícito omissivo, nada mais é do que resultado da adesão de valores positivos ético-sociais em um segundo nível de valoração e, por esse exato motivo, não pode ser confundido, nem mesmo substituir a existência de um valor primário. É, pois, um valor recepcionado pela norma e a ser agregado ao valor primário, na constituição do ilícito-típico. Daí poder-se entender a própria formação do crime de omissão de auxílio, no qual há uma combinação de um dever de solidariedade, voltado à proteção dos bens jurídicos individuais, como a vida e a integridade física. E, em contrapartida, pode-se perceber o equívoco de uma leitura da omissão em termos

77. Idem, ibidem.

78. HIPPEL, Robert v.. *Deutsches Strafrecht*. Berlin: Springer, 1925. vol. 1, p. 10 e ss., em especial, 11 s.

de mera violação do dever. Estaria, aqui, como é óbvio, desprezando a própria essência protetora da norma penal.

Dessa interessante questão, e sob a perspectiva dos crimes omissivos próprios e seus limites, ocupou-se também Bricola. Segundo bem observa, à luz da Constituição, um critério limite poderia ser obtido não tanto circunscrevendo a omissão penalmente relevante aos "deveres de solidariedade explicitamente sancionados pela Constituição, mas sim estendendo-a a deveres de solidariedade funcionalmente conexos a (e necessários para a tutela de) um valor constitucional".[79]

*O terceiro nível de valoração*: por fim, é preciso considerar um último nível de valoração no qual este "acontecer" possa ser tomado não mais como um mero processo causal, mas como "obra humana", em si mesma objeto de valoração. Nesse terceiro nível, situa A. Kaufmann, à luz do pensamento finalista, o juízo de valoração da "composição teleológica da intencionalidade do homem", que tornaria possível a passagem do simples acontecer para uma "obra da vontade", na linha do denominado ilícito pessoal.[80] Em outras palavras ainda, é nesse exato nível de valoração que se coloca o desvalor subjetivo da conduta, em contrapartida aos dois primeiros níveis detentores do desvalor objetivo do fato.

Disso tudo resulta que a norma penal, conquanto efetivamente vinculada ao bem jurídico, não está adstrita a esse valor, em uma espécie de monismo axiológico. É, antes, o resultado de uma rica conjugação de valores, que encontra a sua razão de ser na função protetora do valor primário. O bem jurídico não é, pois, a única fonte de valor do ilícito-típico, mas é a sua matriz axiológica fundamental, é o elemento que faz possível esta conjugação e confere unidade de sentido a todos os demais vetores.

## 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As categorias de tipo e ilícito não se confundem e a sua autonomia conceitual é hoje inegável. Todavia, em termos materiais, tipo e ilícito desfrutam do mesmo *fundamento* e do mesmo *sentido*, constituindo uma unidade, uma única categoria sistemática: o ilícito-típico. Essa precisa formulação em medida algu-

79. BRICOLA, Franco. *Teoria generale del reato*. In: CANESTRARI, Stefano; MELCHIONDA, Alessandro (orgs.). *Scritti di Diritto Penale, vol. 1. Dottrine generali, teoria del reato e sistema sanzionatorio*. Milano: Giuffrè, 1997. t. 1. p. 570.

80. KAUFMANN, Armin. Op. cit., p. 71.

ma busca expressar uma tomada de posição acerca da antiga controvérsia em torno das teorias indiciária ou fundamentadora da ilicitude, ou mesmo acerca da teoria dos elementos negativos do tipo. Pelo contrário. Resulta de interrogação de outra ordem, acerca do primado ontológico na constituição do injusto, a qual vem aqui respondida em prol da ilicitude penal. A relação entre tipo e ilícito, no horizonte que aqui se propõe, é melhor percebida e explicada por meio de uma inversão da perspectiva tradicional: não é (e não deve ser) o tipo a *ratio essendi* da ilicitude, mas sim o seu exato oposto. É a *ilicitude a ratio essendi da tipicidade*; é o *ilícito a razão de ser do tipo, o seu fundamento*. Ilícito esse cuja conformação dependerá da convergência de dois centros de desvalor *indispensáveis e insubstituíveis*, o desvalor de ação e o desvalor de resultado, em estrita correspondência com uma leitura da norma penal, a partir dos níveis de valoração que lhe são constitutivos. E, se isso é assim, o tipo de ilícito, e não o tipo legal, assume a posição de parâmetro de subsunção típica, de *tipo stricto sensu*.

## BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Tipicidade penal:* Uma análise funcionalista. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

BELING, Ernst. *Die Lehre vom Verbrechen*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1906.

BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. 3. ed. Leipzig: Verlag von Felix Meiner, 1916. vol. I.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: Parte geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRICOLA, Franco. *Teoria generale del reato*. In: CANESTRARI, Stefano; MELCHIONDA, Alessandro (orgs.). *Scritti di Diritto Penale, vol. 1, Dottrine generali, teoria del reato e sistema sanzionatorio*. Milano: Giuffrè, 1997. t. 1.

CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema": os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito* 74/1998. Coimbra, p. 1 e ss.

CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Coimbra: Almedina, 1999 (reimpressão).

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* 54/2014. p. 135-163.

ENGISCH, Karl. Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht. *Festschrift für Edmund Mezger zum 70º Geburtstag*. München; Berlin: 1954.

FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal*: fragmenta iuris poenalis. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

_____. Ilícito típico, resultado e hermenêutica. Ou o retorno à limpidez do essencial. *Seminário internacional de direito penal*. Lisboa: Universidade Lusíada, março de 2000.

_____. *O perigo em direito penal*: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*: Parte geral. 1. ed. brasileira. 2. ed. portuguesa. São Paulo: Ed. RT/Coimbra Editora, 2007.

_____. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora., 1995.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: Parte Geral. 16. ed. atualizada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FUCHS, Helmut. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil I. Grundlagen und Lehre von der Straftat. 8. ed. Wien: Springer, 2012.

HIPPEL, Robert v..*Deutsches Strafrecht*. Berlin: Springer, 1925. 1. vol.

HÜNERFELD, Peter. *Strafrechtsdogmatik in Deutschland und Portugal*. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Verbrechenslehre und ihrer Entwicklung in einem europäischen Zusammenhang. Baden-Baden: Nomos, 1981.

JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts*: Allgemeiner Teil. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

KAUFMANN, Armin. *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*: Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik. Göttingen: Verlag Otto Schwartz, 1954.

KIENAPFEL, Diethelm; HÖPFEL, Frank; KERT, Robert. *Grundriss des Strafrechts*: Allgemeiner Teil. 14. ed. Wien: Manzsche, 2012.

KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2008.

KÜHL, Kristian. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil. 3. ed. München: Verlag Franz Vahlen, 2000.

MAIWALD, Manfred. Criteri-guida per una teoria generale del reato. In: CANESTRARI, Stefano (org.). *Il Diritto Penale alla Svolta di Fine Millennio*. Torino: Giappichelli, 1998.

MARINUCCI, Giorgio. *Il reato come "azione"*: Critica di un dogma. Milano: Giuffrè, 1971.

_____. "Relazione di sintesi". *Bene giuridico e riforma della parte speciale*. org. por Afonso M. Stile. Napoli: Jovene, 1985

MAYER, Max Ernst. *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*. Lehrbuch. 2. ed. Heidelberg: Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1923.

MAZZACUVA, Nicola. *Il disvalore di evento nell'illecito penale*: L'illecito commissivo doloso e colposo. Milano: Giuffrè, 1983.

MERKEL, Adolf. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. Stuttgart: Verlag von Ferdinand Enke, 1889.

MEZGER, Edmund. *Strafrecht*. Ein Lehrbuch. 2. ed. München; Leipzig: Duncker und Humblot, 1933.

MYLONOPOULOS, Christos. Über das Verhältnis von Handlungs-und Erfolgsunwert im Strafrecht. Eine Sudie zur Entwicklung der personalen Unrechtslehren. Köln: Heymann, 1981.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de Direito Penal*: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2015.

RENGIER, Rudolf. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil. 5. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2013.

ROXIN, Claus. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil. 4. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2006. vol. I.

SAUER, Wilhelm. *Allgemeine Strafrechtslehre*. Eine lehrbuchmässige Darstellung. 3. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1955.

STEININGER, Einhard. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil. Eine Einführung. 2. ed. Wien: Linde, 2013.

STRATENWERTH, Günter. Handlungs-und Erfolgsunwert im Strafrecht, *SchwZStR* 79, 1963. p. 233 ss.

___. Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht. *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag*. Göttingen: Schwartz, 1975.

___; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil I. 5. ed. Köln; Berlin; München: Carl Heymanns Verlag, 2004.

WELZEL, Han. *Das deutsche Strafrecht*: Eine systematische Darstellung. 11. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1969.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil. 30. ed. C. F. Müller, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro:* Parte geral. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

ZIELINSKI, Diethart. *Handlungs-und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*. Untersuchung zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss. Berlin: Duncker e Humblot, 1973.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- Do erro sobre os pressupostos fáticos das causas de justificação: uma análise da modificação proposta pelo PLS 236/2012, de Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça – *RT* 959/183-207 (DTR\2015\12622);
- Norma penal como norma de conduta, de Luiz Regis Prado – *RCP* 12/231-259, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 1/227-287 (DTR\2010\585);
- O resultado como fundamento do injusto penal, de Tiago Joffily – *RBCCrim* 119/17-47 (DTR\2016\4873); e
- Prolegômenos para uma taxionomia eficiente das infrações penais, de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes – *RT* 766/453-474 (DTR\1999\392).

85978

# Sobre o futuro da ciência jurídico-penal alemã: abertura e método discursivo no lugar de provincianismo presunçoso

## *On the future of the German Criminal Science: openness and a discursive method instead of a presumptuous provincialism*

**Kai Ambos**
Georg-August-Universität Göttingen.
kambos@gwdg.de

**Área do Direito:** Penal; Internacional

**Resumo:** A ciência jurídico-penal alemã se encontra diante de uma encruzilhada: ou se abre à internacionalização e à europeização ou se mantem ancorada em um "provincianismo presunçoso" [*"selbstbewusster Provinzialität"*].[1] Com Joachim Vogel, faleceu cedo demais um dos provavelmente mais influentes representantes de uma nova geração de professores alemães de Direito Penal que advogou, desde muito cedo, por essa

**Abstract:** German criminal law theory stands at a crossroads: either the field opens itself up to internationalisation and Europeianisation, or it continues to persist in its "confident provincialism"[1]. Joachim Vogel's untimely death has deprived us of probably the most influential representative of a new generation of German criminal law theorists, who was one of the first to argue in favour of this move towards greater

1. FLETCHER, George. Die deutsche Strafrechtswissenschaft im Spiegel der Rechtsvergleichung. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (ed.). *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende: Rückbesinnung und Ausblick*. München: C.H. Beck, 2000. p. 235 (239). De forma similar DONINI, Massimo. *Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform: Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik in Italien und Europa*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006. p. 3-5 ("provincianismo nacionalista" ["nationalistischer Provinzialismus"] fazendo referência, entre outros, à Alemanha).
2. VOGEL, Joachim. Strafrecht und Strafrechtswissenschaft im internationalen und europäischen Rechtsraum. *Juristenzeitung* (JZ) [em linha]. 1, 2012. p. 25.
3. ["Überschätzungs-, Beharrungs- und Verweigerungstendenzen gegenüber internationalen und europäischen Impulsen"].

abertura, precisamente com vista a uma verdadeira ciência jurídico-penal internacionalizada e europeizada. Vogel questionou,[2] com razão, as tendências dominantes na Alemanha, "caracterizadas pela subestimação, obstinação e negação das correntes internacionais e europeias".[3] Assim, reclamou pela abertura metodológica e substancial dessa disciplina e, da mesma forma, pela democratização do discurso jurídico-penal. Com a presente breve contribuição, serão recordadas, em sua memória, as ideias mais importantes de Joachin em relação a esse debate, também se objetivando fortalecê-las e amplia-las parcialmente. Para isso, procederei em três passos: em primeiro lugar, serão apresentadas algumas descobertas, posteriormente se sinalizará suas razões e, finalmente, serão propostas algumas modificações que se consideram necessárias.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ciência jurídico-penal – Dogmática alemã e estrangeira – Direito Penal comparado – Criminologia empírica – Política criminal – Direito Penal Internacional – Europeização – Internacionalização.

openness – towards a truly internationalised and europeianised criminal law theory. Vogel rightly lamented the "tendencies of overestimation, resistance to change, and denial towards international and Europeian ideas"[2] prevalent in Germany and demanded that our field open itself up both in terms of its methodology and content, further calling for greater democracy in criminal law discourse. In this small contribution dedicated to his memory, Joachim's key thoughts on this debate will be recalled, essentially confirmed and then (in part) developed further. In doing so, I will proceed in three stages: first, several findings will be presented. Then the reasons underlying these findings will be explained, and finally the article will conclude with a call for the necessary changes.

**KEYWORDS:** Criminal law theory – German and foreign theory – Comparative criminal law – Criminology – Criminal law policy – International criminal law – Europeianisation – Internationalisation.

SUMÁRIO: A) Descobertas – B) Razões – C) Mudanças.

## A) DESCOBERTAS

Qualquer[4] observador experiente pode constatar facilmente que a ciência jurídico-penal alemã tem perdido nas últimas décadas relevância no âmbito

4. Tradução do espanhol por Chiavelli Facenda Falavigno, Doutoranda em Direito Penal pela Universidade de São Paulo; revisado pelo autor. Versão original publicada na obra em homenagem ao Professor Joachim Vogel: "Die Verfassung moderner Strafrechtspflege (Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski (eds.), Nomos 2016) e em Goltdammer's Archiv für Strafrecht 163 (2016), no. 4 com o título "Zur Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft: Offenheit und diskursive Methodik statt selbstbewusster Provinzialität. Versão espanhola traduzida por Gustavo Cote, Göttingen/Bogota e publicada em Revista Penal, Tirant lo Blanc, n. 37 (2016), p. 5 ss.

internacional praticamente em todos os níveis.[5] Ainda que conserve sua influência sobre vários Estados pertencentes à tradição europeia continental,[6] se trata em geral de sistemas com uma estrutura similar à alemã, caracterizados também por um modelo discursivo aristocrata e pouco democrático, justamente no sentido exposto por Donini quando se refere a "aristocracia penal" no lugar de "democracia penal".[7] Estes sistemas ostentam – dito enfaticamente – um discurso teórico às vezes, inclusive, autoritário, que pouco se esforça para ser compreensível, dado que está convencido da correção científica (e, por vezes, da superioridade cultural)[8] de suas posições dogmáticas; isso certa-

5. Em geral, sobre a perda da influência da ciência jurídico-penal alemã na Europa, ver LEPSIUS, Oliver. "Problemzugänge und Denktraditionen im öffentlichen Recht". Em: HILGENDORF, Eric/SCHULZE-FIELITZ, Helmuth (ed.). *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 87. Mais otimista sobre a importância em termos gerais da dogmática jurídica alemã JAREBORG, Nils. "Legal dogmatics and the Concept of Science". Em: FREUND, Georg/MURMANN, Uwe/BLOY, Rene/PERRON, Walter (ed.). *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems*. Berlin: Duncker & Humblot, 2013. p. 54 („German legal dogmatics" (...) still plays the dominating rule" en Europa). Muito europeu e provavelmente só em relação ao Direito Penal material HILGENDOR, Eric/SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. "Rechtswissenschaft im Prozess der Selbstreflexion". Em: HILGENDORF, Eric/SCHULZE-FIELITZ, Helmuth (ed.). Op. Cit. p. 2 ("Validez mundial (...) incontroversa" ["Weltgeltung (...) unumstritten"], "exportador exitoso" ["Exportschlager"]).

6. Dita influência se dá, sobretudo, em relação ao Direito Penal material e compreende, desde o ponto de vista geográfico, Europa continental (em especial Portugal, Espanha, os países da Europa oriental e os Balcãs) América Latina e parte da Ásia (China, Japão, Coreia e Turquia).

7. DONINI, nota de rodapé 1. p. 7 e ss., na qual enuncia as exigências da "aristocracia jurídico-penal" ["Strafrechtsaristokratie"] e as analisa criticamente; mais adiante se fará referência novamente a esta posição. Ver também DONINI, Massimo. *IL volto attuale dell'illecito penale*. Milano: Giuffrè Editore, 2004. p. 281e ss. Sobre Donini ver VOGEL, Joachim. Europäische Kriminalpolitik – europäische Strafrechtsdogmatik. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA). 2002. p. 517 (534); VOGEL, nota de rodapé 2. p. 27. De maneira similar STUCKENBERG, Carl-Friedrich. Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA). 2011. p. 653 (658) ("distanciamento avassalador que a discussão jurídico-penal tradicional, em especial a teoria do bem jurídico, tem da democracia" ["verstörende Demokratieferne der traditionellen strafrechtswissenschaftlichen Diskussion, namentlich der Rechtsgutslehre"]).

8. Ver SCHÜNEMANN, Bernd. Vom schwindenden Beruf der Rechtswissenschaft unserer Zeit, speziell der Strafrechtswissenschaft. Em: HILGENDORF/SCHULZE-FIELITZ (ed.), nota de rodapé 4. p. 241 ("modelo fora de circulação apesar da superioridade cultural" ["Auslaufmodell trotz kultureller Überlegenheit"]).

mente à margem de sua falta de legitimação democrática e de um conceito de dogmática que não é definido completamente.[9] Ademais, a relação da Alemanha com estes sistemas jurídicos se limita à exportação em apenas uma direção de teorias e categorias dogmáticas, sem levar em consideração as condições desses lugares e sem que haja, segundo cada caso, a adaptação a esses contextos. Tal e como expôs Vogel, inclusive em seu âmbito de influência original, a ciencia jurídica penal alemã tem estado mais interessada "na exportação do Direito Penal, ou seja, na difusão do pensamento penal alemão no estrangeiro e em agremiações europeias e internacionais, que em aprender Direito Penal estrangeiro, europeu ou internacional e, de certo modo, em levar a caso algum tipo de importação do Direito...".[10] Para além desses ordenamentos jurídicos que mantem uma atitude favorável diante da Alemanha, o Direito Penal alemão é amplamente ignorado no exterior e em nível supranacional. Contudo, é importante diferenciar as diversas áreas que compõem a ciência geral jurídico-penal.

Em relação à teoria geral ou parte geral do Direito Penal, se pode dizer que o conceito de delito construído de maneira dedutiva e ancorado em um alto nível de abstração, assim como suas formas particulares (entre outros o conceito final de ação com a consequente separação entre um conceito psicológico de dolo e a culpabilidade em sentido normativo, a distinção entre justificação e exculpação, assim como o conceito de bem jurídico como fator de legitimação do Direito Penal) são, em sua maior parte, ignorados. Inclusive alguns intentos

9. Fundamental desde a perspectiva da ciência jurídica geral, ver ROTTLEUTHNER, Hubert. "Methodologie und Organisation der Rechtswissenschaft". Em: HILGENDORF/SCHULZE-FIELITZ (ed.), nota de rodapé 4. p. 212-215, na qual se alude ao problema da falta de diferenciação entre teoria (dogmática) e objeto (Direito vigente). Sobre "dogmática" ver mais adiante notas de rodapé 42 e 100, assim como o texto principal.

10. ["an einem 'Strafrechtsexport' interessiert (...), also daran, deutsches Strafrechtsdenken im Ausland bzw. in europäischen und internationalen Gremien zu verbreiten, als daran, vom ausländischen, europäischen oder internationalen Strafrecht zu lernen und gleichsam einen 'Strafrechtsimport' zu betreiben (...)"] VOGEL, nota de rodapé 2. p. 27. A respeito da maneira crítica DONINI, nota de rodapé 1. p. 29. Crítico, por exemplo, sobre a recepção unilateral do Direito Penal alemão no Japão. YAMANAKA, Keiichi, *Geschichte und Gegenwart der japanischen Strafrechtswissenschaft*. Berlin: De Gruyter, 2012. p. X. De acordo com isso DUTTGE, Gunnar/ERLER, Johanna/TADAKI, Makoto. Aktuelle Entwicklungslinien des japanischen Strafrechts im 21. Jahrhundert. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW) [em linha]. Band 127, Heft 1. p. 225 (226) ("via em um único sentido" ["Einbahnstraße"]).

próprios para fazer acessível no âmbito da *common law* o desenvolvimento da teoria do delito alemã, assim como seus fundamentos teóricos, não mudaram nada em relação à dita situação.[11] A dogmática penal alemã tem tido êxito em nível internacional somente com a teoria do domínio do fato, proposta por Claus Roxin, um de seus principais expoentes. Até o momento essa teoria, inclusive em sua variante de autoria por domínio da organização, não somente tem sido reconhecida nos sistemas influenciados pela Alemanha,[12] mas também pela Corte Penal Internacional (CPI), onde foi aprovada pela Câmara de Apelação.[13]

A respeito da parte especial do Direito Penal, internacionalmente se procede de uma maneira menos sistemática e com maior ênfase na solução de problemas. De fato, a penalização de formas específicas de comportamento se realiza de acordo com as necessidades político-criminais que são percebidas em cada momento. Isto é especialmente claro no desenvolvimento do Direito Penal europeu, no qual, segundo o art. 83 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), o Conselho e o Parlamento europeus são competentes para estabelecer, mediante diretivas, "normas mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções em âmbitos delitivos que sejam de especial gravidade e tenham uma dimensão transfronteiriça.[14] Joachim Vogel se referiu

11. Ver AMBOS, Kai. Toward a Universal System of Crime. *Cardozo Law Review* [em linha]. Vol. 28:6, May 2007. p. 2647-2673 (apresentação dos méritos do pensamento sistemático frente a enfoques casuísticos e do conceito de delito pós-finalista e seus fundamentos teóricos).

12. Neste sentido se deve mencionar especialmente a sentença da Corte Suprema do Peru contra o ex-presidente Alberto Fijimori. Ver Corte Suprema de Justiça (CSJ), Sala Penal Especial, sentença de 07.04.2009, exp. no. AV 19-2001 (casos Barrios Altos, La Cantuta, Sótanos SIE); confirmada por CSJ, Primeira Sala Penal Transitória, sentença 30.12.2009, exp. no. AV 19-2001. Para uma tradução do inglês da decisão, ver *American University International Law Review* (Am. U. Int'l L. Rev.) [em linha]. 25, 2010. p. 657 e ss. Para una tradução parcial do alemão ver AMBOS, Kai/HUBER, Florian. *Zeitschrift für internationales Strafrechtsdogmatik* (ZIS) [em linha]. 11, 2009. p. 622 e ss., com comentários de *Ambos, Roxin, Schroeder, Jakobs, Herzberg, Caro, García, Meini, Pariona* y *von der Wilt* (ZIS) 2009, 552 e ss.

13. ICC, *Prosecutor v. Lubanga,* No. ICC-01/04-01/06-3121-Red, Judgment, AC, 01.12.2014, paras. 449, 471, 473; com mais detalhes AMBOS, Kai. "Article 25. Individual criminal responsability". Em: TRIFFTERER, Otto/AMBOS, Kai (ed.). *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court.* Third edition. München: C.H. Beck, 2015, Rn. 10, 12-15.

14. Ver com mais detalhe AMBOS, Kai. *Internationales Strafrecht.* 4. Aufl. München: C.H. Beck, 2014. p. 555 e ss.

com antecipação a essa forma de proceder como "primazia do pensamento-problema sobre o pensamento-sistema".[15] A partir desse ponto de vista, o que resulta realmente decisivo é se a codificação de um âmbito específico de criminalidade pode ser considerada de fato necessária, e, por conseguinte, tendo em vista essa conclusão, as objeções de índole sistemática ou teórica ficam em segundo plano.[16] Em nível de tratados internacionais, isso corresponde à obrigação de codificar os denominados "treaty crimes",[17] cuja acolhida na Alemanha, em muitas ocasiões, é rechaçada. Provavelmente o exemplo mais importante neste sentido é a criminalização da tortura como tipo penal autônomo,[18] exigência que deriva da Convenção das Nações Unidas contra a tortura e que, contudo, não tem sido cumprida pela Alemanha. Neste país tem-se aceitado, desconhecendo o significado simbólico que poderia ter dito tipo penal, que a sanção da tortura mediante os tipos penais de lesões pessoais qualificadas é suficiente.[19] Para além de este exemplo, em geral é possível afirmar que a perda

15. ["Vorrang des Problemdenkens vor dem Systemdenken"] VOGEL, nota de rodapé 6. p. 522 e ss.

16. Também o Ministro Federal de Justiça MAAS, Heiko. Wann darf der Staat strafen? *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ) [em linha]. Heft 3, 2015. p. 309 (fazendo referência a Vogel).

17. Ver AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law Vol. II.* Oxford: Oxford Univ. Press, 2014. p. 222 e ss. A respeito também VOGEL, nota de rodapé 2. p. 26.

18. Ver arts. 2.1 e 4 .1 Convenção contra a tortura e outros tratamentos e penas cruéis, desumanos ou degradantes.

19. Ver "Dritter Bericht der Bundesrepublik Deutschland nach Art. 19 des Übereinkommens vom 10.12.1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe". Disponível em: [www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/PDF-Dateien/Pakte_Konventionen/CAT/cat_state_report_germany_3_2002_de.pdf] (acesso em: 15.04.2015), parágrafo 17 ("No Direito Penal alemão não há um tipo especial de tortura. Contudo, isso não é necessário, já que todas as formas de comportamento que segundo o artigo 4 se devem penalizar estão compreendidas pelas normas penais já existentes" ["Im deutschen Strafrecht gibt es zwar keinen Sondertatbestand der Folter. Ein solcher ist aber auch nicht erforderlich, da alle gemäß Artikel 4 zu pönalisierenden Verhaltensweisen über die bereits bestehenden Strafnormen erfasst werden"]) Crítica a respeito Committee Against Torture, Forty-seventh session, 31 October-25 November 2011, Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention, Concluding observations of the CAT, CAT/C/DEU/CO/5, 12.12.2011. Disponível em: [www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/PDF-Dateien/Pakte_Konventionen/CAT/cat_state_report_germany_5_2009_cobs_2011_en.pdf] (acesso em: 15.04.2015). A respeito também VOGEL, nota de rodapé 2. p. 26.

de importância do Código Penal alemão pode dever-se também, tal e qual foi ressaltado por Vogel, à falta de uma reforma fundamental deste.[20]

No campo processual, o entendimento instrumental do Direito Penal difundido em nível internacional se manifesta na ampliação e no aprofundamento de medidas coercitivas. Com isso, e especialmente devido ao princípio do reconhecimento recíproco, no contexto europeu se tem logrado, de alguma maneira "pela porta dos fundos", certo grau de unificação procedimental. Neste sentido, se deve mencionar, como precursor e *pars pro toto*, sobretudo a ordem europeia de detenção e entrega, cujo âmbito de aplicação se estende a uma lista de mais de trinta formas de criminalidade,[21] a qual vale também para os demais instrumentos objeto de reconhecimento recíproco.[22] Ademais, no âmbito processual se pode constatar a implementação do processo adversarial praticamente em nível mundial.[23] Esta tendência se observa inclusive em países representativos da tradição europeia continental, tais como Itália[24] ou França.[25] Relíquias do processo inquisitivo, como por exemplo o *juge d'instruction*

20. VOGEL, nota de rodapé 2. p. 25 s.

21. Conselho da União Europeia, 2002/584/JAI: Decisão Marco do Conselho, de 13.06.2002, relativa a ordem de detenção europeia e aos procedimentos de entrega entre Estados membros, art. 2.2. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-ES/TXT/?uri=CELEX:32002F0584&from=DE] (acesso em: 10.04.2015).

22. Ver AMBOS, nota de rodapé 13. p. 614 e ss. e 634 e ss.

23. Acertadamente também VOGEL, nota de rodapé 2. p. 26.

24. Ver AMODIO, Ennio. La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo. *Cassatione Penale* (Cass. Pen.). 2003. p. 141 e ss. Sobre o desenvolvimento atual TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*. 15. ed. Milano: Giuffrè, 2014. p. 24 e ss.

25. Apesar de atribuírem-se à etapa do juízo do processo penal francês inclusive traços "adversariais" (LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne. Das Unmittelbarkeitsprinzip im französischen Strafverfahrensrecht. *Juristenzeitung* (JZ) [em linha]. 126, 2014. p. 185 (187)), dificilmente se pode afirmar que sua estrutura seja realmente adversarial no sentido anglo-americano de um processo de partes. Em resumo se pode ressaltar o interrogatório cruzado (contraditório) das testemunhas no sentido do art. 6.3 (d) da CEDH na moldura do juízo oral (ver ibid.. p. 189). Contrariamente a uma leitura adversarial no sentido mencionado também fala o significado da etapa de investigação preliminar e o papel que nesta cumpre o juiz de instrução (ver ibid.. p. 185, 193). Com mais detalhe sobre a etapa de investigação preliminar ver, por exemplo, DESPORTES, Frédéric/LAZERGES-COUSQUER, Laurence. *Traité de procédure pénale*. 3. ed. Paris: Economica, 2013. p. 21 e ss. Sobre o juízo oral ver LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne/STUCKENBERG, Carl-Friedrich (ed.). *Was wird aus der Hauptverhandlung?*. Göttingen: V & R Unipress, Bonn Univ. Press, 2014.

francês,[26] não mudam o fato de que "o processo penal adversarial ou de partes com suas características estruturais, como justiça através do procedimento contraditório (em vez de verdade material), autonomia das partes (em vez de atuação de ofício pelo juiz), sistema de tarifa legal na valoração probatória (em vez de livre apreciação das provas) e *plea bargaining*, foi implementado, entretanto, em ordenamentos jurídicos da Europa oriental, América Latina e do oriente asiático."[27] Isso se aplica também ao processo nos tribunais penais internacionais.[28] Assim, por exemplo, ainda que o processo perante a CPI possa ser qualificado como um processo misto inquisitivo-adversarial,[29] na prática se aplica cada vez mais a estrutura processual de "dois casos" contra o tipo de procedimento de "um caso" dirigido pelo juiz.[30]

Em relação à política criminal, se deve afirmar que à margem do trabalho publicado por Roxin em 1973[31] e da introdução realizada por Zipf na mes-

26. Sobre seu papel ver DESPORTES/LAZERGES-COUSQUER, nota de rodapé 24. p. 472 e ss.

27. ["das adversatorische Parteiverfahren mit seinen Strukturmerkmalen Gerechtigkeit durch kontradiktorisches Prozedieren (statt materieller Wahrheit), Parteiautonomie (statt staatlich richterliche Fürsorge), detaillierten Beweisregeln (statt freier richterlicher Beweiswürdigung) und plea bargaining inzwischen auch in den klassischen civil law-Rechtsordnungen Osteuropas, Lateinamerikas und Ostasiens durchgesetzt"] AMBOS, Kai. Besprechung von Sabine Swoboda, Verfahrens- und Beweisstrategien vor den UN-ad hoc Tribunalen. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA). 161, 2014. p. 427. Segundo o Prof. Weimin Zuo (Universidade de Sichuan, China) o êxito do processo penal anglo-americano se deve à popularidade dos Estados Unidos de América e de Grã Bretanha como "the most developed rule of law countries", a uma estratégia de exportação efetiva e ao "due process component" do procedimento adversarial (apresentação na "Conference in Honour of Mirjan Damaška", Cavtat, Croatia, 29-30.05.2015).

28. A respeito SWOBODA, Sabine. *Verfahrens- und Beweisstrategien vor den UN-ad hoc Tribunalen*. Baden-Baden: Nomos, 2013.

29. Ver AMBOS, nota de rodapé 13. p. 367 e ss., 412-413.

30. Sobre este antagonismo FEENEY, Floyd/HERRMANN, Joachim. *One case – two systems*. Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2005. LANGER, Máximo. The Rise of Managerial Judging in International Criminal Law. *American Journal of Comparative Law* (AmJComJ) [em linha]. 53, 2005. p. 835 (843).

31. ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. 2 Aufl. Berlin: de Gruyter, 1973. Resumido ROXIN, Claus. *Strafrecht AT*. Band I. 3. Aufl. München: C.H. Beck, 1997. p. 174 e ss.

ma época,[32] essa é tratada pela denominada *ciência* jurídico-penal somente de forma marginal e com descuido, inclusive quase com vergonha, já que para muitos supõem aproximar-se demais de um trabalho legislativo.[33] Aqui se mostra novamente a convicção sobre sua própria autonomia, inerente ao discurso jurídico-penal aristocrático, assim como a suposta superioridade da dogmática jurídico-penal frente à política criminal,[34] o que tem sido apresentado ultimamente inclusive sob a roupagem de uma (em âmbito internacional dificilmente admissível) "dogmática da política criminal" ["Dogmatik der Kriminalpolitik"].[35] A política criminal também tem ganho grande importância em âmbito internacional devido aos desafios que lhe apresenta a globalização. Precisamente por essa razão, a política criminal necessita de acompanhamento crítico-científico,[36] o qual, por suposto, não se pode equiparar com sua "dog-

32. ZIPF, Heinz. *Kriminalpolitik: eine Einführung in die Grundlagen*. Karlsruhe: Müller, 1973; ver também do mesmo autor *Kriminalpolitik: ein Lehrbuch*. 2. Aufl. Heidelberg: Müller, Jur. Verl., 1980.

33. De maneira crítica VOGEL, nota de rodapé 2. p. 26; também DONINI, nota de rodapé 1. p. 21 s. (lamentando a falta de política criminal na Itália e em nível europeu).

34. Similar DONINI, nota de rodapé 1. p. 9 ("autonomia da ciência frente à política" ["Autonomie der Wissenschaft gegenüber der Politik]").

35. ROBLES, Ricardo. "Zur Dogmatik der Kriminalpolitik". Em: FREUND/MURMANN e outros (ed.), nota de rodapé 4. p. 115 e ss. Aqui se qualificam também as decisões legislativas sem legitimação (se deve ler: dogmática) como "mero exercício de poder" ["bloße Machtausübung"] (p. 116) e se faz referência à dogmática como um "esquema conceptual ( ...) superior" ["überlegenen (...) begrifflichen Schema"], que constitui o "lugar da meta política criminal" ["der Ort der Meta-Kriminalpolitik"] (p. 117). Desta maneira, se pode observar a firme crença de este autor (certamente não demostrada) na capacidade da dogmática para racionalizar a política criminal. Com isso se ignora, entre outras coisas, que várias figuras dogmáticas também são o produto de "interesses político criminais concretos" ["handfester rechtspolitischer Interessen"] e não simplesmente o produto de uma "dedução lógica" ["logischer Deduktion"] (KOCH, Arnd. "Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsvergleichung". Em: FREUND/MURMANN e outros (ed.), nota de rodapé 4. p. 1483, 1496, segundo o qual isto prova a história do Direito).

36. Ver SIEBER, Ulrich. "Strafrechtsvergleichung im Wandel". Em: SIEBER, Ulrich/ALBRECHT, Hans-Jörg (ed.). Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach. Berlin: Duncker & Humblot, 2006. p. 90-93, 96-98, 110 (para quem isto constitui uma das razões para a crescente importância do Direito comparado, o qual pode neste sentido garantir "good governance"; também SIEBER, Ulrich. Grenzen des Strafrechts. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW) [em linha]. Band 119, 2007. p. 1 (53)); similar ESER, Albin. Evaluativ-Kompetitive Strafrechtsvergleichung. Em: FREUND/MURMANN e outros (ed.), nota de rodapé 4. p. 1441, 1455.

matização" ["Dogmatisierung"][37] e completa cientifização, desconhecendo a dimensão político-valorativa[38] que lhe é própria.[39]

Em todo caso, a política criminal nacional (na Alemanha) nem sempre acolhe o disposto em nível internacional, como mostra o exemplo já mencionado da tortura, inclusive quando em nível de União Europeia o efeito interno do Direito secundário somente deixa uma margem de ação reduzida. É possível pensar que, no caso concreto, dita resistência tem sustento; porém, esta atitude é apenas defensável internacionalmente[40] quando sua fundamentação se reduz a uma remissão geral ontologizante a supostas categorias lógico objetivas, que fazem da dogmática jurídico-penal alemã a medida de todas as coisas[41] e de

37. No sentido explicado na nota de rodapé 34.

38. Ver VOGEL, Joachim. „Kriminalpolitikwissenschaft und europäische Kriminalpolitik". En: HEGER, Martin/KELKER, Brigitte/SCHRAMM, Edward (ed.). Festschrift für Kristian Kühl. München: C.H. Beck, 2014. p. 635 s. (com crítica fundada na diferença dominante entre *lex lata* e *lex ferenda* e com dúvidas fundamentais sobre a possibilidade de uma política criminal científica "no sentido de respostas verdadeiras, válidas, objetivas e vinculantes" ["im Sinne von wahren, gültigen, objektiven oder verbindlichen Antworten"], em lugar disso advogando por um entendimento mais sóbrio como resposta aos desafios da criminalidade).

39. Isso necessitaria esclarecimentos adicionais que devido a razões de espaço não se podem realizar aqui. Dito brevemente se trata (obviamente) de um acompanhamento científico da política criminal, o qual deve ir mais além de uma dogmática puramente técnico-conceitual, aceitar a legitimidade das decisões discricionárias tomadas pelos funcionários eleitos competentes e incluir as ciências sociais empíricas (ver mais adiante a nota de rodapé 107 e o texto principal) e a análise comparada do Direito (ver nota de rodapé anterior). Somente então a dogmática pode pretender ser uma ciência (sobre "legal dogmatics" como "legal science" no sentido amplo ver JAREBORG, 4. p. 49 e ss.) e a política criminal pode permanecer como política legitimada democraticamente (no sentido de *policy*, a respeito VOGEL, nota de rodapé 37. p. 637, 646 e ss.).

40. Crítico neste sentido também sobre a falta de capacidade do discurso dogmático tradicional para ser exportado LEPSIUS, nota de rodapé 4. p. 86 s.; similar VON BOGDANDY, Armin. "Internationalisierung der deutschen Rechtswissenschaft". Em: HILGENDORF/SCHULZE-FIELITZ (ed.), nota de rodapé 4. p. 141 s. (necessidade de esclarecimento da funcionalidade de conceitos dogmáticos).

41. Ver em especial HIRSCH, Hans Joachim. "Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?". Em: SEEBODE, Manfred (ed.). Festschrift für Günter Spendel. Berlin: de Gruyter, 1992. p. 43 e ss. (com sua desacreditada tese de uma dogmática jurídico-penal "total ou parcialmente correta ou falsa" ["ganz oder teilweise richtigen oder falschen"]. p. 58.). Acertadamente y de maneira crítica sobre el ponto de vista ontologizante ROXIN, Claus. "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Stra-

acordo com as quais as teorias estrangeiras, sobretudo de Direito Penal anglo-americano, são qualificadas como "analiticamente impuras" e "pré-modernas".[42] O anterior não somente ignora que no Direito Penal anglo-americano também existe "dogmática" no sentido de interpretação e sistematização do Direito vigente (*doctrinal scholarship*),[43-44] mas também o fato de que os rendimentos da dogmática tradicional em termos de estruturação e sistematização se podem produzir, e de fato são produzidos, de outras maneiras, por exemplo, apelando a princípios gerais no marco de um discurso teórico e filosófico exigente e rigoroso, assim como mediante o trabalho minucioso de casos concretos.[45]

---

frecht". Em: EBERHARD, Barth (ed.). Festschrift für Richard M. Honig. Göttingen: Schwartz, 1970. p. 148 e ss; ROXIN, Claus. Kriminalpolitik nota de rodapé 30. p. 5 s.; ROXIN, Claus. Strafrecht nota de rodapé 30. p. 181 em nota de rodapé 76, 193. Também de forma crítica AMBOS, Kai. *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*. 2. Aufl. Berlin: Dunkler & Humblot, 2004. p. 57 s.

42. Ver SCHÜNEMANN, Bernd. Das Schuldprinzip und die Sanktionierung von juristischen Personen und Personenverbänden. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA). 2015. p. 282 (acolhida de "doutrinas analiticamente impuras e pré-modernas" ["analytisch unsauberer, vormoderner Doktrinen"]). Em geral, Schünemann se dirige, sobretudo, ao Direito Penal angloamericano. Todavia, o escasso desenvolvimento "dogmático" desse último e seu enfoque dedutivo baseado em casos (ao qual já se fez referência) não devem levar a subestimar a discussão teórica e filosófica, em ocasiões de alto nível, que tem lugar em dito âmbito ou a evitar que se levem a sério as soluções ali propostas (em todo o sentido o método funcional do Direito comparado que se menciona mais adiante).

43. HILGENDORF/SCHULZE-FIELITZ, nota de rodapé 4. p. 6.

44. Ver, por exemplo, como principal expoente nos Estados Unidos da teoria do Direito como disciplina autônoma (a qual tem sido questionada pelos *legal realists*) POSNER, Richard. Legal Scholarship Today. *Harvard Law Review*. 115, 2001-2002. p. 1314 (1316): "(...) task of the legal scholar (...) to extract a doctrine from a line of cases or from statutory text and history, restate it, perhaps criticize it or seek to extend it, all the while striving for, sensible' results in light of legal principles and common sense". Também sobre "legal dogmatics" como "rational reconstruction" MACCORMICK, Neil. Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS. *Oxford Journal of Legal Studies*. 10, 1990. p. 539 (556 f: "task of scholarship (...) to *reconstruct*" o material jurídico, para fazer-lo compreensível ... "rational reconstruction means the production of clear and systematic statements of legal doctrine (...) great works of legal dogmatics (...) among the highest achievements of human intelligence" (ressaltado do original).

45. Desde a perspectiva do Direito público, ver LEPSIUS, nota de rodapé 4. p. 86.

A respeito da jurisprudência, a qual é especialmente importante para a prática, se deve dizer, em primeiro lugar, que está sujeita ao Direito alemão (art. 20, § 3.°, e art. 97, § 1.°, da Lei Fundamental alemã) e em consequência argumentos relacionados com o Direito Penal estrangeiro (à exceção das poucas vezes em que se deve aplicar alguma norma de outro ordenamento jurídico),[46] em resumo pode ter caráter informativo.[47] Todavia, não é errado afirmar que na jurisprudência existe certa recepção, ainda que relutante, de influências internacionais e europeias. Isso se pode demonstrar com vários exemplos,[48] dos quais vale a pena recordar a renúncia inicial de tribunais superiores alemães (Obergerichte) a aceitar a restrição do art. 329, § 1.°, do Código de Processo Penal alemão (StPO) exigida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH). O TEDH havia decidido que esta disposição era incompatível com a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (CEDH), quando o recurso de apelação era rechaçado devido à ausência do recorrente, apesar de seu defensor ter estado presente e pronto para exercer a defesa.[49] Vários tribunais se negaram a reconhecer a validade dessa decisão no Direito interno, entre outros

46. Por exemplo, desde a perspectiva das normas sobre aplicação do Direito Penal, na comprovação de regras idênticas (estrangeiras) sobre o lugar de fato, conforme o art. 7 do Código Penal alemão (StGB) ou (como valoração do Direito estrangeiro) no marco da análise comparada do Direito (ver ESER, nota de rodapé 35. p. 1449; no mesmo sentido mais adiante nota de rodapé 131 e texto principal).

47. Da mesma maneira VOGEL, Joachim. "Diskussionsbemerkungen: Instrumentelle Strafrechtsvergleichung". Em: BECK, Susanne/ BURCHARD, Christoph / FATEH-MOGHADAM, Bijan (ed.). Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung. Baden-Baden: Nomos, 2011. p. 206.

48. Aqui posso fazer referência à minha experiência (certamente limitada) como juiz do Tribunal Provincial (Landgericht) de Göttingen (2006-2014) e do Tribunal Superior (Oberlandesgericht) de Braunschweig (de 01.01.2015).

49. TEDH, decisão de 08.11.2012 (Naziraj – Alemanha), par. 49 e ss; comentário por WASZCZYNSKI, Dominik. Verwerfung der Berufung wegen unentschuldigter Abwesenheit des Angeklagten. *Neue Zeitschrift für Strafrecht-Rechtsprechungsreport* (NStZ-RR) [em linha]. Heft 1, 2014. p. 18 e ss.; ESSER, Robert. (Nichts) Neues aus Straßburg – Effektive Verteidigung bei Nichterscheinen des Angeklagten zu Beginn der Hauptverhandlung in der Berufungsinstanz (§ 329 Abs. 1 S. 1 StPO). *Strefverteidiger* (StV) [em linha]. Heft 5, 2013. p. 334 s.; acertadamente ESSER, Robert. *Europäisches und Internationales Strafrecht*. München: C.H. Beck, 2014, § 9 Rn. 255; GERST, Joachim. Die Konventionsgarantiedes Art. EMRK Artikel 6 EMRK Artikel 6 Absatz IIIc und die Abwesenheitsverwerfung gemäß §StPO § 329 StPO § 329 Absatz I 1 StPO – Ein kleiner Schritt für Straßburg, ein zu großer für Deutschland?. *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ) [em linha]. Heft 6, 2013. p. 310.

com o argumento de que o TEDH havia ignorado a sistemática das normas alemãs sobre recursos.[50] Sobretudo o Tribunal Superior de Celle contradisse de maneira veemente ao TEDH[51] e para isso aplicou sua própria interpretação do art. 6.º, § 3.º, *c*) da CEDH.[52] Ao final, somente a atividade do legislador pôs ponto final a esta situação contrária ao sistema europeu de proteção de Direitos.[53] Por outro lado, o exemplo mencionado por Vogel[54] sobre a remissão de assuntos que os tribunais nacionais devem realizar ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), quando o objeto de debate envolve aspectos relevantes de Direito comunitário ("Vorabentscheidungsverfahren"), é menos ilustrativo no que se refere a relação do Direito alemão com o Direito europeu, tendo em vista que, entre os membros da União Europeia, a Alemanha é um dos países que mais assuntos remeteu ao referido TJUE.[55] Inclusive a comparação com

50. Tribunal Superior de Celle. *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ) [em linha]. 2013. p. 615-616. Tribunal Superior de München. *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ) [em linha]. 2013. p. 358- 359 com comentário crítico de ZEHETGRUBER, Christoph. Zur Unvereinbarkeit von § 329 Abs. 1 S. 1 StPO mit der EMRK. *Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht* (HRRS) [em linha]. Heft 10, 2013. p. 402. Tribunal Superior de Düsseldorf. *Strafverteidiger* (StV) [em linha]. Heft 5, 2013. p. 299 com comentário crítico de ESSER, (Nichts) Neues nota de rodapé 48. p. 331 ("ignorância frente a *standards* de Direitos humanos no processo penal" ["Ignoranz gegenüber menschenrechtlichen Standards in Strafverfahren"], 338); de acordo com o resultado MOSBACHER, Andreas. Straßburg locuta – § StPO § 329 STPO § 329 Absatz I StPO finita?. *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ) [em linha]. Heft 6, 2013. p. 313 e ss. ("Não há nenhum caminho metodológico plausível para adaptar o resultado desejado pelo TEDH à estrutura do Direito vigente" ["Es gibt keinen methodisch vertretbaren Weg, das vom EGMR gewünschte Ergebnis in die Struktur des geltenden Rechts einzupassen"]).

51. Tribunal Superior de Celle. Em: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ) [em linha]. 2013. p. 615 (A decisão "ignora fundamentalmente a situação jurídica alemã" ["gehe an der deutschen Rechtslage fundamental vorbei "].

52. Tribunal Superior de Celle. *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ) [em linha]. 2013. p. 615 ("O interesse do acusado de permitir sua defesa por meio de um defensor no trâmite da apelação", "segundo a interpretação correta dessa disposição, não é protegido juridicamente" [das "Interesse des Angeklagten, sich von einem Verteidiger in der Berufungshauptverhandlung vertreten zu lassen", werde "nach sachgerechter Interpretation dieser Vorschrift rechtlich nicht geschützt"].

53. Ver a nova redação do § 329 StPO (principalmente os novos incisos 4 a 6) Bundesgesetzblatt I, 24.7.2015, 1332; crit. *Böhm*, NJW 2015, 3132; *Spitzer*, StV 2016, 48.

54. VOGEL, nota de rodapé 2. p. 26.

55. Segundo o Informe Anual del TJUE no ano de 2014 a Alemanha realizou 87 remissões, o que constitui aproximadamente 20% de todas as remissões realizadas nesse

outros países similares em tamanho[56] demonstra que a Alemanha ocupa, de acordo com as estatísticas, uma posição mais ou menos alta. De fato, é possível afirmar que existe certa reserva geral por parte dos tribunais nacionais, não somente dos alemães, para realizar ditas remissões.[57]

Um exemplo notório e positivo da influência do Direito Penal alemão unicamente se pode constatar no Direito Penal Internacional. Isso ocorreu devido a dois fatores.[58] Por um lado, a Alemanha exerceu um papel muito importante na criação da CPI, o qual continua exercendo até hoje com o apoio permanente de dito tribunal. Por outro lado, mediante o Código Penal Internacional alemão e, em menor medida, através da Lei de Cooperação com a CPI se expediram duas leis de implementação que tem gizado, em nível internacional, de grande popularidade, o que foi possível entre outras razões graças a sua tradução aos seis idiomas das Nações Unidas.[59] Por último, mas não menos impor-

---

ano (em um total de 428 remissões dos 28 estados membros da União Europeia). Da mesma maneira, no período total compreendido nessa estatística (1961-2014) os tribunais alemães são os que submeteram ao TJUE a maior quantidade de assuntos com um total de 2.137. A versão em espanhol do Informe pode ser consultada em: [http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-04/es_ecj_annual_report_2014_pr1.pdf] (acesso em: 13.04.2015). p. 121-122.

56. Itália (52 remissões), França (20 remissões), Reino Unido (12); em um período total Itália (1279), França (906), Reino Unido (573), ver Idem.

57. Os tribunais nacionais em geral podem remitir assuntos ao Tribunal Europeu de Justiça se assim consideram necessário, para que este se pronuncie sobre a interpretação de tratados o sobre a validade e interpretação de atos adotados pelas instituições ou órgãos da União (art. 267 par. 1 y 2 TFUE). Todavia, quando se trata de tribunais nacionais de última instância, dita remissão é obrigatória (art. 267 par. 3 TFUE). A remissão se considera necessária quando existe dúvida sobre o sentido do Direito vigente („acte-claire-Doktrin") e a questão relevante foi esclarecida anteriormente pelo TJUE („acte éclairé") (ver WEGENER, Bernhard. Em: CALLIESS, Christian/RUFFERT, Matthias (ed.). EUV/AEUV. 4. Aufl. München: C. H. Beck, 2011, art. 267 Rn. 32), enquanto o princípio "in actis claris non fit interpret ti " foi superado pela hermenêutica moderna (GEIGER, Rudolf/KHAN, Daniel-Erasmus/KOTZUR, Markus. *EUV/AEUV*. 5. Aufl. 2010. München: C. H. Beck, 2010, Art. 267 AEUV, Rn. 19), ou seja, que a interpretação de normas jurídicas raras vezes é clara ou indiscutível.

58. Muito negativo nesse sentido VOGEL, nota de rodapé 2. p. 26. O autor pode recorrer aqui a sua própria experiência como membro da delegação alemã na Conferência de Roma no ano de 1998 e no grupo de trabalho de experts formado pelo Ministro Federal de Justiça alemão para a criação de um Código de Direito Penal Internacional.

59. Disponível em: [www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/forschung/projekte/translations]. Acesso em: 16 abr. 2015.

tante, a dogmática jurídico-penal alemã ganhou validade no contexto da CPI; sobretudo no que tem a ver com a mencionada teoria da participação.[60] Este êxito único se pode explicar a partir da cooperação construtiva entre prática e teoria: a política exterior e de justiça alemã apoiou sempre energicamente a criação da CPI, assim como sua implementação no Direito interno através das leis mencionadas, e para isso se valeu em todas as fases de assessoria científica e acadêmica.[61]

## B) RAZÕES

A imunidade aparente do Direito Penal nacional frente à internacionalização e a globalização se explica usualmente com o apoio moral que este tem em cada sociedade e, em consequência, socorrendo-se de seu *condicionamento cultural*. Assim, o Tribunal Constitucional alemão justificou, em sua decisão sobre o Tratado de Lisboa, o significado especial que tem o princípio democrático para o Direito Penal, ao afirmar que este representa um âmbito especialmente sensível "para a capacidade de autodeterminação democrática de um Estado constitucional".[62] Segundo este Tribunal, as condições da punibilidade "dependem de preconcepções culturais que se desenvolvem historicamente e estão marcadas pela linguagem", e por tal razão "são extraíveis normativamente somente de forma limitada dos valores e das premissas éticas compartilhados na Europa".[63]

60. Ver também JESSBERGER, Florian/GENEUSS, Julia. On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in Al Bashir. *Journal of International Criminal Justice* (JICJ). 6, 2008. p. 853 (com o provocante subtítulo de "German Doctrine at The Hague?").

61. Ver AMBOS, Kai. "Internationales Strafrecht in der Berliner Republik". Em: Rechtswissenschaft in der Berliner Republik. Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, 2016 (proximamente).

62. ["für die demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit eines Verfassungsstaats"] Tribunal Constitucional Federal alemão, decisão de 30.06.2009 (BVerfGE 123, 267, 359).

63. ["von kulturellen, historisch gewachsenen, sich sprachlich geprägten Vorverständnissen (...) abhängig", „nur eingeschränkt aus europaweit geteilten Werten und sittlichen Prämissen normativ ableitbar"] Tribunal Constitucional Federal alemão, decisão de 30.06.2009 (BVerfGE 123, 267, 359). Ver NOLTENIUS, Bettina. Strafverfahrensrecht als Seismograph der Europäischen Integration. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW) [em linha]. 122, Heft 3, 2010. p. 622; crítico a respeito VOGEL, Joachim. "Art. 83 AEUV". Em: GRABITZ, Eberhard/HILF, Mainhard/NETTESHEIM, Martin. Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV. Band I. München: C.H. Beck, 2015, Rn. 19.

Justamente neste sentido, a preservação por meio do Direito Penal de um consenso cultural mínimo é vista por alguns professores alemães como algo imprescindível. Assim, *Jakobs* vê na punição dos antigamente chamados "delitos contra a moralidade" (Sittlichkeitsdelikte) a expressão da "estigmatização de ataques contra a sociedade enquanto comunidade cultural configurada conforme uma finalidade (!)".[64] Desta maneira, uma moral comumente aceita não apenas teria que ser entendida como "*limitação* da liberdade" ["Freiheits*begrenzung*"], posto que também representaria "*condições* da liberdade em uma sociedade" ["*Bedingungen* der Freiheit in einer Gesellschaft"]. Segundo Jakobs: "o uso socialmente improdutivo da liberdade que conduz ao isolamento, o que leva a cair em uma subcultura, é limitado pela moral social".[65] Da mesma maneira, segundo *Stratenwerth* a preservação jurídico-penal de normas de comportamento específicas é necessária para assegurar um consenso normativo mínimo na sociedade determinada.[66] Ademais, *Hefendehl* advoga pela "penalização de infrações contra convicções culturais profundamente arraigadas".[67] Em concreto, sobre a base desta perspectiva, se poderia justificar, por exemplo, a criminalização do trato cruel de animais vertebrados, não somente para protegê-los do sofrimento intenso enquanto seres vivos capazes de experimentar sensações, senão "a mesmo tempo como proteção [da sociedade] ante a brutalidade em geral".[68]

Esta perspectiva tem precisamente na Alemanha importantes precursores. Somente há que se pensar na ideia de identidade nacional do Direito proposta por von Savigny, fundada no "espírito do povo" alemão ["Volkgeist"] e arrai-

64. ["der Stigmatisierung von Angriffen gegen die Gesellschaft als zweckvoll gestaltete (!) Kulturgemeinschaft"] JAKOBS, Günther. *Rechtsgüterschutz?: zur Legitimation des Strafrechts*. Paderborn: Schöningh, 2012. p. 37.

65. ["der gesellschaftlich unergiebige Freiheitsgebrauch, der zur Vereinzelung oder zum Abgleiten in eine Subkultur führt, wird durch die Sitte abgeschnitten"] Idem. p. 25.

66. Ver STRATENWERTH, Günther. "Zum Begriff des 'Rechtsgutes'". Em: ESER, Albin/SCHITTENHELM, Ulrike/SCHUMANN, Heribert. Festschrift für Theodor Lenckner. München: C.H. Beck, 1998. p. 377 (386 e ss.) Também STRATENWERTH, Günther. "Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsguter". Em: Die Rechtsgutstheorie. Baden-Baden: Nomos, 2003. p. 255 (266).

67. ["Pönalisierung von Verstößen gegen tief verwurzelte Kulturüberzeugungen"] HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Köln: Heymann, 2002. p. 56.

68. ["zugleich als Schutz vor allgemeiner Verrohung"] JAKOBS, nota de rodapé 63. p. 30.

gada culturalmente;[69] ou no Direito (Penal) como "fenômeno cultural" ["Kulturerscheinung"] tal como era entendido por Max Ernst Mayers, para quem as normas jurídico penais se podiam reconduzir a normas culturais que lhes eram subjacentes.[70] Neste sentido, não se pode discutir que o Direito Penal se forma "em um complexo processo social"[71] e que, por tanto, efetivamente constitui um "fenômeno cultural".[72] Porém, isso é somente uma parte da verdade, já

69. SAVIGNY, Friedrich Carl Von. *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814. p. 8 e ss. ("Mas esta conexão orgânica do Direito com a natureza e caráter do povo se evidencia com o passar do tempo (...) O Direito cresce com o povo, se forma com este e finalmente morre, à medida que o povo perde sua identidade) ["Aber dieser organische Zusammenhang des Rechts mit dem Wesen und Charakter des Volkes bewährt sich auch im Fortgang der Zeiten (...) Das Recht wächst also mit dem Volke fort, bildet sich aus mit diesem, und stirbt endlich ab, so wie das Volk seine Eigentümlichkeit verliert"] p. 11).

70. MAYERS, Max Ernst. *Rechtsnorm und Kulturnorm*. Breslau: Schletter, 1903. p. 19 ("Originalmente as normas culturais e jurídicas não simplesmente coincidem, originalmente são idênticas" ["Ursprünglich stimmen Kultur- und Rechtsnormen nicht bloß überein, ursprünglich sind sie identisch"]; todavia, também se reconhecem normas jurídicas que carecem de base cultural imediata); igualmente RABEL, Ernst. Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung. *Zeitschrift für Zivil- und ProzessR*. 13, 1924. p. 279 (283) ("Devido ao fato de o Direito ser (...) um fenômeno cultural, não pode ser pensado independentemente de suas causas e de seus efeitos") ["Denn das Recht ist (...) eine Kulturerscheinung, es kann nicht unabhängig gedacht werden von seinen Ursachen und Wirkungen"]. Ver HÖRNLE, Tatjana. Unterschiede zwischen Strafverfahrensordnungen und ihre kulturellen Hintergründe. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW) [em linha]. 117, Heft 4, 2005. p. 801 (801 s. em nota de rodapé 2).

71. ["in einem vielschichtigen sozialen Entwicklungsprozess"].

72. Fundamental JUNG, Heike. "Rechtsvergleich oder Kulturvergleich?". Em: FREUND/MURMANN e outros (ed.), nota de rodapé 4. p. 1467 e ss., 1474, 1481 com explicação instrutiva do fundo científico teórico (p. 1469 e ss.); da mesma forma VALERIUS, Brian. *Kultur und Strafrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2011 (sobre a consideração de concepções axiológicas culturais no Direito Penal em geral e sua proteção por meio deste); também SACCO, Rodolfo. *Einführung in die Rechtsvergleichung*. 2. unv. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2011 (original em italiano de 1980). p. 154 s.; HILGENDORF, Eric. "Zur Einführung: Globalisierung und Recht". Em: BECK e outros (ed.), nota de rodapé 46. p. 23 (Direito como "parte da cultura"); BECK, Susanne. "Strafrecht im interkulturellen Dialog". Em: Idem. p. 79 ("Parte da comunicação cultural" ["Teil der kulturellen Kommunikation"]; MEYER, Frank. "Internationalisierung und Europäisierung des Rechts als methodische Herausforderung der Rechtsvergleichung". Em: Idem. p. 90; WEIGEND, Thomas. "Diskussionsbemerkungen". Em: Idem. p. 131; KUBICIEL, Michael. Funktionen und Dimensionen der Strafrechtsvergleichung. *Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung* (RW). Heft 2, 2012. p. 212 (214); ver também mais adiante a nota de rodapé 119 e o texto principal.

que, por um lado, o condicionamento cultural de nossa disciplina se manifesta de distintas maneiras em cada subárea,[73] e por outro, e mais importante ainda, o condicionamento cultural não significa que o Direito Penal seja imune às influências internacionais e europeias. Pelo contrário, é possível defender (como contraproposta a um Direito Penal arraigado na cultura de um determinado país) um Direito Penal intercultural ancorado na "cultura" universal (ou, em todo caso, ocidental) dos Direitos humanos, tal e como propôs o filósofo de Tubinga Otfried Höffe em 1999,[74] e inclusive, sobre esta base, um Direito Penal transcultural, tal como foi desenvolvido posteriormente por Vogel.[75] Visto desta maneira, um fundamento axiológico comum, como se depreende dos Direitos humanos universais, não atua "internamente" isolando o Direito Penal próprio de influências externas, senão "externamente" e em nível "transnacional" no sentido de uma moral mínima que não se detém ante fronteiras nacionais e que não somente é pregada pelos estados liberais de Direito, mas também é vivida e defendida ativamente por estes. Assim, o Direito Penal não deve, então, proteger somente as concepções culturais nacionais, mas também, justamente no sentido de Emile Durkheim,[76] concepções axiológicas coletivas e transnacionais que "in any one type of society are to be found in every healthy consciousness"[77] e que fomentam o sentido de comunidade.[78]

---

73. Ver Vogel, Joachim. Transkulturelles Strafrecht. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA). 2010. p. 1 (3 e ss.), na qual ele demonstra que estas particularidades culturais exercem um papel menos importante na parte geral do Direito Penal que na parte especial e no processo penal.

74. HÖFFE, Otfried. *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999.

75. VOGEL, nota de rodapé 72. p. 1 (14), segundo o qual dos Direitos humanos reconhecidos universalmente pode derivar um Direito Penal deste tipo e a partir disso é possível fundamentar também a obrigação de proteção penal das violações graves de Direitos humanos; neste sentido se poderia inclusive falar de "uma cultura internacional de um Direito Penal dos Direitos humanos" [von einer "internationalen Kultur eines menschenrechtlichen Strafrechts"].

76. Sobre Durkheims neste contexto ver TALLGREN, Immi. The Voice of the International. *Journal of International Criminal Justice* (JICL) [em linha]. 13, 2015. p. 135 (148 s.).

77. DURKHEIM, Emile. *The Division of Labour in Society*. 2 Aufl. New York: The Free Press, 1984. p. 34.

78. Neste sentido também TALLGREN, nota de rodapé 75. p. 148. ("criminal law based on commonly shared moral convictions, thereby nourishing the existence of a community (...)").

A expressão prática de dita concepção axiológica comum e fundada nos Direitos humanos é o Direito Penal Internacional contemporâneo, o qual se propôs a evitar, ou ao menos reduzir notavelmente, mediante a ameaça de persecução penal das violações mais graves aos Direitos humanos. Mas também o Direito Penal europeu se pode fundamentar desta maneira, especialmente quando este se refere à luta contra a criminalidade transfronteiriça e especialmente grave, como faz o já citado art. 83 TFUE. Nos ordenamentos jurídicos nacionais, tanto o Direito Internacional como o Direito da União Europeia tem efeitos desde o ponto vista material, da mesma forma que no plano processual e policial, como mostra a cooperação em matéria de investigação criminal que tem lugar em nível europeu mediante figuras como Europol ou Eurojus (a futura acusação europeia também se deve mencionar neste mesmo sentido),[79] ou inclusive a recente Resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas sobre a luta contra combatentes terroristas estrangeiros.[80] Esta última tem servido precisamente na Alemanha para fundamentar um novo endurecimento do Direito Penal orientado a combater o terrorismo mediante a criação de um tipo penal para evitar o "turismo terrorista" ["touristischer Terrorismus"],[81] frente ao qual, à margem dos reparos que desde o ponto de vista do Estado de Direito se podem formular a este adiantamento da punibilidade, se colocou em dúvida se o Conselho de Segurança das Nações Unidas pode atuar como uma espécie de legislador mundial em matéria penal, e se pode impor aos estados membros das Nações Unidas a obrigação de implementar no Direito interno suas decisões.[82]

79. Ver AMBOS, nota de rodapé 13. p. 645 e ss.

80. Conselho de Segurança das Nações Unidas, Res. 2178/2014.

81. Segundo este, se deve penalizar o ato de viajar ao exterior com o fim de apoiar organizações terroristas (ampliação do art. 89a StGB), da mesma forma que, mediante tipo penal autônomo, o financiamento desta classe de organizações (art. 89c StGB). Ver Projeto de Lei de 11.03.2015 do Governo Federal alemão para modificar a persecução da preparação de atos violentos graves contra o Estado [Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten] (BT-Drucks. 18/4279), assim como a reforma à Lei de Identificação Pessoal [PersonalausweisG] de 24.04.2015, ver: [www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2015/01/2015-04-24-gesetz-personalausweis.html] (data de consulta: 24.04.2015); sobre financiamento do terrorismo e as reformas a respeito na Alemanha ver SIEBER, Ulrich/VOGEL,Benjamin. *Terrorismusfinanzierung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.

82. Crítico a respeito AMBOS, Kai. Wer ist ein Terrorist?. *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (FAZ). Edição de 02.10.2014. p. 11 (versão em espanhol com o título ¿Mi terrorista,

Tendo em conta tudo o que foi exposto, neste contexto se evidencia que "o suposto condicionamento cultural do Direito Penal",[83] tal como foi reconhecido corretamente por Vogel, constitui "em boa medida uma quimera e não corresponde, ou ao menos não de forma reconhecível, aos desafios da política moderna, como terrorismo, tráfico de pessoas, tráfico ilegal de drogas, criminalidade cibernética etc.".[84] O discurso internacional atual não está orientado pelo condicionamento cultural do Direito (Penal). Pelo contrário, os esforços estão dirigidos a capturar no Direito o fenômeno da globalização através de discursos sobre pluralismo, fragmentação e interlegalidade. Isso também foi reconhecido por Vogel desde 2002, ao contrapor justamente discursos deste tipo à oposição positivista contra a política criminal e a dogmática jurídico-penal europeias, que se fundamentam nas supostas particularidades culturais.[85] Dito brevemente, se trata de reconhecer que tanto as sociedades como também o Direito Internacional estão marcados e são influenciados por uma variedade (pluralidade) de ordenamentos jurídicos e de fontes do Direito.[86] Disso se

---

tu terrorista?, publicado em Âmbito Jurídico, Colômbia, edição de 13 a 26.10.2014. p. 11); também KREß, Claus. Uno-Resolution zur Terrorbekämpfung. *Spiegel Online*. Edição de 03.10.2014, disponível em: [www.spiegel.de/politik/deutschland/gesetze-gegen-terrorismus-voelkerrechtler-kress-zur-uno-resolution-a-994885.html]. Acesso em: 10 abr. 2015.

83. ["angebliche Kulturgebundenheit des Strafrechts"].

84. ["weithin als eine Chimäre und betrifft gewiss nicht bzw. nicht in anzuerkennender Weise die Herausforderungen moderner Kriminalpolitik wie Terrorismus, Menschenhandel, illegaler Drogenhandel, Cyberkriminalität usw."] VOGEL, nota de rodapé 2. p. 29 (seguindo com o argumento que faz alusão à cultura, Vogel o considera inclusive "politicamente perigoso" ["politisch gefährlich"], já que devido a sua propensão etnocêntica alimenta o chauvinismo jurídico e a pretensão de ser único" [weil es wegen seiner "ethnozentrischen Anfälligkeit Rechtschauvinismus und Einzigartigkeitsattitüden Vorschub leistet "] [citando a MEYER, Frank. *Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht*. Baden-Baden: Nomos; Zürich: Dike, 2009. p. 126]; igualmente VOGEL, nota de rodapé 62; também VOGEL, nota de rodapé 37. p. 641 (apego à cultura jurídico-penal nacional como "conto de fadas" ["Bindung an nationale Strafrechtskultur als „Ammenmärchen"]).

85. VOGEL, nota de rodapé 6. p. 520.

86. Ver BERMAN, Paul. A Pluralist Approach to International Law. *Yale Journal of International Law* [em linha]. 32, 2007. p. 301 (302) ("varying degrees of impact"), 307, 311-322; para uma teoria pluralista de quatro níveis do Direito Penal Internacional, ver GREENWALT, Alexander. The Pluralism of International Criminal Law. *Indiana Law Journal* [en línea]. 86, 2011. p. 1063 (1064, 1122-1127); sobre a discussão com relação ao Direito Penal Internacional, ver VAN SLIEDREGT, Elies. Pluralism in In-

depreende o fenômeno da interlegalidade, ou seja, da existência de "networks of legal orders",[87] e da fragmentação, ou seja, da existência de regimes diferentes em fontes de Direito distintas.[88] Não é possível aprofundar aqui este aspecto; todavia, isso mostra que o discurso do condicionamento cultural do Direito (Penal) já está superado e que, em todo caso, em um mundo (jurídico) globalizado, o isolamento do ordenamento jurídico próprio não se pode nem se deve garantir.

A mentalidade que subjaz ao argumento da "defesa cultural" também permite recordar a já citada crítica de Donini sobre a *aristocracia penal*, a qual se deve agregar no lugar da legitimação democrática do legislador pretende colocar a indisponibilidade de categorias dogmáticas específicas como critério para a produção do Direito.[89] A respeito disso, Vogel também afirmou o correto: "assim como o domínio dos conhecedores sobre os não conhecedores não é democrático, a legislação penal não está nas mãos dos professores de Direito Penal. A expedição de normas penais é mais uma questão do legislador parlamentar enquanto representante imediato do povo, legitimado democraticamente".[90] Isso não significa, claro está, que o legislador, sempre que conte com

---

ternational Criminal Law. *Leiden Journal of International Law* (LJIL) [em linha]. 25, 2012. p. 847 (847 e ss.); sobre pluralidade de métodos nas ciências jurídicas ver VON BOGDANDY, Armin. Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum. *Juristen Zeitung* (JZ) [em linha]. 66-1, 2011. p. 1, 5.

87. DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Toward a new common sense*. New York: Routledge, 1995. p. 114 entre outras, citado por VOGEL, nota de rodapé 6. p. 520.

88. Fundamental sobre desenvolvimento e consideração das causas FISCHER-LESCANO, Andreas/TEUBNER, Gunther. *Regime-Kollisionen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006. p. 7 e ss. Com mais provas; HERDEGEN, Matthias. *Völkerrecht*. 14 Aufl. München: C.H. Beck, 2015, § 5 Rn. 20 e ss.; TRACHTMAN, Joel. *The future of international law*. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2013. p. 217 e ss.

89. Neste sentido provavelmente também ROBLES, nota de rodapé 34, quando reclama a contenção dogmática da política criminal.

90. ["So wenig Demokratie die Herrschaft der Wissenden über die Unwissenden ist, so wenig liegt Strafgesetzgebung in den Händen des Strafrechtswissenschaftlers. Vielmehr ist es Sache des parlamentarischen Gesetzgebers als des unmittelbar demokratisch legitimierten Repräsentanten des Volkes, Strafgesetze zu erlassen"] VOGEL, Joachim. "Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft". Em: SCHÜNEMANN, Bernd/ ACHENBACH, Hans e outros (ed.). Festschrift für Claus Roxin. Berlin: Walter de Gruyter, 2001. p.105; em sentido similar o mesmo autor, "Unrecht und Schuld in einem Unternehmensstrafrecht". Em: KEMPF, Eberhard/LÜDERSSEN, Klaus/VOLK, Klaus (ed.). Unternehmensstrafrecht. Berlin: de Gruyter. 2012. p. 205 (Introdução de responsabilidade jurídico-penal por associação "sem estar vinculado a nenhuma

legitimação democrática (o que visto desde una perspectiva global não se pode exigir com facilidade em todos os casos), não deva observar certos limites. Ele se encontra obviamente submetido à Constituição e aos Direitos fundamentais ali contidos, à proibição de arbitrariedade e, em nível supranacional, aos Direitos humanos;[91] mas não a critérios de uma suposta lógica objetiva de caráter dogmático, enquanto estes não se podem libertar da Constituição ou do Direito Internacional.

A perda de importância da ciência jurídico-penal alemã se pode explicar igualmente a partir do domínio crescente do inglês[92] e da perda de relevância do idioma alemão que lhe acompanha, inclusive no campo do Direito.[93] Neste espaço não se pode ressaltar de forma suficiente a importância do idioma para uma ciência que se baseia na linguagem, como a ciência jurídica. De fato, este tema necessitaria de um tratado particular.[94] Porém, em todo caso, aqui devem bastar algumas considerações. Em primeiro lugar, se deve fazer novamente a seguinte diferenciação: também a partir deste ponto de vista, a situação é muito mais favorável para a ciência jurídico-penal alemã nos ordenamentos jurídicos afins ao Direito Penal de dito país (como ocorre nos âmbitos espanhol, português e italiano) que no âmbito anglo-americano, dado que naqueles ordenamentos jurídicos existem, por um lado, um sem

---

dogmática em particular" ["ohne an eine bestimmte Dogmatik gebunden zu sein"], 207 ("Entre as fronteiras dos Direitos humanos e fundamentais e da proibição de arbitrariedades, o Direito pode determinar por si mesmo quem é o sujeito final de imputação de um comportamento relevante desde o ponto de vista jurídico-penal" ["In den Grenzen der Grund- und Menschenrechte und des Willkürverbots kann das Recht 'selbstherrlich[e]' bestimmen, wer Zurechnungsendpunkt eines strafrechtlich relevanten Verhaltens ist"]).

91. Naturalmente, isso foi reconhecido por Vogel (Idem. p. 207: "Entre as fronteiras dos Direitos humanos e fundamentais"), daí que a crítica de Schünemann (SCHÜNEMANN, nota de rodapé 41. p. 275 com nota de rodapé 12), a qual ignora precisamente esta parte da afirmação de Vogel, não tem fundamento.

92. Ver sobre o domínio do inglês VON BOGDANDY, nota de rodapé 85. p. 3 ("o idioma dominante no discurso europeu na maioria de disciplinas jurídicas" ["für den europäischen Diskurs in den allermeisten juristischen Disziplinen die maßgebliche Sprache"]; BOHLANDER, Michael. Language, Culture, Legal Traditions, and International Criminal Justice. *Journal of International Criminal Justice* (JICL) [em linha]. 12, 2014. p. 491 (491 e ss.) ("língua franca in international legal academic and practical dialogue" com especial referência aos tribunais penais internacionais).

93. Algo diferente VOGEL, nota de rodapé 2. p. 28.

94. Por exemplo SACCO, nota de rodapé 71. p. 33 e ss.

número de traduções (apesar de que algumas são de duvidosa qualidade) é, por outro lado, a maioria (ainda que com tendência a diminuir) dos Professores de Direito Penal ativos em ditos lugares manejam, em alguma medida, o idioma alemão, de maneira que o Direito Penal alemão é recebido ali por uma dupla via. Ainda, isso é completamente diferente no mundo jurídico anglo-americano, a respeito do qual se pode afirmar quase com segurança que não se conhecem publicações em matéria de Direito Penal escritas em alemão (ou em qualquer outra língua estrangeira) e que adicionalmente apenas existem traduções. De todo modo, é bastante duvidoso que as publicações alemãs sobre Direito Penal possam ser "traduzidas" ao idioma inglês, já que este não dispõe, em absoluto, de conceitos comparáveis às categorias alemãs, ao contrário do que ocorre nos ordenamentos jurídicos tradicionalmente influenciados pela Alemanha. Neste sentido, basta pensar em conceitos sistêmicos como tipo penal, dolo, injusto, culpabilidade ou bem jurídico. Segundo minha experiência, se pode encontrar maior receptividade no âmbito anglo-americano quando o indivíduo se comunica diretamente em inglês, já que as traduções, no geral, não são adequadas e, por essa razão, não resultam favoráveis no momento de se tornar compreensível, em outros contextos, a ciência jurídica penal alemã.[95]

A vantagem em termos de idioma do Direito Penal anglo-americano é reforçada mediante uma política científica exterior focada na exportação. A exportação do Direito (Penal) nestes países parte da política exterior e do desenvolvimento.[96] Docentes universitários ("academics") se vinculam estrategicamente em projetos de reforma de sistemas jurídicos estrangeiros implementados

95. Como exemplo se pode fazer referência à dificuldade que existe para traduzir ao inglês o conceito de "bem jurídico" ("Rechtsgut"). A tradução literal correta seria "legally protected good", mas, isso seria compreensível para um colega anglo-americano? Em troca, um professor alemão de Direito Penal associaria a expressão "legal interest", a qual é quiçá mais compreensível, com o debate sobre a teoria dos interesses ("Interesenlehre") que teve lugar no século XIX na Alemanha (ver BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. Band I. Leipzig: Engelmann, 1872. p. 189 "Contradição de 'interesses jurídicos' [Widerspruch zu "Interessen des Rechts"] e VON LISZT, Franz. Der Zweckgedanke im Strafrecht. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) [em linha]. Band 3, Heft 3. p. 1 (19)). Em todo caso, a tradução de "gesetzgebungskritischer Rechtsgutsbegriff" como "Legislation Critical Concept of Goods-in-Law" resulta completamente incompreensível e equívoca; assim ROXIN, Claus. The Legislation Critical Concept of Goods-in-Law under Scrutiny. *European Criminal Law Review* (EUCLR) [em linha]. Band 3, Heft 1. p. 3.

96. Ver a posição antes citada do Prof. Weimin Zuo na nota de rodapé 26.

por organizações de cooperação internacional. Ademais, juristas de outras latitudes são, nestes casos, familiarizados com o Direito dos estados doadores mediante eventos atrativos realizados por estes. Adicionalmente, por meio de mecanismos flexíveis de integração de "práticos" nas universidades, especialmente nos Estados Unidos (por exemplo, através dos "clinical profesorships"), se produze uma engrenagem e intercâmbio estreitos entre teoria e prática, que o sistema universitário alemão tradicional com os "encargos" para "práticos" (Lehraufträge)[97] não pode alcançar. Assim, pois, a vantagem decisiva dos colegas no âmbito anglo-americano, especialmente nos Estados Unidos, é provavelmente a existência de uma política pública de exportação do Direito a que eles não somente estão vinculados, mas também a cuja configuração contribuem ativamente.

## C) MUDANÇAS

Se a ciência jurídica penal alemã realmente quer fazer frente aos desafios internacionais, necessita de mudanças estruturais. A *abertura metodológica* ["methodologische Öffnung"][98] exigida por Kühl e respaldada por Vogel implica a disposição de manter um diálogo não somente com ordenamentos jurídicos afins, mas também, e sobretudo, com sistemas alheios. Este intercâmbio deve estar orientado à análise dos resultados da aplicação do Direito, e deve depender, em maior medida, de argumentos racionais e da discussão sobre problemas sociais, que de categorias dogmáticas antiquadas ou de uma forma de pensar excessivamente sistemática e rígida.[99] O estilo de pensamento dogmá-

97. Nota do tradutor: "Lehraufträge" faz alusão aos casos nos quais uma universidade alemã "encarrega" excepcionalmente a uma pessoa que não tem o título de "Professor" ou "catedrático" (dado que não elaborou um trabalho de habilitação ou "Habilitationsschrift"), para que atue em determinado curso ou seminário. Isso ocorre devido ao fato de que o curso ou seminário se orienta a um tema especializado e o docente encarregado conta com ampla experiência prática nesse campo. Esta figura se diferencia do "Privatdozent", o qual se refere a docentes que, ainda que realizaram um "Habilitationsschrift", não são titulares de uma cátedra, ou seja, não dirigem um departamento como funcionários de planta em uma universidade.

98. Ver KÜHL, Kristian. Europäisierung der Strafrechtswissenschaft. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW) [em linha]. Band 109, Heft 4. p. 777 (801); VOGEL, nota de rodapé 6. p. 522 e ss., o mesmo autor, nota de rodapé 2. p. 30; DONINI, nota de rodapé 1. p. 28.

99. Sobre "pensamento problema" em vez de "pensamento sistema" ver VOGEL, nota de rodapé 6. p. 523.

tico tradicional, que através da referência ao Direito vigente[100] insiste em sua independência, e é estruturalmente afirmativo,[101] deve, então, ser superado e substituído por outras formas de pensamento, ou, ao menos, complementado por estas,[102] se é que a ciência jurídico-penal alemã não quer morrer em nível europeu e global no intento de manter sua "beleza dogmática".[103] Como afirmou, com razão, o Ministro Federal de Justiça alemão, "não devemos supor que o resto do mundo somente espera para ser abençoado com a dogmática alemã".[104] De qualquer maneira, a preservação do entendimento específico alemão da ciência jurídico-penal não pode constituir um fim em si mesmo. Isso somente se justifica na medida em que a perspectiva "alemã" possa realizar aportes construtivos à solução dos problemas mais urgentes da crescente internacionalização do Direito Penal.[105]

Adicionalmente, se deve reconhecer, em especial por aqueles que se ocupam da aplicação prática do Direito, que a forma de pensamento sistemático dedutivo tem limites quando se trata da resolução concreta de casos, e que o método indutivo,[106] ao final, prevalece, inclusive em um ordenamento jurídico como o alemão, marcado por uma teoria sistemática do delito. De fato, em dito contexto, a formação de novas gerações de juristas se foca precisamente na técnica de análise de casos (para a qual nenhum caso pode ser igual a outro). Frente a essa situação não se pode responder com a reprovação de que na prática a aplicação do Direito tem lugar à margem da dogmática, o que resulta bastante arrogante, nem rechaçando de plano teorias estrangeiras,[107] mas sim mediante a comprovação da idoneidade prática das construções e categorias dogmáticas. Isso supõe, em especial, ter em conta que ditas categorias são empiricamente comprováveis, assim como sua comprovação por meio dos mé-

100. Ver nota de rodapé 8.

101. Ver LEPSIUS, nota de rodapé 4. p. 75 com referências a *Eifert*, *Jestaedt* y *Stürner* em notas de rodapé 75-78.

102. Idem. p. 73-75, 90-92.

103. Idem. p. 87.

104. ["wir dürfen nicht davon ausgehen, dass der Rest der Welt nur darauf wartet, mit deutscher Dogmatik beglückt zu werden"] MAAS, nota de rodapé 15. p. 309.

105. Similar VON BOGDANDY, nota de rodapé 39. p. 150 com relação à preservação da ciência jurídica alemã como "fim em si mesma" ["Ziel an sich"].

106. Sobre esta contraposição VOGEL, nota de rodapé 6. p. 524.

107. Comparar com nota de rodapé 41 e texto principal.

todos da criminologia aplicada,[108] no exato sentido de uma verdadeira ciência geral jurídico-penal.[109]

Mais ainda, o discurso dogmático da ciência jurídico-penal deve se esforçar para poder ser *entendido com maior facilidade* e, assim, poder ser traduzido ou transmitido para outros idiomas e ordenamentos jurídicos. Neste sentido, vale a pena a seguinte autorreferência: desde o ano de 2002, com relação à parte geral do Direito Penal Internacional e fazendo alusão a *Jareborg*,[110] não somente defendi a opinião de que, no marco do Direito Penal Internacional, um sistema de fato punível poderia reclamar validade universal desde o ponto de vista da teoria das fontes do Direito, mas também afirmei que esse dito sistema deveria ser compreensível e capaz de dar resultados satisfatórios.[111] O mesmo se pode afirmar com relação a uma eventual parte geral do Direito Penal europeu e, em geral, ao Direito comparado (sobre esse último aspecto, se falará mais adiante). Em outras palavras, quem realmente esteja interes-

108. Ver DONINI, nota de rodapé 1. p. 23 s., 25 (reclamando um "verdadeiro enfoque nos efeitos" e uma verdadeira "verificação" por meio de conhecimento empírico). Também JAREBORG, nota de rodapé 4. p. 50 (para quem a possibilidade de "critical analysis", ou seja, de comprovação, constitui uma condição da ciência).

109. Na Alemanha, assim como na Europa e inclusive talvez em âmbito mundial, esta pretensão podia ser desenvolvida (e ainda deveria poder sê-lo) sempre da melhor maneira no Instituto Max Planck de Friburgo para Direito Penal Internacional e Estrangeiro; neste sentido ver, por exemplo, o título programático da obra em homenagem ao Professor Hans-Heinrich Jescheck citada na nota de rodapé 35 ("Direito Penal e Criminologia sob o mesmo teto" ["Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach"]), também SIEBER, nota de rodapé 35. p. 125 s. Se esta pretensão realmente foi cumprida pelo Instituto sob as distintas direções conjuntas (Direktorentandems), é algo que outros devem julgar.

110. JAREBORG, Nils. Some Comments Remarks on the General Part of Professor Bassiouni's Draft International Criminal Code. *Revue Internationale de Droit Pénal* (RIDP). 52, 1981. p. 520 ("The important thing is to have a general part that is simple and easy to apply and at the same time conceptually rich enough to enable a judge to make all those distinctions that must play a role in the administration of criminal justice").

111. AMBOS, nota de rodapé 40. p. 54 ("Abertura frente a diferentes ordenamentos jurídicos, assim como compreensibilidade e viabilidade prática das regras propostas, são as condições fundamentais para que uma parte geral possa merecer e esperar aceitação no Direito Penal Internacional" ["Offenheit gegenüber unterschiedlichen Rechtsordnungen sowie Verständlichkeit und Praktikabilität der vorgeschlagenen Regelung sind also die Grundvoraussetzungen eines Allgemeinen Teils, der völkerstrafrechtliche Akzeptanz verdient und erwarten darf "]).

sado em um discurso jurídico-penal que transcenda fronteiras, ou seja, em uma gramática universal do Direito Penal, deveria então partir de categorias e estruturas formuladas da maneira mais simples possível, já que somente desta forma pode existir um fundamento comum que possibilite o entendimento mútuo.[112] Isso acontece em maior medida no marco da jurisprudência supranacional dos tribunais internacionais ou em ordenamentos jurídicos nacionais, nos quais a produção do Direito tem lugar, sobretudo, através dos próprios juízes, seja sobre a base de especificações legislativas e/ou por meio de seu desenvolvimento posterior.[113]

Isso também tem consequências na *discussão sobre o idioma*, a qual já se fez referência. Se for certa a objeção que fazem alguns professores alemães de Direito Penal, segundo a qual as ideias altamente complexas da dogmática jurídico-penal alemã não se podem traduzir ao idioma inglês, é então o momento de refletir se o problema radica realmente neste idioma ou se, melhor, a razão deve ser buscada na dificuldade intrínseca destas ideias a serem transmitidas e em sua pouca plausibilidade. Neste mesmo sentido Vogel afirmou antecipadamente: "Embora nem todas as sutilezas da dogmática jurídico-penal alemã se deixem traduzir a todos os idiomas estrangeiros, particularmente ao inglês, o que eu, todavia, nem sequer posso parafrasear em outros idiomas dá lugar a uma reflexão não somente sobre sua capacidade para ser aceitado em nível internacional e europeu, mas também sobre sua correção".[114]

---

112. Da mesma maneira DONINI, nota de rodapé 1. p. 31 com nota de rodapé 52 ("partir de estruturas e categorias conceituais mais simples (...) ou de princípios político-criminais ou constitucionais comumente reconhecidos" ["von einfacheren begrifflichen Strukturen und Kategorien (...) oder von allgemein anerkannten verfassungsrechtlichen oder kriminalpolitischen Grundsätzen auszugehen"]; contra Silva Sánchez).

113. Com relação ao Direito Penal Internacional ver neste sentido DARCY, Shane/POWDERLY, Joseph. *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*. Oxford: Oxford Univ. Press, 2010; sobre Direito europeu MÜLLER, Friedrich/CHRISTENSEN, Ralph. *Europarecht*. Band II: Europarecht, 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 2012. p. 194 e ss. (p. 527: "Produção do Direito em colaboração com o legislativo" ["Rechtserzeugung in Zusammenarbeit mit der Legislative"]).

114. ["Zwar mögen sich nicht alle Feinheiten der deutschen Strafrechtsdogmatik in alle fremde Sprachen und namentlich ins Englische übersetzen lassen; was ich aber in anderen Sprachen nicht einmal umschreiben lässt, gibt Anlass, nicht nur über seine internationale und europäische Anschlussfähigkeit, sondern auch über seine sachliche Richtigkeit nachzudenken"] VOGEL, nota de rodapé 2. p. 28.

Vogel também reclamou a intensificação do *Direito comparado*.[115] A respeito do tema, é necessário insistir que este não deve ser compreendido a partir da perspectiva da dogmática nacional,[116] e sim desde um ponto de vista funcional. Ou seja, orientado à análise de problemas comuns nos ordenamentos jurídicos objeto de comparação, para estabelecer o papel ou a função cumprida pelas instituições jurídicas existentes em cada contexto visando à solução de ditos problemas e, assim, fazer possível a comparação entre as instituições (funcionalmente) equivalentes de ordenamentos jurídicos alheios, sem a carga ou os preconceitos dogmáticos do sistema jurídico próprio.[117] Adicionalmente, se deve ter em conta que um método baseado no estudo de casos permite estabelecer com maior exatidão as diferenças entre distintos sistemas jurídicos em nível de aplicação do Direito,[118] no sentido do já mencionado método

115. VOGEL, nota de rodapé 2. p. 28; antes também VON BOGDANDY, Armin. Deutsche Rechtswissenschaft. Op. cit.. *p.* 4 (Direito comparado como "Oficio da época" ["Beruf der Zeit"]); sobre o aumento em geral da importância do Direito comparado ver SIEBER, nota de rodapé 35. p. 80 e ss. (com cinco razões); também SIEBER, Grenzen nota de rodapé 35. p. 52 ss; VON BOGDANDY, nota de rodapé 39. p. 144-146 (em especial em relação ao Direito da UE).

116. Por exemplo JESCHECK, Hans-Heinrich. *Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung*. Tübingen: Mohr, 1955. p. 36 e ss. Jescheck propunha a partir do ponto de vista dogmático ou político criminal próprio (primeiro nível), para interpretar posteriormente o Direito estrangeiro (segundo nível), depois sistematizar (terceiro nível) e finalmente valorar desde o ponto de vista político e jurídico (quarto nível). Crítico, com razão, por exemplo, NELLES, Úrsula. "Rechtsvergleichung per Internet?". Em: ARNOLD, Jörg/BURKHARDT, Björn e outros (ed.). Menschengerechtes Strafrecht. München: C.H. Beck, 2005. p. 1005 (1009).

117. Ver AMBOS, nota de rodapé 40. p. 44 s.; fundamental MICHAELS, Ralf. "The Functional Method of Comparative Law". Em: REIMANN, Mathias/ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford Univ. Press, 2006. p. 339 e ss. (crítico frente do uso ambíguo e frequentemente arbitrário de conceitos como "shorthand for traditional comparative law" (p. 341) e "triple misnomer" (p. 342) e em lugar disso a favor de um "more robust functional method" sobre a base de um "equivalence functionalism" e de uma "epistomology of constructive functionalism" (p. 381); ver também SIEBER, nota de rodapé 35. p. 112-114, com uma inovadora proposta de uma teoria do Direito comparado. p. 126-129, cuja maior elaboração ainda está pendente (ver mais adiante nota de rodapé 139); advogando por mais desenvolvimento KUBICIEL, nota de rodapé 71. p. 222; ainda, fundamental e atual sobre o tema, ver ESER, in Eser/Perron (eds.), Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa, 2015. p. 929 e ss.

118. Fundamental e atual sobre o tema, ver ESER/PERRON (eds.), Strukturvergleich strafrechtlicher Verantwortlichkeit und Sanktionierung in Europa, 2015; ver também SIEBER, nota de rodapé 35. p. 118.

indutivo.[119] Naturalmente, desde o ponto de vista funcional, também se deve observar o contexto cultural e social[120] em que operam as instituições jurídicas específicas.[121] Neste sentido, também aqui se deve proceder de maneira empírica[122] e, ao contrário da usual implementação automática de instituições estrangeiras,[123] se deve realizar, de acordo com o caso, a adaptação destas instituições a cada contexto.[124] O método funcional permite ter em conta as particularidades culturais,[125] sem pregar um Direito comparado demasiado ambicioso e concentrado em excesso no estudo de cada cultura ["eine kulturbezogene Strafrechtsvergleichung"].[126]

Por outro lado, em tempos de tribunais penais internacionais, o método funcional do Direito comparado não deve ser implementado somente de ma-

119. Ver nota de rodapé 105 e texto principal.

120. Com material ilustrativo JUNG, nota de rodapé 71. p. 1475 e ss.

121. Sobre os fatores que caracterizam um ordenamento jurídico, sejam verbalizados ("Formanten") ou implícitos ("Kryptotypen"), ver SACCO, nota de rodapé 71. p. 59 e ss., 61 s., 74.

122. Ver nota de rodapé 107 e texto principal. Sobre Direito comparado com enfoque empírico ver, por exemplo, SACCO, nota de rodapé 71. p. 65; NELLES, nota de rodapé 115. p. 1013 e ss.; MICHAELS, nota de rodapé 116. p. 342 ("functionalist comparative law is factual").

123. A respeito ver WATSON, Alan. *Legal transplants: an approach to comparative law*. Edinburgh: Scottish Academic Press, 1974; crítico sobre a imposição de Direito Penal estrangeiro ESER, nota de rodapé 35. p. 1459 s.

124. Sobre a dependência do contexto e a exigência de mudanças na teoria quando esta é aplicada em ordenamentos jurídicos diferentes ["Kontextwechsels der Theorien"] ver YAMANAKA, Keiichi. "Wandlung der Strafrechtsdogmatik nach dem 2. Weltkrieg". Em: JEHLE, Jörg-Martin/LIPP, Volker/YAMANAKA, Keiichi (ed.). Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht. Göttingen: Univ.-Verl. Göttingen, 2008. p. 173 (174 s.); sobre comparação de estruturas (Strukturvergleichung) neste sentido SIEBER, Ulrich. Strafrechtsvergleichung *op. cit.* p. 116 s.

125. Da mesma maneira MICHAELS, nota de rodapé 116. p. 362, 365, 381; KUBICIEL, nota de rodapé 71. p. 214.

126. BECK, nota de rodapé 71. p. 65 e ss.; crítico FATEH-MOGHADAM, Bijan. "Operativer Funktionalismus in der Strafrechtsvergleichung". Em: BECK e outros (ed.), nota de rodapé 46. p. 49 s.; reconciliando ambas as posições PERRON, Walter. "Operativ-funktionalistische oder kulturbezogene Strafrechtsvergleichung". Em: Idem. p. 121 e ss. (por meio da diferenciação entre o enfoque operativo-funcionalista no marco da análise comparada do Direito em nível legislativo e o enfoque dirigido à comparação de culturas na unificação do Direito Penal em nível internacional); também mediando KUBICIEL, nota de rodapé 71. p. 216 (comparação parcial da cultura [partieller Kulturvergleich]).

neira horizontal, comparando Estados. Também se deve indagar, desde uma perspectiva vertical, em que medida a jurisprudência dos tribunais internacionais foi influenciada pelo Direito interno e, ao contrário, de que forma este último foi influenciado pelo Direito Internacional.[127] Neste sentido, é possível falar de um *Direito comparado com caráter circular*, o qual resulta mais adequado que o muito ambicioso enfoque tradicional[128] para desenvolver princípios e regras realmente universais que tenham como fonte a própria jurisprudência supranacional.[129] Este enfoque circular também tem em conta as novas estru-

127. Ver SHELTON, Dinah. *International law and domestic legal systems*. Oxford: Oxford Univ. Press, 2011; KRISTJÁNSDÓTTIR, Edda/NOLLKAEMPER, André/RYNGAERT, Cedric. *International Law in Domestic Courts*. Cambridge: Intersentia, 2012; com relação à influência do Direito Penal Internacional em nível doméstico ver BURKE-WHITE, William. The Domestic Influence of International Criminal Tribunals. *Columbia Journal of Transnational Law* (Colum. J. Transnat'l L) [em linha]. 46, 2007-2008. p. 279; KIRS, Eszter. Limits of the Impact of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia on the Domestic Legal System of Bosnia and Herzegovina. *Goettingen Journal of International Law* (GoJIL) [em linha]. 3, 2011. p. 397; HOROVITZ, Sigall. How International Courts Shape Domestic Justice. *Israel Law Review* (Isr. L. Rev.) [em linha]. 46, 2013. p. 339 e ss.; NAOMI, Roht-Arriaza. Just a'Bubble'? *Journal of International Criminal Justice* (JICJ) [em linha]. 11, 2013. p. 537 e ss.; SHANY, Yuval. How Can International Criminal Courts Have a Greater Impact on National Criminal Proceedings?. *Israel Law Review* (Isr. L. Rev.) [em linha]. 46, 2013. p. 431 e ss.

128. Cujo objetivo de incluir, em princípio, todos os ordenamentos jurídicos do mundo (neste sentido sobre o Direito Civil ver RABEL, nota de rodapé 69. p. 283: "Mil vezes modulado e citado sob o sol e o vento o Direito de cada povo desenvolvido. Todos estes corpos vibrantes juntos constituem um todo compreensível para qualquer um com intuição" ["Tausendfältig schillert und zitiert unter der Sonne und Wind das Recht jedes entwickelten Volkes. Alle diese vibrierenden Körper zusammen bilden einen noch von niemandem mit Anschauung erfasstes Ganzes"]) é, por muitas razões, muito difícil de realizar, particularmente devido a que o Direito comparado clássico, o qual curiosamente formulou essa pretensão, tinha um enfoque demasiado eurocentrista (muito pouco crítico neste sentido SIEBER, nota de rodapé 35. p. 111 s., quem em todo caso e com razão sinaliza o problema de sistematização. p. 114-116, o qual provavelmente somente se pode superar com ajuda de meios informáticos; sobre Direito comparado apoiado em meios informáticos ver, ainda que somente de forma rudimentar, idem. p. 124 s.).

129. Ver em geral sobre a relação entre Direito comparado e jurisprudência internacional RABEL, nota de rodapé 69. p. 5 e ss.; sobre Direito comparado como fonte da jurisprudência internacional BOTHE, Michael. Die Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Praxis internationaler Gerichte. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (ZaöRV) [em linha]. 36, 1976. p. 280; mais específico sobre o desenvol-

turas de governo, sobretudo como foi construído o espaço europeu de liberdade, segurança e justiça, já que permite entender de uma maneira melhor o nível supranacional como nível autônomo de produção de normas jurídicas.[130]

Naturalmente, dita análise comparada do Direito Penal não deve ser puramente instrumental nem sua valoração pode depender unicamente de seus resultados.[131] Pelo contrário, esta se deve orientar, enquanto Direito comparado valorativo (*wertende Rechtsvergleichung*),[132] e da mesma forma que o deve fazer o legislador democrático,[133] pelas decisões axiológicas constitucionais que os Estados liberais de Direito adotaram em termos de Direitos humanos.[134] Estas constituem unicamente decisões sobre valores fundamentais que têm lugar em um meta-nível e que, portanto, se devem especificar de maneira intersubjetiva

---

vimento de princípios gerais na jurisprudência dos tribunais penais internacionais RAIMONDO, Fabián. *General principles of law in the decisions of international criminal courts and tribunals*. Leiden: Nijhoff, 2008. p. 84 e ss.

130. Sobre a necessidade de enfoques multidisciplinares MEYER, Frank. "Internationalisierung und Europäisierung des Rechts als methodische Herausforderung der Rechtsvergleichung". Em: BECK e outros (ed.), nota de rodapé 46. p. 90 e ss.

131. Crítico neste sentido VOGEL, nota de rodapé 46. p. 207; posteriormente HAUCK, Pierre. "Funktionen und Grenzen des Einflusses der Strafrechtsvergleichung auf die Strafrechtsharmonisierung in der Europäische Union". Em: BECK, e outros (ed.), nota de rodapé 46. p. 260; KUBICIEL, nota de rodapé 71. p. 218 s.; ESER, nota de rodapé 35. p. 1460; ver também MICHAELS, nota de rodapé 116. p. 351.

132. Sobre este conceito, que ainda deve ser esclarecido, ver JUNG, Heike. Wertende (Straf-) Rechtsvergleichung. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA). 152, 2005. p. 1 e ss.; contra a realização de valorações (Wertung) como parte do Direito comparado (o qual pertence à crítica do Direito que "a comparação faz possível" ["durch sie ermöglichten Rechtskritik"]) RABEL, nota de rodapé 69. p. 280 (ver p. 286 e ss., no qual ele reclama uma maior crítica do Direito, assim como uma maior consideração de aspectos políticos e de melhora do ordenamento jurídico); fundamental a respeito e sobre a história do conceito ver ESER, nota de rodapé 35. p. 1443 e ss., 1450 e ss.; sobre Direito Penal comparado e comparação de valores ("wertvergleichende Strafrechtsvergleichung") SIEBER, nota de rodapé 35. p. 119 e ss.; sobre "values" e "evaluation" na dogmática jurídica JAREBORG, nota de rodapé 4, p 57.

133. Ver nota de rodapé 90 e texto principal.

134. Para um fundamento axiológico a partir dos Direitos humanos ver também JUNG, Heike. *Sanktionensysteme und Menschenrechte*. Bern: Haupt, 1992. p. 43-48; SIEBER, nota de rodapé 35. p. 121 s. ("Orientação ao ser humano em uma sociedade aberta e assim ao princípio geral da liberdade" ["Ausrichtung auf den Menschen in einer offenen Gesellschaft und damit auf das allgemeine Freiheitsprinzip (... )"]); também ESER, nota de rodapé 35. p. 1463 s.; antes também AMBOS, nota de rodapé 40. p. 45.

no marco de um projeto de investigação comparativo concreto.[135] A análise comparada do Direito Penal assim entendido (mais além da clássica distinção entre Direito Penal comparado teórico, legislativo e judicial)[136] pode ser considerado, então, e sem sombra de dúvidas, como o método da dogmática jurídico-penal.[137] Se trata, por conseguinte, de estabelecer os fundamentos[138] e investigar os efeitos das instituições jurídicas em diferentes sociedades e sua possível validade intercultural,[139] como parte do caminho (desde logo pedregoso) até uma ciência jurídico-penal universal.[140]

---

135. Ver SIEBER, nota de rodapé 35. p. 119-123 (separando acertadamente as perguntas prévias da valoração como tal: (1) comparabilidade do objeto de regulação (situação problemática comparável), (2) comparabilidade dos parâmetros de avaliação e (3) comparação das regras concretas); também SIEBER, Grenzen nota de rodapé 35. p. 53 e ss.; crítico desde a perspectiva de um Direito Penal comparado "avaliativo-competitivo" ESER, nota de rodapé 35. p. 1446, 1449 e ss., fazendo referência a um Direito comparado cujos "objetivos propostos (...) podem abarcar desde a valoração neutra até a concorrência impulsionada por interesses (...)" ["Zielsetzungen (...) von neutraler Wertung bis zu interessengeleitetem Wettbewerb reichen können (...)"] (p. 1453, com mais detalhe 1454 e ss.) e diferenciando entre funções e métodos (p. 1450 ss, 1460 e ss.); crítico sobre as possibilidades limitadas da valoração por meio do método funcional MICHAELS, nota de rodapé 116. p. 342, 373 e ss., 375.

136. A respeito ESER, Albin. "Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung". Em: ALBRECHT, Hans-Jörg, *entre outros (ed.). Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Band* 2. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. p. 1506 e ss.

137. Ver DONINI, nota de rodapé 1. p. 30.

138. Sobre Direito Penal comparado como forma de indagar fundamentos SIEBER, nota de rodapé 35. p. 94 s., 109 s.; como assinatura fundamental desde uma perspectiva histórica KOCH, nota de rodapé 34. p. 1485 e ss.

139. Sobre o "princípio de generalização" ["Verallgemeinerungsprinzip"] neste contexto, o qual faz referência à possibilidade de generalizar em nível transnacional ideias ou instituições jurídicas ver VON BOGDANDY, nota de rodapé 85. p. 4.

140. SIEBER, nota de rodapé 35. p. 129 s., frente ao qual se deve permitir perguntar o que aconteceu com o ambicioso "Sistema de Informação-Max Planck para o Direito Penal Comparado" ["Max-Planck-Informationssystem für Strafrechtsvergleichung"] (Idem, p. 124, 129). Da página web do Instituto Max Planck se depreende que no marco do projeto que transcorreu desde 2004 até 2015 foram analisados 25 ordenamentos jurídicos com relação a distintos problemas da parte geral do Direito Penal e que apareceram em vários volumes; todavia, a informação (ainda?) não é acessível de maneira virtual (como os conceitos "Informationssystem" ou "virtuelles Institut" permitem supor), ver: [www.mpicc.de/de/forschung/forschungsarbeit/strafrecht/vi.html] (acesso em: 23.06.2015). A ideia original do projeto foi apresentada no

Finalmente, no que concerne ao *tipo e forma do discurso da ciência jurídico-penal*, se deve chamar novamente a atenção sobre a crítica à *aristocracia penal*, já que é aqui que dita crítica se faz mais pertinente. A abertura para o exterior, ou seja, frente a ordenamentos jurídicos estrangeiros, pelo que se advoga neste texto, não somente supõe um conhecimento mínimo prévio (neste sentido o Direito Penal comparado também constitui um método empírico-normativo idôneo para a aquisição de informação),[141] além de também exigir, sobretudo, a disposição para fazer parte de um discurso democrático e livre de hierarquias sobre a qualidade do argumento contrário, independentemente do status e da procedência dos interlocutores. O que em nível legislativo (jurídico e político) constitui a legitimação procedimental através do entendimento mútuo (se necessário recorrendo à teoria do discurso de Habermas),[142] equivale, em contextos acadêmicos, por exemplo, no mais apolítico microcosmo do seminário ou *workshop*, à discussão, em princípio livre de relações de poder, na qual o objetivo é o entendimento comunicativo em torno de argumentos racionais em vez de a afirmação de *status*.[143] Isto se pode lograr, tal como mostra a prática acadêmica anglo-americana,[144] por meio de pequenas mudanças metodológicos e práticas, como com a abolição da (em muitos casos lida) aula magistral, ou pelo menos com a redução nos diferentes eventos acadêmicos do tempo de exposição em favor do aumento do tempo de discussão das teses relevantes, incluindo comentários realizados por pesquisadores "júniores" sobre artigos ou textos escritos por pesquisadores "sêniores".[145] Mais ainda, no que tem a ver com as publicações acadêmicas, a introdução generalizada do sistema de *blind peer review* pode fazer com que a atenção se centre mais na qualidade

Instituto no ano de 2002 por Ursula Nelles por convite do Diretor, então Eser, ver NELLES, nota de rodapé 115. p. 1005 s. com nota de rodapé 1, 1016 s.

141. Ver DONINI, nota de rodapé 1. p. 32.

142. Ver neste sentido VOGEL, nota de rodapé 89. p. 110 e ss.

143. Neste sentido VOGEL, nota de rodapé 6. p. 523 ("poder do melhor argumento" ["Kraft des besseren Arguments"]).

144. Similar VON BOGDANDY, nota de rodapé 85. p. 3 ("Em geral, a ciência continental poderia tirar proveito do estilo discursivo anglo-saxão" ["Insgesamt dürfte die kontinentale Wissenschaft vom diskursiveren angelsächsischen Stil profitieren"]).

145. Mais concreto ainda com base em minha experiência nos Estados Unidos: envio prévio dos *papers* e cinco minutos para que os expositores resumam as teses principais, com crítica subsequente de um comentarista designado com anterioridade e finalmente abertura da discussão com os demais participantes do evento na forma de seminário ou *workshop*.

das contribuições (artigos, capítulos de livro etc.), deixando de lado o *status* ou a procedência dos autores, dado que, em concreto, quem não entrega uma contribuição aos professores editores de uma revista científica especializada de forma anônima está submetido a uma pré-seleção, da qual os editores dificilmente podem escapar, na qual o *status* e a procedência do autor se convertem em critérios determinantes. Isso somente se pode evitar se as contribuições são entregues de forma anônima, por exemplo, mediante um servidor web, e igualmente são avaliadas de forma anônima por pares acadêmicos. Por outro lado, e para terminar, a recepção da avalanche de literatura científica se poderia facilitar, se os *abstracts* que resumem as teses principais fossem introduzidos nas publicações acadêmicas alemãs de maneira obrigatória.[146]

***

Todas estas são, com segurança, reflexões controvertidas e em parte também provocadoras, mas estou seguro de que encontrariam em boa medida a aprovação de Joachim. Lamentavelmente, ele já não as pode defender com o poder de convicção que lhe era próprio.

---

**PESQUISAS DO EDITORIAL**

**Veja também Doutrina**

- Ciência do Direito Penal e jurisprudência, de Ingeborg Puppe – *RBCCrim* 58/105-113 (DTR\2011\1791);
- História das idéias penais na Alemanha do pós-guerra, de Winfried Hassemer – *RBCCrim* 6/36-71 – *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 1/1155-1203 (DTR\1994\153)
- O Direito de mera ordenação social no sistema jurídico-penal alemão, de Heliana Maria de Azevedo Coutinho – *RBCCrim* 7/91-102 (DTR\1994\260); e
- Sobre o estado atual da dogmática jurídico-penal na Alemanha, de Hans Joachim Hirsch – *RBCCrim* 58/64-84 – *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 2/245-262 (DTR\2011\1772).

146. Aqui a ciência jurídico-penal alemã também fica atrás diante dos âmbitos aos quais tradicionalmente tem sido mais afim, como mostram as revistas sobre Direito Penal em espanhol, que, em sua maioria, incluem normalmente *abstracts* em vários idiomas (ainda que algumas vezes com um inglês deficitário).

85979

# O FUNDAMENTO E AS FINALIDADES DA PENA CRIMINAL. A IMPRECISÃO DAS DOUTRINAS ABSOLUTAS E RELATIVAS

## *THE GROUND AND PURPOSES OF CRIMINAL PUNISHMENT. THE INACCURACY OF THE ABSOLUTE AND RELATIVE DOCTRINES*

**MARCELO ALMEIDA RUIVO**

Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, bolsista da Fundação para a Ciência e Tecnologia (FCT - Portugal, 2009-2013) e do *Deutscher Akademischer Austausch Dienst* (DAAD - Alemanha, 2014). Pesquisador junto ao *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* (2009, 2011-2012, 2014 e 2016). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Luterana do Brasil (Ulbra) e da Faculdade de Direito do Instituto Porto Alegre (IPA).
marceloaruivo@gmail.com

**ÁREA DO DIREITO:** Penal

**RESUMO:** O artigo identifica a diferença categorial entre os elementos da teoria da pena, com especial destaque ao fundamento e às finalidades da pena criminal. Analisa as doutrinas absolutas e relativas e as suas respectivas capacidades de oferecer tratamento específico aos problemas do fundamento e das finalidades da pena criminal. Pretende demonstrar a imprecisão da classificação dicotômica que confunde o fundamento da pena com as suas diversas finalidades. A conclusão é que o fundamento da pena só pode ser a retribuição da culpa do autor da ofensa, independentemente de quais sejam as finalidades primordiais de cada espécie de pena.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pena criminal - Fundamento da pena - Finalidade da pena - Doutrina unificadora - Retribuição.

**ABSTRACT:** The article identifies the categorical difference between the elements of the punishment's theory, with particular attention to the ground and the purposes of criminal punishment. It analyzes the absolute and relative doctrines of criminal penalty and their respective capabilities to offer specific treatment to ground and purposes of the punishment. It is intended to demonstrate the inaccuracy of the dichotomous classification that confuses the ground of the punishment with its various purposes. The conclusion is that the ground of penalty can only be the retribution of the author's culpability of the offense, regardless of which are the primary purposes of each kind of penalty.

**KEYWORDS:** Criminal penalty - Ground of penalty - Purposes of penalty - Mixed theory - Retribution.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. O fundamento da Pena Criminal (ou chamadas Doutrinas Absolutas) - 3. As finalidades da Pena Criminal (ou as chamadas Doutrinas Relativas) - 3.1. Prevenção geral negativa (intimidação) - 3.2. Prevenção geral positiva (confirmação da

vigência da norma) – 3.3. Prevenção especial negativa (neutralização) – 3.4. Prevenção especial positiva (ressocialização ou reintegração) – 4. A confusão do fundamento com as finalidades da pena nas chamadas Doutrinas Unificadoras ou Sincréticas – 5. A função da pena diferente do seu fundamento e das suas finalidades – 6. Conclusão: A necessidade da prévia determinação do fundamento para a indicação das finalidades na teoria quadripartida de legitimação da pena – 7. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

A teoria da pena[1] é um campo dogmático e jurídico-filosófico com longa tradição de debates e pouca harmonia teórica e jurisprudencial. A distinção entre as doutrinas absolutas e relativas da pena criminal é amplamente disseminada no direito penal latino-americano[2] e europeu.[3] Todavia essa classifi-

1. Este artigo tem na sua base dois outros trabalhos. Aquele que foi elaborado com o título "*The Ground of criminal penalty: beyond the dichotomous purposes classification*" para integrar as contribuições da delegação brasileira oferecida à quarta edição do *International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era* (Pequim – 2012) e o artigo "O fundamento da pena criminal: para além da classificação dicotômica das finalidades", publicado na *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* no n. 2, do ano de 2012. Foram feitos alguns aprimoramentos ao texto, a partir das considerações de colegas e do debate ocorrido na Faculdade de Direito da Universidade de Ferrara em 12.12.2014, quando uma versão, muito próxima da publicada em Portugal, foi apresentada com o título "*Fondamento e scopi della pena*".

2. Por exemplo, no Brasil, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, parte geral*. 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 85 e 92, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 117, PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 553 e 555, FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto. *Direito penal brasileiro:* parte geral; princípios fundamentais e sistema. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 192 e 195; na Argentina, RUSCONI, Maximiliano Adolfo. *Derecho penal:* parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009. p. 55 e 58, com menor intensidade, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal:* parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2003. p. 56-57; na Colômbia, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho penal:* parte general. 4. ed. Bogotá: Comlibros, 2009. p. 254.

3. Por exemplo, em Portugal, FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Direito penal português:* parte geral. Lisboa: Ed. Verbo, 1982. vol. 2, p. 299, DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal, Parte geral. Questões fundamentais da doutrina do crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. 1, cap. 4, § 3.°, p. 44; na Alemanha, JAKOBS, Günther. *Strafrecht,*

cação dicotômica confunde o fundamento da pena com as suas diversas finalidades e impede a satisfatória orientação da realização judicial do direito. A partir disso, surgiram as chamadas doutrinas unificadoras ou sincréticas, que carecem de avaliação a respeito da correição do seu diagnóstico do problema e da sua proposta de solução, bem como da sua eventual adequação à legislação brasileira.

A teoria da pena criminal abrange distintos elementos dogmáticos nem sempre atentados pela doutrina nas suas particularidades, nomeadamente o fundamento, as finalidades, a forma de punição e a oportunidade da punição. As interrogações sobre a pena podem suscitar, respectivamente, quatro questões: por quê, para quê, como e quando punir. A aplicação de uma pena, a ser efetivamente cumprida pelo condenado, exige o atendimento de todas essas questões, cujo enfrentamento deve ocorrer sequencialmente nessa ordem. Isso é o que se pode chamar de teoria quadripartida da legitimação da pena criminal. Para além das questões jurídicas, ainda existem questões criminológicas como o funcionamento e as consequências de cada espécie de pena para cada tipo de crime e tipo de condenado.

O presente artigo propõe-se a esclarecer o sentido do fundamento, das finalidades e da função da pena, dedicando específico tratamento a cada um deles. Ao fim, buscar-se-á concluir que o fundamento da pena é exclusivamente a justa retribuição da culpa do agente causador da ofensa ao bem jurídico e que a determinação das finalidades da pena refere-se a ideais preventivos. Igualmente pretende-se enfatizar que o diagnóstico da função e das consequências da pena depende do estudo criminológico das especificidades do fenômeno criminal e da espécie de pena em questão.

---

*Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1991. p. 15 e 20, JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. p. 70-71, BAUMANN; WEBER; MITSCH, *Strafrecht*, Bielefeld, 2003. p. 17 e 24, nm. 24, 25 e 50, KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 5. ed. Baden-baden: Nomos Verlag, 2011. p. 37 e 38, nm. 9 e 11 e aqueles autores referidos em HÖRNLE, Tatjana. Gegenwärtige Strafbegrundüngstheorien: die herkömmliche deustche Diskussion. In: v. HIRSCH, Andrew. *Strafe – Warum? gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*. Baden-Baden: Nomos, 2011. p. 11-12, nota 4; na Áustria, KIENAPFEL, Diethelm; HÖPFEL, Frank; KERT, Robert. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 14. ed. Wien: Manz, 2012. p. 4-5, nm. 5 e 8; na Suíça, SEELMANN, Kurt. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 5. ed. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2012. p. 25.

## 2. O FUNDAMENTO DA PENA CRIMINAL (OU AS CHAMADAS DOUTRINAS ABSOLUTAS)

A pergunta pelo fundamento de algo é sempre o questionamento acerca do seu sentido, cujo significado não se reduz apenas à utilidade, à serventia diante dos eventuais interesses que lhe cercam. É mais que a identificação da função ou da finalidade de algo, antes consiste numa pergunta que exige a compreensão do ser. Os meios de intervenção jurídica na realidade não chegam a assumir a singeleza de um mero instrumental, dado que os instrumentos são sabidamente elementos nos quais a utilidade tende mesmo a preponderar sobre o reconhecimento do sentido.

O fundamento da pena criminal é uma tarefa que deve estar ao encargo das chamadas doutrinas absolutas ou retributivas da pena.[4] Entende-se por absolutas aquelas doutrinas intencionalmente desvinculadas de fins diversos da própria realização do valor que a pena ostenta em si mesma. Por isso se utiliza a expressão latina "*absolutus*" no sentido de "incondicionado" ou "desprendido" de uma externa finalidade. Consiste na punição do crime pelo desvalor social insuportável que representa para a comunidade e, nesse contexto, a pena como retribuição é dos elementos característicos do direito penal clássico, consubstanciado no que, à primeira vista,[5] poderia aparentar ser a imposição de um "mal justo contra o mal injusto do crime".[6]

---

4. A concepção retributiva da pena não é única e homogênea. Segundo v. Hirsch, são ao menos três as modalidades na atualidade: (1) retribuição ou vingança do crime, (2) imposição de desvantagem para igualar a injusta vantagem obtida por meio do crime e (3), uma terceira de natureza sincrética de confirmação reativa da vigência do ordenamento penal, que será estudada na prevenção geral positiva (Ponto III, Item 2) (v. HIRSCH, Andreas. Warum soll die Strafsanktion existiren? – Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung. In: v. HIRSCH, Andreas. *Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*. Baden-Baden: Nomos, 2011. p. 44).

5. Em verdade, como se verá mais adiante, nem todos os autores proponentes da retribuição entendem a pena como um mal, por exemplo, sobretudo, COSTA, José de Faria. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: um lugar de encontro sobre o sentido da pena. *Linhas de direito penal e de filosofia. Alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 205-235.

6. Essa é a definição de pena do séc. XVII de Grotius "*malum passionis quod infligitur ob malum actionis*" (GROTIUS, Hugo. *De iure belli ac pacis libri tres*. Darmstadt: Scientia Verlag Aalen, 1993. Libri II. cap. XX. § I. 1-3, p. 462). Sobre isso, COSTA, José de Faria. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal, cit., p. 217, nota 23 e 21[illegible]

A dignidade histórica de tais concepções encontra consonância e oferece desenvolvimento ao difundido e arraigado sentido comunitário de que a pena tem na sua base – como limite máximo – o princípio de talião, expresso na sentença "olho por olho, dente por dente". A punição deve guardar proporção com o fato cometido, sem a oportunidade para excessos punitivos ou o cumprimento de outras finalidades diversas da realização da justiça. Esse ideal recebeu aderência em "representações mitológicas" na Idade Antiga, em "racionalizações religiosas" na Idade Média[7] e, posteriormente, se desligou da teologia na robusta reflexão e transformação no iluminismo e no idealismo alemães na Idade Moderna e Contemporânea.

Já se foi o tempo em que o fundamento retributivo orbitava no entorno de argumentos de matriz religiosa, segundo os quais a finalidade era a expiação da culpa e a purificação da alma do condenado, na forma de uma doutrina da penitência e das virtudes cristãs.[8] A concepção dos dias de hoje encontra antecedente incontornável na expressão da filosofia iluminista alemã.[9] Em Kant, a "pena

---

A reprodução do conceito encontra-se em SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal:* Parte geral. Curitiba: Lumen juris, 2006. p. 453-454.

7. Assim, DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal, Parte geral. Questões fundamentais da doutrina do crime*, cit., cap. 4, § 5, p. 45-46; SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 454-455.

8. Embora, esporadicamente, ainda se encontre essa lembrança (*v.g.* SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 453-454), seguramente essa não consiste a "base para legitimação" da pena segundo a doutrina retributiva contemporânea HÖRNLE, Tatjana. Op. cit., p. 16). A propósito, veja-se a orientação onto-antropológica intencionalmente laica de Faria Costa (COSTA, José de Faria. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal, cit., *passim* e, especialmente, p. 212, nota 16).

9. Não parece razoável certa tendência a ver univetorialmente "uma ideia de prevenção (geral)" como lídimo epílogo do iluminismo, haja vista que a "ideia matriz de retribuição" está igualmente ligada a esse período. Exemplo disso pode ser constado na obra de Kant, que, por vezes, é qualificada injustificadamente apenas como pertencente ao "*mare magnum* do idealismo alemão" (COSTA, José de Faria. Ler Beccaria hoje. In: BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. Trad. José de Faria Costa, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 5-27. p. 13 e COSTA, José de Faria. p. 216). Sobre a riqueza em "tendências contrárias" que, para ser mais rigoroso, justificaria "falar de vários iluminismos do que de um só" e sobre Kant como o "último representante do Iluminismo do século XVIII e, ao mesmo tempo, o primeiro triunfador dele", MONCADA, Luis Cabral de. *Filosofia do direito e do estado*, Parte histórica. 2. ed. de 1955, reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. vol. 1, p. 197 e 265. Enquadrando Kant no idealismo alemão, ROXIN, Claus. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenlehre.*

judicial" (*poena forensis*) "jamais pode ser puro meio para promover o bem para outro",[10] isso porque "o homem nunca pode ser manipulado como puro meio para as intenções de um outro", nem mesmo "ser confundido sob os objetos do direito das coisas".[11] O homem deve ser valorado como uma "finalidade em si mesmo", já que "possui uma dignidade (um absoluto valor intrínseco)".[12]

Depois, no idealismo de Hegel, identifica-se a defesa da doutrina retributivista, desde a qual a pena é um "direito" do criminoso – compreendido como ser racional –, diretamente relacionada ao exercício e à "existência da sua liberdade".[13] O criminoso tem a sua dignidade pessoal negada se "o significado

---

4. ed. München: CH.BECK, 2006. vol. 1. § 3. nm. 4, p. 71; DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal, Parte geral. Questões fundamentais da doutrina do crime*, cit., cap. 4. § 5. p. 46; BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 85 e 92; FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale, parte generale*. 6. ed. Bologna: Zanichelli, 2010. p. 703 e 715. Mesmo no iluminismo italiano, a crítica à prevenção geral como exemplaridade da pena pode ser lida em Alessandro Manzoni – em sentido diverso ao pensamento do seu avô, Cesare Beccaria –, conforme bem observa Mario Cattaneo (CATTANEO, Mario. *Carlo Goldoni e Alessandro Manzoni: illuminismi e diritto penale*. Milano: Giuffre, 1987. p. 193-196).

10. KANT, Immanuel. *Die Metaphysik der Sitten*, Herausgegeben von Wilhelm Weischedel. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1977. vol. 8. 1. parte. § 49, p. 453.

11. Idem, ibidem. Aproximadamente 30 anos antes do aparecimento da "Metafísica dos costumes" publicada em 1797, encontra-se passagem semelhante na obra *Dos delitos e das penas* de Beccaria de 1766. Beccaria veda a instrumentalização do homem, no sentido de que "não existe liberdade todas as vezes que as leis permitem que em alguns casos o homem deixe de ser *pessoa* e se torne *coisa*" (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 105.) (itálico no original), o que mereceu destaque no comentário introdutório de Marinucci à tradução portuguesa (MARINUCCI, Giorgio. Cesare Beccaria, um nosso contemporâneo. In: BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 49-50). Sobre o valor dessa passagem como "chave de leitura transversal" do livro de Beccaria, COSTA, José de Faria. Ler Beccaria hoje. In: BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. cit., p. 9.

12. Idem, 2. parte. § 11. p. 569.

13. HEGEL, George Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Mit Hegels eingentliche Notizen und den mündlichen Zusätzen*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1986. § 100, p. 190. Com uma interpretação da obra de Hegel que o afasta do retributivismo, SEELMANN, Kurt. Hegels Straftheorie in seinen "Grundlinien der Philosophie des Rechts", *Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Ausbildung*. cad. 10. n. 19. München: Verlag C.H.Beck. 1979, p. 687 e 691.

e a medida da sua pena não forem tomadas a partir do seu próprio ato criminoso" ou, ainda, caso venha a ser "considerado como [um] animal lesivo" que deveria se "fazer não lesivo", com o "fim de intimidação ou melhoramento".[14]

A doutrina da retribuição é seguramente responsável por estabelecer a necessidade imperiosa de proporcionalidade entre os delitos e as penas.[15] Mesmo os defensores de outras vias de fundamentação reconhecem o "mérito irrecusável de ter erigido o princípio da culpa em princípio absoluto de toda a aplicação da pena".[16] A razão disso se concentra na proteção da dignidade do homem como ser livre e capaz de reflexão sobre as suas ações, com condições biopsíquicas de assumir responsabilidades.[17]

As várias doutrinas da retribuição têm sofrido críticas – sobretudo no século passado[18] – que podem ser agrupadas nos seguintes cinco pontos. Primeiro, afirmou-se que a doutrina da retribuição não seria propriamente uma doutrina da pena[19] ou, mais específico, não se pretenderia uma doutrina da finalidade

14. HEGEL, George Wilhelm Friedrich. Op. cit., § 100. p. 191. Aliás, consta, no aditamento ao § 99, a crítica à doutrina da pena de v. Feuerbach que ameaçaria tratar o homem não consoante a sua "dignidade e liberdade, mas como um cachorro" contra o qual se "levanta um bastão" (HEGEL, George Wilhelm Friedrich. Op. cit., § 99, p. 190).

15. RODRIGUEZ DEVESA, José Maria. *Derecho penal español:* Parte especial. 9. ed. Madrid: Artes Gráficas Carasa, 1983. p. 833; v. HIRSCH, Andreas. Op. cit., p. 53; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale:* Parte generale. 7. ed. Padova: Cedam, 2011. p. 734; FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. op. cit., p. 701-702.

16. DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal, Parte geral. Questões fundamentais da doutrina do crime*, cit., § 6. p. 46-47. E mais, sobre a relevância da doutrina da culpa no direito penal contemporâneo e a exigência de culpa para a imposição da pena justa, WURTENBERGER, Thomas. Der schuldige Mensch vor dem Forum der Rechtsgemeinschaft. In: VOGLER, Theo; HERMANN, Joachim. *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag.* Berlin: Duncker & Humblot, 1985. p. 38 e, na jurisprudência alemã, BGH, 4. August 1965, v. 20, p. 266.

17. BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale, Parte generale.* 11. ed. Padova: Cedam, 1982. p. 725; COSTA, "sentido da pena", p. 209 e 226-227; v. HIRSCH, Andreas. Op. cit., p. 58.

18. Período no qual, por coincidência, se observa o significativo declínio na frequência dos estudos acerca da pena, assim como a restrição no âmbito da reflexão, tendo a temática sido "entregue à sorte da doutrina e dogmática penais" num "claro divórcio ou alheamento da filosofia política" (COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal, Fragmenta iuris poenalis.* 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. § 14, p. 18 e, antes, COSTA, José de Faria. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal, cit., p. 210).

19. SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Vom Sinn der Strafe.* 2. ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1971. p. 44-45.

da pena, pois considera a pena como "entidade independente de fins".[20] Logo, seria um "jogo de palavras desinteressante saber se a concretização de uma ideia – no caso, a ideia da justiça – não é, também ela, um 'fim'".[21] Diante disso, parece não haver efetivamente uma oposição, caso seja considerado que o propósito da retribuição é apontar o fundamento da pena e que a realização da justiça é o fim último de todo o direito.[22] Portanto, no direito penal, tem-se a específica finalidade de realizar a "justiça penal historicamente situada".[23] Certo é que a chamada doutrina absoluta não é rigorosamente livre de uma finalidade,[24] visto que intenciona a realização da justiça penal.[25]

Segundo, a proposta de compensar um mal com outro não teria adequação ética, nem apresentaria respaldo científico, pois a pena retributiva esgotaria "o seu sentido no mal que faz sofrer ao delinquente".[26] Algo próprio de uma doutri-

20. DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal, Parte geral. Questões fundamentais da doutrina do crime*, cit., cap. 4. § 8. p. 47.

21. Idem, p. 48; GALAIN PALERMO, Pablo. *La reparación del daño a la víctima del delito*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2010. p. 345, supostamente seguindo a compreensão geral de ROXIN, Claus. Op. cit., § 3., nm. 8, p. 73.

22. São objetivos fundamentais da "República Federativa do Brasil I – construir uma sociedade livre, justa e solidária", assim como é o destino da instituição do "Estado Democrático" brasileiro "assegurar" a "justiça", entendida no conjunto dos "valores supremos" (art. 3.°, I e Preâmbulo da Constituição Federal brasileira). No mesmo sentido, é o art. 1.° da Constituição da República Portuguesa e igualmente o reconhecimento do valor da justiça – ao menos naquilo que se refere ao ordenamento jurídico internacional – encontra-se no art. 11.° da Constituição Italiana. Sobre o "direito justo" como a expectativa que se tem do direito positivo, NAUCKE, Wolfgang; HARZER, Regina. *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*. 5. ed. 2005. p. 2, nm. 5 e sobre a qualificação do direito exatamente a partir da característica de que "ele tem o sentido de ser justo", RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie, Nach dem Tode des Verfassers besorgt und biographisch eingeleitet von Erik Wolf*. 6. ed. Stuttgart: Koehler, 1963. p. 95.

23. COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal, Fragmenta iuris poenalis*, cit., § 24, p. 20. Em atenção à ideia de justiça material, no essencial, também BERZ, Ulrich. *Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz, eine Untersuchung zu den Gefährdungs- und Unternehmensdelikten*. München: Beck, 1986. p. 36.

24. HÖRNLE, Tatjana. Op. cit., p. 28-29.

25. Assim, no iluminismo italiano de Alessandro Manzoni, CATTANEO, Mario. Op. cit., p. 205-206.

26. DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal, Parte geral. Questões fundamentais da doutrina do crime*, cit., cap. 4. § 10. p. 48-49.

na que acabaria por se lastrear apenas numa "crença" ou "ato de fé"[27] com a consequência de se "revelar" "inimiga de qualquer tentativa de socialização do delinquente e de restauração da paz jurídica da comunidade afetada pelo crime".[28]

Entretanto, tais alegações merecem contestação, uma vez que a suposta inadequação ética e carência de cientificidade são apenas aparentes. Se a pena tem efetivamente por fim a realização da justiça – o que não pode ser prescindido para a pacificação social – não há outra forma de proceder que não seja tomar como base a dignidade do agente como sujeito responsável pelos seus atos. Assim, ao menos como demonstra a fundamentação onto-antropológica da pena, seria – por rigor lógico – um contrassenso considerar a pena essencial à justiça e, simultaneamente, um mal à sociedade.[29]

Terceiro, faltaria a cabal demonstração da competência do Estado penalizar, haja vista que nas sociedades liberais, o Estado não deve ter a tarefa de manter a ordem moral e sim cumprir funções como a prevenção de lesões e a proteção de bens necessários para uma vida segura.[30] Assim, o retributivismo não se ligaria "direta e imediatamente à função do direito penal de tutela subsidiária de bens jurídicos".[31] Sobre isso deve se reafirmar que o direito penal não tem qualquer dependência com uma ordem moral dissociada do próprio ordenamento jurídico. Se o direito penal for efetivamente entendido como a fragmentária e subsidiária técnica de tutela de bens, terá a sua conformação legítima apenas naquele âmbito de intervenção rigorosamente restrito aos limites do "mínimo

27. ROXIN, Claus. Op. cit., § 3. nm. 8, p. 73; SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 455. Em sentido próximo, FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. Op. cit., p. 703 e 717.

28. DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal, Parte geral. Questões fundamentais da doutrina do crime*, cit., cap. 4. § 10. p. 48-49.

29. Mais detalhes, COSTA, José de Faria. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal, cit., p. 209 e 219. No essencial, parece haver perfeito consenso com Cláudia Santos quando afirma que "a pena é, pelo menos em parte, inevitavelmente um mal, ela também tem de ser, por força das finalidades que persegue, inevitavelmente um bem" (SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça restaurativa:* um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal, porquê? Para quê e como? Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 338).

30. ROXIN, Claus. Op. cit., § 3. nm. 8, p. 73; RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*: os Critérios da Culpa e da Prevenção. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 218 e 237; DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal, Parte geral. Questões fundamentais da doutrina do crime*, cit., cap. 4. § 9. p. 48.

31. Idem, cap. 4, § 16. p. 52 e ROXIN, Claus. Op. cit., § 3. nm. 8. p. 72-73.

ético",[32] reconhecível juridicamente por uma determinada comunidade temporalmente situada. E mais, o efeito de prevenção da ofensa de bens jurídicos conecta-se à retribuição penal da culpa exatamente naquilo que lhe é, até certo ponto, inerente.[33] A retribuição da culpa também tem efeitos ou cumpre finalidades preventivas.[34]

Quarto, não haveria explicação acerca da necessidade da censura, isto é, por qual razão algo com significado de pena deveria ser infligido ao autor da conduta e não apenas uma sanção neutra. Ademais, agregar-se-ia o questionamento em relação à presunção da necessidade absoluta da punição, o que eventualmente acarretaria a exigência universal de pena para todo fato criminoso,[35] independente da espécie de crime e do caso em concreto.

Em reposta, deve ser dito que muito se duvida da realidade de sanções neutras em termos éticos e axiológicos. Agora, se sanções neutras viessem efetivamente a existir não seriam próprias do direito penal, mas típicas de outras áreas do ordenamento jurídico.[36] A noção de pena já traz consigo a necessidade de ser desagradável ao condenado.[37] Aqui é importante valer-se do refinamento dogmático já adiantado a respeito das quatro questões acerca da pena: por quê, para quê, como e quando punir.

---

32. JELLINEK, Georg. *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 2. ed. Berlin: Verlag von O. Häring, 1908. p. 45. Especificamente, no direito penal, "os bens jurídico-penais que se defendem são o patrimônio mínimo ético social" (COSTA, José de Faria. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal. cit., p. 222, nota 43).
33. v. HIRSCH, Andreas. Op. cit., p. 55.
34. Para mais detalhes, ver ponto IV.
35. KOTSOGLOU, Kyriakos. Das schweigende Strafrecht. Zur Auflösung des Streits über die 'richtige' Straftheorie. In: BOCK, Stefanie; HARRENDORF, Stefan; LADIGES, Manuel. *Strafrecht als interdisziplinäre Wissenschafttranslate*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2015. p. 16-17.
36. Sobre os critérios para a criminalização de uma conduta social "merecimento de tutela penal" e "carência ou necessidade de tutela penal", COSTA, José de Faria. *O perigo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 467 e COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal, Fragmenta iuris poenalis. cit.*, p. 182-183. Para uma leitura aproximativa dos conceitos da dogmática penal de merecimento de pena, necessidade de pena e a dignidade de tutela penal à análise da estrutura trifásica da proporcionalidade, RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira:* contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2011. p. 43-44.
37. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. In: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus, Tagebücher 1914-1916, Philosophische Untersuchungen*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 2006. n. 6.422, p. 83.

São instâncias diferentes de reflexão que remetem a aspectos diferentes do mesmo instituto. A doutrina da retribuição responde à primeira pergunta,[38] na medida em que afirma o dever de punir o agente em razão da culpa pela realização do fato, mas não vai muito além da intenção de realização da justiça penal para indicar exaustivamente quer as finalidades da pena, quer como e quando deverá ocorrer a punição. É por essa razão que a previsão legal e a formulação doutrinal do instituto da dispensa ou isenção de pena não atacam o retributivismo sustentado na culpa como fundamento da pena.

O reconhecimento de que o juízo positivo de culpa nem sempre implica uma pena – como ocorre, por exemplo, nos casos dos arts. 121, § 5.º e 129, § 8.º, do CP[39] – não equivale a negar a culpa como fundamento da pena. Apenas se percebe que há hipóteses legais especiais, expressamente previstas, de isenção de pena relacionadas à necessidade da punição, ou seja, circunscrita ao "quando" punir. Não há dúvida que os fatos isentos de pena são típicos, ilícitos e culpáveis. Isto é, são crimes – como expressão de desvalor jurídico – impuníveis. Isso significa persistir no ideal de que toda pena requer a verificação da culpa – o que é o seu fundamento (*nulla poena sine culpa*) –,[40] entretanto há casos nos quais, embora exista culpabilidade, carece de razão para a punibilidade da conduta, conforme dispõe manifestamente a lei.

Não há razão para crer em algo que, por vezes, é confundido na crítica, ou seja, que toda infração penal imporia inapelavelmente o imperativo categórico da punição. Acolher o axioma que impede a instrumentalização do homem, defendido no iluminismo de Beccaria e de Kant, não implica se perpetuar limitado às fronteiras do modelo kantiano como um todo acabado e perfeito.[41]

---

38. Assim, parece se superar os obstáculos apontados em GRECO, Luis. A ilha de Kant. In: _____; MARTINS, Antonio. *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. p. 276-278.

39. "Homicídio simples. Art 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos. Homicídio culposo. § 5.º – Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária" e "Lesão corporal. Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano. Pena – reclusão, de dois a oito anos. Lesão corporal culposa. § 8.º – Aplica-se à lesão culposa o disposto no § 5.º do art. 121".

40. Por exemplo, recentemente, com a correta separação entre fundamento e fins das penas, DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal, parte geral*. 4. ed. Com colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 527.

41. Assim, ainda que sem ressaltar a distinção entre fundamento e finalidades da pena, parece claro na noção de "dever relativo de punir" em GRECO, Luis. Op. cit., p. 276-277.

Quinto, alegar-se-ia uma tendência à perda da clareza na explicação ao convocar metáforas imprecisas. O retributivismo tradicional e o neoretributivismo utilizariam a expressão "a pena retribui o ilícito" ou a alegoria do delinquente que "paga com a mesma moeda" ou, ainda, a noção de que a pena poderia revogar o injustificado benefício obtido com o crime.[42] Essa crítica trata mais da incapacidade das metáforas na elucidação do que exatamente justifica a retribuição do que propriamente da oposição ao ideal e ao fundamento dessa orientação. Portanto, é viável superar tais obscuridades na explicação das razões do retributivismo, por meio de argumentações mais claras, objetivas e aprimoradas.

Ao fim, a retribuição consiste na expressão dos princípios da liberdade e autonomia e, consequentemente, responsabilidade e igualdade,[43] o que permite assentar o seu fundamento num juízo axiológico ou ético-jurídico concretizado na culpa do agente da conduta ofensiva, desvaliosa e reprovável, ao bem jurídico. É preciso ter consciência que isso se afasta obrigatoriamente de qualquer intenção utilitarista profilática e igualmente de qualquer clamor social por vingança,[44] porque se prende ao dever de realização de justiça no campo de intervenção do direito penal.

## 3. As finalidades da Pena Criminal (ou as chamadas Doutrinas Relativas)

As finalidades da pena são o que confere referencial para a denominação de doutrinas relativas da pena. São chamadas de doutrinas relativas porque concebem a pena criminal não como um mal legítimo em si mesmo para a justa e proporcional retribuição do desvalor do delito, mas como um instrumento jurídico relacionado ao cumprimento de uma finalidade ou função. Portanto, a pena deve atender ou buscar atender à "finalidade precípua de toda a

42. v. HIRSCH, Andreas. Op. cit., p. 45.

43. COSTA, José de Faria. Op. cit., p. 386; COSTA, José de Faria. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal. cit., p. 209. Na Argentina, semelhante em DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho penal*: parte general. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006. p. 320. Historicamente, mesmo os críticos do direito penal liberal já reconheciam que "também o liberalismo pode aceitar a pena retributivas" (DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich, *Liberales oder autoritäres Strafrecht*, Hamburg: Hanseatische Verlag, 1933. p. 8).

44. COSTA, José de Faria. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal. cit., p. 234; MANTOVANI, Ferrando. Op. cit., p. 734 e 738.

política-criminal, a prevenção ou profilaxia criminal",[45] tendo a sua natureza num "instrumento político-criminal destinado a atuar (psiquicamente) sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes através da ameaça penal".[46] Tal entender encontra, nos seus primórdios, a suposta afirmação de Protágoras – com aval de Platão – que pode ser lida, quase quatro séculos depois, em Sêneca "*nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*".[47]

A noção de pena como prevenção dos crimes ganhou espaço com algumas narrativas iluministas, tanto no viés da prevenção geral, quanto da prevenção especial ou individual. Por exemplo, mais de 1.700 anos depois de Sêneca, o ideal preventivo (especial e geral) incorpora-se ao pensamento iluminista italiano. Beccaria afirma que o "fim das penas não é o de atormentar e afligir um ser sensível, nem o de anular um delito já cometido", mas, sim, "impedir o réu de fazer novos danos aos seus concidadãos e de dissuadir os outros de fazer o mesmo".[48]

A característica essencial das doutrinas relativas consiste na sua natureza antecipatória ou profilática com particular atenção ao futuro, razão pela qual se aplica a denominação de preventivas tendo em vista a intenção de *praevenire* – de diversos modos – a prática de condutas futuras. Tais orientações recebem divisão em prevenção geral, relativa à comunidade em geral, e especial, relativa ao indivíduo em específico, sendo o primeiro grupo composto pela prevenção

45. DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal, Parte geral. Questões fundamentais da doutrina do crime*, cit., cap. 4. § 11, p. 49.

46. Idem, § 14, p. 50.

47. A narrativa de Sêneca constrói-se levando em consideração a gravidade dos crimes e a necessidade de julgamento segundo o referencial da razão, o que, em parte, parece colidir ou, ao menos, limitar a primazia da prevenção sobre a justa punição do criminoso (SENECA. De ira. *Moral Essays*: Edição bilíngue, Trad. John W. Basore. London: William Heinemann, 1938. vol. 1. livro 1, § 7, p. 158). Tal compreensão arrancaria da inexorável irreversibilidade do tempo passado e a necessidade imperiosa de resignação com a instituição presente da proibição visando o efeito futuro (*revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur*), todavia – ao desconsiderar que a justiça feita no presente toma por base o fato pretérito e projeta consequências para o futuro – polariza a sua atenção em demasia na exemplaridade da punição (Idem, §§ 7. e 8. p. 158).

48. BECCARIA, Cesare. Op. cit., p. 84-85. Beccaria seria, para alguns, o primeiro penalista a se dedicar, de modo teorético e global, ao desafio da prevenção dos crimes, o que poderia ser estudado no conjunto do pensamento filosófico denominado, nos dias de hoje, como comunitarismo (KINDHÄUSER, Urs. Acerca de la concepción de la prevención criminal de Cesare Beccaria. *Revista brasileira de ciências criminais*. n. 87. São Paulo: Ed. RT. 2010. p. 152 e 161).

geral negativa e pela prevenção geral positiva, já o segundo pela prevenção especial negativa e pela prevenção especial positiva.

### *3.1. Prevenção geral negativa (intimidação)*

Uma das primeiras teorizações, referida até hoje, com feição preventiva geral negativa é a doutrina da "coação psicológica" (*psychologischen Zwang*) que concebe a "finalidade de ameaça da pena" literalmente como elemento de "intimidação" do eventual autor do delito.[49] Isto é, a redação legal do ilícito criminal e a associação a ele de uma pena desestimulam – em virtude da ameaça de pena – aqueles interessados em praticar o fato descrito.[50]

Essa orientação tem recebido tradicionais críticas que devem ser mencionadas. Primeiro, a história mostra que o ideal de intimidação não conseguiu impedir a utilização de penas corporais na Idade Média e de longas penas de prisão no período moderno.[51] Não se consegue nem mesmo comprovar a utilidade e determinar o *quantum* necessário de penas aflitivas para obter o fim pretensamente estabelecido.[52] Segundo, a falta de um critério limitador da intensidade da pena permite descambar no surgimento do Estado aterrorizador do indivíduo, que retira a tranquilidade dos cidadãos e obtém obediência por

49. v. FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 9. ed. Giessen: Heyer, 1826. § 16. p. 20. Mais adiante, seguida por Schopenhauer quando afirma sobre o fim da pena que "a única finalidade da lei é intimidação do prejuízo aos direitos de outros" (SCHOPENHAUER, Arthur. *Die Welt als Wille und Vorstellung, Vollständige Ausgabe nach der dritten, verbesserten und beträchtlich vermehrten Auflage von 1859*. Köln: Anaconda Verlag, 2009. p. 309). Sobre a concepção de Schopenhauer, GOTTLIEB, Heschel. *Schopenhauers Einfluß auf die Strafrechtswissenschaft*. Berlin: Rothschild, 1917. p. 58. Na doutrina italiana, ALIMENA, Bernardino. *La scuola critica di diritto penale:* prolusione ad un corso di diritto e procedura penale nell'Università di Napoli. Napoli: Pierro, 1894, p. 30 e 32 e, na brasileira, BEVILAQUA, Clovis. Criminologia e direito. In: _____, _____. Criminologia e direito. Salvador: Livraria Magalhães, 1896. p. 15-16.

50. Assim, em abordagem econômica do direito, EIDENMÜLLER, Horst. *Effizienz als Rechtsprinzip, Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*. Tübingen: Mohr, 1995. p. 353-354.

51. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 459; DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal, Parte geral. Questões fundamentais da doutrina do crime*, cit., cap. 4. § 17, p. 53.

52. JAKOBS, Günther. Op. cit., 1/30, p. 21-22; DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal, Parte geral. Questões fundamentais da doutrina do crime*, cit., cap. 4. § 17, p. 53; HÖRNLE, Tatjana. Op. cit., p. 20.

meio da ameaça penal.[53] Terceiro, essa orientação não consegue superar a visão do pragmatismo utilitário do custo-benefício para assumir a finalidade de realização da justiça enquanto tal.[54] Quarto, ocorre a utilização da sanção penal de modo exemplar para eventuais e futuros delinquentes – mediante a instrumentalização do ser humano para cumprir uma qualquer utilidade jurídica ou social –,[55] o que é vedado num Estado Democrático de Direito fundado na "dignidade da pessoa humana".[56]

### *3.2. Prevenção geral positiva (confirmação da vigência da norma)*

Na segunda metade do século XX, significativamente mais recente, autonomizou-se a proposta da prevenção geral de cariz positivo ou também conhecida como "integração/prevenção".[57] O exato sentido da prevenção geral positiva ainda não é unívoco em termos dogmáticos e político-criminais, haja vista que, no mínimo, duas distintas concepções são possíveis identificar. Para uns, a prevenção geral positiva desempenharia apenas mais uma finalidade no conjunto das finalidades da pena.[58] Consistiria na demonstração da "inviolabilidade do direito" necessária para preservar a "confiança na ordem jurídica" e reforçar a "fidelidade jurídica" do povo.[59] Ao menos, três efeitos seriam visados: fidelidade ao direito, confiança do cidadão no direito e pacificação.[60]

---

53. ROXIN, Claus. Op. cit., § 3., nm. 32. p. 83, seguido por SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 459. Caso emblemático encontra-se na história francesa do século XVIII, cuja pretensão de segurança pública por meio de punições exemplares oportunizou a manifestação da "*Déclaration royale du 4 mars 1724*", na qual constava expresso que "o furto (*le vol*) doméstico será punido com a pena de morte" (LAINGUI, André; LEBIGRE, Arlette. *Histoire du droit penal, Le droit pénal*. Paris: Cujas, 1979. p. 117 e 119).
54. Nesse sentido, em Manzoni, CATTANEO, Mario. Op. cit., p. 206.
55. Ver acima nota 12.
56. A República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF).
57. SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit., p. 460. Isso não quer dizer que – em 1896 – a finalidade de reforço dos valores da norma já não pudesse ser lida na afirmação de Clovis Bevilaqua de que a pena "produzirá no organismo psychico, na consciência da especie, uma saturação dos principios que ella defende"(BEVILAQUA, Clovis. Op. cit., p. 17).
58. ROXIN, Claus. Op. cit., § 3. n. 41. p. 87. Veja-se que Roxin sustenta uma concepção unificadora das finalidades da pena (Idem, § 3.º, n. 60, p. 95).
59. Idem, § 3. n. 26. p. 80.
60. Idem, n. 27. p. 80-81.

Em consideração a essa orientação, algumas críticas são evidenciáveis. Primeiro, ao que tudo parece indicar, o pretendido com a chamada prevenção geral positiva são efeitos oportunizados pela noção de pena como retribuição do crime. Aliás, esses fins seriam tão mais efetivamente alcançados quanto mais certa fosse a punição, vez que não se duvida que a fidelização ao direito, a confiança do cidadão e, por consequência, a "pacificação social" dependem de uma tal segurança oferecida pela certeza na reprovação. Segundo, o fundamento da pena deixa de ser a reprovação do fato criminoso para, desvinculando-se desse núcleo fundamental, assumir a finalidade de evitação de novas ocorrências delituosas.

Já, em outros, a doutrina prevencionista geral é levada as suas últimas consequências. Isto é, a "afirmação da validade da norma" – diga-se do sentido que ela encerra – é assumida como a finalidade legítima do direito penal, a tal ponto que passa mesmo a ser concebida como o único "bem jurídico-penal".[61] A prevenção define-se como "demonstração da validade da norma" manifestada por meio da "reação" contra o comportamento do responsável pela violação da norma.[62] Reação essa tida como necessária para "reafirmar as expectativas normativas" frustradas com a ocorrência do crime.[63] O crime significaria, de maneira geral, a "recusa de reconhecimento" da norma pelos membros e, portanto, a pena seria "o restabelecimento da relação de reconhecimento" contida na norma.[64] O fundamento e a finalidade da pena se confundiriam sintetizados no interesse de "evitar as consequências perigosas do crime para a comunidade".[65]

Em atenção à radical modalidade de prevenção geral positiva, algumas objeções são seguramente necessárias. Primeiro, é uma compreensão que se afas-

61. JAKOBS, Günther. Op. cit., n. 5, p. 36-37. Vale notar que, segundo essa orientação, a categoria do bem jurídico nem segue com a mesma compreensão, nem desempenha sua função tradicional reconhecida pela doutrina penal (JAKOBS, Günther. Op. cit., n. 3-4, p. 35-36 e n.7-8, p. 37-38); KINDHÄUSER, Urs. Zur Logik des Verbrechensaufbaus. In: KOCH, Harald (Hrsg.), *Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen?* Berlin: Berlin Verlag Spitz, 1997. p. 84.

62. Idem, n. 1-2, p. 5, n.3, p. 6.

63. Idem, n. 6, p. 7.

64. SEELMANN, Kurt. Hegels Straftheorie in seinen "Grundlinien der Philosophie des Rechts", cit., p. 690-691; KINDHÄUSER, Urs. Zur Logik des Verbrechensaufbaus, cit., p. 85-86.

65. Idem, p. 691.

ta da realidade do fato concreto ofensivo ao bem jurídico[66] para atribuir ao direito penal e, em específico, à pena criminal uma função abstrata e indefinida de afirmação da validade das normas.[67] A pretensão fidelizadora do indivíduo e reforçadora da confiança social no direito é ainda mais duvidosa, caso a própria ordem jurídica seja entendida como determinada por diversos – à primeira vista nem sempre coerentes e harmônicos – interesses político-criminais. A capacidade orientadora de condutas de qualquer norma jurídica sujeita-se, em última instância, ao reconhecimento comunitário de uma certa legitimidade ético-axiológica identificada no seu conteúdo.

Segundo, o afastamento do valor tutelado desmaterializa, indefine e amplia o espaço de intervenção jurídica, fazendo o direito penal retornar – o que revela um paradoxo – ao mais empedernido legalismo. A norma torna-se o grande bem a ser protegido, que decerto tem o seu valor afirmado apenas por ser uma expectativa de conduta, cujo ideal se adequaria ao núcleo do positivismo jurídico baseado no valor da segurança jurídica. A finalidade não seria propriamente a reafirmação da vigência geral da norma, instituinte de um âmbito de proteção do bem jurídico variável de acordo com o contexto interpretativo, antes disso seria a afirmação da vigência de um rígido sentido da norma, que se entende contrariado pela conduta. Daí se pode dizer que não é a confirmação abstrata da existência da norma de conduta, mas sempre a intervenção concreta para preservar um sentido específico e tendencialmente invariável dela.

### *3.3. Prevenção especial negativa (neutralização)*

As doutrinas da prevenção especial elegem a execução da pena como tema de reflexão, pois tanto a prevenção especial negativa (neutralização) decorrente da execução da pena, quanto a prevenção especial positiva (ressocialização) são um ideal que eventualmente poderá ser alcançado durante o cumprimento da penalidade. A neutralização ou inocuização do condenado – com o fim de que não cometa novos crimes enquanto estiver a cumprir a pena – é buscada diretamente de duas formas. No mais das vezes, pensa-se na restrição da li-

66. Sobre a centralidade do conceito de crime como ofensa a bem jurídico, D'AVILA, Fabio. *Ofensividade em direito penal, escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 57-79, e com maiores detalhes, D'AVILA, Fabio. Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). *Studia Iuridica n. 85*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 39-62.

67. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 102-103.

berdade total ou parcial, por meio da proibição de frequentar determinados lugares durante certo período.[68] Igualmente nada impede que se obtenha o mesmo efeito de modo indireto no período em que o condenado presta serviços à comunidade.

Os limites de tal finalidade para alcançar a qualidade de fundamento geral da pena criminal são significativos. Primeiro, considera todo aquele que comete um crime como uma constante e efetiva ameaça social, que reivindicaria a intervenção neutralizadora na qualidade de única medida adequada. Na verdade, essa caracterização atende apenas uma parcela dos autores de delitos – *v.g.* criminosos sexuais –, sendo incapaz de ser estendida legitimamente ao múltiplo universo das variadas espécies de crimes. Segundo, a estratégia de controle da criminalidade por meio da privação da liberdade é amplamente questionável em termos criminológicos em razão da sua patente temporalidade, considerando que produz efeitos somente no período de execução da pena.

### *3.4. Prevenção especial positiva (ressocialização ou reintegração)*

A orientação da prevenção especial positiva está lastreada sobre o ideal de reeducação e reinserção social do condenado na comunidade livre e democrática. Parte do princípio que o crime é um ato de "ignorância" ou mesmo uma "patologia", obra de um criminoso entendido como alguém apartado da realidade comunitária. Segundo essa orientação, os criminosos – ou ao menos a sua maioria – tendem a ser concebidos como sujeitos perigosos ora pouco desenvolvidos cultural ou eticamente, ora portadores de enfermidades e por isso carecedores de educação ou tratamento.[69] Essas medidas são justificadas com total ou parcial independência em relação ao juízo de culpa pelo fato, mas levam sempre em consideração às condições pessoais do condenado. Acima de tudo, o direito penal e a pena são entendidos como vocacionados ao exercício curativo e pedagógico. Os antecedentes recentes e inultrapassáveis dessa orientação – embora com fundamentos diversos aos defensores atuais – encontram-se no pensamento do positivismo antropológico italiano[70] e na "*nouvelle*

68. Dispõe o art. 47 do CP "Art. 47 – As penas de interdição temporária de direitos são: (...) IV – proibição de frequentar determinados lugares".

69. Em sentido crítico, ALIMENA, Bernardino. Op. cit., p. 17, 19 e 33.

70. Idem, p. 19; RODRIGUEZ DEVESA, José Maria. Op. cit., p. 833.

*défanse sociale*" francesa,[71] ao proporem capacidades corretivas do condenado por meio da imposição da pena criminal.

Nem sempre destacados pela doutrina são os traços marcantes que esse programa reeducativo ou reintegrativo[72] têm na legislação internacional[73] e infraconstitucional brasileira. Por exemplo, no Brasil, manifesta-se nos modelos em que a pena privativa de liberdade é "executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso"[74] até o condenado atingir a plena capacidade de retornar à vida livre e nas oportunidades de remição da pena "por trabalho ou por estudo"[75] previstos, respectivamente, nos arts. 112 e 126 da Lei de Execução Penal – LEP (Lei 7.210/1984).

Todavia essa compreensão está exposta a consideráveis críticas. Primeiro, a premissa de afastamento social de todos os criminosos da qual parte a prevenção especial positiva não encontra perfeito respaldo na antropologia e na criminologia contemporânea. Não é uma particularidade apenas dos delinquentes dos crimes empresariais viver inserido na sociedade, visto que é a sociedade o espaço onde o criminoso realiza os seus crimes. Assim, a falada

71. BETTIOL, Giuseppe. Op. cit., p. 740-742, e especialmente, p. 740, nota 47.

72. Independente do exato sentido que seja buscado com a prevenção especial positiva – seja na forma de ressocialização, seja na reintegração, a partir do pensamento de Alessandro Baratta – ver SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça restaurativa:* um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal, porquê? Para quê e como? Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 317-318.

73. Há países, diferentemente do Brasil, nos quais o dever do estado de "reeducação" e "reinserção social" do apenado chega mesmo a ter estatuto constitucional, como é o caso do art. 25.2 da Constituição Espanhola, cujo texto, conforme indica a doutrina, positiva o acolhimento do correcionalismo – do final do século XIX – sobretudo, de Karl August Röder (RODRIGUEZ DEVESA, José Maria. Op. cit., p. 832 e nota 45). Anteriormente, no mesmo sentido, é o dever de "tender a reeducação do condenado" contida no art. 27, *comma terzo* da Constituição Italiana. Sobre o correcionalismo de Krause e de seu discípulo Röder na legislação portuguesa, DIAS, Jorge Figueiredo. A reforma do código penal português: princípios e orientações fundamentais. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.* v. XLVIII. Coimbra, 1972, p. 109-110.

74. "Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão".

75. "Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena".

socialização seria, em verdade, mais a aderência a certa compreensão ética da vida em comunidade que propriamente a aquisição de interação comunitária em si mesmo.[76]

Segundo, a imprecisão do conteúdo essencial da ressocialização arrisca violar os direitos à "liberdade de consciência e de crença"[77] e à integridade psíquica do condenado, por meio de uma incorreta compreensão do dever do Estado ressocializar ou, ainda mais gravoso, do apenado deixar-se ressocializar. Não há como afastar completamente a constatação de que o dever imperativo de reforma do condenado é uma constante nas doutrinas correcionalistas, mesmo quando não sejam animadas por um espírito paternalista moralizador ou médico curativo estatal. A imposição jurídica de tal reforma íntima desafia o próprio núcleo essencial das repúblicas democráticas e pluralistas, porque a pessoa não teria o direito pleno de autodeterminação e de responsabilização pelas suas condutas.[78] Isto é, toda vez que viesse a ser condenada, a introjeção de valores de certa compreensão ética comunitária seria compulsória. Conforme essa orientação, a pena não seria um bem por se tratar de um meio que pressupõe uma pessoa capaz e responsável no exercício da sua liberdade, mas, sim, porque corrige e educa – ou, se preferível, socializa – o criminoso. Em síntese, a "ideia de defesa social", que a prevenção especial positiva encarna, "é colocada em pura antítese com a ideia retributiva".[79]

Terceiro, há casos nos quais o crime, embora de indubitável gravidade, foi cometido por um agente que não demonstra qualquer propensão a voltar a delinquir, como é o caso dos crimes passionais. Em defesa da prevenção especial

76. A dificuldade de seguir o modelo geral ressocializador para o específico caso do delinquente de colarinho-branco mostra que o problema não é propriamente a socialização ou interação social, mas a reativação do "respeito dos valores fundamentais da vida em sociedade" (FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. Op. cit., p. 705-706).

77. Art. 5.º, VI da Constituição Federal do Brasil.

78. Nesse sentido, o Tribunal constitucional alemão já decidiu – em 1967 – que "o Estado não tem a tarefa de 'melhorar' os seus cidadão e por isso também não o direito de retirar a sua liberdade apenas para os melhorar" (BVerfGE, 2. Senat, 18.07.1967, v. 22, p. 219-220). Sobre isso HASSEMER, Winfried. Darf der strafende Staat Verurteilte bessern wollen? – Resozialisierung im Rahmen positiver Generalprävention. In: PRITTWITZ, Cornelius, *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*. Baden-Banden: Nomos Verlag Gessellschaft, 2002. p. 238 e ROXIN, Claus. Op. cit., § 3. nm. 17 e 39, p. 76 e 86.

79. BETTIOL, Giuseppe. Op. cit., p. 741.

positiva tem-se afirmado – ainda que sem erigi-la como a única finalidade[80] – que, caso entendida como "prevenção da reincidência", seria um "componente irrenunciável das finalidades da pena", porque estaria ligada diretamente à função do direito penal de tutelar o bem jurídico.[81]

Contudo, deve ser ponderado que se trata de um modelo de justificação altamente preventivo vocacionado ao futuro, com tendência a desconsiderar o fato pretérito, que, aliás, é a razão de existência do processo penal e da aplicação da pena. E, assim, o direito penal abandonaria a finalidade de realizar a justiça penal para assumir a intenção de afastar as pessoas da prática de crimes, dado que a pena não se orientaria pela justa retribuição da culpa.

Apresentadas as cabíveis críticas à doutrina da ressocialização, deve-se confrontar brevemente a diferença entre o questionável ideal de "ressocialização" e a "evitação de nova dessocialização". Enquanto por ressocialização pretende-se um ideal mais próximo ao paternalismo, por evitação de nova dessocialização tem-se a postura concreta que deve assumir o Estado para punir o delinquente sem proporcionar a piora no seu estado físico, psíquico, cultural para além daquilo absolutamente inerente à aplicação da sanção. Mais do que isso, é conveniente que não ultrapasse os limites próprios da pena, a fim de salvaguardar as hipóteses de autônomo desenvolvimento biopsíquico-cultural daqueles que têm esse interesse.[82]

A partir disso, obtêm-se bases doutrinais mais sólidas para o esclarecimento do significado próprio do dever da execução penal "proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado" contido no art. 1.º da LEP.[83] O direito do condenado ao digno tratamento – com respeito à sua integridade psíquica e às liberdades de consciência e crença durante a execução da pena

80. Hassemer considera a doutrina da prevenção geral positiva a melhor "candidata" para colocar o ideal de ressocialização no seu devido lugar (HASSEMER, Winfried. Op. cit., p. 238-240).

81. DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal, Parte geral. Questões fundamentais da doutrina do crime*, cit., cap. 4. § 24 e 26, p. 56-57; BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 98.

82. No sentido de que o Estado deve oferecer os meios necessários à reinserção social do condenado sem obrigar a ressocialização, DIAS, Jorge Figueiredo. Direito penal, Parte geral. Questões fundamentais da doutrina do crime, cit., cap. 4. § 24, p. 56 e entendendo que esse é o "objetivo tendencial" da pena, FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. Op. cit., p. 701-702.

83. O art. 1.º introduziu novas intenções legais no sentido de que a execução penal deve por "objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado ou do internado".

– impede a aceitação do programa ressocializador da prevenção especial positiva como razão de existir da pena criminal. Os efeitos da pena na restrição de direitos fundamentais não podem ultrapassar aqueles inerentes à própria natureza da pena.

## 4. A CONFUSÃO DO FUNDAMENTO COM AS FINALIDADES DA PENA NAS CHAMADAS DOUTRINAS UNIFICADORAS OU SINCRÉTICAS

As doutrinas unificadoras ou sincréticas foram propostas – por meio de distintas combinações e priorizações de diversas finalidades da pena – com intuito de superar problemas particulares e preencher lacunas explicativas de cada uma das doutrinas de base. As doutrinas unificadoras da "prevenção geral mitigada por meio dos critérios de justiça" têm alcançado novos defensores,[84] depois de terem recebido quase unânime recusa. Recentemente, v. Hirsch, por meio de uma análise aproximativa da tradição do direito penal do *Common law* com a dogmática alemã, retoma a questão da inexatidão e insuficiência do debate da pena apenas no horizonte dicotômico das doutrinas puramente absolutas ou puramente relativas.[85] Considera que a teoria da pena assume "natureza complexa", de modo que contém um "julgamento moral" (censura) e o "desencorajamento" (prevenção) da realização da conduta criminosa.[86]

Todavia, mesmo as novas compreensões das doutrinas unificadoras seguem sendo alvo de críticas, já que, ao fundo, querem fazer integrar finalidades relativas num corpo teórico que se pretende predominantemente absoluto. Em parte, vale o que corretamente se afirmou sobre a compreensão diacrônica de Eberhard Schmidhäuser[87] pautar-se numa "visão imediatista do problema pelos destinatários das normas penais",[88] que acaba por esquecer o fato da pena

84. SEELMANN, Kurt. Hegels Straftheorie in seinen "Grundlinien der Philosophie des Rechts", cit., p. 691. Por exemplo, v. HIRSCH, Andreas. Op. cit., p. 43-67; HÖRNLE, Tatjana. Op. cit., p. 11-30.

85. v. HIRSCH, Andreas. Op. cit., p. 55-56. Partindo da mesma questão, com outra perspectiva, para propor a reparação do dano como "equivalente funcional da pena", GALAIN PALERMO, Pablo. Op. cit., p. 347-348 e 364.

86. v. HIRSCH, Andreas. Op. cit., p. 56, nota 31.

87: SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Op. cit., p. 87-104, esp. 102-104.

88. DIAS, Jorge Figueiredo. Direito penal, Parte geral. Questões fundamentais da doutrina do crime, cit., cap. 4. § 35, p. 62.

ser uma instituição inteira, passível apenas de perspectivação nos seus diversos momentos.

Essencial é lembrar a reflexão de Nietzsche acerca da suposta impossibilidade de determinação rigorosa do exato sentido da punição.[89] Trata-se da constante e significativa ameaça à justa realização do direito penal nos tribunais, que acaba por espelhar a confusão doutrinal entre os fundamentos e as finalidades da pena ou mesmo a polarização do estudo apenas no que toca as várias e, em boa medida, tendencialmente incontroláveis finalidades da pena. Maior é a dificuldade de entender o fenômeno da punição se o fundamento da pena acaba sobreposto ou igualado às finalidades. Em última linha, a fragmentação do sentido da pena – consoante à realidade do condenado e de cada um daqueles intervenientes –[90] tem a incontornável consequência de reduzir o problema do fundamento apenas ao problema da consecução de finalidades.

Também o contemporâneo reavivamento das doutrinas unificadoras com desafio de harmonizar a utilidade preventiva ao fundamento axiológico, demonstra, inexoravelmente, a preponderância do fim sobre o fundamento nas hipóteses de colisão entre ambos.[91] Certo é que assumir doutrinas sincréticas, que equiparam fundamentos e fins para a solução do problema, incrementa a possibilidade de ampliação da obscuridade e de descontrole no julgamento do cabimento e da necessidade de aplicação da pena criminal.

## 5. A FUNÇÃO DA PENA DIFERENTE DO SEU FUNDAMENTO E DAS SUAS FINALIDADES

Realizado o estudo do fundamento e das diversas finalidades da pena criminal, bem como das chamadas doutrinas absolutas e relativas que lhe sustentam, é a vez de analisar a propriedade explicativa dessa bipartição classificatória e o funcionamento de algumas penas em espécie. Para isso, se enfrenta alguns âm-

89. Nietzsche afirma que o conceito de pena não representa um sentido, mas, sim, uma "síntese total de sentidos" que "cristaliza numa forma de unidade, a qual é dificilmente solúvel, difícil para analisar" e "totalmente indefinível", de modo que é "impossível dizer exatamente porque realmente foi punido" (NIETZSCHE, Friedrich. *Zur Genealogie der Moral, Eine Streitschrift*. Stuttgart: Reclam, 2009. p. 71. nm. 317).

90. SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Op. cit., p. 87-102.

91. Veja-se, exemplarmente, a proposta de v. Hirsch que, em certos casos, numa sociedade pacífica e econômico-socialmente suficientemente desenvolvida, não haveria a necessidade de prevenção o que justificaria a impunibilidade (v. HIRSCH, Andreas. Op. cit., p. 58).

bitos obscuros, nos quais a confluência de distintos efeitos é perceptível no instituto da pena criminal. A determinação do fundamento da pena – alicerçada no sentido retributivo da culpa do agente – nem limita em termos doutrinais, nem impede em termos fáticos que a pena tenha outras funções ou consequências, por vezes, mesmo essenciais para outras orientações dogmáticas diversas.

Examine-se, por exemplo, o funcionamento da prevenção geral negativa. A proibição de uma determinada conduta com a associação de uma pena criminal é capaz de orientar condutas de todos aqueles que veem na lei específica a ameaça de punição estatal, mesmo em comunidades plurais. Trata-se de algo próprio da intimidação instituída pela previsão da pena, o que – por ser um fenômeno psíquico individual ou coletivo – independe do fundamento identificado para a penalidade, assim como não se sujeita à rigorosa determinação e controle da eventual quantidade exata de pena necessária para a obtenção desse resultado. Em última instância, é uma questão quase insondável que depende da confluência de uma série de fatores objetivos e subjetivos, carecedores de pesquisa empírica.[92]

Algo semelhante ocorre na eventual consequência de confirmação da vigência da lei penal. A reafirmação normativa resulta da certeza da retribuição na exata proporção devida para a realização da justiça, pois, ao fim, a massiva orientação das condutas dos cidadãos depende do reconhecimento comunitário da legitimidade e da necessidade da norma penal. Isto é, pressupõe que a postura estatal frente à infração da norma não seja, por um lado, abusivamente seletiva ou injustificadamente condescendente no reconhecimento dos comportamentos puníveis e, por outro, não excessiva e arbitrária na medida da pena aplicada. Muito breve: a confirmação da vigência da norma depende da justa e certa punição.

No âmbito das consequências decorrentes do funcionamento de determinada espécie de pena, é emblemático o caso da pena privativa de liberdade acarretar, como inevitável corolário, a prevenção especial negativa na forma de segregação temporária do condenado. O efeito acontece ainda que não se tenha como intenção a inocuização e mesmo se reconheça significativas dúvidas sobre a bondade sociológica do encarceramento. Trata-se de algo ínsito à própria natureza da pena privativa de liberdade, mesmo que ineficiente no que diz respeito à sustentabilidade da estratégia de controle da criminalidade.

92. No geral, ressaltando a necessidade do direito penal atentar a outras ciências, KOTSOGLOU, Kyriakos. Op. cit., p. 36.

Por fim, é reconhecível que a experiência do processo de condenação e de cumprimento da pena pode oportunizar ao criminoso a reflexão ética e a reforma dos hábitos, de modo a se adequar aos valores do ordenamento jurídico na forma esperada pela prevenção especial positiva. Todavia isso é absolutamente incontrolável por meio dos instrumentos penais, pois decerto depende da vontade do condenado. Fato que é reconhecido também pelos defensores da doutrina da reeducação, quando admitem haver um ponto de "crise" teórica, nos casos em que o crime é "fruto de uma escolha político-ideológica" do indivíduo.[93]

Portanto, se essas observações são corretas, evidencia-se a inadequação científica de persistir na divisão doutrinária em estreita dicotomia, porque algumas consequências – independentes da razão de punir – são realmente ínsitas a certas modalidades de pena. Aliás, é muito provável que a classificação teórica dicotômica não seja representativa fiel do que a comunidade realmente idealizou e encontrou na pena ao longo da história e que persiste a se deparar na atualidade. Dificilmente a representação da pena goza de pureza conceitual ou explicação unitária na imagem popular e, até mesmo, na prática cotidiana dos tribunais. Esse modelo explicativo resulta inexato e incompleto também por não permitir perceber os matizes das compreensões doutrinárias, pois, não raramente, as orientações aparecem com uma dogmática unificada ou sincrética.[94]

## 6. CONCLUSÃO: A NECESSIDADE DA PRÉVIA DETERMINAÇÃO DO FUNDAMENTO PARA A INDICAÇÃO DAS FINALIDADES NA TEORIA QUADRIPARTIDA DE LEGITIMAÇÃO DA PENA

A teoria quadripartida de legitimação da pena criminal estrutura-se em quatro problemas essenciais – fundamento, finalidades, forma de punição e oportunidade de punição –, conforme foi anteriormente apresentado.[95] Diante disso, o prejuízo compreensivo da visão que confunde, equivale ou suplanta o problema da justificação da punição pela discussão da utilidade dos fins da pena pode ser sintetizado em quatro pontos:

93. FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. Op. cit., p. 706. Contudo, não resta claro porque apenas as razões político-ideológicas são privilegiadas como conteúdo da autonomia moral do autor do fato, deixando a liberdade de crença e de consciência atreladas a motivações de ordem ético-religiosa ou ético-pessoal sem qualquer proteção constitucional.

94. MANTOVANI, Ferrando. Op. cit., p. 737.

95. Ver Ponto I, penúltimo parágrafo.

(1) o equívoco jurídico-filosófico, ao supor que o problema dos fins da pena é mais importante em termos de orientação da intervenção penal ou mesmo que é capaz de suprir ou resolver a questão da justificação da pena;

(2) a perda de rigor criminológico e político-criminal, ao encobrir os exatos fundamentos, finalidades, necessidades e legítimos limites da intervenção penal, dado que não há como avaliar realmente se a associação de uma pena à determinada conduta desvaliosa tem na sua base quer um fundamento ou uma finalidade, quer ambos;

(3) a incapacitação categorial da dogmática penal para a específica avaliação da bondade dos interesses político-criminais na penalização e despenalização de condutas ou, mais especificamente, na sugestão da melhor forma de tratamento dos conflitos até mesmo diversa da justiça criminal;

(4) a desorientação da realização judicial do direito, pois a prática dos tribunais perde o referencial do que legitima e delimita a punição ao vislumbrar um conjunto potencialmente indiferenciado de finalidades que se pode associar à pena;

Por fim, ressalta-se que a questão do fundamento – o porquê da pena criminal – só pode encontrar resposta na retribuição da culpa do autor da conduta ofensiva ao bem jurídico.[96] Tal determinação decorre do respeito à liberdade, à autonomia e à respectiva responsabilidade, em um Estado democrático fundado na igualdade política entre os cidadãos.

Em outro plano, a questão da finalidade – o para que da pena criminal – diz respeito a uma série de fins práticos relacionados à utilidade do instituto.[97] A utilidade da pena não pode ser idealmente presumida quer pelo jurista, quer pelo filósofo, mas depende da verificação do fenômeno criminal – por meio de estudo criminológico – voltado ao diagnóstico das específicas características do fato, do perfil do seu autor e do tipo de pena. Isto é, diz respeito essencialmente ao crime específico em questão e qual a hipótese de sanção prevista no ordenamento penal.

## 7. BIBLIOGRAFIA

ALIMENA, Bernardino. *La scuola critica di diritto penale:* prolusione ad un corso di diritto e procedura penale nell'Università di Napoli. Napoli: Pierro, 1894.

96. Ver Ponto I, último parágrafo.

97. Alguns dessas consequências são mesmo inerentes a determinados tipos de pena, ver Ponto V.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale, Parte generale*. 11. ed., Padova: Cedam, 1982.

BERZ, Ulrich. *Formelle Tatbestandsverwirklichung und materialer Rechtsgüterschutz, eine Untersuchung zu den Gefährdungs- und Unternehmensdelikten*. München: Beck, 1986.

BEVILAQUA, Clovis. Criminologia e direito. In: _____, _____. *Criminologia e direito*. Salvador: Livraria Magalhães, 1896.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, parte geral*. 14. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

CATTANEO, Mario. *Carlo Goldoni e Alessandro Manzoni:* illuminismi e diritto penale. Milano: Giuffre, 1987.

COSTA, José de Faria. *O perigo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

_____. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: um lugar de encontro sobre o sentido da pena. *Linhas de direito penal e de filosofia. Alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora. p. 205-235. 2005.

_____. *Noções fundamentais de direito penal, Fragmenta iuris poenalis*. 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. Ler Beccaria hoje. In: BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. Trad. José de Faria Costa, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2009.

DAHM, Georg; SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Liberales oder autoritäres Strafrecht*, Hamburg: Hanseatische Verlag, 1933.

D'AVILA, Fabio. *Ofensividade em direito penal, escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). *Studia Iuridica n. 85*, Coimbra: Coimbra Editora. p. 39-62. 2005.

DIAS, Jorge Figueiredo. A reforma do código penal português: princípios e orientações fundamentais. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. XLVIII. Coimbra. p. 107-144. 1974.

_____. *Direito penal, Parte geral. Questões fundamentais da doutrina do crime*. 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, t.1.

DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho penal:* parte general. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal, parte geral*. 4. ed. Com colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari, São Paulo: Ed. RT, 2012.

EIDENMÜLLER, Horst. *Effizienz als Rechtsprinzip, Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*. Tübingen: Mohr, 1995.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; NÚÑEZ PAZ, Miguel Ángel; OLIVEIRA, William Terra de; BRITO, Alexis Couto. *Direito penal brasileiro:* parte geral; princípios fundamentais e sistema. São Paulo: Ed. RT, 2011.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Direito penal português:* parte geral. Lisboa: Ed. Verbo, 1982. vol. 2.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 9. ed. Giessen: Heyer, 1826.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale, parte generale*. 6. ed., Bologna: Zanichelli, 2010.

GALAIN PALERMO, Pablo. *La reparación del daño a la víctima del delito*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2010.

GOTTLIEB, Heschel. *Schopenhauers Einfluß auf die Strafrechtswissenschaft*. Berlin: Rothschild, 1917.

GRECO, Luis. A ilha de Kant. In: _____; MARTINS, Antonio. *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.

GROTIUS, Hugo. *De iure belli ac pacis libri tres*. Darmstadt: Scientia Verlag Aalen, 1993.

HASSEMER, Winfried. Darf der strafende Staat Verurteilte bessern wollen? – Resozialisierung im Rahmen positiver Generalprävention. In: PRITTWITZ, Cornelius. *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*. Baden-Banden: Nomos Verlag Gessellschaft, 2002.

HEGEL, George Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Mit Hegels eingentliche Notizen und den mündlichen Zusätzen*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1986.

HIRSCH, Andreas. Warum soll die Strafsanktion existiren? – Tadel und Prävention als Elemente einer Rechtfertigung. In: v. HIRSCH, Andreas. *Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*. Baden-Baden: Nomos, 2011.

HÖRNLE, Tatjana. Gegenwärtige Strafbegrundüngstheorien: die herkömmliche deustche Diskussion. In: v. HIRSCH, Andrew. *Strafe – Warum? gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie*. Baden-Baden: Nomos, 2011.

JAKOBS, Günther. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1991.

JELLINEK, Georg. *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, 2. ed., Berlin: Verlag von O. Häring, 1908.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

KANT, Immanuel. *Die Metaphysik der Sitten*, Herausgegeben von Wilhelm Weischedel. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1977, vol. 8.

KIENAPFEL, Diethelm; HÖPFEL, Frank; KERT, Robert. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 14. ed. Wien: Manz, 2012.

KINDHÄUSER, Urs. Zur Logik des Verbrechensaufbaus. In: KOCH, Harald (Hrsg.), *Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen?* Berlin: Berlin Verlag Spitz, 1997.

_____. Acerca de la concepción de la prevención criminal de Cesare Beccaria. *Revista brasileira de ciências criminais.* n. 87. São Paulo: Ed. RT. p. 150-163. 2010.

_____. *Strafrecht, Allgemeiner Teil.* 5. ed. Baden-baden: Nomos Verlag, 2011.

KOTSOGLOU, Kyriakos. Das schweigende Strafrecht. Zur Auflösung des Streits über die 'richtige' Straftheorie. In: BOCK, Stefanie; HARRENDORF, Stefan; LADIGES, Manuel. *Strafrecht als interdisziplinäre Wissenschafttranslate.* Baden-Baden: Nomos Verlag, 2015.

LAINGUI, André; LEBIGRE, Arlette. *Histoire du droit penal, Le droit pénal.* Paris: Cujas, 1979.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale:* Parte generale. 7. ed. Padova: Cedam, 2011.

MARINUCCI, Giorgio. Cesare Beccaria, um nosso contemporâneo. In: BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* Trad. José de Faria Costa. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

MONCADA, Luis Cabral de. *Filosofia do direito e do estado*, Parte histórica. 2. ed. de 1955, reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. vol. 1.

NAUCKE, Wolfgang; HARZER, Regina. *Rechtsphilosophische Grundbegriffe.* 5. ed. 2005.

NIETZSCHE, Friedrich. *Zur Genealogie der Moral, Eine Streitschrift.* Stuttgart: Reclam, 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. 5. ed. São Paulo: ed. RT, 2005.

RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie, Nach dem Tode des Verfassers besorgt und biographisch eingeleitet von Erik Wolf.* 6. ed. Stuttgart: Koehler, 1963.

RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*: os Critérios da Culpa e da Prevenção. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

RODRIGUEZ DEVESA, José Maria. *Derecho penal español:* Parte especial. 9. ed. Madrid: Artes Gráficas Carasa, 1983.

ROXIN, Claus. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenlehre.* 4. ed. München: CH.BECK, 2006. vol. 1.

RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira:* contribuição à compreensão da gestão fraudulenta. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed. 2011.

RUSCONI, Maximiliano Adolfo. *Derecho penal:* parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça restaurativa:* um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal, porquê? Para quê e como? Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal:* Parte geral. Curitiba: Lumen juris, 2006.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Vom Sinn der Strafe*. 2. ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1971.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Die Welt als Wille und Vorstellung, Vollständige Ausgabe nach der dritten, verbesserten und beträchtlich vermehrten Auflage von 1859*. Köln: Anaconda Verlag, 2009.

SEELMANN, Kurt. Hegels Straftheorie in seinen "Grundlinien der Philosophie des Rechts", *Juristiche Schulung, Zeitschrift für Studium und Ausbildung*. cad. 10. n. 19. München: Verlag C.H.Beck. p. 687-691. 1979.

_____. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 5. ed. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2012.

SENECA. De ira. *Moral Essays*: Edição bilíngue, Trad. John W. Basore. London: William Heinemann, 1938, vol.1.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho penal:* parte general. 4. ed. Bogotá: Comlibros, 2009.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. In: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus, Tagebücher 1914-1916, Philosophische Untersuchungen*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 2006.

WURTENBERGER, Thomas. Der schuldige Mensch vor dem Forum der Rechtsgemeinschaft. In: VOGLER, Theo; HERMANN, Joachim. *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 1985.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal:* parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2003.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro:* parte geral. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- Conveniência e respeito: sobre o hipotético e o categórico na fundamentação do direito penal, de Luís Greco – *RBCCrim* 95/43-84 (DTR\2012\2721);
- As funções não declaradas da "ressocialização" e a tentativa do discurso legitimador, de Fernanda Ravazzano Lopes Baqueiro – *Ciências Penais* 11/235-288 (DTR\2009\877); e
- O sistema de direito criminal e a racionalidade penal moderna: ilustrações empíricas de dificuldades cognitivas em matéria de penas, de José Roberto F. Xavier – *RBCCRim* 84/271-311, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 4/545-581 (DTR\2010\325).

85980

# PERIGOSIDADE – INTERVENÇÃO ESTATAL EM EXPANSÃO?

## *DANGEROUSNESS – STATE INTERVENTION UNDER EXPANSION?*

**MARIA JOÃO ANTUNES**
Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
mjoaoa@fd.uc.pt

**ÁREA DO DIREITO:** Penal

**RESUMO:** Lei penal e perigosidade: alterações legislativas na Alemanha, na França, na Espanha e em Portugal; respostas do Tribunal Constitucional alemão, do Conselho Constitucional francês e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito penal da perigosidade – Direito penal da segurança – Direito penal de autores – Direito penal das vítimas.

**ABSTRACT:** Criminal Law and dangerousness: legislative changes in Germany, France, Spain and Portugal; the answers of the German Constitutional Court, the French Constitutional Council and the European Court of Human Rights.

**KEYWORDS:** Criminal law and dangerousness – Criminal law and security – Criminal law against offenders – Criminal law and the victims.

1. Em 1986, na Alemanha, um cidadão foi condenado por tentativa de homicídio e de roubo na pena de 5 anos de prisão e em medida de segurança internamento, cuja duração máxima era então de 10 anos (§§ 66 e 67d do Código Penal). Em 1991, após o cumprimento da pena de prisão, a medida de segurança começou a ser executada, sabendo-se de acordo com a lei então vigente que a sua duração máxima era de 10 anos. Em 2001, o condenado pediu a colocação em liberdade, mas o pedido foi-lhe negado, porque, entretanto, havia sido eliminado o limite máximo de duração da medida de segurança, de forma retroativa, por via da *Lei contra os delitos sexuais e outros delitos perigosos* de 26.01.1998 (*Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten*).

O condenado apresentou então uma queixa junto do Tribunal Constitucional, invocando a violação do princípio da proporcionalidade, da proibição da punição retroativa e do direito à liberdade. Em 05.02.2004, o Tribunal de Karls-

ruhe decidiu-se pela conformidade constitucional do § 67d.3 do Código Penal, bem como da norma que permitia a aplicação da lei nova aos condenados cuja medida de segurança já estava em execução. A limitação em causa do direito à liberdade, consagrado no art. 2.º, n. 2, segunda parte, da Lei Fundamental, não violava o princípio da proporcionalidade; o princípio da proibição da aplicação retroativa da lei penal, previsto no art. 103.º, n. 2, da Lei Fundamental não vale para as medidas de segurança, já que estas, ao contrário das penas, não têm como pressuposto de aplicação a culpa do agente; o dever estadual de proteção dos cidadãos contra ingerências na sua vida, saúde e liberdade sexual supera o direito do condenado de ser libertado atingidos que fossem os 10 anos, havendo por isso proporcionalidade na aplicação retroativa da lei nova que eliminava este limite máximo de duração, não tendo ficado desprotegidas expetativas legítimas (art. 2.º, n. 2, em conjugação com o art. 20.º, n. 3, da Lei Fundamental); a proteção da dignidade da pessoa humana, consagrada no art. 1.º, n. 1, da Lei Fundamental, não impõe a fixação de um limite máximo de duração da privação da liberdade por razões de segurança, quando ela é necessária para fazer face a uma perigosidade continuada da pessoa.[1]

O condenado recorreu então para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Em 17.12.2009, o Tribunal de Estrasburgo concluiu, por unanimidade, pela violação dos arts. 5.º, n. 1, *a)*, e 7.º, n. 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Segundo o Tribunal, não podia ser estabelecida qualquer ligação entre a condenação em 1986 e a continuação da execução medida de segurança 10 anos depois de se ter iniciado. Havia, por isso, violação do direito à liberdade, consagrado no art. 5.º, n. 1, *a)*, quando estatui que *a pessoa só pode ser privada da liberdade em consequência de condenação por tribunal competente*. Sem prejuízo da medida de segurança prevista no § 66, em si mesma, não contrariar este artigo da Convenção. Por outro lado, havia aplicação retroativa da lei que abolira o limite máximo de duração da medida de segurança, contra o disposto no art. 7.º da Convenção, segundo o qual *não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infração foi cometida.* A eliminação do limite máximo de duração da medida de segurança, aplicando-se a lei nova aos casos em que a sanção está em execução, equivale a ser imposta *pena* mais grave do que a aplicável no momento em que a infração foi cometida, havendo violação do princípio da legalidade. Tanto mais quanto a execução da medida de segurança se diferenciava pouco da execução da pena.[2]

1. Cf. BVerfG, 2 BvR 2029/01. Disponível em: [www.bundesverfassungsgericht.de].
2. Cf. *Case of M. c. Germany* (n. 19359/2004). Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int].

2. Em 1996, em França, o Senhor B. B. foi condenado em pena de dez anos de prisão pela prática de crimes sexuais contra menores de 15 anos, tendo a execução da sanção terminado em 2000.

Em 09.03.2004 foi criado, por via de uma alteração ao Código de Processo Penal, um ficheiro judicial automático de autores de crimes sexuais e de crimes violentos, tendo entrado em vigor em 30.06.2005.[3] Em 02.03.2004, o Conselho Constitucional havia decidido que a obrigação de dar a conhecer periodicamente o local de domicílio ou residência não é uma sanção, mas sim uma medida de polícia destinada a prevenir a reiteração criminosa e a facilitar a identificação dos autores dos crimes em causa; que a finalidade do ficheiro torna necessário o controlo continuado da residência dos inscritos; e que o dever que impende sobre os inscritos, para permitir este controlo, não constitui um *rigor não necessário* no sentido do que dispõe o art. 9.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. No juízo do Conselho Constitucional foi ponderada a natureza e a gravidade das infrações, as garantias quanto à utilização e consulta do ficheiro e a exigência de intervenção de autoridade judicial, para concluir no sentido de as normas em questão não serem manifestamente desproporcionadas, assegurando o respeito pela vida privada e a salvaguarda da ordem pública.[4]

Em agosto de 2005, quando a pena de prisão em que havia sido condenado já estava cumprida, o Senhor B. B. foi notificado de que estava inscrito no registo. Recorreu para o Tribunal Europeu, invocando a violação da proibição de aplicação da lei penal retroativa, constante do art. 7.º, n. 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, e a violação do direito ao respeito pela vida privada, contido no art. 8.º da mesma Convenção.

Em 17.12.2009, o Tribunal de Estrasburgo decidiu-se pela não violação do art. 7.º, n. 1, por estar em causa uma medida preventiva, uma medida de polícia, que como tal cai fora do âmbito de proteção da proibição de aplicação de lei penal retroativa. E pela não violação do art. 8.º, por haver um justo equilíbrio entre a prossecução de objetivos legítimos de defesa da ordem pública e de prevenção de infrações criminais e a proteção de dados relativos à vida privada,

3. Cf. Lei 2004-204 que cria o *fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes*, aditando os arts. 706-53-1 a 706-53-12 ao Código de Processo Penal.

4. Cf. Decisão 2004-492 DC. Disponível em: [www.conseil-constitutionnel.fr.], concretamente os considerandos 72 e ss.

não tendo o legislador estadual excedido a sua margem de apreciação.[5] O Tribunal Europeu ponderou, nomeadamente, que o ficheiro se destina a prevenir infrações criminais, prevenindo particularmente a reiteração criminosa, e a facilitar a identificação dos autores; que pode haver cancelamento do registo antes do limite máximo de duração, a pedido do próprio registado, tendo em conta a natureza da infração, a idade do agente no momento do cometimento do crime, o tempo, entretanto decorrido, e a personalidade atual de quem está registado; e que o acesso ao registo cabe apenas a autoridades (judiciárias, de polícia e da Administração) em relação às quais impende um dever de segredo em circunstâncias devidamente determinadas.[6]

3. Em 21.02.2008, o Conselho Constitucional francês foi chamado a pronunciar-se sobre conformidade constitucional da *Lei sobre a prisão de segurança e a declaração de irresponsabilidade penal por perturbação mental*, que deu origem à Lei n. 2008-174, de 25 de fevereiro (*Loi relative à la rétention de sûreté et a la déclaration d'irresponsabilité pénal por cause de trouble mental*). O Conselho decidiu que eram contrárias à Constituição as normas que permitiam a aplicação da prisão de segurança aos que foram condenados antes da publicação da lei e aos que seriam condenados já depois, relativamente a factos praticados anteriormente. A prisão de segurança não é uma pena nem tão pouco uma sanção com caráter de punição. Não pode, porém, ser aplicada retroativamente, atendendo à sua natureza privativa da liberdade, ao tempo que pode durar, à possibilidade de ser prolongada ilimitadamente e à circunstância de ser imposta já depois da condenação por um tribunal.[7]

4. Em 04.05.2011, em uma única decisão, o Tribunal Constitucional alemão decidiu quatro queixas, incidindo todas elas sobre o regime legal da medida de segurança de internamento que acresce à condenação em pena, aplicável no âmbito do sistema sancionatório dualista em vigor.[8]

Contrariando o decidido em 2004, o Tribunal decidiu que o § 67d.3 do Código Penal, ao não prever qualquer limite máximo de duração do inter-

5. Sobre a *doutrina da margem de apreciação* de que se tem vindo a socorrer o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do seu significado na relação entre os diversos tribunais, MEDEIROS, Rui. *A Constituição Portuguesa num contexto global*. Universidade Católica Editora, 2015. p. 349 e ss.

6. Cf. *Case of B. B. c. France* (n. 5335/06). Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int].

7. Cf. Decisão 2008-562 DC. Disponível em: [www.conseil-constitutionnel.fr.], concretamente os considerandos 2 a 10.

8. Cf. BVerfG, 2 BvR 2365/09. Disponível em: [www.bundesverfassungsgericht.de].

namento, por o mesmo ter sido eliminado pela Lei de 1998, e a norma que permitia a aplicação da lei nova aos crimes praticados antes da sua entrada em vigor violavam o art. 2.º, n. 2, segunda parte, em conjugação com o art. 104.º, n. 1, da Lei Fundamental – violação do direito à liberdade pessoal – e o art. 2.º, n. 2, segunda parte, em conjugação com o art. 20.º, n. 3, da Lei Fundamental – violação da proteção da confiança (*Vertrauensschutz*). Decidiu, ainda, que o § 66b.2 do Código Penal, ao prever a imposição retroativa, *a posteriori*, da medida de segurança de internamento (*Nachträgliche Anordung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung*), e a norma que a permitia a aplicação deste tipo de medida aos crimes praticados antes da entrada em vigor da lei nova violavam, de igual modo, o direito à liberdade pessoal e a proteção da confiança.

A fundamentação da decisão de 04.05.2011 alicerça-se em cinco linhas essenciais: a medida de segurança de internamento constitui uma restrição grave do direito à liberdade que só o princípio da proporcionalidade pode justificar por referência à necessidade de segurança da sociedade; a legitimação constitucional das penas e das medidas de segurança é distinta – de um lado, o princípio da culpa fundado na dignidade da pessoa humana e, de outro, o princípio do interesse preponderante, segundo o qual a medida de segurança só é legítima se o interesse público na segurança superar o direito à liberdade da pessoa; o legislador tem de cumprir o imperativo constitucional de diferenciação destas duas sanções, diferenciando-as também na fase de execução; o regime legal da medida de segurança de internamento deve ter um objetivo claramente terapêutico, diminuir ou eliminar a perigosidade do condenado, reduzindo desta forma ao mínimo necessário o período de privação da liberdade; a confiança constitucionalmente protegida é abalada com a aplicação retroativa da lei nova que elimina o prazo máximo de duração da medida de segurança, por ser excedido o limite máximo de dez anos de duração da privação da liberdade previsto no momento da condenação, bem como com a aplicação da lei nova que cria a medida de segurança retrospetiva, *a posteriori*, por a privação da liberdade não cessar afinal com o cumprimento da pena.

5. Duas decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, duas decisões do Conselho Constitucional francês e duas decisões do Tribunal Constitucional alemão. Na sua diversidade, todas têm em comum os limites do já denominado "direito penal da perigosidade" que, em bom rigor, é um "direito penal da segurança".

A decisão do Tribunal de Karlsruhe, desviada da decisão de 2004, tem vindo a ser aplaudida em duas frentes muito distintas: levou a cabo uma interpretação da Lei Fundamental com abertura ao direito internacional, nomeadamente

à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e à jurisprudência do Tribunal Europeu; e traçou limites ao denominado *direito penal da perigosidade*.

5.1. Ao decidir que, apesar de as normas da Convenção Europeia dos Direitos do Homem estarem subordinadas às da Lei Fundamental, devem ser interpretadas com aquela abertura, com o limite de não resultar de tal interpretação uma diminuição da proteção constitucional dos direitos fundamentais, a decisão de 2011 inscreve-se em uma nova era do constitucionalismo europeu, que o Tribunal de Estrasburgo aplaudiu expressamente em decisões ulteriores por ser reveladora de que os tribunais de cada país protegem os direitos fundamentais não apenas ao nível nacional, mas também ao nível europeu.[9] A decisão inscreve-se, pois, na problemática da proteção multinível dos direitos fundamentais, nomeadamente na forma como os diversos tribunais a têm enquadrado e na evolução de tal enquadramento.[10]

5.2. A decisão do Tribunal de Karlsruhe questionou, em geral, as normas sobre a medida de segurança aplicável a agentes imputáveis, com fundamento na sua perigosidade criminal. Proferindo uma sentença de mera declaração de incompatibilidade com a Lei Fundamental, sem declaração de nulidade, o Tribunal deu um prazo ao legislador (até maio de 2013) para proceder às necessárias alterações.[11] A Lei federal de 05.12.2012 entrou depois em vigor no dia 01.06.2013, com a designação sugestiva de *Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung*, onde se evidencia a exigência de que no direito das medidas de segurança se cumpra o mandato constitucional de diferenciação (de diferenciação das medidas de segurança das penas, designadamente da pena de prisão).

9. Cf. MICAELSEN, Christopher. "*'From Strasbourg, with Love' – Preventive Detention before the German Federal Constitutional Court and the European Court of Human Rights*". Human Rights Law Review 12. (2012). p. 165 e ss. Sobre isto, também JIMÉNEZ, Emiliano Borja. "*Peligrosidad postcondena, intervención punitiva y Estado de Derecho*". Derecho Penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia. Valencia: Tirant lo blanch, 2015. p. 186 e ss. O diálogo entre os dois tribunais passou a estar presente em outras decisões, como se mostra, por exemplo no *Case of Glien v. Germany* (7345/2012), de 28.11.2013, §§ 42 a 48. Disponível em: [http://hudoc.echr.coe.int].
10. Sobre isto, MEDEIROS, Rui. Op. cit., p. 347 e ss.
11. Sobre este tipo de sentenças, CANOTILHO Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* 7. Almedina. p. 1018, e MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei.* Universidade Católica Editora, 1999. p. 676 e ss.

6. Quando a solução dualista de aplicação cumulativa de pena e de medida de segurança privativas da liberdade a agente imputável pela prática de um mesmo facto parecia esvanecer-se, num retorno a um direito penal só penal, a notícia da prática de crimes de determinada natureza fez-se ouvir na opinião pública conduzindo a uma resposta política que, de imediato, pretendeu "apaziguar as vítimas e tranquilizar a opinião pública".[12]

Quando o compromisso alcançado entre a escola clássica e a escola positivista parecia ter os dias contados – sistemas sancionatórios como o francês ou o português foram persistindo na resposta sancionatória monista e outros, como o brasileiro, abandonaram o sistema do duplo binário[13] –, o *direito penal da perigosidade* ressurge na Europa a partir de meados dos anos noventa do século passado.[14]

A notícia veiculada pela comunicação social de raptos e de abusos sexuais de crianças, seguidos alguns de homicídio, gerou uma demanda subjetiva de segurança por parte da sociedade, muitas vezes devida mais à "pressão mediática" do que propriamente à realidade. "Criminalidade e medo da criminalidade marcam a contemporaneidade" e passaram a ter eco numa "política criminal de segurança".[15]

12. Cf. DELMAS-MARTY, Mireille. "*Deshumanización del derecho penal*". Securitismo y Derecho penal. Por un Derecho penal humanista. Cuenca: Universidad Castilla-La Mancha, 2013. p. 18.

13. Sobre o sistema sancionatório francês, SCHNEIDER, Elisabeth. "*Frankreich*". Wegsperren? Freiheitsentziehende Massnahmen gegen gefährliche, strafrechtlich verantwortliche (Rückfall-) Täter (Hrsg. Hans-Georg Koch). Berlin: Duncker & Humblot, 2011. p. 81 e ss. e DELMAS-MARTY, Mireille. Loc. cit., p. 19; sobre o português, JOÃO ANTUNES, Maria. *Consequências jurídicas do crime*. Coimbra Ed., 2015. p. 21 e ss. e 123 e ss.; e sobre o brasileiro, CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. 2015. p. 504 e ss.

14. Sobre isto, ALBRECHT, Hans-Jörg. *Wegsperren?* Freiheitsentziehende Massnahmen gegen gefährliche, strafrechtlich verantwortliche (Rückfall-) Täter (Hrsg. Hans-Georg Koch). Berlin: Duncker & Humblot, 2011. p. 431 e ss., MICAELSEN, Christopher. Loc. cit., p. 150 e ss., SÁNCHEZ, María Acale. "*Medidas de seguridade postpenitenciarias en el código penal español; el movimento de defensa social retro del siglo XXI*". Securitismo y Derecho penal. Por un Derecho penal humanista. Cuenca: Universidad Castilla-La Mancha, 2013. p. 141 e ss., RINCEANU, Johanna. "*El futuro de la custodia de seguridade en Alemania*". *Securitismo y Derecho penal*. Por un Derecho penal humanista. Cuenca: Universidad Castilla-La Mancha, 2013. p. 160 e ss. e 168 e ORDEIG, Enrique Gimbernat. "*Prólogo a la vigésima primeira edición*". Código Penal. Tecnos, 2015. p. 20 e ss.

15. Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda em *reflexão dirigida ao crime na sociedade globalizada*. "Política criminal – Novos desafios, velhos rumos". *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra Ed., 2003. p. 207 e ss.

A legislação penal foi-se tornando mais severa, por obra do populismo punitivo e de uma percepção distorcida da insegurança da comunidade veiculada pelos meios de comunicação social. De um outro ângulo, pode afirmar-se que a ressonância comunitária da prática de crimes de certa natureza e gravidade foi arrastando o direito penal de tutela de bens jurídicos para um direito penal de proteção das vítimas.[16] Das vítimas dos agressores sexuais, em geral, e dos abusadores sexuais de crianças, em especial, e, mais recentemente, dos terroristas e dos agressores em contexto doméstico, arrastando o direito penal do facto para um "direito penal de autores". O poder político, do qual são esperadas respostas político-criminais fundadas, passou a oferecer-nos respostas que são apenas politicamente corretas, "politico-criminalmente corretas", assumindo até para o efeito, quantas vezes, o papel de criador da opinião pública. E "o que mais preocupa é este desconcerto, este populismo, esta incapacidade de se subir um pouco acima do rugir feroz com que as massas, em todos os tempos e em todas as circunstâncias, sempre clamam por um justicialismo que cheire a sangue, podridão e *voyeurismo*".[17]

6.1. Na Alemanha, são reveladoras do novo direito penal da perigosidade a Lei de 26.01.1998 contra *delitos sexuais e outros delitos perigosos* que eliminou o limite máximo de duração da medida de segurança de internamento, aplicando-se retroativamente, e que tornou mais fácil a imposição da medida relativamente a crimes violentos contra a integridade física e liberdade sexual; a Lei de 21.08.2002 que introduziu no Código Penal a *medida de segurança sob reserva*, para aqueles casos em que, no momento da condenação há dúvidas sobre a perigosidade do agente, diferindo-se por isso a decisão para a autoridade da execução, já depois de cumprida a pena (§ 66a – *Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung*); e a Lei de 23.07.2004 que introduziu naquele Código a *medida de segurança retroativa, a posteriori*, que é ordenada já depois da

16. Por referência ao direito penal brasileiro recente, note-se que a Lei 13.104, de 09.03.2015, prevê que o homicídio contra a *mulher* por razões da condição de sexo feminino (feminicídio) passe a ser homicídio qualificado (art. 121.º, § 2.º, VI, do Código Penal) e passe a integrar o elenco dos crimes hediondos; e que a Lei 13.142, de 06.07.2015, prevê alterações quanto ao homicídio qualificado, à lesão corporal e ao elenco dos crimes hediondos (arts. 121.º, § 2.º, VII, e 129.º, § 12, do Código Penal e 1.º da Lei 8.072, de 25.07.1990), quando a *vítima* seja certa *autoridade ou agente, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública*, no exercício da função ou em decorrência dela, ou o crime seja contra seu *cônjuge, companheiro* ou *parente consanguíneo até terceiro grau*, em razão dessa condição.

17. Cf. COSTA, José de Faria. *Beccaria e o Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2015. p. 8.

condenação em pena e do cumprimento desta sanção, ainda por referência ao crime cometido, face à perigosidade do agente (§ 66b – *Nachträgliche Anordung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung*).[18]

Em França, constituem exemplo a Lei de 17.06.1998 relativa à prevenção e à repressão de infrações sexuais e de proteção de menores, que introduziu medidas de vigilância, nomeadamente a *vigilância eletrônica*, e o seguimento sociojudicial, enquanto complementos da pena; a Lei de 12.12.2005 sobre reiteração criminosa que transformou estas medidas em medidas de segurança e cujo âmbito de aplicação foi depois alargado pela Lei de 05.03.2007, com o objetivo de reforçar a luta contra a reincidência; e a Lei de 25.02.2008 que consagrou a atual prisão de segurança (*rétention de sûreté*). Tendo como antecedente mais remoto uma lei de 1885, esta sanção passou a aplicar-se a agentes da prática de crimes violentos, em geral, depois da execução da pena, com fundamento em perigosidade avaliada por uma comissão pluridisciplinar cujo relatório é vinculativo para o juiz.[19]

Em Espanha, saliente-se a Lei Orgânica 5/2010, de 22 de junho, que introduziu no Código Penal a medida de *liberdade vigiada* para imputáveis que cometessem crimes de terrorismo ou contra a liberdade sexual, a executar já depois de cumprida a pena; a redação, vigente desde 01.07.2015, do art. 106.º do Código Penal da qual decorre o alargamento do âmbito de aplicação desta medida de segurança;[20] e a (re)introdução no art. 33.º, n. 2, *a)*, do Código Penal, nesta mesma data, da pena de prisão permanente revisível que mais não é do que uma pena de prisão perpétua.[21]

6.2. Em Portugal, o populismo punitivo não tem levado propriamente a entorses significativas do sistema sancionatório. Com uma tradição que remonta já a 1936, tem-se mantido a opção político-criminal por um sistema

18. Sobre esta evolução legislativa, RINCEANU, Johanna. Loc. Cit. p. 166 e ss. e JIMÉNEZ, Emiliano Borja. Loc. Cit., p. 175 e ss., e, ainda, os §§ 1.º a 6.º e 9.º e ss., I. A., da decisão do BVerfG, 2 BvR 2365/09, de 04.05.2011.

19. Sobre esta evolução legislativa, DELMAS-MARTY, Mireille. Ob. cit., p. 19. e, ainda, o considerando 6. da Decisão 2008-562 DC do Conselho Constitucional.

20. Sobre esta medida de segurança, cf. SÁNCHEZ, María Acale. Loc. Cit., p. 132 e ss., MELIÁ, Cancio. "Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual". La Ley Penal, 8 mar./2011. p. 5 e ss., e MORA, Gema Martínez. *Alternativas jurídicas al tratamento penal de la delincuencia habitual*. Bosch, 2015. p. 121 e ss.

21. Sobre a introdução da pena de prisão permanente revisível, criticamente, LASCURAÍN, Juan Antonio. "*Pena indigna y arbitraria*". *El mundo*, 2 de abril de 2015, e ORDEIG, Enrique Gimbernat. Loc. Cit. p. 20 e ss.

tendencialmente monista, de via única, que põe na sombra a perigosidade criminal dos delinquentes imputáveis condenados em pena de prisão de efetiva. O populismo punitivo português tem sido dirigido, em grande medida, contra agentes da prática de crimes sexuais contra crianças, para o que não terá sido indiferente o caso "Casa Pia" e todo um clima que se foi criando na Europa relativamente a estes crimes, com expressão em Decisões-Quadro e em Diretivas da União Europeia.[22]

As alterações têm ocorrido por via da criminalização de comportamentos que nos fazem duvidar da existência de um bem jurídico com dignidade penal e necessitado de pena, como, por exemplo, o comportamento de quem apenas *detiver* fotografia, filme ou gravações pornográficos em que seja utilizado *menor* ou de quem *detiver* material pornográfico com *representação realista de menor*, com o propósito de o ceder, designadamente quando se trate de pedopornografia aparente ou totalmente virtual (art. 176.º, n. 3 e 4, do Código Penal);[23] através de uma antecipação da tutela penal, tipificando novos comportamentos como, por exemplo, o de *aliciamento de menores para fins sexuais* (art. 176.º-A, do Código Penal) e alargando os casos em que a tentativa é punível (arts. 171.º, n. 5, 172.º, n. 4, 173.º, n. 3, do Código Penal); por força da agravação dos limites das penas principais e acessórias, da eliminação da pena de multa principal alternativa e da introdução de penas acessórias de aplicação automática (arts. 172.º, n. 3, 173.º, n. 1 e 2, 174.º, n. 1 e 2, 175.º, n. 1, 69.º-B, e 69.º-C do Código Penal);[24] por via da consagração da regra, segundo a qual, nos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de *menores*, o procedimento criminal não se extingue, por efeito de prescrição, antes de o ofendido perfazer 23 anos (art. 118.º, n. 5, do Código Penal); por intermédio do alargamento do prazo do cancelamento do registo criminal para 25 anos, quando o prazo geral mais longo é de 10 anos;[25] e, ainda, através da criação de um *registo de identificação*

22. Cf., nomeadamente, a Decisão-Quadro 2004/68/JAI, do Conselho da União Europeia, de 22.12.2003, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil e a Diretiva 2011/93/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13.12.2011, relativa à luta contra o abuso sexual, a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil.

23. Sobre isto, ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Coimbra Ed., 2012. Parte Especial, t. I, § 14.

24. ANTUNES, Maria João. Sobre as novas penas acessórias. Ob. Cit., p. 39 e ss.

25. Cf. art. 4.º da Lei 113/2009, de 17 de setembro, e 11.º, n. 1, *a)*, da Lei 37/2015, de 5 de maio.

*criminal de condenados pela prática de crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor.*[26]

Sem prejuízo de o populismo punitivo português ser também evidente quando se invoca o combate ao terrorismo, à corrupção e ao enriquecimento ilícito.[27]

7. A apetência política pelas medidas de segurança não é nova e pode mesmo afirmar-se que é de má memória, por lembrar experiências autoritárias e totalitárias.[28] A verdade, porém, é que a ideia de perigosidade criminal tem tanto de perigosa quanto de sedutora. Quando contraposta à culpa, pressuposto e limite da pena, tem as "vantagens" associadas ao princípio da atualidade do estado perigoso, nomeadamente a subtração aos corolários essenciais do princípio da legalidade criminal.[29]

Em todas as decisões mencionadas, as instâncias – o Conselho Constitucional francês, o Tribunal Constitucional alemão e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – debateram a extensão às medidas de segurança do conteúdo de sentido do princípio da legalidade, no que se refere à exigência de não haver pena sem lei prévia anterior que a comine. Seja quando concluíram pela equivalência entre uma e outra sanção de um ponto de vista material seja quando identificaram exigências decorrentes do princípio da confiança enquanto princípio estruturante de um Estado de direito.

Em Portugal, é a própria Constituição que estende o princípio da legalidade às medidas de segurança (desde 1976 às privativas da liberdade e a partir de 1982 a todas em geral).[30] No art. 29.º – depois replicado nos arts. 1.º e 2.º do

26. Cf. *infra* ponto 9.

27. Sobre isto, cf. a Lei 30/2015, de 22 de abril, e as Leis 32/2010, 2 de setembro, e 60/2015, de 24 de junho, em matéria de terrorismo e de corrupção, respetivamente, e o Acórdão do Tribunal Constitucional 377/2015 que, em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade, se pronunciou pela inconstitucionalidade das normas que pretendiam introduzir o crime de enriquecimento injustificado (Disponível em: [www.tribunalconstitucional.pt]).

28. São impressivas as denúncias de CONDE, Muñoz em "*El proyecto nacionalsocialista sobre el tratamento de los "extraños" a la comunidade*". *La Ley*, 2002, 9. p. 42 e ss.

29. Sobre isto, ANTUNES, Maria João. *Medida de Segurança de Internamento e Facto de Inimputável em Razão de Anomalia Psíquica*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002. p. 122 e ss. e 178 e ss.

30. Quer a Constituição da República Federativa do Brasil (art. 5.º, XXXIX) quer a Convenção Americana dos Direitos Humanos (art. 9.º) incidem exclusivamente sobre as penas quando consagram o princípio da legalidade. Não obstante, há doutrina

Código Penal – estatui-se que ninguém pode sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior e que não podem ser aplicadas medidas que não estejam expressamente cominadas em lei anterior. E não se trata aqui "apenas de um qualquer princípio constitucional mas de uma "garantia dos cidadãos", uma garantia que a nossa Constituição – ao invés de outras que a tratam a respeito do exercício do poder jurisdicional – explicitamente incluiu no catálogo dos direitos, liberdades e garantias relevando, assim, toda a *carga axiológico-normativa* que lhe está subjacente".[31]

A problemática da aplicação da lei penal no tempo, quando a sanção em causa é a medida de segurança, tem a ver, no fundo, com a crítica, já antiga, de que o regime legal desta sanção é, por vezes, revelador de uma *burla de etiquetas*. Entre muitos méritos da decisão do Tribunal Constitucional alemão de maio de 2011 deve salientar-se a afirmação do *imperativo constitucional de diferenciação* (*verfassungsrechtlichen Abstandsgebot*) entre pena e medida de segurança e a exigência daí decorrente de uma diferenciação efetiva entre uma e outra também na fase de execução, sob pena de haver, de facto, uma *burla de etiquetas*.

8. Mercê de uma certa indiferenciação entre penas e medidas de segurança, especialmente no que toca às finalidades e aos limites de cada uma, o direito penal que se tem vindo a afirmar por apelo a uma ideia de perigosidade criminal tem arrastado consigo dúvidas quanto à natureza jurídica de medidas restritivas de direitos do cidadão. Pena ou medida de segurança? Eis a questão! A de saber, por exemplo, se é verdadeiramente uma pena ou antes uma medida de segurança a sanção espanhola da liberdade vigiada.[32] Com o dilema de a indiferenciação resultar, em parte, de todo um movimento político-criminal no sentido de aproximar a medida de segurança da pena, num esforço de revestir a estrutura e a aplicação das medidas de segurança de garantias conformes à ideia de Estado de direito.[33] O que se foi ganhando em aproximação foi-se perdendo, em certa medida, do ponto de vista da diferenciação entre uma e outra sanção.

---

brasileira a estender o princípio às medidas de segurança. Assim, FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito*. Ed. RT, 2001. p. 92 e ss.

31. Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional 183/2008. Disponível em: [www.tribunalconstitucional.pt].

32. Cf. os autores citados, *supra*, nota 18.

33. Sobre esta evolução, ANTUNES, Maria João. "Discussão em torno do internamento de inimputável em razão de anomalia psíquica". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. ano 11. n. 42. jan.-mar./2003, p. 93 e ss.

Por outro lado, o afã punitivo do poder político cega-o de tal forma que não lhe permite enxergar as categorias dogmáticas a partir das quais deve ter lugar a intervenção penal. Só uma cegueira deste tipo – generosamente não usamos a palavra ignorância – explica que a imposição de medidas de segurança a agentes imputáveis, juntamente com a pena, possa assentar não propriamente na *perigosidade criminal* do agente, mas antes no tipo de delito por ele praticado (crime contra a liberdade e a autodeterminação sexual de crianças ou crime de terrorismo, por exemplo), conduzindo, verdadeiramente, a um *direito penal da segurança.*[34] Que poderá mesmo chegar ao ponto de a inimputabilidade penal em razão da idade variar em função do tipo de crime cometido pelo agente![35]

Um outro exemplo de intervenção legislativa à margem de categorias dogmáticas é o do registo judicial automático de autores de crimes sexuais e de crimes violentos, em vigor em França desde 2005. Com a vantagem de este exemplo introduzir a questão de saber se, em bom rigor, estamos apenas perante uma medida administrativa de polícia, tal como decidiu quer o Conselho Constitucional quer o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Num retorno à discussão sobre as fronteiras entre o direito administrativo e o direito penal e sobre a natureza jurídica da medida de segurança.[36]

9. Como já antecipámos, acabou de ser criado em Portugal um *registo de identificação criminal de condenados pela prática de crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor*, cujos traços mais marcantes são os seguintes:[37] a inscrição no registo após o cumprimento da pena ou da medida de segurança tem uma duração de 5, 10, 15 ou 20, consoante a gravidade ou a natureza da pena, sem possibilidade de cancelamento antecipado, ressalvada a morte do agente (arts. 11.º e 13.º, n. 3); durante este período, o condenado tem o dever de comunicar anualmente o local de residência e o domicílio profissional, bem como a alteração da mesma ou a ausência do domicílio por período superior a 5 dias, sob pena de incorrer em responsabilidade criminal (arts. 13.º, n. 1, e 14.º, n. 1); a informação constante do registo pode ser acedida

34. Salienta o destaque que é dado ao tipo de crime, em detrimento da perigosidade do agente, MELIÁ Manuel Cancio. Loc. Cit. p. 6.

35. Vai neste sentido a Proposta de Emenda da Constituição da República Federativa do Brasil n. 115, de 2015, relativa ao art. 228.º, ao baixar de 18 para 16 a idade da imputabilidade penal "em casos de crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte".

36. Sobre isto, ANTUNES, Maria João. Ob. Cit., nota 29, p. 81 e ss.

37. Cf. o art. 4.º da Lei 103/2015, de 24 de agosto.

por magistrados judiciais e do ministério público, por entidades policiais, pela Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais e por Comissões de Proteção de Jovens e Crianças (artigo 16.º, n.º 1); os cidadãos que exerçam responsabilidades parentais sobre menor até aos 16 anos, alegando situação concreta que justifique um fundado receio de que na área de residência ou na área em que o menor frequenta atividades paraescolares ou nas imediações do estabelecimento de ensino frequentado pelo menor, resida, trabalhe ou circule habitualmente pessoa que conste do registo, podem requerer à autoridade policial da área da sua residência a confirmação e averiguação dos factos que fundamentem esse fundado receio sem que lhe seja facultado, em caso algum, o acesso à identidade e morada da(s) pessoa(s) inscrita(s) no registo (art. 16.º, n. 2); o sistema de registo aplica-se a todos quantos tenham antecedentes criminais relativamente aos crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menor e, portanto, ainda que as *condenações* por estes crimes já tenham ocorrido (arts. 2.º, n. 1, e 8.º, n. 2).

O regime legal deste registo mostra com clareza que está orientado para a censura de certo *tipo de crimes* – crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual – para a estigmatização de certo *tipo de autores*[38] – os abusadores sexuais que se tornarão *visíveis* numa lógica de *reintegração por via da humilhação*[39] – e para a proteção de certo *tipo de vítimas* – crianças e jovens, numa lógica de maximização da segurança que só aparentemente deixa espaço para uma ideia de reinserção social.[40] Não obstante ser apregoado pelo legislador que, além de auxiliar a investigação criminal, o sistema de registo visa o acompanhamento da *reinserção do agente na sociedade*, obedecendo ao

38. Desta forma é contrariada a proposição político-criminal, fundada tanto na vertente social como na vertente liberal da ideia de Estado de direito material, de que a pena constitua um instrumento liberto, em toda a medida possível, de efeito estigmatizante. Assim, DIAS, Jorge de Figueiredo. "Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro". *Revista da Ordem dos Advogados*. 43. 1983, p. 33 e ss. Com razão, COSTA, José de Faria. Ob.Cit., p. 8, assinala que, neste caso, "o que está aqui em causa não é sequer o efeito estigmatizante da pena é muito mais, muitíssimo mais do que isso. É coisa diferente. É a estigmatização que está para lá da pena".

39. Pedimos de empréstimo a John Braithwaite a expressão "*reintegrative shaming*". Sobre isto, no contexto da justiça restaurativa, SANTOS, Cláudia. *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal.* Porquê, para quê e como? Coimbra: Coimbra Ed., 2014. p. 365 e ss.

40. Neste sentido, RIMO, Alberto Alonso. "*La publicidade de los antecedentes penales como estratégia de prevención del delito (a propósito de los registros públicos de maltratadores y de delincuentes sexuales)*": Derecho Penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia. Valencia: Tirant lo blanch, 2015. p. 562 e ss. e 568 e ss.

*princípio do interesse superior das crianças e jovens*, em ordem à concretização do interesse destes a um desenvolvimento pleno e harmonioso (art. 3.º). Numa confusão manifesta entre *reinserção do agente na sociedade* e *vigilância do agente em sociedade*, tornando-o *visível*.[41]

Como a lei que cria este sistema de registo de identificação de condenados é de aplicação retroativa, abrangendo quer as condenações em execução, quer os casos em que as penas já estão extintas, a sua entrada em vigor colocará de imediato aos tribunais a questão geral da legitimidade de um controlo estatal e social já depois do cumprimento da pena. Bem como, inevitavelmente, questões específicas em redor da proporcionalidade da medida, da aplicação retroativa da lei e da natureza jurídica da inscrição em tal registo. Questões que estão, obviamente, relacionadas entre si. A da natureza jurídica da inscrição no registo repercute-se necessariamente na da admissibilidade da aplicação retroativa da lei, por referência ao princípio da legalidade (art. 29.º da Constituição) ou antes ao regime das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, designadamente à proibição de efeito retroativo (art. 18.º, n. 3, da Constituição). Estamos perante uma pena acessória, um efeito automático da pena, uma medida de segurança pré-delitual, uma medida de segurança pós-delitual ou antes em face de uma mera medida administrativa? Seguramente que um dos problemas fundamentais de hoje é o de haver uma intervenção penal à margem de categorias já dogmática e jurisprudencialmente construídas. Seja por puro oportunismo político, seja simplesmente por desconhecimento de tais categorias, a verdade é que sai vulnerado o *direito fundamental à segurança* dos cidadãos que estão na mira destas medidas, enquanto direito que garante todos contra privações da liberdade que não estão claramente enquadradas nos limites e nas garantias constitucionais.

Relativamente a este sistema de registo, resta-nos aguardar que os tribunais portugueses e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem ergam limites ao "direito penal da segurança" em expansão, celebrando os direitos contra a "vigilância líquida" que se está instalando.[42]

---

41. Sobre os diferentes caminhos que têm sido defendidos e seguidos para tornar o sistema criminal e os agentes da prática dos crimes mais visíveis para o público, particularmente no que toca à divulgação das condenações junto da comunidade, THOMAS, Terry/ THOMPSON, David. "Making offenders visible": *The Howard Journal of Crime and Justice*. vol. 49. 4 sep. 2010. p. 340 e ss.

42. *Vigilância líquida* é o título em português de uma das obras de Zygmunt Bauman, editada no Brasil em 2014 (Jorge Zahar Editor, Ltda.).

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- As finalidades das Medidas de Segurança de Internamento em Portugal e no Brasil; de Luciana Rodrigues Krempel – *RT* 828/478-502 (DTR\2004\655);
- A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a alopoiesis do direito penal, de José Francisco Dias da Costa Lyra – *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 95/239-252 (DTR\2012\2739);
- Da prescrição da Medida de Degurança, de Janora Rocha Rossetti – *RT* 679/301-307 (DTR\1992\168); e
- Duração das Medidas de Segurança, de Luiz Flávio Gomes – *RT* 663/257-267, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 3/1063-1081 (DTR\1991\21).

85981

# Consentimento – Ortotanásia e adequação social

## *Consent – Orthothanasia and social adequacy*

**Miguel Reale Jr.**
Professor Titular de Direito Penal na Universidade de São Paulo.
miguel@miguelrealejr.adv.br

**Área do Direito:** Penal

**Resumo:** O artigo discorre sobre o consentimento do ofendido e o tratamento do instituto perante a dogmática moderna. Além de analisar questões genéricas sobre o tema, o autor inclui a perspectiva da eutanásia e ortotanásia a fim de avaliar a relevância e pertinência do consentimento para o Direito Penal atual. Ao final, o autor conclui, diferentemente do apregoado por Nelson Hungria, que o instituto tem grande relevância para a interpretação concreta e equânime do direito.

**Palavras-chave:** Consentimento do ofendido – Eutanásia – Ortotanásia – Teoria do delito.

**Abstract:** This article discusses the consent of the aggrieved person and how the doctrine is addressed in the scope of modern dogmatics. Additionally, it examines general questions regarding the theme, the author includes the prospect of euthanasia and orthothanasia in order to assess the relevance and pertinence of the consent for the current Criminal Law. Finally, the author concludes, unlike proclaimed by Nelson Hungria, that the doctrine has great relevance to the concrete and equitable interpretation of the law.

**Keywords:** Consent of the aggrieved person – Euthanasia – Orthothanasia – Theory of crime.

Sumário: 1. Os limites do consentimento do ofendido no passado – 2. Nova dimensão do consentimento: bioética e direito à morte digna – 3. Relação médico/paciente – 4. Ortotanásia – 5. Enquadramento na estrutura do delito.

## 1. Os limites do consentimento do ofendido no passado

O Consentimento do Ofendido veio a ser previsto no Código Penal italiano de 1930, em seu art. 50, segundo o qual constituía causa de justificação, assim descrita: "non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso dela persona che può validamente disporne".

O Projeto Alcântara Machado, grandemente inspirado no diploma peninsular, o reproduzia ao dispor no art. 15, n. 1 como causa excludente de injuridicidade: *"o prévio consentimento de quem possa validamente dispor do bem jurídico ofendido ou ameaçado"*.

Nelson Hungria, figura dominante na revisão do projeto, criticou duramente a adoção do consentimento como causa excludente da ilicitude eliminando-o por considerá-lo "evidentemente supérfluo".[1] Referia-se Hungria aos casos em que o dissenso do sujeito passivo é claramente elemento constitutivo do crime, pois na hipótese de seu assentimento o crime claramente não se tipifica. Se o não consentimento é elemento essencial do crime, o consentimento exclui, evidentemente, a sua caracterização.

Daí haver razão, na observação de Hungria, no sentido de ser meridianamente claro não se reconhecer criminalidade em fato carecedor de condição essencial para sua qualificação legal como crime. Seria a hipótese, por exemplo, do crime de Invasão do Domicílio, no qual a autorização do proprietário do imóvel, evidentemente, desfaz o caráter típico da conduta de entrar na residência, pois realizada a ação de acordo com o titular do bem jurídico.

No caso do crime de invasão de domicílio, como diz Maggiore, o dissenso é constitutivo do fato,[2] e logo o consenso não faz surgir o crime, como decorrência do próprio tipo penal. O acordo em fazer alguém entrar em sua casa não afronta o bem jurídico da vida privada, mas viabiliza a sua realização, pois constitui um ato de exercício do domínio do âmbito da existência do lar ou do exercício da propriedade ao se dispor sobre o acesso a eles. Como diz Manuel Da Costa Andrade, neste caso a autorização da intervenção de terceiro é emanação e parte integrante da realização do direito.[3]

Mas quando o dissenso não é elemento integrante do tipo, como na hipótese acima lembrada do crime de invasão de domicílio ou dos crimes sexuais praticados mediante violência ou grave ameaça, o consentimento é externo ao tipo e diz respeito a uma autorização do sujeito passivo a que o seu bem protegido pelo direito seja lesado ou posto em perigo. Em que casos poder-se-ia admitir um relevo a esta subjetivação do bem jurídico? Quando o interesse social

1. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. vol. I, t. II, arts. 11 a 27. p. 269.
2. MAGGIORE, Giuseppe. *Il diritto penale:* parte I. 5. ed. Bolonha, 1949. p. 326; BETTIOL, Giuseppe; MANTOVANI, Luciano Pettoello. *Diritto Penale*. 12. ed. 1986. p. 401.
3. ANDRADE, da Costa Manuel. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 508.

que levou a se alçar determinado fato à condição de delito deveria ceder passo à autodeterminação do sujeito passivo a ponto de tornar irrelevante a lesão ao bem jurídico que veio a ser concretamente ferido?

O universo torna-se bastante estreito. Hungria já desafiava: em que casos o consentimento pode ser excludente do crime? E respondia: "não há investigar alhures hipóteses de livre disponibilidade de direitos penalmente tutelados".[4]

A primeira limitação diz respeito à titularidade do bem jurídico, ou seja, o consentimento há de ser concedido por um titular identificável do bem jurídico, razão pela qual Pierangelli entende que o consentimento é de ser cabível nos crimes contra bens patrimoniais; contra integridade física; contra a honra e contra a liberdade individual.[5]

Além do mais, o bem jurídico deve ser validamente disponível. Não se pode confundir a outorga do direito de agir, a ação penal privada, com a natureza disponível do bem jurídico. São questões de natureza diversa,[6] pois a outorga da iniciativa da ação penal ao sujeito passivo atende ao interesse deste de tornar público ou não determinado fato lesivo à sua honra sexual, um estupor, por exemplo. Não se trata de consentimento, e muito menos prévio. Mas de juízo de conveniência da persecução penal.

Resta a indagação acerca do que venha a ser direito disponível? Mais fácil antes responder quais direitos seriam indisponíveis: os direitos que atingem coletividade não personificada, como a fé pública, a incolumidade pública, a saúde pública, a administração pública, a administração da justiça.

Diz Pedrazzi serem disponíveis por excelência os direitos patrimoniais.[7] Podem ser disponíveis outros atributos da personalidade como a honra, a liberdade individual, a vida privada.

Em relação à vida há unanimidade no sentido de ser a mesma indisponível.[8] Até mesmo quando sua supressão se dá a pedido, com fim humanitário, pois

4. HUNGRIA, Nelson. Op. cit., p. 269.
5. PEIRANGELLI, José Henrique. *O consentimento do ofendido – Na teoria do delito.* 2. ed. São Paulo: Ed. RT. 1995. p. 90.
6. PIERANGELLI, José Henrique. Op. cit., p. 109; BETTIOL, Giuseppe; MANTOVANNI, Luciano Pettoello. Op. cit., p. 405.
7. PEDRAZZI, Cesare. *Consenso dell'avente diritto:* enciclopedia del diritto,v. IX, Varese: Giuffrè. p. 143.
8. Idem, ibidem; DIAS, Figueiredo Jorge. *Direito Penal:* parte geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. t. I, p. 447; ROXIN, Claus. *Derecho Penal:* parte general. 2. ed. Trad.

igualmente punida, tão somente sendo a pena reduzida. Se não se pune o suicídio, todavia, incrimina-se o auxílio ao suicídio.

Mas, como ressalta Pierangelli, o bem jurídico pode transmudar-se de indisponível em disponível e vice-versa, dando como exemplo a eutanásia que não era punível no Código Soviético de 1922 sendo, todavia, incriminado na legislação vigente em 1996.

Assim, o consentimento do ofendido remanesce como uma questão desimportante, cuja superfluidade chega a ser incomodativa como dizia Hungria? Ou ganha importância em face das novas perspectivas trazidas pela bioética, das mudanças havidas nas relações médico-paciente e também muito especialmente pela diversa compreensão da ética médica frente à ortotanásia?

Cumpre examinar, portanto, a questão pelos seguintes ângulos: o direito à morte digna e a nova posição do médico frente aos doentes em fase terminal; em que consiste a ortotanásia; qual o fundamento legitimador destas condutas e seu enquadramento na estrutura do delito.

## 2. NOVA DIMENSÃO DO CONSENTIMENTO: BIOÉTICA E DIREITO À MORTE DIGNA

Muitas novas vertentes abriram-se com o reconhecimento da autonomia da pessoa para decidir da sua morte, do enfrentamento da sua doença, da definição do seu tratamento, com alterações profundas na relação médico/paciente.

São difíceis e complexos problemas suscitados atualmente nas instâncias internacionais e nas legislações internas pela denominada "ajuda à morte", graças, também, aos progressos da medicina intensivista que prolonga por meios artificiais o processo de morte. O elevado desenvolvimento científico e técnico, surpreendente por seus avanços, levou ao surgimento de nova disciplina, de cunho multidisciplinar, a Bioética que uns consideram se inter-relacionar com o Biodireito.[9] Este, todavia, não constitui uma disciplina, com

---

Luzón-Peña et alii. Madrid: Civitas, 1997. t. I, p. 529; FIORE, Carlo. *Diritto Penale*: parte generale. Volume primo – il sistema giurico italiano. Turim: Utet, 1993. p. 312.

9. PALLANZANI, Laura. *Il concetto di persona tra bioetica e il diritto*. Turim: Giappichelli, 1996. p. 10 e ss., considera ser problemático o direito dever ocupar-se de singulares questões bioéticas, em grande parte de natureza moral, devendo, antes de mais nada, garantir a autonomia individual. Todavia, reconhece que o biodireito está conexo com a bioética devendo estabelecer regras jurídicas relativas aos problemas emergentes do progresso tecnocientífico da biomedicina. O direito é chamado a regular questões essenciais trazidas pela Bioética, em textos legislativos esparsos, de cunho internacional, como a Declaração de Helsinki, de 1997, sobre o Genoma

território próprio, mas apenas um regramento esparso do já consolidado ou do mais grave dentro da complexidade e da extrema variação das questões trazidas pela Bioética.

A Bioética surge nos anos 70 do século passado impondo limites ao incomensurável campo aberto pelo desenvolvimento tecnocientífico da medicina, a partir do princípio da dignidade humana, que veio a ser consagrado no preâmbulo da Declaração Universal dos Direito do Homem de 1948. Constou também das constituições do pós-guerra como a italiana e a da República Federal da Alemanha[10] passando a ser reconhecido pelos mais diversos povos como um valor que se sabe o que é, independentemente de ser claramente conceituado,[11] brota da consciência construída ao longo do tempo frente às barbáries cometidas e que se revela pelos bens a serem tutelados e protegidos contra violações.

O princípio da Dignidade Humana apresenta-se em diversas instâncias que vão do geral ao particular: valor fonte dos demais valores; valor fundamental da república; nota característica de todo homem como se em cada qual houvesse a humanidade; no plano da singularidade de cada um o princípio da dignidade tem como corolário a liberdade do desenvolvimento da própria personalidade; outro corolário reside no respeito ao princípio da autodeterminação.[12]

---

Humano, ou leis internas como a Lei de Transplante, Lei 9.434/1997 ou a Lei de Biossegurança, Lei 11.105/2004.

10. Na Declaração dos Direitos do Homem da ONU reconhece-se a dignidade inerente a todos os membros da família humana. Na Constituição da Itália de 1947, diz o art. 1.º : "todos os cidadãos tem a mesma dignidade social"; a Carta de Bonn, de 1949, estatuía em seu art. 1.º : "a dignidade do homem é inviolável. Respeitá-la e protege-la é dever de todos os poderes do Estado". A nossa constituição de 1988 consagra: a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais no seu art. 1.º .

11. ANDORNO, Roberto. *Liberdade e dignidade da pessoa:* dois paradigmas opostos ou complementares na Bioética? Bioética e responsabilidade. Coletânea organizada por MARTINS-COSTA e MÖLLER, Letícia Ludwig, Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2009. p. 77. Segundo quem a dignidade da pessoa humana é uma característica bem real dos seres humanos, uma realidade pré-jurídica que precede e dá fundamento ao ordenamento jurídico.

12. Como diz MARTINS-COSTA, Judith. *Pessoa, personalidade, dignidade (ensaio de uma qualificação).* Tese de Livre Docência apresentada à Faculdade de Direito da USP, 2004, p. 123: Nossa humanidade está na alçada de proteção do princípio da dignidade da pessoa, nossa autonomia e nossa singularidade estão inseridos na órbita do princípio do livre desenvolvimento da personalidade. Segundo a autora, a esfera da singularidade da pessoa é protegida imediatamente pelo princípio do livre desenvol-

A dignidade da pessoa humana consiste, portanto, em um feixe concentrado de atributos reconhecidos como próprios do ser humano para garantia de sua higidez física, psíquica e moral. Bens integram o patrimônio de cada homem como se o constituísse a própria humanidade, com destaque para os valores da vida, da integridade física, da liberdade, da honra e do respeito à autonomia para decidir de seu próprio corpo, de sua doença e de sua morte.

Pode-se notar a clara decorrência do surgimento da Bioética a partir do princípio da Dignidade da Pessoa Humana. A Bioética, que não possui objeto determinado,[13] sendo fluido o seu universo diante das constantes inovações tecnológicas, busca a fixação de limites morais e de critérios para a solução de casos práticos ocorridos no dia a dia e de propostas de pesquisa,[14] tendo por fim responder à pergunta do que é certo fazer em face dos progressos científicos para preservar a pessoa como um fim e não como instrumento para outros interesses.

A noção de dignidade da pessoa desempenha, portanto, o papel de diretriz da Bioética, como diz Andorno, estabelecendo linhas orientadoras impeditivas da satisfação de interesses violadores dos valores componentes do núcleo duro inerente ao ser humano.

Muda-se, então, o foco: a dignidade da vida estava em viver sofridamente o processo de morte, mesmo se invencíveis as dores, sem se permitir a abreviação do fim inexorável e inafastável, conforme diagnóstico médico seguro, seja por meio da omissão de meios inúteis, seja pela intervenção direta.

A pessoa humana não mais apenas é vista como sujeita de direitos, dotada de capacidade jurídica, mas portadora do poder de escolher o próprio destino, pois dotada de autonomia, como corolário da dignidade que a reveste, impondo-se o respeito às suas decisões, atendido o direito de ser corretamente informada sobre sua saúde, os atos médicos a serem nela praticados, a sua cura, o seu processo de morte.

Assim, a qualidade intrínseca e fundamental da pessoa humana de se autodeterminar, decidindo de seu próprio destino, desfaz o dever de viver contra

---

vimento da personalidade; a autonomia, autodeterminação e a liberdade das pessoas estão, de forma imediata, abrangidas pelo princípio do livre desenvolvimento da personalidade e, apenas de modo mediato pelo princípio da dignidade.

13. PALAZZANI, Laura. Op. cit., p. 12.

14. Destacam-se as pesquisas de clonagem humana, em vista da qual se pode imaginar que uma mulher venha a ser a mãe do marido clonado. Outra experimentação consiste em se promover a gestação de embrião humano em útero de animal.

a sua própria vontade[15] e leva a se reconhecer a legitimidade da opção livre de, quando invencível o sofrimento, não prolongar a agonia deixando transcorrer, sem intervenções inúteis ou obstinadas, o processo de morte, tomados rigorosamente os cuidados legais exigíveis, para antecipar a morte brevíssima e inafastável.

Do contrário, estar-se-á a impor a dor impossível de ser eliminada, em imolação, deixando-se de olhar o homem concreto em sua dignidade existencial, a pessoa humana em sua essência e existência, para vislumbrar o mártir em busca da salvação eterna como forma obrigatória a todos os seres humanos, quando deve haver uma escolha por cada qual na definição do sentido mais profundo de sua vida.

Em vista dessas considerações é possível enfrentar seja a profunda mudança na relação médico/paciente, seja o problema da ortotanásia e da eutanásia passiva sob uma nova perspectiva, mas que nem por isso deixa de apresentar dilemas de difícil solução.

## 3. RELAÇÃO MÉDICO/PACIENTE

Esta nova perspectiva teve, como não poderia deixar de ter, influência na relação entre médico e paciente, que sofreu entre nós um grande avanço em 2010 com o novo Código de Ética Médica.

Para se determinar o sentido de um conjunto normativo cabe realizar uma interpretação integral, sistemática, teleológica e sociológica, pois não é a letra da lei que importa, mas o espírito da lei, através da própria lei: "*Au delà du code – mais par le code*", na expressão de Geny. Ao intérprete cabe alcançar a razão substancial e prática do escopo que determinou a edição da norma, a qual deve iluminar a sua aplicação.

O Código de Ética inicia-se com considerandos que indicam a razão de legislar. Em um dos considerandos diz-se estar na "*busca de melhor relacionamento com o paciente e a garantia de maior autonomia à sua vontade*". Dentre os princípios, como normas prospectivas, de caráter finalístico, estabelece-se que o médico "*aceitará as escolhas de seus pacientes relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos*". Faz-se, porém, um adendo: "*desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas*".

15. ROMEO CASABONA, Carlo Maria. *El derecho y la bioetica ante los limites de la vida humana*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994. p. 437.

Na parte dispositiva, veda-se ao médico "*deixar de garantir ao paciente o direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem estar*", (art. 24) bem como "*desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas*" (art. 31). Fazem-se exceções, contudo, pois é dever do médico exercer sua autoridade para limitar o direito de decidir do paciente, mormente "*em caso de iminente risco de morte*".

Dessa maneira, amplia-se o dever de informar do médico, bem como se garante que o paciente seja ouvido sobre as práticas diagnósticas e terapêuticas, mas sempre com uma limitação: "*desde que não haja iminente perigo de morte*". O Código estabelece um conflito de valores que apenas pode-se resolver no caso concreto, levando-se em alta conta o valor fim constante dos considerandos e dos princípios, qual seja o de garantir o direito do paciente de decidir sobre sua pessoa.

Só no caso concreto, com prudência e bom senso, cabe dar maior ou menor peso à autodeterminação do paciente em face da beneficência indicada pelo médico. Por exemplo: Uma decisão filha da ignorância e do temor exagerado, em contrariedade ao indicado pela ciência médica, não pode ser aceita pelo médico. O mesmo não sucede em casos nos quais uma operação de alto risco pode aumentar a probabilidade de dano, com dolorosa convalescença, malgrado haja possibilidade de eventual benefício. Nesta hipótese, a decisão deve ser do paciente, dando-se prevalência à autodeterminação.[16]

## 4. ORTOTANÁSIA

Examinada a nova relação médico/paciente da qual deflui especialmente o direito de o paciente de ser informado e de decidir sobre o tratamento a que será submetido, haja ou não, ao meu ver, risco de vida, cumpre verificar as formas de ação do médico que têm como resultado o não prolongamento do processo de morte (ortotanásia) e o não prolongamento de uma vida vegetativa mantida artificialmente (eutanásia passiva), cujo fim é conscientemente desejado pelo paciente capaz de decidir.

Duas formas básicas existem, a comissiva e a omissiva, a primeira por ação direta no processo de morte antecipando, graças à interferência realizada, a morte do paciente, a segunda pela não interferência, deixando-se que o curso

16. Neste sentido dispõe o Código Civil de 2.002, cujo art. 15 edita: "Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica".

da doença siga o seu caminho sem medidas artificiais ou de manutenção da vida por ser inviável qualquer possibilidade de cura, com adoção exclusiva de paliativos eliminadores ou limitadores da dor.

Em ambas as hipóteses deve-se ter por pressuposto a anuência válida do paciente, por si mesmo ou por seu representante. Interessa estudar apenas hipótese da ortotanásia, que consiste na interrupção de qualquer tratamento visando à cura para deixar que o processo de morte siga o seu curso natural.

A ortotanásia distingue-se, também, da eutanásia passiva, pois enquanto naquela a morte é próxima e inafastável, nest'outra a morte é mais distante, malgrado já presente a doença com a aflição de sofrimentos decorrentes do aprisionamento do corpo à total imobilidade, instalando-se uma sobrevivência à custa de alimentação induzida. Mas, neste artigo, limito o estudo à hipótese da ortotanásia.

A figura típica da ortotanásia precisa ser adequada às condições descritas no Código de Ética Médica, para não se incorrer no fenômeno da escada abaixo", ou seja, no crescimento da permissão para a eliminação de vidas humanas motivada por interesses imorais, como econômico ou de conveniência egoística, frente, por exemplo, pessoas portadoras de graves deficiências.

Participei da elaboração de dois anteprojetos de Parte Especial do Código Penal, em 1984 e em 1997 nos quais se previa que a ortotanásia não constituía crime, pois excluída era a criminalidade na hipótese de se "*deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão*"

Desenhava-se, nos Anteprojetos, destarte, com mais precisão o quadro em que deve se encaixar a conduta para se irrelevante em face do direito penal: (i) morte iminente e inevitável; (ii) atestado desta situação por dois médicos; (iii) ação consistente em deixar de manter artificialmente a vida do paciente; (iv) consentimento do paciente; (v) na impossibilidade de dar o paciente o consentimento deve este ser dado pelo ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão, figura penal que adiante será analisada.

Mas, posteriormente aos Anteprojetos referidos, baixou o Conselho Federal de Medicina a Resolução 1.805/2006 a qual: "*é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal*". Esta norma foi antecipadamente suspensa até sentença final em Ação Civil Pública interposta pelo Ministério Público.

Veio a ser prolatada, então, a sentença baseada em alentada manifestação da Procuradora da República Luciana Loureiro Oliveira, que, contrariando a orientação anterior, defendeu a legalidade do dispositivo autorizador da ortotanásia.

Com base na opinião de Luís Roberto Barroso, reconheceu a procuradora haver na ortotanásia o exercício de um direito à autodeterminação, com respeito à vontade livre do paciente, e a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana, que compreende o direito a uma morte digna.

Sobreveio em 2010, como já acima acentuado, o novo Código de Ética Médica, no qual se estatui, como princípio, que o médico evitará procedimentos desnecessários, o que se completa com o disposto no art. 41, § 1.º autorizador da ortotanásia ao se deixar que transcorra o processo natural da morte, não prolongando indefinidamente por meios artificiais uma vida dolorosa em estado terminal, desde que haja consentimento do paciente.

Dispõe o parágrafo do art. 41: "*Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas inúteis e obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal*".

Determina-se, então, não serem adotadas medidas terapêuticas inúteis que visem obstinadamente prolongar a vida, mas apenas aplicar cuidados paliativos para minorar a dor.

Reconhece-se que o direito de vida digna compreende o de não sofrer manobras invasivas não curativas apenas prolongadoras do curso da morte, dando-se validade à vontade do paciente,[17] em estado incurável e terminal, no sentido de ser auxiliado "no morrer", com meios paliativos e sem imposições obstinadas de levar avante não a vida, mas sim o já instalado processo doloroso de morrer.

O direito de vida digna compreende o direito à *morte digna*, ou seja, o direito de não sofrer manobras invasivas não curativas que apenas encompridam o curso da agonia, razão pela qual, em grande avanço, o Código de Ética Médica reconhece a validade da vontade do paciente, em estado incurável e terminal, no sentido de ser auxiliado "no morrer", com meios paliativos e sem imposições inúteis e obstinadas de prolongar não a vida, mas sim o processo doloroso de morrer.[18]

17. Condições do consentimento válido são: capacidade de quem consente; exteriorização da manifestação prévia ou concomitantemente à ação; consentimento livre e sem qualquer vício na formação da vontade e na compreensão do fato.

18. ROXIN, Claus. A apreciação jurídico penal da eutanásia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 32. São Paulo: Ed. RT. out.-dez./2000, lembra fato curioso de uma

## 5. ENQUADRAMENTO NA ESTRUTURA DO DELITO

É uma contradição a ortotanásia constituir crime e ser eticamente aprovada pelo Conselho Federal de Medicina.

É preciso ressaltar, como acima assinalado, que há duas situações diversas, mas muito próximas: a ortotanásia e a eutanásia passiva. Na eutanásia passiva há a manutenção artificial da vida, que se viabiliza exclusivamente por meio de respiração por aparelhos ou por meio de alimentação venosa, em uma existência vegetativa, sem risco de morte imediato.

A análise conjunta das duas situações demandaria desdobramento incabível no presente estudo, razão pela qual me fixo em examinar a hipótese da ortotanásia, já disciplinada pelo Código de Ética Médica.

Creio ser aconselhável que a lei penal estatua claramente a situação de ortotanásia e da eutanásia passiva, para que haja modelos de ação lícita, com os seus requisitos e limites bem fixados, visando a se definir melhor a disciplina constante das normas éticas.[19]

Todavia, independentemente da previsão da exclusão de ilicitude de forma expressa por meio de lei, pode-se, sem dúvida, com base na teoria do delito, considerar atípicas tais ações, como adiante se verá.

Roxin considera não ser o Consentimento do Ofendido uma causa excludente da ilicitude, pois as justificativas sempre decorrem, como no Estado de Necessidade e na Legítima Defesa, de um confronto de interesses, dado este inexistente no Consentimento.

---

senhora que, sofredora de doloroso câncer, resolveu suicidar -se ingerindo veneno, deixando uma carta na qual explicava seu ato e pedia que não tomassem qualquer medida impeditiva de seu desiderato caso fosse encontrada ainda com vida. O médico dela, em visita costumeira, achou-a viva, mas em situação mais grave, paralisada e cega. Levou-a ao hospital onde a sedou e deixou o processo de morte ter seu curso. Foi processado por homicídio, do qual veio a ser absolvido não pelo reconhecimento da ortotanasia e sim porque a salvação da vida deixaria a paciente em situação muito grave, paralítica e cega, compreendendo-se que então a morte que sobreveio era melhor do que a existência que se poderia proporcionar.

19. Nos Anteprojetos de Parte Especial de 1984 e de 1997, de cujas Comissões Elaboradoras participei, há disposições absolutamente idênticas, não considerando crime: "*deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão*".

Assim, para Roxin, o consentimento "representa um corpo estranho no sistema das causa de justificação", pois estas descansam nos princípios de ponderação de interesses e de necessidade.[20] No consentimento, a seu ver, todavia, há uma vontade livre do portador do bem jurídico sem que haja contraposição de interesses.

Dessa forma, Roxin não elege como um valor a se contrapor ao interesse social de proteção do bem jurídico a autodeterminação do titular do bem concreto em jogo, vista esta vontade como mera manifestação descolorida de maior significação valorativa.

Já não pensa dessa maneira Jescheck, para o qual a valoração subjetiva dos bens jurídicos pelo indivíduo é de ser reconhecida. A seu ver, em um Estado de Direito Liberal o uso sem restrições da liberdade pessoal, como um valor social, tem de ser ponderado frente ao interesse da comunidade de preservação dos bens jurídicos.[21]

Igualmente, Figueiredo Dias, dá relevo à autonomia pessoal e ao consequente direito "de autodeterminação do titular do bem jurídico lesado",[22] de forma a que essa vontade seja reconhecida superior ao interesse social de preservação do bem jurídico, tutelado abstratamente pela lei penal.

Haveria, a seu ver, ao contrário de Roxin, uma colisão de interesses: de um lado o interesse de jurídico-penal de preservação do bem jurídico que o legislador elegeu tutelar; de outro o interesse relevante de preservação da autonomia pessoal e da vontade do titular do bem jurídico concretamente em jogo. Estabelece-se um confronto entre a efetividade do sistema social, que prevê a punição do fato lesivo ao bem jurídico que veio a ser lesado e de outro a efetividade da vontade manifestada pelo titular do bem jurídico que em sua autodeterminação dispôs do bem.

No caso, sendo o bem de natureza estritamente particular, o interesse da comunidade deve ceder passo ao interesse de autorealização do sujeito passivo. Diz Figueiredo Dias: "toda a vez em que a lei proteja a liberdade de disposição do indivíduo a concordância do interessado faz com que não possa nem deva falar-se em violação do bem jurídico".

---

20. ROXIN, Claus. *Derecho Penal,* cit., p. 521.

21. JESCHECK, Hans-Henrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal:* parte general. 5. ed. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 405.

22. FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal:* parte geral - questões fundamentais – a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra editor, 2004. t. I, p. 443.

Malgrado Roxin não veja no Consentimento um confronto de interesses, considera, todavia, que, se os bens jurídicos devem servir ao desenvolvimento do indivíduo, não há qualquer lesão quando o titular do bem jurídico ferido reconhece a ação como válida. A destruição de uma coisa que o seu proprietário não se importa ver destruída e até autoriza que o seja atende à realização de seu proprietário como autodeterminação.

Por essa razão, com o mais estrito rigor há de se repensar o consentimento com relação à omissão de medidas de prolongamento da vida de doentes terminais para manutenção artificial da existência, tendo em vista a relevância assumida nos tempos atuais pela autodeterminação pessoal, da importância da decisão livre e consciente do paciente frente ao seu processo de morte, como reflete as normas éticas em documentos internacionais e no código da medicina nacional.

Assim, diante da importância reconhecida à vontade expressa do paciente a dever ser admitida como relevante, definidora de como e quando morrer, respeitados rigidamente os requisitos previstos no Código de Ética Médica, não se estará a ofender o bem jurídico vida mas sim a agir em vista do valor socialmente reconhecido, ou seja, o direito de alguém autodeterminar como quer que a sua vida se desenrole no processo de morte inevitável para ter um fim de vida digno, uma morte digna.

Manifesta-se, desta maneira, um direito à vida e à morte com dignidade com o reconhecimento da autonomia, aspectos estes entrelaçados que, conforme Letícia Möller, conformam-se aos princípios consagrados na nossa Constituição, estando ademais identificados com os direitos humanos positivados em documentos internacionais.[23]

Não se verifica um menosprezo ao bem jurídico vida, não se atua em afronta à vida, mas em atendimento à dignidade da vida que compreende ter uma morte livremente decidida e digna, dando-se eficácia ao princípio da benevolência. Não se vislumbra, portanto, na Ortotanásia uma causa de exclusão de crime, mas antes uma ação socialmente adequada, quando só aparentemente se lesiona um bem jurídico, ao se visa exatamente a preservar esse valor, ou seja, a vida como vida digna que compreende a morte digna.

Permito-me reproduzir texto de minha Instituição,[24] no qual escrevo que na ação socialmente adequada há uma coincidência de valores e fins que animam

23. MÓLLER, Leticia Ludwig. *Os rumos da Bioética e do direito diante do progresso da ciência. Bioética e responsabilidade.* Coletânea, cit., p. 39.

24. REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense-Gen, 2012. p. 151.

o agente com os desejados pela comunidade, pois se o *boxeur* luta para ser um bom esportista, a sociedade espera e deseja um aprimoramento do boxe como esporte; se o cirurgião faz uma incisão no paciente querendo curá-lo, há um desejo geral de que os doentes se recuperem.

Lembro a lição de Fiore, para quem é o significado e a função da ação que a tornam socialmente adequada, pois o seu significado e a sua função podem ser considerados positivos e até mesmo necessários à vida social.[25]

Renato Silveira, em trabalho definitivo sobre Adequação Social, bem indica que na verificação da Adequação Social de uma conduta, há uma apreciação delitual já antes da tipicidade, um espaço prévio ao tipo de injusto, mas que nem por isso deixa de realizar uma "arguta ponderação de interesses".

Por via do exame da Adequação Social estabelece-se, diz Renato Silveira, o que pode ou não ser tolerável, tendo-se por consequência desta constatação da consonância da conduta com a ordem social, com as expectativas sociais o afastamento do comportamento da esfera típico-penal.

Este o dado relevante: a existência de uma ponderação de interesses cuja preponderância brota em desfavor da incriminação da ação do médico em face do desejo consciente e livre do paciente de ver dignificado o seu processo de morte como valor revelado mais recentemente como próprio da dignidade da pessoa humana.

Seria uma afronta ao desejo do paciente de ter uma morte digna, se em cada caso de ortotanásia, cotidianamente ocorrido nos hospitais, se admitisse a configuração típica a ser desconstituída pela verificação de causa supralegal de exclusão de ilicitude em inquérito policial a ser arquivado.

Assim, a ortotanásia configura causa de atipicidade, pois de imediato, *ictu oculi*, verifica-se a licitude da conduta movida por valores do respeito à decisão do paciente, de prestígio à dignidade da pessoa humana, em uma situação limite, impedindo que em seu final a existência da vida seja destituída de dignidade, torturada por ações obstinadas e inúteis de tentativa de uma cura impossível, com prolongamento de agonia sem fim que o paciente conscientemente não deseja.

Não se trata, de outra parte, apenas de humanitarismo, compaixão no se aceder ao homicídio a pedido de quem tem fortes sofrimentos, o que poderia corresponder à hipótese da eutanásia ativa. Na ortotanásia, como já acima visto, há a desistência, por parte do médico, com pleno conhecimento e anuência do paciente ou de pessoa por ele responsável, em não se dar continuidade a

25. FIORE, Carlo. *L'azione socialmente adequate nel diritto penale*. Nápoles, 1966. p. 144.

medidas obstinadas de manutenção artificial da vida ou de prolongamento inútil do processo de morte, para se ter uma morte digna.

Nesta situação, não há tão só um fim humanitário ou de compaixão, como na eutanásia ativa, mas o respeito à vida digna para se ter uma morte digna fruto do processo natural da doença, omitindo-se, com anuência do doente ou de seu representante, uma intervenção que por sua obstinação faz a vida indigna e a morte a se seguir desnecessariamente mais sofrida e sem a paz almejada.

Ocorre em face da ortotanásia um reconhecimento imediato da licitude[26] em atenção ao valor da vida e à sua dignidade, apresentando-se uma aprovação social não sendo excludente da ilicitude, mas, *ictu oculi,* lícita, adequada aos valores hoje presentes no meio social.

Luzón-Peña considera que as causas de atipicidade não estão muito distantes das causas de exclusão da ilicitude, pois se baseiam em uma ponderação de interesses, mesmo porque segundo entendo, e igualmente Luzón-Peña, tipicidade e antijuridicidade se confundem e se está diante de elementos negativos do tipo. A distinção entre causa de atipicidade e de exclusão de ilicitude está na imediatidade da revelação de ser a conduta juridicamente irrelevante.

Esta imediatidade brota do reconhecimento da ausência de falta ética na ortotanásia pelo próprio Código de Ética Médica, enquadrando-se na hipótese de uma Ação Socialmente Adequada, dada a consonância com a ordem social diante da evolução sofrida com o reconhecimento geral da plena validade da autodeterminação do paciente frente a como se deve desenrolar seu tratamento.

Se for, para segurança, dos médicos, conveniente que a lei penal trouxesse, como previsto nos Anteprojetos de Código Penal, figura específica destipicando a conduta, todavia, a teoria do delito permite excluir de incidência penal a ortotanásia. Configura-se, sem dúvida, uma hipótese de ação socialmente adequada.

Por fim, não entendo que em vista do desvalor do resultado e da renúncia à tutela penal dever-se-ia pensar na hipótese de não haver risco juridicamente desaprovado ou criação de um risco juridicamente desaprovado. E se existe um consentimento haveria não um risco desaprovado, mas um risco permitido.[27]

---

26. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones de derecho penal:* parte general. 2. ed. Valência: Tirant lo Blanc, 2012. p. 331, considera que há atipicidade quando a conduta de plano não é juridicamente relevante ou não é suficientemente grave para constituir um injusto penal.

27. VICTORIA, William Monroy. *El consentimiento: derecho penal y criminologia.* 22. Universidade Externado da Colômbia, 2001. p. 36. MACHADO RODRÍGUEZ, Camilo Iván. El consentimiento en materia penal. *Revista Derecho Penal y Criminologia. 33. n. 95.* Universidade Externado da Colômbia, 2012, p. 45.

Esta posição levaria a uma neutralidade valorativa, em que sobressai apenas a circunstância de haver uma autorização para o dano ou risco, sem avaliação do seu significado valorativo, o que empobrece o direito penal.

---

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- A eutanásia e a ortotanásia no novo Código Penal, de Eudes Quintino de Oliveira Júnior e Pedro Bellentani Quintino de Oliveira – *RT* 931/241 (DTR\2013\2774);
- Aspectos filosóficos e jurídicos sobre a morte, a eutanásia, a ortotanásia e o suicídio assistido, de Marilene Araújo – *RDCI* 90/215-244 (DTR\2015\2062); e
- Eutanásia, ortotanásia e distanásia. Reflexões básicas em face da ciência médica e do direito, de Elias Farah – *RIASP* 28/131-178 (DTR\2011\5258).

85922

# A TEORIA DO DELITO E O ENIGMA DO DOLO EVENTUAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE A APARENTE NOVA RESPOSTA ITALIANA

## *THE THEORY OF CRIME AND THE PUZZLE OF THE ASSUMPTION OF RISK: CONSIDERATIONS ABOUT THE APPARENTLY NEW ITALIAN RESPONSE*

**RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA**
Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Vice-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
Advogado.
rmjs@usp.br

**ÁREA DO DIREITO:** Penal

**RESUMO:** O conceito subjetivo se encontra no foco central do debate sobre a teoria do delito, principalmente desde um ponto de vista da *civil law*. Apesar das muitas variações conceituais sobre o tema, o Brasil se manteve, durante muito tempo, afastado dessa discussão. Uma recente decisão do Tribunal Supremo italiano, no entanto, faz caminho inverso a tudo que até agora se discutia, sendo necessário um repensar para que se avalie se o Brasil está, de fato, tão atrasado nesse cenário.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Penal - Teoria do delito - Elemento subjetivo - *Dolus eventuais*.

**ABSTRACT:** The subjective concept is the central focus of the debate on the theory of crime, especially from in a civil law background. Despite the many conceptual variations on the theme, Brazil remained for a long time, away from this discussion. A recent decision of the Italian Supreme Court, however, points to a direction contrary to all that has been discussed so far. This decision stresses the necessity of rethinking the subject in order to assess whether Brazil is, in fact, behind other countries in the abovementioned discussion.

**KEYWORDS:** Criminal Law - Theory of crime - *Mens rea* - *Dolus eventualis*.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. A teoria do delito e a questão do dolo - 2.1. As bases da Teoria do Delito - 2.2. A necessária fundamentação subjetiva - 3. Uma brevíssima história do dolo como conceito subjetivo penal: o problema do dolo eventual - 3.1. A evolução das teorias intelectivas e voluntaristas e as chamadas Fórmulas de Frank - 3.2. A busca do conceito para além do lastro na vontade - 4. O exemplo italiano: o caso ThyssenKrupp - 4.1. O incêndio na fábrica - 4.2. As considerações da Corte de Cassação e suas repercussões - 5. Conclusões - 6. Bibliografia.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A teoria do delito e o enigma do dolo eventual: considerações sobre a aparente nova resposta italiana.
*Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 121. ano 24. p. 223-250. São Paulo: Ed. RT, julho. 2016.

## 1. INTRODUÇÃO

Na tragédia grega de Sóflocles, é relatada a ameaça posta no enigma da Esfinge a Édipo: "decifra-me ou devoro-te." Em termos de uma análise jurídico-penal, poder-se-ia, muito bem, fazer um paralelo dessa construção com o atual cenário visualizado com os institutos do dolo e do dolo eventual. Estes, foco das maiores dúvidas sobre o elemento subjetivo penal, também guardam um enigma, um verdadeiro mistério, que ainda espera resolução. Diz ele respeito ao iminente perigo do próprio Direito Penal consumir quem não proponha uma adequada saída. De fato, parece ser fundamental, visando à estrita segurança jurídica, a apresentação de algumas definições, sob o risco dele próprio também vir a devorar outras tantas construções penais bem mais elaboradas. Isso é ainda mais preocupante em uma realidade como a nacional, na qual o conceito do dolo se mostra bem mais hermético do que em outros países.

Note-se que a já centenária teoria do delito, ainda que com importantes variações, lastreia-se em determinadas premissas. Existem muitas possibilidades de leitura de uma vasta gama de conceitos, sendo significativo, contudo, o fato de que ela serve de base para toda a criação dogmática, e, portanto, de verdadeiro pano de fundo à gramática do Direito Penal. Sob essa percepção, e principalmente depois da verificação welzeliana sobre a bipartição do tipo em tipo objetivo e tipo subjetivo, tem-se uma significativa ampliação interpretativa da questão fronteiriça do dolo eventual como uma das grandes indagações da seara penal. Procurando dar suficientes respostas para tal dúvida, construíram-se incontáveis teorias a esse respeito, variando do volitivo e cognitivo a construções significativamente normativas.

Em que pese a pequena consideração da doutrina nacional a esse respeito, justificada, nas magistrais palavras de Busato, como fruto do isolacionismo contatado durante o regime de 1964, o fato é que diversas considerações sobre o dolo simplesmente não são, por aqui, devidamente trabalhadas. De todo modo, mesmo com definições mais ou menos aperfeiçoadas (ou herméticas), percebe-se, ao longo do séc. XX, um gradual afastamento de certas considerações volitivas ou cognitivas. A teoria do delito, no que tange à consideração sobre o dolo, foi bastante e significativamente normatizada, isso para não se falar em uma perspectiva comunicacional. E, mesmo assim, por curioso que seja, justamente dentro dessa configuração, em 2014, a Corte de Cassação italiana, bastante preocupada com interpretações extensivas do dolo eventual, traçou caminho inverso e assumiu uma posição radical, retornando, aparentemente, aos preceitos volitivos. Dada a proximidade e paralelismo codificado com o Brasil, seria de se avaliar essa questão e de se perguntar sobre as eventuais possibilida-

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A teoria do delito e o enigma do dolo eventual: considerações sobre a aparente nova resposta italiana.
*Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 121. ano 24. p. 223-250. São Paulo: Ed. RT, julho. 2016.

des de aplicação daquele conceito em sede nacional. Para tanto, aliás, busca-se fazer uma leitura bastante mais focada na compreensão peninsular do tema, procurando, derradeiramente, sopesar as comparações com a visão nacional.

A pretensão do presente ensaio, portanto, é vasta. Além de buscar fornecer maiores bases de discussão na dogmática nacional, e de, também, de forma não oculta, homenagear meu querido e saudoso orientador, Professor Chaves Camargo (o qual se dedicou às noções de motivação e dolo), intenta-se estabelecer uma noção de geral de vários debates sobre a questão do dolo e do dolo eventual face à teoria do delito, buscando, a partir daí, estabelecer foco à discussão italiana de hoje. Teria ela influência na realidade brasileira? A princípio, isso poderia se justificar, dada à proximidade conceitual do dolo, lá e cá. Mais do que isso, e agora em contraponto a Busato, talvez essa proximidade venha, sim, a explicar porque embrionariamente também na Itália pouco se discutiu sobre o elemento subjetivo. Nesse sentido, ao depois um pequeno levantamento histórico e sobre o estado da questão atualmente, pretende-se avaliar as possibilidades de rendimento da decisão do caso ThyssenKrupp, perante a Corte de Cassação italiana, junto à realidade brasileira, a qual se mostra um tanto hesitante em assumir uma posição mais estável em relação às questões envolvendo o elemento subjetivo, principalmente face à realidade nacional.

## 2. A TEORIA DO DELITO E A QUESTÃO DO DOLO

A Teoria do Delito, bem firmada a partir de Beling, tem sua base calcada nos pilares da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Mesmo entendendo as variações conceituais havidas, principalmente ao longo de séc. XX, é de se ver hoje, ainda que didaticamente, como necessária e útil essa tripartição conceitual. Pois bem. A ponderação efetuada em órbitas distintas obriga, também, a análise distintiva das subórbitas de tipicidade objetiva, em primeira análise, e de tipicidade subjetiva, em segunda. Inegável, contudo, certa influência do objetivo também no subjetivo, e, nesse sentido, há de se ter em conta as palavras de Mir Puig, segundo as quais provavelmente o debate mais importante ocorrido durante o séc. XX deu-se em torno do papel do objetivo e do subjetivo face ao conceito de delito.[1] A busca dessa delimitação, principalmente em razão do atual estado da construção nacional e das possíveis repercussões das leituras italianas mais contemporâneas, é a razão de um necessário repensar.

1. Cf. MIR PUIG, Santiago. Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto penal. In: *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994. p. 181 e ss.

Busato, nesse particular, atesta, de um lado, que uma das certezas com que os penalistas mais se acostumaram foi o dolo. De outro, que um certo comodismo acadêmico pode ser notado, especialmente na seara penal, derivado, em parte, da crise de intercâmbio científico durante o período de "Estado ditatorial no Brasil".[2] A dúvida que remanesce, no entanto, é em que medida essa situação se sedimenta, e como deve se dar a leitura sobre o tema em futuro próximo.

### *2.1. As bases da Teoria do Delito*

Em 1906, Ernst Beling publica sua obra maior, dando início ao que se conhece por teoria do delito. Ao discorrer sobre a necessidade de uma neutralidade axiológica do tipo penal, firma, necessariamente, o tripé avaliativo da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade,[3] no que também se denomina de sistema Liszt-Beling-Radbruch.

Um dos pontos desenvolvidos, mas menos cuidado e analisado, ao menos sob a óptica nacional da chamada teoria do delito, no entanto, tem sido, justamente, o relativo ao entendimento sobre o elemento subjetivo do tipo, vale dizer, ao dolo e a culpa. Mais particularmente, a zona fronteiriça entre dolo eventual e culpa consciente mostra-se absolutamente problemática, sendo vista, não raras vezes, como um mistério ou enigma. Tendo-se em conta que o tipo penal é formado por uma parte objetiva e por outra subjetiva, lastreou-se todo o escopo de importância também do chamado tipo subjetivo.

Navegando em um mar bastante rebelde de considerações ligadas à escolha consciente, à vontade e aos meandros volitivos, ou aos aspectos cognitivos, indo a considerações normativas ou, mesmo, ligadas a uma filosofia da linguagem, muitas podem ser as opções.[4] Estas, no entanto, têm, sem dúvida, o condão de verdadeira caracterização de tipicidade.

---

2. BUSATO, Paulo César. Apresentação. In: BUSATO, Paulo César (coord.). *Dolo e direito penal:* modernas tendências. São Paulo: Atlas, 2014. p. 7 e ss.
3. Cf. AMBOS, Kai. 100 años de la "Teoria del Delito" de Beling. ¿Renascimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional? *Revista Eletrónica de Ciencia Penal y Criminologia.* 9-5. 2007, p. 1 e ss.
4. Cf. REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito.* São Paulo: RT, 1998. p. 124 e ss. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Reexame do dolo. In: BUSATO, Paulo César (coord.). *Dolo e direito penal:* modernas tendências. Trad. Paulo César Busato. São Paulo: Atlas, 2014. p. 87 e ss.

## 2.2. *A necessária fundamentação subjetiva*

Roxin, com sua habitual claridade, menciona que durante muito tempo, o dolo foi visto como um elemento puramente descritivo. No finalismo, descreve o autor, o dolo se deve a dados estruturais do ser, os quais são prévios e indisponíveis. As noções de conhecer e de querer também se colocam em lastros psíquicos, desprovidas de outras análises.[5] O significativo avanço das construções referentes ao dolo, e mais particularmente, ao dolo eventual, no entanto, têm modificado esse estado de coisas. Importante, no entanto, entender-se como isso se dá.

Em primeiro lugar, é de se notar que o chamado sistema clássico do delito, representou, em certa medida, um retorno ao dualismo objetivo e subjetivo.[6] Entretanto, essa situação não se mostra tão presente quanto necessária no debate dogmático nacional.

Uma imprescindível percepção diferencial do problema do dolo e do dolo eventual, dá-se, também, pela dificuldade de sua definição.[7] Quais seriam suas fronteiras? Tudo seria relativizado ao ânimo ou à cognição? Penalistas ao longo de séculos procuram essa resposta. A indagação sobre a existência de uma vinculação necessária desse estado de coisas, principalmente em um universo multidimensional como o atual, no qual a jurisprudência acaba por se utilizar de premissas desde as noções de vontade, até as mais abstratas noções normativistas, parece fazer, mais do que nunca, sentido.

É bastante interessante, nesse aspecto, a verificação distintiva sobre a percepção do dolo. Inúmeros países simplesmente não o definem expressamente em termos codificados, deixando à dogmática tal missão. Outros, no entanto, estabelecem uma determinada moldura, a qual, em termos, limita a possibilidade

5. ROXIN, Claus. Acerca de la normatización del dolus eventualis y la doctrina del peligro de dolo. In: _____. *La teoria del delito en la discusión actual.* Trad. Manuel A. Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2007. p. 169.

6. Cf. PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo "objetivo" y lo "subjetivo" en el tipo penal:* hacia la "exteriorización de lo interno. Barcelona: Atelier, 2015. p. 96.

7. Tenha-se em mente a assertiva segundo a qual a "característica más acentuada de toda la historia de la definición conceptual del dolo se encuentra, metafóricamente hablando, en una incesante 'caza' al 'fantasma en la maquina'. De hecho, constituyó una tarea permanente de aquellos que se dedicaron al tema, independientemente de si comprendían el dolo como 'querer' y 'conocer' o solamente como 'conocer', la búsqueda de lago que ha ocurrido 'en la cabeza del autor' y que pudiera reflejar una actitud especialmente grave de negación del Derecho." PORCIÚNCULA, José Carlos. Op. cit., p. 301 e ss.

de sua interpretação. Assim, por exemplo, o § 15, do Código penal alemão, estabelece que a ação dolosa só é punível quando a lei não faça expressa menção à ação culposa.[8] Ao mesmo tempo, o § 16, do mesmo estatuto, prevê, ao mencionar o erro sobre as circunstâncias do fato, que quem, na comissão de um fato, não conhece uma circunstância do tipo penal, não atua dolosamente.[9] Em similar orientação, o art. 5.º, do Código Penal espanhol, não define conceitualmente o que venha a ser dolo, expressando, unicamente, que não há pena sem dolo ou imprudência.[10] De outra sorte, o art. 42, do Código Penal italiano, fonte maior da inspiração nacional, estabelece que ninguém pode ser punido por uma ação ou omissão, se não a pratica com consciência e vontade. E, assim, tem-se que ninguém pode ser punido por um fato previsto em lei se não o pratica com dolo, salvo em casos de delitos preterintencionais ou culposos expressamente previstos.[11] Já o art. 43, do mesmo estatuto, completa a ideia, estabelecendo que o delito é doloso, ou intencional, quando o evento, danoso ou perigoso, resultado da ação ou da omissão da qual a lei faz depender a existência do delito, é previsível e querido pelo agente. Entende, ainda, por crime culposo, ou contra a intenção, quando o evento, ainda que previsível, não é querido pelo agente e se dá por negligência, imprudência ou imperícia, ou por inobservância de lei, regulamento ou ordem.[12] Em linha bastante simi-

8. StGB, § 15: "Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wennnicht das gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedrht."

9. StGB, § 16: "(1) Wer bei Begehung der Tat einen Umstand nicht kennt, der zum gesetzlichen Tatbestand gehört, handelt nicht vorsätzlich. Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung bleibt unberührt. (2) Wer bei Begehung der Tat irrig Umstände annimmt, welche den Tatbestand eines milderen Gesetzes verwirklichen würde, kann wegen vorsätzlicher Begehung nur nach dem milderen Gesetz bestraft werden."

10. Código penal español, Artículo 5. "No hay pena sin dolo o imprudencia."

11. Codice Penale Italiano, articolo 42 – "Responsabilità per dolo o per colpa o per delitto preterintenzionale. Responsabilità obiettiva. Responsabilità per dolo o per colpa o per delitto preterintenzionale. Responsabilità obiettiva. Nessuno può essere punito per un'azione od omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà. Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge (43). La legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente, come conseguenza della sua azione od omissione. Nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione od omissione cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa (43)."

12. Codice Penale Italiano, articolo 43 – "Elemento psicologico del reato. Il delitto: è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è

lar a esta última dicção, o Código Penal brasileiro prevê, em seu art. 18, que considera-se crime doloso, "quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo," e culposo, "quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia."

A previsão mais ou menos extensa em termos conceituais talvez seja uma explicação plausível para a dificuldade de importação de certas percepções dogmáticas. Isso porque essas distinções nem sempre são levadas devidamente em conta quando se procura trabalhar sobre a questão do dolo. Inegavelmente, a construção dogmática se aquilatou sensivelmente desde a década de 1930, ano marcante a esse respeito. Sem qualquer sombra de dúvida, existe uma racionalidade completa no pensamento alemão de hoje acerca do tema, principalmente ao propor uma visão normativista. Mas também é de se questionar se as particularidades da definição conceitual do instituto, como se verifica no Brasil, não estabeleceriam uma proximidade da percepção nacional mais ao desenho italiano do que à abstração alemã ou espanhola.

Essa seria a grande razão, segundo Camaioni, para o contraste que se verá entre as teorias da vontade e da representação.[13] Pior do que isso, e um assunto bastante caro também no Brasil, tem-se que o conceito de vontade (ou risco) pode assumir diferentes feições, como, *v.g.*, indiferença. Esse, um perigo, pois segundo uma leitura quiçá mais normativista, as fronteiras do dolo eventual se mostrariam demasiado largas, traçando uma verdadeira analogia *in malam partem*.[14]

---

dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione; è preterintenzionale, o oltre l'intenzione, quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente (584); è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline (259, 326, 355, 387, 391, 449 ss., 500, 527). La distinzione tra reato doloso e reato colposo, stabilita da questo articolo per i delitti, si applica altresì alle contravvenzioni, ogni qualvolta per queste la legge penale faccia dipendere da tale distinzione un qualsiasi effetto giuridico."

13. Cf. CAMAIONI, Salvador. Evanescenza del dolo eventuale, incapienza dela colpa cosciente e divergenza tra voluto e realizzato. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. 2012, p. 509 e ss. CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Motivo, vontade, intenção, dolo*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986. p. 120 e ss.

14. Cf. FIANDACA, Giovanni. Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penal*. 2014, p. 1938 e ss.

## 3. UMA BREVÍSSIMA HISTÓRIA DO DOLO COMO CONCEITO SUBJETIVO PENAL: O PROBLEMA DO DOLO EVENTUAL

Em termos de análise penal, é de se ver que a figura do *dolus eventuais* é vista desde a obra de J. S. F. von Böhmer (1704-1772), e depois difundida em variadas formas.[15] A distinção, então, dava-se fundamentalmente entre os polos diferenciais de dolo e culpa.[16] De todo modo, é de se ver que o histórico dessa modalidade de imputação subjetiva é extremamente rico, podendo se mencionar as construções distintivas entre os conceitos lastreados na intencionalidade do *dolus directus* e na habitualidade dos resultados produzidos do *dolus indirectus* de Bartolo, Covarrubias e Carpzov.[17]

Tais referenciais, no entanto, foram sendo preteridos, gradualmente, tendo-se em conta a necessidade de solução não com base em situações já vividas, mas, necessariamente, em função referencial à subjetividade do agente. Nesse sentido, já com uma abordagem subjetiva em relação ao que se passa a entender por *dolus eventualis*, fundamentais são as ponderações iniciais de Feuerbach, seguidas pelas conhecidas construções de Frank até as percepções mais contemporâneas.

### *3.1. A evolução das teorias intelectivas e voluntaristas e as chamadas Fórmulas de Frank*

A busca historiográfica do dolo eventual torna necessária a recordação de algumas das teorias que acompanham a evolução do conceito de dolo durante

15. Cf. DONINI, Massimo. El dolo eventuale: fato-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente. *In:* BRUNELLI, David (a cura di). *Il "mistero" del dolo eventuale:* scritti dal dibattito svoltosi a Perugia, 27 gennaio 2012. Torino: Gianppichelli, 2012. p. 42 e ss.

16. Nesse sentido, Ronco, ao afirmar que "l'intenzione è un aspetto strutturale del dolo, anche se non ne esaurisce la struttura. L'art. 43, co. 1.º del codice vigente usa correttamente il concetto di intenzione non per definire el dolo, bensì per distinguerlo dalla colpa. Pur dovendosi ridurre il dolo all'intenzione dell'evento, vero è che la condotta dolosa è secondo l'intenzione, cioè si radica su di essa." RONCO, Mauro. Riflessioni sulla struttura del dolo. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. 2015, p. 605 e ss.

17. Cf. ROMANO, Mario. Dolo eventuale e Corte di Cassazione a Sezioni Unite: per una rivisitazione della c.d. accetazione del rischio. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penal*. 2015, p. 562 e ss. LAURENZO COPELLO, Patricia. *Dolo y conocimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 30 e ss. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona: J. M. Bosch, 1999. p. 54 e ss.

o séc. XIX e boa parte do séc. XX.[18] Nesse sentido, é de se ter em conta que a basilar evolução vista em Feuerbach tinha a equiparação do dolo à noção da intencionalidade em termos psicológicos. Grande artífice o fim da percepção do *dolus indirectus*, Feuerbach sustentava que se imaginar uma intenção indireta seria algo impensável.[19] De qualquer modo, resta bastante interessante verificar que suas ideias, as quais lastreiam um primeiro momento do que se entende por teoria da vontade vão sofrer um significativo avanço com as várias leituras das Fórmulas de Frank.

Donini, em uma interessante passagem, menciona que a famosa teoria da representação, em uma leitura mais garantista possível, como a dada por Reinhard Frank, poderia se confundir com a própria teoria da vontade.[20] De fato, a aparente proliferação de teorias é tamanha que se faz necessário um rápido repassar d'olhos pela sua linha existencial. Desde logo, pode-se ter em conta, seguindo a proposição feita por Pérez Barberá, que dois momentos podem ser levados em conta em semelhante avaliação histórica. Um momento anterior (o qual o autor denomina de período clássico) e outro posterior (por ele entendido como de discussão atual) à obra de 1930, de Karl Engisch, sobre "*Investigações sobre dolo e imprudência em Direito Penal.*"[21]

De qualquer modo, no início do séc. XIX, o que se via, particularmente na Alemanha, era uma enormidade de jurisprudências que passavam a sustentar que dolo equivaleria a um conhecer e querer determinado resultado. Anos depois, Frank, ancorando-se em diversos autores que lhe inspiraram,

18. Cf. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal.* Buenos Aires: Losada, 1963. t. V, p. 305 e ss.

19. RAGUÉS I VALLES, Ramon. Op. cit., p. 58. Cf., também, PORCIÚNCULA, José Carlos. Op. cit., p. 89 e ss.

20. DONINI, Massimo. Op. cit., p. 43.

21. Cf. ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht.* Berlin: Scientia Aalen, 1995, *passim.* Segundo Pérez Barberá, as razões para tanto são evidentes, já que "en dicha obra se sistematiza con notable precisión la evolución doctrinaria sobre el tema existente hasta esse momento, poniéndose de relieve todas aquellas características que permiten identificar a esas teorias como propias de un período ya superado de evolución dogmática (justamente el que aqui se denomina 'período clásico'). Pero en esa misma obra, a la vez, se sientan las bases para una nueva discusión, tanto respecto del concepto de delo como del de imprudencia, que influye hasta el día de hoy en la bibliografía especializada." PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual:* hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Dolo como concepto objetivo. Dolo e imprudencia: relación y delimitación. Datos psíquicos: relevancia. Prueba del dolo en el proceso penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2011. p. 157.

verificou que a representação de um resultado possível constitui dolo somente se ela não venha a inibir o autor de praticar o fato. Assim, em 1890, acaba por expor o que depois se entende pela sua primeira Fórmula, segundo a qual a representação mostra-se vital. Ao se entender que somente haveria dolo (eventual) se o agente fosse capaz de prever o resultado como seguro,[22] já se delineava uma considerável restrição à sua abrangência: tinha-se, então, que age com consentimento necessário para o dolo eventual quando o autor, havendo previsto como possível a realização do tipo, atua igualmente como se a tivesse previsto como segura. Entretanto, esse entendimento sofreu inúmeros ataques, em especial de Von Liszt, que criticava, justamente, seu entendimento sobre o que seria vontade.

Para além das teses da vontade, passou-se a buscar noções vinculadas à representação. Fundamentalmente a partir da 3.ª edição do famoso *Tratado* de Franz Von Liszt, passa-se a ter que "dolo é a previsão do resultado da ação, ou da representação da casualidade do fazer ou do omitir." Essa construção ganha o mundo, e também, em boa medida, a própria adesão de Frank, que passa a entender que não haveria sentido em se buscar a ideia de "querer o resultado".

É de se notar que Frank se preocupa, justamente, com essa questão ao ponderar que não se poderia imaginar um "querer um resultado". O significado desse "querer" pareceria desprovido de lógica, principalmente ao se procurar, de fato, estabelecer uma relação psíquica entre o resultado e seu autor. Uma preocupação usual em relação a sua primeira Fórmula, no entanto, era de outro matiz. Afirmava-se que ela poderia, a seu modo, conduzir a uma certa leitura de um Direito Penal de autor, já que poder-se-ia indagar sobre os antecedentes do agente, e entender que ele seria uma pessoa boa ou uma pessoa má, e, a partir daí, tecer outra sorte de considerações.[23] Mesmo que defendido em

22. Segundo a concepção de Frank, seria de se ter em conta o que seria evidente: o bandido teria disparado igualmente ainda que tivesse sabido que se produziria a morte. O fumante teria apagado o cigarro se soubesse que uma fagulha iria cair na cama e que a casa pegaria fogo. A previsão do resultado como possível só serve para o conceito do dolo quando a previsão do mesmo com certo não detém o autor, não haveria tido o significado de um contra-motivo decisivo. Isso seria o que se denomina consentimento. Cf. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Op. cit., p. 62. Cf., também, PROSDOCIMI, Salvatore. *Dolus eventuales:* il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali. Milano: Giuffrè, 1993. p. 9 e ss.

23. Cf. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Op. cit., p. 190. Segundo Ragués i Vallès, "contra la teoría del consentimiento se han alzado críticas muy diversas. En primer lugar, se le acusa de entrar a valorar posturas meramente emocionales que, si realmente existen, difícilmente se pueden probar y, en segundo lugar, se le reprocha que no respecte

momentos subsequentes, essa sorte de considerações pode, a seu turno, gerar inúmeras variações conceituais, as quais acabam sem resposta adequada.[24]

É assim que, a partir de 1897, Frank procura resolver as objeções à sua inicial construção,[25] elaborando um novo conceito de dolo eventual, o qual focou conhecido como segunda Fórmula de Frank. Segundo sua dicção, o dolo eventual se apresenta com uma particular relação psíquica, na qual o autor afirma que aconteça o que acontecer, ele atua.[26]

Pode-se, assim, entender que em um primeiro momento, no que se denomina de primeira Fórmula de Frank, afirmava-se uma adesão particular às noções de consentimento e vontade, chegando-se a mencionar que dever-se-ia imaginar a ocorrência de dolo eventual quando, havendo a anterior previsão da possibilidade lesiva por parte do autor, este deveria ser responsável pelo mesmo a título doloso.[27] As dificuldades dessa construção motivaram, inclusive, a

---

la definición general de dolo como conocer y querer, pues al llegar al dolo eventual recurre a sucedáneos de la voluntad como 'aprobar' o el consentir': finalmente, en los casos en que emplea la *primera fórmula de Frank*, se critica a esta teoría por conducir a un auténtico Derecho penal de autor." RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Op. cit., p. 75.

24. Cf. PUPPE, Ingeborg. Perspectivas conceptuales del dolo eventual. In: _____. *El derecho penal como ciencia:* método, teoría del delito, tipicidad y justificación. Trad. Ramon Ragués. Buenos Aires: BdeF, 2014. p. 293 e ss.

25. Cf. EUSEBI, Luciano. Verso la fine del dolo eventuale? (salvaguardando, *in itinere*, la Formula di Frank). In: BRUNELLI, David (a cura di). *Il "mistero" del dolo eventuale:* scritti dal dibattito svoltosi a Perugia, 27 gennaio 2012. Torino: Gianppichelli, 2012. p. 147 e ss. Cf., também, PORCIÚNCULA, José Carlos. Op. cit., p. 105 e ss.

26. Cf. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Op cit., p. 192. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Crime de trânsito. In: _____. *Estudos de direito penal.* São Paulo: Método, 2007. p. 103 e ss. O exemplo de Jiménez de Asúa, nesse sentido, sobre o dolo eventual de uma prostituta, portadora de doença venérea, que mantém relações sexuais com seu cliente, resta bastante claro. Essa situação, no entanto, deve ser devidamente repensada em termos, hoje, da propagação do vírus HIV. Cf. JIMENEZ DE ASÚA, Luis. Op. cit., p. 624 e ss.

27. Ronco debate o tema, afirmando que, sobre a teoria da representação, "la storia di tale teoria è articolata e complessa. Nasce nell'ultima parte del secolo XIX come frutto giudico del riduzionismo filosofico e psicologico del concetto di voluntà. Gli Autori più rilevanti all'interno di questa scuola sono Ernst Zitelmann (1852-1923), che somministra i fondamenti antropologici, e Reinhard Frank (1860-1934), che traccia i contenuti specificamente giuridici della teoria. Il fondamento filosofico è evidente nem primo Autore, il quale premette alla trattazione dell'errore, nella monografia *irrtum und Rechtsgeschäft*, due capitoli dedicati all'azione intesa come realtà di carattere integralmente empririco. In essi elabora una concezione fisiologico-psicologica del volerer sul modelo delle scienze della natura. La volujntà è vista come un oggetto sotoposto alle leggi della causalità. Esaminando come si produrrebbe un atto di voluntà,

elaboração do que se teve por segunda Fórmula de Frank, fincada na ideia de que existe o dolo quando o sujeito, representando como possível a realização do tipo, afirma que, independente do que possa ocorrer, irei eu atuar. É esse o momento que a noção de uma representação emocional-volitiva ganha um significativo destaque, consubstanciando o que se entendeu por teoria do consentimento. De qualquer modo, essas constatações foram, como destaca Roxin, significativamente marcantes,[28] a ponto de, até hoje, influenciarem grande sorte de entendimentos jurisprudenciais, e tendo a capacidade e promover, inclusive, as novas leituras italianas.

### *3.2. A busca do conceito para além do lastro na vontade*

No campo dogmático, a partir da consideração diferencial entre dolo e desejo, passa-se a tecer considerações sobre o que se poderia entender por ati-

---

distingue analiticamente i singoli momenti del processo psichico: una avversione o un sentimento di carenza; la rappresentazione in ordine a un movimento corporeo, e infine, il cosiddetto atto di voluntà, cioè l'eccitazione dei nervi motori. I passagi sono interpretati come relazioni causali tra 'cose': l'avversione cagiona l'impulso; questo la rappresentazione; quest'ultima l'atto di innervazione. La voluntà, come semplice eccitazione dei nervi motori e come mero componente di un processo causale, può avere come oggeto soltanto il movimento corporeo, e non la modificazione del mondo esterno. Il talento di frank conferisce, poi, un volto compiuto alla teoria della rapresentazione, il ciu 'nocciolo duro' consiste in ciò che la voluntà è causa diretta unicamente del movimento corporeo e non del resultato. Onde la voluntà ne è utile né necessaria per definire il dolo. Alla negazione di un momento volitivo nel dolo fanno da contrappunto, nel pensiero di Frank, due profili construttivi, che hanno impreso una forte impronta sulla dommatica penalistica successiva. Il primo, che svolge i suoi effetti sul piano dell'accertamento, si compendia nella considerata 'prima formula di Frank', che, facendo leva sul controfattuale ipotetico, disancora completamente la distinzione tra dolo (eventuale) e colpa (cosciente) da un correlato ontico-psichico, facendolo dipendere dal giudizio postumo in ordine al comportamento che l'agente avrebbe tenuto ove avesse avuto la certezza del verificarsi dell'evento." RONCO, Mauro. La riscoperta della voluntà nel dolo. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penal.* 2014, p. 1956 e ss.

28. De acordo com Roxin, se utilizam até hoje as chamadas Fórmulas de Frank para a constatação do *dolus eventuais*. Para Roxin, Frank não pretendia, com as mesmas, uma caracterização direta do dolo eventual, mas, sim, utilizá-las como um meio de conhecimento para sua constatação. ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 438 e ss. É de se ver que é justamente essa a percepção de Roxin que vai guiar a Corte de Cassação italiana no caso ThyssenKrupp, em que se pretende um retorno à primeira Fórmula de Frank.

tudes internas que deveriam ser levadas em consideração por parte do espectador externo.[29] Nesse campo é que, em 1930, Engisch faz o divisor de águas com a já referida publicação de seu conhecido livro. A partir daí, para além das construções acerca da probabilidade, desenvolve outros conceitos, os quais vão fundamentar um sem número de construções, notadamente de cunho objetivo ou lastradas na ideia de possibilidade.

Uma costumeira crítica à primeira Fórmula de Frank, é que ela tinha a capacidade de gerar uma ampliação da percepção do dolo.[30] Engisch procura outra via, entre as ideias volitivas e de probabilidade, adesivando, nesse particular, a noção de indiferença, o que gerou, ainda mais, o criticado efeito expansivo.[31] Isso, contudo, parece se alterar nos anos subsequentes. Interessante, por exemplo, ver que a partir dos anos 1950, passa-se a mencionar a questão do dolo vinculada não unicamente a aspectos volitivos, mas, também, intelectivos. O primeiro diria respeito à inércia corporal, enquanto que o segundo conduziria os elementos de acordo com o próprio tipo penal. Assim, a vontade do autor, gradativamente, vai perdendo um pouco de sua importância para uma consideração mais própria do que se poderia ter pela aceitação do risco.

Em sentido diverso, outros tantos autores passaram a afirmar que a definição ideal do dolo se daria em situações em que se verifica a concorrência de um grau de culpabilidade suficiente para entender que o autor de um delito é merecedor de uma pena relativa a delito doloso. A teoria da probabilidade, assim, entende que a distância entre o dolo e a culpa se dá em função da probabilidade que o autor representou a ocorrência típica. Caso a representação tenha se dado como provável, a imputação deveria ser a título doloso; se tenha se dado como improvável, a título de culpa.

Tudo, enfim, ganha nova dimensão com os momentos subsequentes, em especial com a consagração do finalismo e das estruturas lógico-objetivas de Welzel, segundo as quais o caráter final da ação humana e a autodeterminação conforme a culpabilidade, acabam por definir o próprio sentido do tipo penal.[32] Ao transmigrar a avaliação de dolo e culpa da culpabilidade à tipicidade, Welzel, ainda que inconscientemente, deu enorme poder discricionário ao conceito de dolo eventual, o qual resultou, ainda mais, carecedor de maiores definições.

29. Cf. MORSELLI, Elio. *La función del comportamiento interior en la estructura del delito*. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1992. p. 53 e ss.

30. Cf. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Op. cit., p. 76.

31. Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, cit., p. 432 e ss.

32. Cf. PORCIÚNCULA, José Carlos. Op. cit., p. 108 e ss.

Em termos genéricos, portanto, o dolo eventual enquanto um metaconceito, explicitaria uma teoria do dolo eventual, a qual, por sua vez, poderia ser vista com facetas em um teoria da probabilidade (a qual se baseia no grau com o qual o agente espera a realização do resultado); teoria da possibilidade (entende o dolo eventual como algo concretamente possível, vinculado ao próprio risco); e uma teoria do consentimento (derivada da vontade, com fundamentos nas Fórmulas de Frank e que ainda se mostra largamente aplicada em muitos países).[33]

Se é verdade que as noções de vontade ainda guardam importância, então deve-se ter em conta que a única real forma de vontade parece ser a intencionalidade. Essa máxima, que pode servir para a definição do dolo direto, tanto na Itália, quanto no Brasil, pode ser vista com certa cautela, quando se procura justificar a avaliação do dolo eventual. O Código Penal brasileiro, *v.g.*, dispõe a vinculação do dolo eventual com a assunção de risco de produção do resultado danoso. A construção peninsular, contudo, cala sobre o assunto. Mesmo assim, autores como Romano, mencionam, de um lado, a problemática advinda dessa consideração, vinculada da própria neurociência. Ainda sem levar isso em conta, dever-se-ia, contudo, imaginar certa dificuldade, mesmo normativas, em negar considerações volitivas e cognitivas. Isso se dá porque haveria de ser considerada uma certa simbiose entre a intenção e vários outros fatores constitutivos do fato típico. Nesse sentido, a intenção também se dá em função (normativa) de probabilidade futura.[34]

Tendo-se em conta que o ato volitivo não pode ser avaliado em termos distintos e separados do ato cognitivo,[35] dá-se início a outra busca referencial. Com isso, o crescimento e alargamento observado em relação às teorias relativas ao dolo eventual é tremendo. Entre outros, além de Kaufmann, Roxin e Schröeder, seria de se ver a verificação objetiva do risco, de Frisch, ao aperfeiçoamento normativo da probabilidade, em Jakobs, passando pelas

33. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND. Thomas. *Tratado de derecho penal: parte general.* Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002. p. 323 e ss. Também Feijóo Sánchez menciona que "para la doctrina mayoritaria el dolo consiste en conocer y querer los elementos objetivos del tipo. Como se sabe de sobra, la concepción doctrinal del dolo viene determinada por la polémica entre partidarios de la 'teoría de la representación' y los partidarios de la 'teoría de la voluntad', aunque en realidad no exista una única teoría de la voluntad o de la representación sino multitud de variantes." FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *El dolo eventual.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 14 e ss.

34. Cf. ROMANO, Mario. Op. cit., p. 564 e ss.

35. Cf. RONCO, Mauro. Riflessioni sulla struttura del dolo, cit., p. 593 e ss.

construções de Herzberg, Schroth, Hassemer ou Puppe,[36] enfim, um incontável número de proposições. No entanto, e talvez resgatando a premissa da Navalha de Ockham, a jurisprudência, em diversos países, acaba por preferir leituras menos elaboradas. Parece ser o caso, além do Brasil, também da Itália.

De todo modo, é necessário entender-se que a perda de importância dogmática sentida pelas considerações sobre a vontade em relação ao dolo tem suas explicações também no que Ronco vai denominar de eclipse da vontade na ciência psicológica representativa. Assim, afastando-se a importância da atitude intencional da pessoa sobre o mundo, perde-se, também, o interesse da dimensão volitiva, muito em função das verificações acerca da representação, desde seu primeiro momento com Zitelmann.[37] Passados tantos anos, a vontade ressurge como interessantes estudos sobre a neurolinguística.

Paralelamente a isso, no entanto, ocorre uma retomada da defesa de primados normativistas, os quais se mostram muito mais racionais e estáveis. Assim, ter-se-ia que nos casos dolosos, o autor tem a obrigação de evitar a realização do tipo. Ao não fazê-lo, infringe a norma que estabelece o dever de evitar os respectivos fatos típicos.[38] Essa assertiva, ainda que combatida por autores que entendem a necessidade de averiguação do aspecto volitivo,[39] ganhou espaço significativo, com bem recorda Roxin. [40] Inegável, por outro lado, que também estar-se-ia a defender considerações de órbita normativista plena,[41] sob a justificativa que um Direito Penal liberal deve proteger a todos de que suas atua-

36. Cf. DONINI, Massimo. Op. cit., p. 63 e ss. HRUSCHKA, Joachim. Sobre il difícil prueba del dolo. In: HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y derecho penal:* estudios sobre la teoría de la imputación. Trad. Ramon Ragués. Navarra: Aranzadi, 2005. p. 145 e ss. LAURENZO COPELLO, Patricia. Op. cit., p. 67 e ss. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito,* cit., p. 439 e ss. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Op. cit., p. 293 e ss. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Op. cit., p. 275 e ss. PORCIÚNCULA, José Carlos. Op. cit., p. 302 e ss.

37. Cf. RONCO, Mauro. Riflessioni sulla struttura del dolo, cit., p. 597.

38. Cf. DÍAZ PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normativização. In: BUSATO, Paulo César (coord.). *Dolo e direito penal:* modernas tendências. Tradução de Paulo César Busato. São Paulo: Atlas, 2014. p. 11 e ss.

39. Cf. DÍAZ PITA, María del Mar. Op. cit., p. 16 e ss.

40. Cf. ROXIN, Claus. *Acerca de la normatización del dolus eventualis y la doctrina del peligro de dolo*, cit., p. 171.

41. Cf. BARRERA, Jorge; GARMENDÍA, Mario Pereira. *Teoría del delito y praxis penal: aportes del normativismo*. Buenos Aires: BdeF, 2012. p. 39 e ss.

ções possam ser avaliadas desde uma perspectiva subjetivista, limitando-se a uma avaliação concreta de determinados fatos. Na dicção de Feijoo Sánchez, seria de se imaginar que o dolo e a culpa não são conceitos ontológicos ou psicológicos, mas, sim, conceitos normativos que devem ser determinados pela ciência dogmática e pela jurisprudência mediante a interpretação do direito positivo.[42] Essa constatação, mais fácil de ser percebida em Códigos Penais generalistas, como o alemão e o espanhol, é um pouco mais complexa em situações codificadas nas quais se veja presente uma definição mais fechada sobre o dolo, como situações em que se vincule "vontade" ou "intenção" ("quando o agente quis o resultado"). Entretanto, em campo interpretativo, e mesmo com essa vinculação, caberiam inúmeras variantes. Sem dúvida, uma das mais interessantes pode ser identificada desde uma necessária vinculação à determinação do dolo, que também pode ser vista como prova do dolo.[43]

Considerando que não se pode aceitar uma concepção psicológica do dolo e que as afirmações sobre o conhecimento alheio no âmbito do processo penal não têm um caráter descritivo, funda-se uma percepção seguida por autores como Bockelmann, Volk, Freund e Ragués i Vallès.[44] Segundo estes, apesar de se adotar uma concepção cognitiva do dolo (vale dizer, o conhecimento por parte do autor acerca da realização do tipo objetivo), indo, alguns, para além disso, e, verdadeiramente, buscando uma forma de provar o próprio elemento cognitivo do dolo, por vezes fundada no sentido social de sua conduta. Essa construção é repudiada, em certa medida por outros tantos autores, como Puppe, que parecem se contentar, unicamente, com a relevância e irrelevância do risco conhecido pelo autor.

De todo modo, a perda de referencial, nesse aspecto, parece ser global, percebendo-se a presença de teorias de todos os sabores. Talvez, justamente esse estado de coisas, aliás, que justifique a colocação do reconhecimento do dolo e da culpa como conceitos valorativos, e não indícios de valoração, de uma ideal construção.[45] Esse tipo de abstração, no entanto, despregando-se, quase

42. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Op. cit., p. 15 e ss. Nesse sentido, Marinque Pérez também menciona que "en otras palavras, el comportamiento de un individuo no es enjuiciado desde el prisma de la voluntad individual, sino bajo el prisma de la voluntad general plasmada en las normas." MANRIQUE PÉREZ, María Laura. *Acción, dolo eventual y doble efecto:* un análisis sobre la atribución de consecuencias probables. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 117.

43. LAURENZO COPELLO, Patricia. Op. cit., p. 115 e ss.

44. Cf. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Op. cit., p. 302 e ss.

45. Cf. PUPPE, Ingeborg.Op. cit., p. 315 e ss.

que por completo, de uma avaliação fincada em um modelo descritivo como se verifica em Códigos Penais como o brasileiro, ou o italiano, levaram a um movimento reverso de percepção. Isso não quer dizer, em absoluto, que as considerações normativizadas se mostrem equivocadas. Entretanto, face à dificuldade de aceitação de alguns de seus predicados por parte da jurisprudência, talvez outro referencial se mostre mais adequado. E este (re)surge, justamente, na construção judicial peninsular.

## 4. O EXEMPLO ITALIANO: O CASO THYSSENKRUPP

Tendo em conta um caótico cenário de divergências jurisprudenciais, a Corte de Cassação italiana acabou, em 2014, por decidir um caso paradigmático, retomando conceitos deixados de lado, como a própria noção de vontade. Tratou-se do caso ThyssenKrupp. A pretensão de solução da irracionalidade até então afirmada parece, de fato, ter sido a pedra de toque da nova orientação.

### *4.1. O incêndio na fábrica*

Em uma recente decisão de 2014, a Corte de Cassação italiana julgou o caso ThyssenKrupp, dando verdadeiro giro Copérnico acerca do entendimento do dolo eventual. Tratava-se da análise da situação vivida em Torino, em 2007, na fábrica de ThyssenKrupp A.S.T. s.p.a., na qual um incêndio havia consumido a vida de 7 operários. Em um primeiro momento, verificou-se o posicionamento de condenação dos dirigentes e administradores delegados da empresa,[46] os quais teriam atuado com dolo eventual em relação aos fatos.[47] Entretanto, houve verdadeira reviravolta nesse entendimento em instância superior, a qual afirmou por uma necessária distinção entre dolo eventual e culpa consciente se dá em termos estritos vinculados à vontade do agente.[48]

46. Cf. Corte D'ASSISE d'Apello di Torino, 28 febbraio 2013, (dep. 23 maggio 2013), Espenhahn e a *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. 2013, p. 1557 e ss.

47. Sobre a decisão da Corte de Turim, ainda em momento anterior da manifestação da Corte de Cassação, destaca Marino que era de se esperar que um incêndio naquelas condições pudesse ser desastroso. MARINO, Pierpaolo Astorina. Waiting for the miracle? Ragionevolezza e speranza nel caso Thyssen: dal dolo eventuale alla colpa cosciente. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penal*, 2013, p. 1565 e ss. Cf., também, DONINI, Massimo. Op. cit., p. 107 e ss.

48. ROMANO, Mario. Op. cit., p. 562 e ss. Interessante verificar situação próxima na realidade brasileira. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Avaliação sobre a responsabilidade criminal do empresário: o caso do incêndio da boate e situações correlatas.

Em termos bastante sintéticos, o que fez a Corte de Cassação,[49] em uma bastante alongada exposição teórica de mais de cinquenta páginas, foi afastar qualquer consideração normativa do dolo eventual e afirmar, textualmente, que também ele é (pela própria consideração conceitual como dada no art. 43, do Código Penal italiano) vinculado sempre à vontade do agente.[50] Em suas próprias palavras, a correta chave de leitura da questão somente poderia ser vista em sede de culpa consciente. Com isso, como recorda Fiandaca, pretendeu-se, em última análise, uma limitação do fenômeno de expansão aplicativa do dolo eventual.[51] Inserida em uma perceptível mudança de política penal judiciária, segundo a qual se intentava, desde algum tempo, estabelecer critérios de prevenção geral, clarificando as distinções entre dolo e culpa, talvez, e mais fundamentalmente, no campo do Direito Penal de Trânsito, parece ser necessária uma certa avaliação daquela decisão. Em primeiro lugar, ela se funda, aprioristicamente, em uma interpretação literal do art. 43, do Código Penal italiano. Como já se viu, segundo a sua dicção, tem-se, em sentido bastante próximo ao verificado no Brasil, que existiria um intrínseco caráter volitivo no conceito de dolo. Ele, verdadeiramente, se imiscui com a noção de intenção, ou o *animus* do agente.

### *4.2. As considerações da Corte de Cassação e suas repercussões*

A Itália, como o Brasil, talvez pelo próprio alicerce conceitual visto em ambos os Código Penais, tem, ao longo dos anos recentes, variados entendimentos jurisprudenciais sobre o dolo eventual.[52] Fundamentalmente, como bem colo-

---

In: _____; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA, Luciano Anderson de (coord.). *Direito penal na pós-modernidade:* escritos em homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 421 e ss.

49. Cassazione Penale – Sez. Unite – 24 aprile 2014 (18 settembre 2014), n. 38343, ric. Espehahn e altri. *Rivista di Diritto e procedura Penale,* 2014, p. 1925 e ss.

50. Nesse sentido Eusebi, ao ponderar que "la sentenza dele Sezioni Unite sul caso ThyssenKrupp è chiarissima nel prendere le distanze da qualsiasi *normativizzazione* del dolo, con la quale il medesino sarebbe ricondotto – attraverso la forma che, in concretto, ne individua i requisiti *sufficienti* – alla produzione consapevole di un rischio giudicato grave, in totale difformità rispetto al testo dell'art. 43 c.p." EUSEBI, Luciano. Formula di Frank e dolo eventuale in Cass., S. U., 24 aprile 2014 (Thyssen-Krupp). *Rivista di Diritto e Procedura Penale.* 2015, p. 624 e ss.

51. FIANDACA, Giovanni. Op. cit., p. 1938 e ss.

52. Cf. DE FRANCESCO, Giovannangelo. L'Enigma del dolo eventuale. In: BRUNELLI, David (a cura di). *Il "mistero" del dolo eventuale:* scritti dal divattio svoltosi a Perugia, 27 gennaio 2012. Torino: Giappichelli, 2014. p. 156 e ss.

ca Eusebi, a sentença do caso ThyssenKrupp é claríssima ao pretender afastar as possíveis implicações normativas acerca do dolo. Com isso, busca, como único fundamento avaliativo do dolo eventual as suposições psicológicas do mesmo.[53] E, justamente esse ponto, é que é a razão dos muitos debates atuais.

Na realidade, o Tribunal parece ter retomado os conceitos próprios da primeira Fórmula de Frank,[54] segundo os quais se tem por estruturantes as noções de consentimento e vontade. Conforme sua percepção, a Fórmula de Frank deve ser o único instrumento resolutivo para a questão do dolo. Dessa forma, não cuidou de elaborar uma nova teoria opinativa, mas, sim, de procurar con-

53. EUSEBI, Luciano. Formula di Frank e dolo eventuale in Cass., S.U., 24 aprile 2014 (ThussenKrupp), cit., p. 624.

54. Consta da própria decisão, a menção do retorno à primeira Fórmula de Frank: "51.11.Il controfattuale ala stregua dela prima formula de Frank. Resta da dire del più importante e discusso indicatore del dolo eventuale che si configura quando, ala stregua dele concrete acquisizione probatorie, à possibile ritenere che l'agente no si sarebbe trattenuto dalla condotta illecita neppure se avesse avutto contezza della sicura verificazione dell'evento. Esso, como si è visto, è stato utilizzato dalle Sezioni unite in tema di ricettazione ed è evocato in diverse pronunzie di legittimità. Si è sopra esposto che l'autorevole dottrina che maggiormente ha rimarcato la necessità di cogliere il momento volitivo pure nel dolo eventuale ha ritenuto che tale strumento sia l'unico risolutivo. L'enunciazione è per certi versi condivisibile, poiché tale giudizio controfattuale riconduce virtualmente l'atteggiamento dell'agente a quello proprio del dolo direto e dunque riduce ma definisce nitidamente l'area occupata dalla figura soggettiva in esame. D'altra parte, alcune delle critiche mosse a tale approccio appaiono poco convincenti. In effetti, si è in presenza di un giudizio ipotetico, ma ciò non è per nulla estraneo allo strumentario della scienza penalistiche che, appunto, da valutazioni congetturali à perversa. L'importante è che si sia in proceso di informazioni altamente affidabili che consentano di esperire il controfattuale e di rispondere con sicurezza alla domanda su ciò che l'agente avrebbe fatto se avesse conseguito la previsione della sicura verificazione dell'evento illecito collaterale. Ocorre però relisticamente prendere atto che tale situazione non se,pre si verifica. In molte situazzioni il dubbio rimane irrisolto. Vi sono casi in cui neppure l'interessato saprebbe rispondere ad un domanda del genere. Allora, guardano le cose con il consueto, sensato realismo della giurisprudenza, ocorre ritenere che la formula in questione constituisca un indicatore importante ed anzi sostanzialmente risolutivo quando si abbia modo di esperire in modo affidabile e concludente il relativo controfattuale. L'accertamento del dolo eventuale, tuttavia, non può essere affidato solo a tale strumento euristico; ma deve avvalersi di tutti i possibili, alternativi strumenti d'indagine." Cassazione Penale – Sez. Unite – 24 aprile 2014 (18 settembre 2014), n. 38343, ric. Espehahn e altri. *Rivista di Diritto e procedura Penale*, 2014, p. 1935.

tribuir para o delineamento do dolo eventual.[55] A partir delas, pode-se, como se viu, imaginar a ocorrência de dolo eventual quando, havendo a anterior previsão da possibilidade lesiva por parte do autor, este deveria ser responsável pelo mesmo a título doloso. Nunca antes.[56]

O aparente abandono, senão distanciamento, de considerações normativas é criticado por alguns autores,[57] mas aplaudido por outros, os quais reclamam a recondução de pressupostos ônticos-axiológicos. De fato, mesmo sem outras considerações, acaba-se voltando ao pregado, anos antes, por Díaz Pita.[58] De qualquer forma, como bem destaca Garofoli, os juízes da Corte de Cassação acabaram por também estabelecer uma necessária prova do dolo, que deve guiar o órgão judicante na aferição da culpa.[59] Nesse sentido, acabou a decisão por estabelecer elementos indicatórios da presença do dolo eventual, os quais poderiam ser vistos como o grau de periculosidade da conduta e a probabilidade de verificação do evento danoso; a caraterística da arma ou a parte do corpo golpeada; o grau de desvio da conduta conforme o dever de cautela; a duração da conduta etc. O mesmo ocorre em função dos componentes normativo-volitivos referentes à personalidade do imputado.[60]

A dúvida, no entanto, é que se o Tribunal acabou por buscar – e o fez – novos elementos indiciários para a avaliação do dolo eventual (em uma verdadeira prova do dolo), talvez ele tenha ido para além da construção do próprio Frank. Aqui, cabe, contudo, a recordação de que, pela própria sentença, o que se deu foi, sim, a mera utilização dos indicadores do dolo eventual para, simplesmente, verificarem as condições postas pela Fórmula de Frank.[61]

Ocorre que, com isso, a jurisprudência aparentemente não encontrou nenhuma dificuldade em abandonar as fórmulas dogmáticas mais comumente

55. FIANCADA, Giovanni. Op. cit., p. 1940.

56. As colocações de Ronco são interessantes, principalmente quando menciona ele sua perplexidade sobre a menção posta à primeira Fórmula de Frank. RONCO, Mauro. La riscoperta della voluntà nel dolo, cit., p. 1961.

57. FIANDACA, Giovanni. Op. cit., p. 1950 e ss.

58. Cf. DÍAZ PITA, María Del Mar. Op. cit., p. 13 e ss.

59. A noção de que a resposta ao dolo não seria encontrada em sede material, mas, sim, em sede processual, parece ter sido elaborada inicialmente, em 1993, por Prittwitz. Cf., em termos críticos, PUPPE, Ingeborg. Op. cit., p. 291 e ss.

60. Cf. FIANDACA, Giovanni. Op. cit., p. 1948 e ss.

61. EUSEBI, Luciano. Formula di Frank e dolo eventuale in Cass., S.U., 24 aprile 2014 (ThussenKrupp), cit., p. 632.

em uso, buscando porto seguro em velhas definições,[62] agora sob uma roupagem necessariamente vista sob a luz de atividades empresariais. A explicação mais comezinha para tanto se encontra no fato de que o grau de abstracionismo das construções sobre o dolo eventual talvez tenha atingido tal nível de possibilidade de interpretação expansiva que o pêndulo acaba por caminhar em sentido inverso. Desse modo, a objeção necessária é feita por vários autores que não entendem idealmente compatíveis as constatações da Fórmula de Frank com tais indicadores.[63]

Isso poderia significar, a seu modo, um certo retorno à teoria da representação. Ela, ao pretender fornecer uma resposta mais linear, estipulando que o dolo eventual seria tido quando presente uma representação e que, a culpa consciente, se daria na ausência desta. Todavia, isso se mostra claro no caso em destaque, talvez, como aponta De Vero,[64] isso nem sempre se verifique. Por outro lado, ainda permaneceria presente a possibilidade de que o componente voluntarista da apreciação do dolo eventual acabe por se mostrar, ainda, muito abstrato, podendo haver decisões, nas quais o subjetivismo do magistrado simplesmente venha a referendar uma condenação, ao invés de assegurar uma condenação a título de culpa consciente ou, mesmo, uma absolvição. Mais do que isso, ainda, poder-se-ia, com Eusebi, sustentar até mesmo que a avaliação mediante os mencionados indicadores acabaria por reconduzir a questão a uma normatização da qual o Tribunal parecia querer se distanciar.[65]

A real questão de incômodo foi o simples desprezo e afastamento realizado com décadas de colocações em termos normativos do dolo. Todas as construções, *v.g.*, de Hassemer a Hruschka, de Frisch a Roxin, foram deixadas de lado pela decisão.[66] Isso se justificaria, em parte, pela própria dificuldade da

62. DE VERO, Giancarlo. Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto. Considerazioni a margine della sentenza delle Sezioni Unite sul caso ThyssenKrupp. *Rivista Italiana di Diritto e procedura Penale*. 2015, p. 79. ROMANO, Mario. Op. cit., p. 582 e ss.

63. FIANDACA, Giovanni. Op. cit., p. 1950.

64. DE VERO, Giancarlo. Op. cit., p. 85.

65. EUSEBI, Luciano. Formula di Frank e dolo eventuale in Cass., S.U., 24 aprile 2014 (ThussenKrupp), cit., p. 632.

66. Cf. RONCO, Mauro. La riscoperta della voluntà nel dolo, cit., p. 1962 e ss. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito,* cit., p. 439 e ss.

magistratura em incorporar vários desses conceitos.[67] Mas o que parece incomodar autores como Romano é o fato de ter-se olvidado que uma aceitação de perspectivas em relação ao risco (como, aliás, faz o Código Penal brasileiro), não chega a ser antivoluntarista.[68] A vontade, seria, pois, nesse caso, e sob essa perspectiva, ínsita à assunção do risco, o que parece ter sido ignorado pela decisão. Na realidade, imaginando-se que a avaliação sobre o risco é presente até mesmo em considerações sobre a própria culpa (consciente), pareceria necessária sua avaliação também em relação ao dolo (eventual), e isso evidenciaria possivelmente um dos grandes pecados da decisão.[69]

Talvez caiba, aqui, uma ponderação final, parafraseando a colocação tão bem posta por Pulitanò. Segundo esse autor, a crise de legalidade, hoje percebida, também pode ser refletida em uma crise da própria jurisprudência.[70] Entretanto, ainda com De Vero, é bom ter-se em conta que a "nova" resposta italiana

67. Note-se que "la sentenza dela Suprema Corte, come già si è visto, prende le distanze da questa tendenza, presente in Italia soltanto in una certa parte della magistratura inquirente ed alimentata in modo pervasivo da ampi strati della pubblixitica specializzata nell'informare relativa ai fatti giudiziari. La Corte non ha evidentemente approfondito – né avrebbe pouto farlo – le ragioni che stanno alla base della tendenza alla normatizzazione del dolo. Ha tuttavia colto con acutezza le istanze di garanzia, anche di carattere constituzionale, che stanno a fondamento del mantenimento di uso stretto legame tra il dolo e il correlato reale delle potenze cognitive e volitive della persona umana. È in questione, come isupra iaccennato, il rispetto del principio, cruciale nell'esperienza penalistica, dell'*in dubio pro reo*, nonché della presunzione di non culpevolezza. Ma la normativizzazione del dolo presenta altresì il grave rischio che, attraverso la separazione tra norma e il suo correlato fattico, si apra lo spazio per la responsabilità atribuita in funzione exclusivamente di una decisione conforme all'istanza di politica criminale ritenuta più rispondente ai bisogni sociali. La normatizzazione del dolo, inducendo alla sottovalutazzione dell'integrale correlato ontologico delle forme di immputazione soggettiva, rischia di modificare surrettiziamente i quadri fondamentai di garanzia che la dommatica penalistica ha costruito nel corso degli ultimi due secoli a protezione della libertà individuale." RONCO, Mauro. La riscoperta della voluntà nel dolo, cit., p. 1966.

68. Cf. ROMANO, Mario. Op. cit., p. 568.

69. A crítica de Romano é bastante severa, ao afirmar que "l'asseita non accetazione del rischio nella colpa cosciente si regge su uma 'previsione negativa' circa la possibilità che l'vento si verifichi, che è concetto per la Corte equivoco e inaccettabile, poiché il codice si limita a richiedere per la colpa cosciente la previsione dell'evento, non la previsione negativa." ROMANO, Mario. Op. cit., p. 571.

70. PULITANÒ, Domenico. Crisi dela legalità e confronto com la giurisprudenza. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. 2015, p. 36 e ss.

pode simplesmente se mostrar como um instrumento provisório de soluções de determinados problemas.[71] Sem dúvida, há de se ter em conta que um dolo eventual é menos grave que um dolo direto (e isso se justifica com certa base volitiva), mas outros institutos também devem operar nessa equação. Mesmo que seja correto afirmar que o dolo (eventual) ainda se mostra de forma ambígua e que seu enigma ainda não é de todo resolvido,[72] resulta interessante verificar os passos que são dados em uma dimensão tão próxima à nacional.

A doutrina italiana – e também a própria Corte de Cassação – mencionam casos problemáticos bastante discutidos em relação ao dolo. O primeiro diz respeito a casos de transmissão do vírus HIV entre parceiros de uma mesma sociedade conjugal.[73] O segundo diz respeito à participação de competição de veículo automotor em local não apropriado para tanto.[74] Essa sorte de outras possíveis repercussões, além do próprio espaço destinado ao Direito Penal empresarial é, em última análise, o real motivo de se repensar os limites do dolo eventual hoje vistos na Itália e suas possíveis repercussões no Brasil.

## 5. CONCLUSÕES

O dolo eventual talvez se mostre como um dos temas mais abertos do Direito Penal. Ao longo de séculos, procurou-se resolver a questão, sendo que se caminhou pelas mais diversas vias para tanto. O problema não é desconhecido no Brasil, senão aqui agigantado. A diferença, no entanto, se dá na forma com que o tema é, por aqui, tratado.

A absoluta divergência e falta de segurança em termos dos mais variados campos, como, *v.g.*, acidentes de trânsito, fizeram, inclusive, que se positivasse a questão, asseverando-se, pelas alterações postas pela Lei 12.971, de

71. Segundo De Vero, "il critério distintivo tra dolo eventuale e colpa cosciente così porposto no va naturalmente intenso como rilegittimazione normativa della prima figura, ma solo come provvisorio strumento di governo delle aporie derivanti dal suo consolidato seppure improvvido riconoscimento. Il dolo eventuale resta comunque una componente soggetiva molto meno grave del dolo intenzionale (o direto), in quanto l'evento non può dirsi propriamente voluto: come tale non può permanere all'interno di un unitsrio e indifferenziato titulo di responsabilità." DE VERO, Giancarlo. Op. cit., p. 94.

72. RONCO, Mauro La riscoperta della voluntà nel dolo, cit., p. 1969.

73. Cf. PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1993. p. 41 e ss.

74. Cf. CAMAIONI, Salvatore. Op. cit., p. 556 e ss. FIANDACA, Giovanni. Op. cit., p. 1941 e ss.

09.05.2014, que, em casos de homicídio no trânsito, "se o agente conduz veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão de influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, ou participa, em via, de disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente," o crime é de homicídio culposo, com penas de 2 (dois) a 4 (quatro) anos de detenção, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor (art. 302, CTB).[75]

Por outro lado, ainda existe amplo debate sobre a abrangência do dolo eventual, tanto em situações de transmissão de vírus HIV, de incêndio, e, também, em relação a responsabilidades penais empresariais.[76] Nesse sentido, a proximidade com o drama sentido, hoje, na Itália, parece bastante significativo. No Brasil, contudo, ainda que se possa perceber algumas significativas menções a conceitos até mesmo normativistas, não é essa a tendência jurisprudencial de maneira geral. Seria, contudo, a Itália sede de uma resposta mais ideal?

A questão mais crucial parece ser a constatação do dolo como conceito abstrato ou focado em premissas conceituais positivadas no Código Penal. Sem dúvida, nesse aspecto, a realidade brasileira se aproxima da italiana, distanciando-se das previsões vistas, *v.g.*, na Alemanha e na Espanha. E, justamente por tal razão, o presente ensaio buscou analisar a questão posta pela decisão peninsular do caso ThyssenKrupp. Do que foi apresentado, restam, pois, quatro verificações.

A primeira é que a "nova resposta italiana", na verdade, nada mais é do que um retorno a uma análise muito mais fundada na vontade do agente do que em outra coisa qualquer. Nesse sentido, inclusive, é de se ver o ressurgimento da primeira Fórmula de Frank. A segunda verificação, no entanto, é que para esse fim, a Corte de Cassação italiana acabou se valendo de novos indícios a darem mais coesão às noções baseadas unicamente na vontade. Trata-se de novas provas do dolo, sob um aspecto intencional. Sem dúvida, isso limita em demasia a abrangência do dolo eventual, sendo de se indagar, com isso, se seria essa construção válida para todos os casos do espectro jurídico-penal. A princípio,

75. Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Op. cit., p. 95 e ss. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Os crimes de trânsito e a questão do elemento subjetivo. In: _____; RASSI, João Daniel (orgs.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 491 e ss. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Uma vez mais, o elemento subjetivo nos crimes de trânsito. *Revista Brasileira da Advocacia*. n. 0. 2016, p. 245 e ss.

76. Cf. CANESTRARI, Stefano. Dolus eventualis in re ilicita: limite e prospettive. In: BRUNELLI, David (a cura di). *Il "mistero" del dolo eventuale:* scritti dal dibattito svoltosi a Perugia, 27 gennaio 2012. Torino: Gianppichelli, 2014. p. 20 e ss.

a resposta seria positiva. De todo modo, não deixa de ser curiosa a verificação de como o judiciário daquele país parece se preocupar com até onde se pretende ir com as fronteiras do dolo eventual. Com sua nova opção, sem dúvida, resta uma leitura mais limitada do dolo eventual. Essa, uma tendência a ser tida em conta em um momento que, no Brasil, tanto se prega uma expansão de sua utilização. Disso, nenhuma dúvida.

A terceira verificação, diz respeito à possibilidade de aplicação dessa realidade no Brasil. Recorde-se, como se viu, que o art. 18, I, do Código Penal brasileiro, vai além da previsão italiana, e destaca textualmente, a noção de risco. Nesse aspecto, não se poderia, por expressa previsão legal, sugerir que o dolo, na compreensão nacional, se baseie unicamente no risco. Entretanto, o "querer o resultado" (do dolo direto) pode se mostrar como indiciário do "assumir o risco da produção do resultado". Qual seria, contudo, essa assunção de risco? Seria vinculada a um elemento volitivo? A se seguir o exemplo italiano, sim, mas com suas presentes e inegáveis limitações. Caso assim se entenda, ter-se-á um passo interessante a ser dado para uma pretensa maior rigidez interpretativa do dolo eventual.

Contudo, e é obrigatória a constatação, a quarta verificação não pode descartar a crítica de vários autores no sentido de que ao estipular novos critérios indicadores da vontade (no Brasil, seria de se dizer critérios volitivos indicadores da possibilidade de criação do risco), a decisão peca por voltar ao abstracionismo normativista. Em outras palavras, para se sustentar, como se fez na Corte de Cassação, pela prelavência, em dias do séc. XXI, da Fórmula de Frank, é fundamental que se conheça todo o espectro da teoria do dolo atual. Ou seja, nem mesmo para se sustentar o dolo volitivo pode-se negar, ou ignorar, o dolo normativizado. E nesse sentido, a cópia do exemplo peninsular parece problemática em um Brasil que resiste, justamente, ao debate das construções normativistas. Frisa-se: somente a partir do conhecimento de todas as possibilidades de aplicação do dolo, é que se pode pretender possível uma escolha. Nunca antes.

Nesse sentido, é, ao menos, de se destacar a necessidade de que esse tema passe a ser debatido em sede da teoria do delito em termos também nacionais. Por qualquer ângulo que se observe, em busca de uma atual fundamentação do dolo (e de sua limitação), parece significativo o fato de que a leitura relativa à Fórmula de Frank não se basta na mesma. Deve-se ter a capacidade de observação ampla – inclusive normativista – para, ao depois, procurar-se limitar a abrangência do dolo. Uma tentativa de, simplesmente, buscar leitura volitiva é fadada ao fracasso pela fragilidade de seus elementos e desconhecimento da alicerçada contra-argumentação. Por um lado, a busca por uma segurança jurídica sobre o assunto dolo e dolo eventual parece, mais do que nunca, ne-

cessária. E pior. Caso dela se afaste a jurisprudência e os tribunais nacionais estarão sob o risco de enormes contradições, para não se dizer consumidos pelo próprio enigma mencionado. Ocorre que, por outro lado, a solução do enigma somente pode ser alcançada se, a partir de uma ampla visão do problema, volitiva, cognitiva, normativista ou para além desta, se der preferência, como fez a Corte de Cassação, a uma delas. Se assim for feito, e preferencialmente em termos de contenção de seu emprego, pode-se imaginar uma fonte de inspiração peninsular na realidade brasileira. Caso contrário, não.

## 6. BIBLIOGRAFIA

AMBOS, Kai. 100 años de la "Teoria del Delito" de Beling. ¿Renascimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional? *Revista Eletrónica de Ciencia Penal y Criminologia*. 9-5. p. 1 e ss. 2007.

BARRERA, Jorge; GARMENDÍA, Mario Pereira. *Teoría del delito y praxis penal:* aportes del normativismo. Buenos Aires: BdeF, 2012.

BUSATO, Paulo César. Apresentação. In: BUSATO, Paulo César (coord.). *Dolo e direito penal:* modernas tendências. São Paulo: Atlas, 2014.

CAMAIONI, Salvador. Evanescenza del dolo eventuale, incapienza dela colpa cosciente e divergenza tra voluto e realizzato. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. p. 509 e ss. 2012.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Motivo, vontade, intenção, dolo*. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986.

CANESTRARI, Stefano. Dolus eventualis in re ilicita: limite e prospettive. In: BRUNELLI, David (a cura di). *Il "mistero" del dolo eventuale:* scritti dal dibattito svoltosi a Perugia, 27 gennaio 2012. Torino: Gianppichelli, 2014.

DE FRANCESCO, Giovannangelo. L'Enigma del dolo eventuale. In: BRUNELLI, David (a cura di). *Il "mistero" del dolo eventuale:* scritti dal divattio svoltosi a Perugia, 27 gennaio 2012. Torino: Giappichelli, 2014.

DE VERO, Giancarlo. Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto. Considerazioni a margine della sentenza delle Sezioni Unite sul caso ThyssenKrupp. *Rivista Italiana di Diritto e procedura Penale*.p. 79 e ss.2015.

DÍAZ PITA, María del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normativização. In: BUSATO, Paulo César (coord.). *Dolo e direito penal:* modernas tendências. Tradução de Paulo César Busato. São Paulo: Atlas, 2014.

DONINI, Massimo. El dolo eventuale: fato-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente. In: BRUNELLI, David (a cura di). *Il "mistero" del dolo eventuale:* scritti dal dibattito svoltosi a Perugia, 27 gennaio 2012. Torino: Gianppichelli, 2012.

ENGISCH, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Berlin: Scientia Aalen, 1995.

EUSEBI, Luciano. Formula di Frank e dolo eventuale in Cass., S. U., 24 aprile 2014 (ThyssenKrupp). *Rivista di Diritto e Procedura Penale*. 2015.

_____. Verso la fine del dolo eventuale? (salvaguardando, *in itinere*, la Formula di Frank). In: BRUNELLI, David (a cura di). *Il "mistero" del dolo eventuale:* scritti dal dibattito svoltosi a Perugia, 27 gennaio 2012. Torino: Gianppichelli, 2012.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *El dolo eventual.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

FIANDACA, Giovanni. Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale.*p. 1938 e ss. 2014.

HRUSCHKA, Joachim. Sobre il difícil prueba del dolo. In: HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y derecho penal:* estudios sobre la teoría de la imputación. Trad.por Ramon Ragués. Navarra: Aranzadi, 2005.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal:* parte general. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de derecho penal.* Buenos Aires: Losada, 1963. t. V.

LAURENZO COPELLO, Patricia. *Dolo y conocimiento.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

MANRIQUE PÉREZ, María Laura. *Acción, dolo eventual y doble efecto:* un análisis sobre la atribución de consecuencias probables. Madrid: Marcial Pons, 2012.

MARINO, Pierpaolo Astorina. Waiting for the miracle? Ragionevolezza e speranza nel caso Thyssen: dal dolo eventuale alla colpa cosciente. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penal, p. 1565 e ss.* 2013.

MIR PUIG, Santiago. Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto penal. In: *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho.* Barcelona: Ariel, 1994.

MORSELLI, Elio. *La función del comportamiento interior en la estructura del delito.* Trad. Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1992.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. *El dolo eventual:* hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Dolo como concepto objetivo. Dolo e imprudencia: relación y delimitación. Datos psíquicos: relevancia. Prueba del dolo en el proceso penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo "objetivo" y lo "subjetivo" en el tipo penal:* hacia la exteriorización de lo interno. Barcelona: Atelier, 2015.

PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko.* Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1993.

PROSDOCIMI, Salvatore. *Dolus eventuales:* il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali. Milano: Giuffrè, 1993.

PULITANÒ, Domenico. Crisi dela legalità e confronto com la giurisprudenza. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale.* p. 36 e ss. 2015.

PUPPE, Ingeborg. Perspectivas conceptuales del dolo eventual. In: _____. *El derecho penal como ciencia:* método, teoría del delito, tipicidad y justificación. Trad. Ramon Ragués. Buenos Aires: BdeF, 2014.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal.* Barcelona: J. M. Bosch, 1999.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo: RT, 1998.

ROMANO, Mario. Dolo eventuale e Corte di Cassazione a Sezioni Unite: per una rivisitazione della c.d. accetazione del rischio. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. p. 562 e ss. 2015.

RONCO, Mauro. La riscoperta della voluntà nel dolo. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penal*. p. 1956 e ss. 2014.

_____. Riflessioni sulla struttura del dolo. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. p. 593 e ss. 2015.

ROXIN, Claus. Acerca de la normatización del dolus eventualis y la doctrina del peligro de dolo. In: _____. *La teoria del delito en la discusión actual*. Trad. Manuel A. Abanto Vásquez. Lima: Grijley, 2007.

_____. *Derecho penal:* parte general. *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. Tomo I..

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Crime de trânsito. In: _____. *Estudos de direito penal*. São Paulo: Método, 2007.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Avaliação sobre a responsabilidade criminal do empresário: o caso do incêndio da boate e situações correlatas. In: _____; SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo; SOUZA, Luciano Anderson de (coord.). *Direito penal na pós-modernidade:* escritos em homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

_____. Os crimes de trânsito e a questão do elemento subjetivo. In: _____; RASSI, João Daniel (orgs.). *Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho*. São Paulo: LiberArs, 2014.

_____. Uma vez mais, o elemento subjetivo nos crimes de trânsito. *Revista Brasileira da Advocacia* n. 0, 2016.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Reexame do dolo. In: BUSATO, Paulo César (coord.). *Dolo e direito penal:* modernas tendências. Trad. Paulo César Busato. São Paulo: Atlas, 2014.

**PESQUISAS DO EDITORIAL**

**Veja também Doutrina**

- A fenomenologia do Dolo "Eventual", de Joe Tennyson Velo – *RBCCrim* 108/15-54 (DTR\2015\9533);
- Da limitada teoria estrita da culpabilidade: crítica ao tratamento das descriminantes putativas no Projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012), de Frederico Gomes de Almeida Horta – *RBCCrim* 113/15-39 (DTR\2015\3603); e
- Meios de prova dos componentes empíricos do dolo, os volitivos e os cognitivos, de Pedro Jorge Costa – *RBCCrim* 115/83-108 (DTR\2015\11456).

85983

# A JURISPRUDÊNCIA PENAL NO TEMPO: A ULTRATIVIDADE E A IRRETROATIVIDADE DO JULGADO (HC 126.292/SP)

## *CRIMINAL PRECEDENTS IN TIME: ULTRA-ACTIVITY AND NON-RETROACTIVITY OF LEGAL DECISION (HC 126.292/SP)*

**RENÉ ARIEL DOTTI**

Professor Titular de Direito Penal. Corredator dos projetos que se converteram na Lei 7.209 e 7.210/1984 (reforma da Parte Geral do CP e Lei de Execução Penal). Medalha Mérito Legislativo da Câmara dos Deputados (2007). Autor do Curso de Direito Penal-Parte geral, Thomson Reuters/Revista dos Tribunais e outras obras. Advogado.
rene@dotti.adv.br

**ÁREA DO DIREITO:** Processual; Penal

**RESUMO:** O texto analisa a importância da jurisprudência como fonte do Direito Penal. Como tal, a orientação dos tribunais também está sujeita às limitações e recomendações das vertentes temporais do *nullum crimen sine lege*, isto é: irretroatividade da orientação prejudicial; retroatividade da orientação favorável ao réu. Nesse sentido, é fundamental, à sociedade, que a interpretação da lei – especialmente a da Constituição –, pelos magistrados brasileiros, seja a mais uniforme possível. Assim, a recente decisão do STF (17.02.16), que restringiu o alcance da presunção de inocência, não retroage para alcançar casos anteriores a ela; bem assim, a decisão plenária de 2009, que dava interpretação mais abrangente à garantia fundamental da inocência, tem efeito ultrativo para alcançar os recorrentes que ainda aguardam julgamento.

**PALAVRAS-CHAVE:** Jurisprudência – Retroatividade – Ultratividade – Decisão do STF – Presunção de Inocência.

**ABSTRACT:** The text examines the importance of the jurisprudence as a source of criminal law. As such, the guidance of the courts is also subject to the limitations and recommendations of the *nullum crimen sine lege* temporal aspects, i.e.: non-retroactivity of the harmful orientation; retroactivity of the defendant-friendly orientation. In this sense, it is essential to society that the interpretation of the law – especially of the Constitution –, by the Brazilian magistrates, be as uniform as possible. Thus, the recent decision of the Supreme Court (17.02.16), which restricted the scope of the presumption of innocence, does not retroact to reach previous cases; as well as the 2009 plenary decision, which gave comprehensive interpretation for the fundamental guarantee of innocence, produces effect to the future to reach defendants who still await trial.

**KEYWORDS:** Jurisprudence – Retroactivity – Activity for the future – Supreme Court decision – Presumption of innocence.

DOTTI, René Ariel. A jurisprudência penal no tempo:
a ultratividade e a irretroatividade do julgado (HC 126.292/SP).
*Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 121. ano 24. p. 251-289. São Paulo: Ed. RT, julho. 2016.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A missão criadora da jurisprudência – 3. A jurisprudência como fonte material de Direito Penal – 4. A proibição da retroatividade da jurisprudência *in malam partem* – 5. A retroatividade da jurisprudência *in bonam partem* – 6. Retroatividade e irretroatividade da jurisprudência mais benigna – 7. A mudança da jurisprudência como fundamento da revisão criminal – 8. A revisão com base em violação de princípio constitucional – 9. Uma especialização entre os ramos jurídicos: o direito sumular – 9.1. A complementação do ordenamento positivo – 9.2. A origem da Súmula do STF – 9.3. A importância da uniformização da jurisprudência – 9.4. A Súmula de Efeito Vinculante – 9.5. A eficácia da Súmula de Efeito Vinculante – 10. A revisão criminal com base em súmula vinculante – 11. A revisão criminal com base em súmulas do STF e do STJ – 12. Execução provisória da condenação: flutuação da jurisprudência – 13. A convalidação judicial do princípio da presunção de inocência – 14. Malsinado retrocesso: o grave erro judiciário do STF – 15. O voto antológico do ministro Celso de Mello – 16. A manifestação de resistência do IBCCRIM e do ITEC – 17. Ultratividade e irretroatividade da jurisprudência.

## 1. INTRODUÇÃO

O vocábulo *jurisprudência* deriva do latim (*jurisprudentia*) e é composto pelas palavras *jus* (Direito, ciência do Direito) e *prudentia* (sabedoria). Consiste, literalmente, na sabedoria com que se interpreta e aplica o Direito. Em *sentido estrito* a jurisprudência constitui o conjunto das decisões dos juízes e dos tribunais em que se recolhe a orientação por eles seguida na interpretação e aplicação das leis nos casos concretos ou nas hipóteses de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (CF, art. 102, I *a* e § 1.º). As decisões dos juízes e tribunais têm o objetivo de proporcionar o correto entendimento da legislação. Em *sentido lato*, significa a ciência do Direito e das leis. Existem outras conotações para a expressão indicando a tendência de uniformização do pensamento a propósito de determinados assuntos jurídicos. Pode-se falar em: *a) jurisprudência dos conceitos* (criticando, numa perspectiva irônica, uma escola de interpretação); *b) jurisprudência dos interesses* (escola jurídica surgida na Alemanha, no começo do século, segundo a qual o legislador visa atender interesses de pessoas ou grupos sociais quando elabora a norma); *c) jurisprudência dos valores* (orientação hermenêutica que se sobrepõe aos textos legais e ao formalismo exegético para resgatar as tendências jusnaturalistas evocando a Filosofia dos Valores).

DOTTI, René Ariel. A jurisprudência penal no tempo:
a ultratividade e a irretroatividade do julgado (HC 126.292/SP).
*Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 121. ano 24. p. 251-289. São Paulo: Ed. RT, julho. 2016.

## 2. A MISSÃO CRIADORA DA JURISPRUDÊNCIA

A jurisprudência é considerada *fonte secundária* das normas penais. Em tal sentido é a lição de *J. F. Marques* considerando a existência de inúmeros exemplos da influência exercida pelos pronunciamentos jurisdicionais na evolução e aplicação das regras punitivas.[1] Há um grande número de precedentes que servem para a revisão e modificação do direito positivo. A doutrina, reiteradamente, tem sustentado que somente a lei escrita é fonte do Direito Penal, como se verifica em *Hungria*: "Não há direito penal vagando fora da lei escrita",[2] e *Mestieri*: "A lei penal é a única forma de expressão do Direito Penal".[3] Embora não seja considerada *fonte formal* do Direito Penal nenhuma dúvida remanesce quanto à influência exercida pelas decisões dos juízes e tribunais para muito além dos limites do caso julgado.

A propósito, *Miguel Reale*: "O ato de julgar não se reduz a uma atitude passiva diante dos textos legais, mas implica notável margem de poder criador" e salienta que a jurisprudência muitas vezes inova em matéria jurídica "estabelecendo normas que não se contém estritamente na lei, mas resultam de uma construção obtida graças à conexão de dispositivos, até então considerados separadamente, ou, ao contrário, mediante a separação de preceitos por largo tempo unidos entre si. Nessas oportunidades o juiz compõe para o caso concreto uma norma que vem completar o sistema objetivo do Direito".[4] Partindo da regra do art. 5.º, da LICCiv.:[5] "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum", *Alípio Silveira* observa que os magistrados operam uma verdadeira reelaboração legislativa.[6] E, em outra obra, o saudoso penitenciarista acentua que não é só na interpretação propriamente dita, que se abre margem à reelaboração da lei, através de valora-

1. MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1964. vol. I, p. 195.
2. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. vol. I, t. 1. p. 13.
3. MESTIERI, João. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 57.
4. REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*, São Paulo: Saraiva, 1985. p. 168.
5. Dec.-lei 4.657, de 04.09.1942. Atualmente LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), conforme ementa com a redação determinada pela Lei 12376, de 30.12. 2010.
6. SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Editora Leia Livros, s/d. vol. IV, p. 200.

ções político-sociais. "Na esfera da adaptação da lei ao caso concreto, essa reelaboração também existe. Com a diferença de que, em vez de se concentrar na norma abstrata, geral, ela passa a se desenvolver no âmbito da particularidade, da singularidade, não se limitando a constituir uma dedução lógico-formal da norma abstrata. É unânime, a respeito, a moderna doutrina, sufragada pelo art. 5.º da Lei de Introdução".[7] Por sua vez, *Cappelletti*, afirma que não é diversa a *natureza* dos processos legislativo e judiciário porque "ambos constituem processos de criação do direito".[8]

Da Mensagem enviada pelo Presidente *Theodore Roosevelt*, ao Congresso Americano em 08.12.1908, consta essa expressiva conclusão: "Os principais criadores do direito (...) podem ser, e frequentemente são, os juízes, pois representam a voz final da autoridade. Toda vez que interpretam um contrato, uma relação real (...) ou as garantias do processo e da liberdade, emitem necessariamente no ordenamento jurídico partículas de um sistema de filosofia social; com essas interpretações, de fundamental importância, emprestam direção a toda a atividade de criação do direito" (43 Cong. Rec. Part I, p. 21). O magistrado inglês, *Radcliffe*, evocado por *Cappelletti*, arremata: "Quem poderá negar agora que, para o direito, as decisões judiciárias constituem uma contribuição criativa e não meramente descritiva?".[9]

*Andreucci* observa que a criação do Direito pela jurisprudência deflui não apenas da autorização legal, da imprevisão e da ilogicidade do legislador, tendendo à busca da exata proporção capaz de superar o conflito entre a forma e a realidade, entre *la razione dell'autorità* e a *autorità della razione*. E tal ocorre nas hipóteses de lacunas, antinomias e de muitos aspectos do crime e da pena, os quais evidenciam que a lei, em abstrato, não pode prever tudo em razão do multifário emanado da realidade.[10]

O tema da jurisprudência como fonte do Direito ganhou especial projeção com a introdução das súmulas, a partir dos enunciados do Supremo Tribunal

7. SILVEIRA, Alípio. *O papel do juiz na aplicação da lei*. São Paulo: Editora Universitária de Direito Ltda., 1977. p. 10.
8. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993. p. 27.
9. Op. cit., p. 33.
10. ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Direito Penal e a criação judicial*. Tese sustentada perante a Congregação da Faculdade de Direito da USP para a titularidade da Cadeira de Direito penal: edição do autor. São Paulo, 1988. p. 62.

Federal, do Superior Tribunal de Justiça, das alterações do Código de Processo Civil, de 1973 e do novo diploma, como será exposto mais adiante.[11]

## 3. A JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE MATERIAL DE DIREITO PENAL

A ortodoxia dogmática rejeita a contribuição da jurisprudência como fonte imediata (formal) de Direito Penal. Assim é, quanto ao *direito positivo* em face do princípio da legalidade (CF, art. 5.º, XXXIX; CP, art. 1.º). A frase muito expressiva de *Mezger* é lembrada pelo notável mestre *Costa e Silva*: "*só a lei abre as portas da prisão*".[12] Mas é inegável que a consolidação de certos julgados, a partir de decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, alcançam repercussão geral para alterar ou compor disposições legais como ocorreu com as Leis 6.416, de 24.05.1977 e 7.209, de 11.07.1984, que consagraram as Súmulas 146 (prescrição da ação penal pela pena concretizada);[13] 388 que previa uma hipótese de extinção da punibilidade nos seguintes termos: "O casamento da ofendida com quem não seja o ofensor faz cessar a qualidade do seu representante legal e a ação penal somente pode prosseguir por iniciativa da própria ofendida, observados os prazos legais de decadência e perempção"[14] e 499: "Não obsta a concessão do sursis condenação anterior à pena de multa". Tais enunciados foram incorporadas no Código Penal em face das alterações determinadas pelos diplomas acima referidos (art. 110, § 1.º;[15] art. 107, VIII;[16] art. 77, § 1.º). Outra norma penal elaborada em função da pacificação da jurisprudência foi a do art. 120 do Código Penal: "A sentença que

11. Verbete 8: O Direito Sumular.

12. COSTA E SILVA, A.J. *Código Penal*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1943. vol. I, p. 17. (Itálicos meus).

13. A Lei 12.234, de 05.05.2010, alterou os arts. 109 e 110 do CP, para determinar que após o trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso a prescrição regula-se pela pena aplicada "não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa" (art. 110, § 1.º).

14. Adotada nos julgamentos dos *habeas corpus* 44.263, em RTJ 43/72; 44.705, em RTJ 43/390; 43.755, em RTJ 44/74 e RExt. 60.266, em RTJ 45/398, a referida Súmula foi revogada no julgamento do HC 53.777, porque o casamento da vítima com terceiro não influi no andamento da ação penal pública (CP, art. 225, § 1.º e CPP, arts. 25 e 42). Fonte: ROSAS, Roberto. *Direito sumular: Comentários às Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 169.

15. Vide nota anterior.

16. Esse dispositivo foi revogado pela Lei 11.106, de 28.03.2005.

conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência". Eliminaram-se, com essa consagração legislativa, as incertezas doutrinárias e as flutuações da jurisprudência, máxime quanto ao problema da reincidência.

## 4. A PROIBIÇÃO DA RETROATIVIDADE DA JURISPRUDÊNCIA *IN MALAM PARTEM*

A proibição da retroatividade da lei penal em prejuízo do réu deve ser entendida em sentido amplo, abarcando também a jurisprudência. É que, embora a decisão de um tribunal não seja como a lei, cujos efeitos *erga omnes* vinculam diretamente e independente de um caso concreto, ela é a *interpretação* que da lei se faz. Por isso, tal interpretação assume um lugar de importância igual ao *significado* da lei. A jurisprudência é a lei em sua aplicação prática. Daí ser inadmissível que a alteração da jurisprudência retroaja para prejudicar o réu. Em sentido contrário, *Fragoso*: "(...) a proibição da retroatividade somente se refere à lei e não às alterações da jurisprudência dos tribunais".[17]

Zaffaroni *e* Batista exemplificam que, "quando uma ação, que até certo momento era considerada lícita, passa a ser considerada ilícita em razão de um novo critério interpretativo, ela não pode ser imputada ao agente, porque isso equivaleria a pretender que os cidadãos devessem abster-se (...) daquilo passível de vir a ser julgado proibido (ou seja) do 'proibível' em virtude de possíveis e inovadores critérios interpretativos. Não se trata de uma questão de legalidade nem de tipicidade, mas sim de culpabilidade, que deve ser apresentada como erro de proibição invencível".[18] Cirino dos Santos igualmente entende que a mudança de jurisprudência em prejuízo do réu, como a inversão de posição absolutória para posição condenatória, por exemplo, traduz "lesão ao *princípio da confiança* nas manifestações dos Tribunais (porque a jurisprudência é a lei no caso concreto), com consequências para a vida real de seres humanos de carne e osso, equivalentes à retroatividade da lei penal *em prejuízo do réu*, proibida pela Constituição da República".[19]

No entanto, há vários exemplos colhidos da realidade forense demonstrando a aplicação de jurisprudência retroativa mais gravosa ao réu, na interpreta-

17. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 17. ed. atual. Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 114.

18. ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. vol. I, p. 224.

19. SANTOS, Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008. p. 57. (Itálicos do original).

ção e aplicação do art. 229 do Código Penal (casa de prostituição). O Supremo Tribunal Federal, em 1964, firmou jurisprudência no sentido de que não configura o referido ilícito a manutenção de casa de prostituição na zona do meretrício, quando tal fato é tolerado pela polícia. Além disso, a Corte levou em consideração que o prostíbulo era licenciado pela autoridade que concedia alvará para funcionamento e cobrava impostos. Daí o entendimento que não se tratava de crime contra os costumes, mas fato tolerado e até, de certo modo, imposto pelos costumes (HC 40161, Rel. Min. *Ribeiro da Costa*; HC 40.124, Rel. Min. *Vilas Boas*). O STF abandonou, porém, mais tarde, essa orientação firme e passou a considerar que o licenciamento policial era irrelevante (RTJ 85/487; RTJ 60/104, Rel. Min. *Antônio Neder*).[20]

## 5. A RETROATIVIDADE DA JURISPRUDÊNCIA *IN BONAM PARTEM*

A aplicação retroativa da jurisprudência mais benigna é admitida quando a orientação dos tribunais "massivamente muda de critério e considera atípica uma ação que até esse momento qualificara como típica (ou quando julga simples o delito que até então considerara qualificado, ou justificado o que considerará antijurídico etc.) provoca um escândalo político, pois duas pessoas que realizaram idênticas ações reguladas pela mesma lei terão sido julgadas de modo que uma resultou condenada e a outra absolvida, só porque uma delas foi julgada antes. Elementares razões de equidade, assim como o art. 5.º da Constituição impõem que se tome aquela primeira condenação como uma sentença contraposta ao texto expresso da lei penal reinterpretada, viabilizando sua revisão (art. 621, inc. I CPP)."[21]

Em obra recente, a lição de Zaffaroni é reafirmada no sentido de que "los cambios de criterio jurisprudencial, en particular cuando alcanzam certa generalidad, no pueden dejar de compartir las razones que dan fundamento al principio de legalidad y a la prohibición de retroactividad; no es admisible que se pene a quien no podía conocer la prohibición".[22]

E logicamente, é admissível que a jurisprudência benigna retroaja para alcançar a situação jurídica do réu. Como exemplo há o precedente do Tribunal

20. SANGUINÉ, Odone. *Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso*. In: ARAÚJO JUNIOR, João de Marcello (org.). Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 467.

21. ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. Op. cit.

22. ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*, 2. ed., 3. reimp. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2014. p. 126.

de Justiça do Rio Grande do Sul: "Na alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em benefício do jurisdicionado, é impositivo o deferimento de revisão criminal, atribuído efeito retroativo à modificação jurisprudencial, quer pela exigência pura e simples de aplicação da lei federal, quer por respeito ao princípio da igualdade de todos perante a lei".[23]

## 6. RETROATIVIDADE E IRRETROATIVIDADE DA JURISPRUDÊNCIA MAIS BENIGNA

Um *leading case*, acerca das atividades de retroatividade e irretroatividade da *lex mitior,* é identificado no julgamento da Revisão Criminal 4.592 (SP), quando o plenário do Supremo Tribunal Federal, em 12.11.1980 assentou, por maioria de votos que: "I – Não contraria texto expresso de lei penal ou a evidência dos autos, acórdão que inadmite o benefício da continuidade em crimes de roubo praticados contra vítimas diversas, por reconhecer a inexistência de continuidade nos crimes subsequentes ao primeiro – art. 51, § 2.º do C. Penal. II – (...). III- A simples mudança da jurisprudência sobre a continuidade em crimes de roubo não justifica o pedido de revisão criminal". [24]

A controvérsia é a seguinte: o peticionário foi condenado pelos crimes de roubo divididos em dois grupos: *a)* os cometidos em 31.12.1969 e 13.03.1970; *b)* os praticados em 03.06.1970; 01.07.1970 e 03.07.1970. O Tribunal de Alçada de São Paulo deferiu o pedido de unificação, mas a decisão foi reformada pela 2.ª T. do Supremo Tribunal Federal (RECr 89.011-4) em aresto com a seguinte ementa: "Crime continuado. Inadmissibilidade quando o agente pratica roubos contra vítimas diferentes ainda que os crimes tenham sido cometidos em tempo próximo e em condições de lugar e maneira de execução idênticas".[25]

A reforma da Parte Geral do Código Penal (Lei 7.209/1984) mudou esse entendimento para admitir que a sucessão de crimes dolosos cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa contra vítimas diferentes poderia configurar o *reato continuato*, uma vez reunidos os demais requisitos (CP, art. 71, parágrafo único). A nova redação eliminou o debate entre duas grandes correntes de pensamento jurídico-penal. Uma delas, chamada *liberal*, reconhecia a continuidade ainda que a infração revelasse pluralidade de ofendidos; a outra, dita *ortodoxa,* sustentava o oposto, ou seja, a singularidade de vítima. Prevaleceu

23. TJRS, Rev. 70002052959, Rel. Tupinambá Pinto de Azevedo.

24. Trechos da ementa da decisão (12.11.1980), RTJ 97/77.

25. Revisão Criminal 4.592 (SP), RTJ 97/77.

a primeira, que teve o condão de revogar a Súmula STF 605: "*Não se admite a continuidade delitiva nos crimes contra a vida*".

O relator original da Revisão ora em consideração, Ministro *Soares Muñoz,* observou que a 2.ª T. do STF, em decisão de 17.03.1978, da relatoria do Ministro *Cordeiro Guerra,* decidiu ser inadmissível a aplicação do § 2.º do art. 51 do CP[26] quando a infração atinge vítimas diferentes. Mas, posteriormente, em sessões plenárias de 09.05.1978 e 11.10.1978, a Corte firmou a jurisprudência no sentido diametralmente oposto ao acórdão objeto da Revisão Criminal, admitindo a ocorrência do crime continuado em caso de roubos cometidos contra mais de um ofendido, satisfeitos os demais pressupostos. Primeiramente o Ministro Muñoz rebateu a objeção constante da Súmula STF 343: "Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais",[27] ao argumento já utilizado em outro julgamento, nos seguintes termos: "Os fatos são certos e a controvérsia na interpretação da lei não afasta o pedido revisional, porquanto não é possível identificar a revisão criminal, nesse particular, com a ação rescisória do processo civil. A revisão é privativa do réu e é inspirada no direito à liberdade individual, erigido em garantia constitucional, que não se concilia seja mantida uma condenação criminal, ou as penas nela cominadas, sob a consideração de que a lei é de interpretação controvertida. O juízo de certeza, inafastável da condenação criminal, exige que o Tribunal diga o direito. Bem sei que o art. 621 admite a revisão quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou a evidência dos autos. (...) O ordenamento jurídico do país é um só: é aquele que emana das leis e da Constituição, de conformidade com a interpretação que lhes dá o Supremo Tribunal Federal. Esta Corte declarou, em sessões plenárias, que é possível o crime continuado contra vítimas diferentes, nas condições de tempo, lugar e maneira de execução descritas no acórdão do Tribunal local. Essa é a lei expressa".[28]

26. Refere-se ao § 2.º do art. 51 da redação original da Parte Geral do Código Penal (Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940), atual art. 71, com uma única alteração: em lugar de "*impõe-se-lhe*", a Reforma de 1984 utiliza a expressão "aplica-se-lhe" ("a pena de um só dos crimes ...").

27. Os fundamentos da "tranquilidade pública, da tranquilidade jurídica, em razão mesmo da eficácia da coisa julgada" justificaram esse enunciado que teve sua origem no julgamento do EAR 602, relator o Min. Gonçalves de Oliveira. Vide, CPC/1973, art. 485, V e CPC/2015, art. 966, V.

28. Revisão Criminal cit., RTJ 97/80. (Os destaques em itálico são meus).

O art. 621, II do Código de Processo Penal prevê a ação revisional "quando a sentença condenatória *for contrária ao texto expresso da lei penal* (...)". Prosseguindo em seu voto favorável à revisão para restabelecer a orientação da Corte paulista, o Ministro Soares Muñoz aludiu à mudança de orientação que "expressou o sentido e o conteúdo do art. 51, § 2.º, do Código Penal. "O art. 2.º do Código Penal dispõe que 'ninguém pode ser punido por fato que a lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória'. Ora, se o Supremo Tribunal Federal é o intérprete máximo da lei, se ele é quem expressa a vontade e o conteúdo da lei, não vejo porque deixar de aplicar-se, mediante revisão, os princípios do mencionado art. 2.º, a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal, quando mais favorável ao requerente. Repito a observação de Manzini: 'E, na verdade, não se indaga, nessa hipótese, qual das sentenças seja a errada; apaga-se, somente, a inconciliabilidade entre elas'. Ante o exposto, julgo procedente a revisão, para restabelecer o acórdão do Tribunal local que deferiu a unificação das penas".[29]

O revisor, Ministro *Decio Miranda*, deferiu o pedido sustentando que o aresto em discussão deixou de aplicar o art. 51, § 2.º do CP, com o alcance que lhe deu o STF, configurando, assim, decisão condenatória contrária ao texto expresso da lei (Cód. Proc. Penal, art. 621, I).

A divergência foi aberta pelo Ministro *Cordeiro Guerra* que, desde logo, investiu contra a figura do crime continuado, afirmando que a reiteração dos crimes pelos delinquentes habituais não caracteriza a continuidade delitiva, mas "*atestado de temibilidade do delinquente*" e louvando-se em precedente do Ministro *Themístocles Cavalcanti*, no HC 46.886, arrematou: "Não se deve estimular a habitualidade (RTJ 56/681) (Idem, p. 81), com a fraqueza da repressão penal." Referindo-se ao RECr 89.830(SP), Cordeiro Guerra insistiu: "Se nós liberalizarmos o reconhecimento da continuidade nos crimes de roubo, estaríamos concorrendo inequivocamente para o desenvolvimento da criminalidade. Quanto mais violento for o ladrão, quanto mais ativo, quanto mais roubar, uma vez atrás da outra, quanto mais se profissionalizar no roubo, mais chance terá de ser punido mais brandamente. Se assaltar todos os dias, ao fim de dois ou três meses será punido por um único crime, com aumento da 6ª parte, e se for bem sucedido e bem temível, no fim da vida será condenado por um único delito, com aumento da 6.ª parte até metade da pena. Nessa hipótese ficaria abolida toda a disciplina do Código Penal Brasileiro, que é baseada na repressão da reincidência, e estaríamos a criminalidade porque estaríamos eliminando repressão penal." Em

29. Revisão Criminal cit., RTJ 97/81.

outra passagem de seu voto, o ex-membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, enfatizou: "O reconhecimento da continuidade nos crimes de roubo será um estimulo à violência, porque, quanto mais audacioso o delinqüente, mais oportunidade terá de ser punido mais brandamente."

Por maioria de votos, a Excelsa Corte indeferiu a Revisão Criminal. Foram votos vencedores: Ministros Cordeiro Guerra, Rafael Mayer, Cunha Peixoto, Moreira Alves, Thompson Flores e Djaci Falcão. Ficaram vencidos: Ministros Soarez Muñoz, Décio Miranda, Leitão de Abreu e Xavier de Albuquerque.[30]

## 7. A MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA COMO FUNDAMENTO DA *REVISÃO CRIMINAL*

São hipóteses da Revisão Criminal: *I* – A condenação contra o texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; *II* – A condenação fundada em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; *III* – A descoberta, após a sentença, de novas provas da inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena (CPP, art. 621). A enumeração dos fundamentos é taxativa segundo a generalidade de julgados (TJMG, em RT 808/667).

Há inúmeros precedentes no sentido de que a decisão condenatória que acolhe orientação controvertida na exegese do texto legal não admite a revisão porque opta por uma das correntes doutrinárias ou jurisprudenciais. Inexiste, em tal situação, o erro judiciário na modalidade de afronta ao texto expresso da lei. Exemplos: a) "A revisão criminal não constitui via adequada para a solução de conflito jurisprudencial, atendendo-se ao fato de que divergência entre critérios adotados, ambos possíveis na aplicação de determinado preceito legal, não encerra virtualidade de ofensa ao texto da lei penal". (TACRIM-SP – 4.º Gr.Cs.-Rev.436.004/-7, Rel. Corrêa de Moraes, j. 05.06.2003-Roloflash 2005/656)";[31] *b)* "Não cabe revisão criminal de decisão que tenha adotado corrente jurisprudencial ainda que não predominante ou minoritária" (RT, 692/254).

A generalidade das decisões dos tribunais não admite a ação revisional fundada em jurisprudência mais benéfica quanto à interpretação da norma penal que autorizou a condenação. Em tal sentido: "O entendimento do STF é infenso ao pedido revisional que busque arrimo em mudança de sua jurisprudên-

30. Revisão Criminal cit., RTJ 97/99. Relator para o acórdão, o Min. Cordeiro Guerra.

31. FRANCO, Alberto Silva. *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. In: STOCO, Rui (coord.). 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. vol. 1, p. 2127.

cia quanto à possibilidade de continuação delitiva em crimes de roubo contra vítimas diferentes". RT 578/449. No mesmo sentido: RT 569/381; 571/396; 576/484 e RTJ 96/988 e 98/578.[32]

## 8. A REVISÃO COM BASE EM VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

Há situações, no entanto, em que a ofensa a princípio constitucional devidamente positivado justifica plenamente a revisão. Nesse sentido é o precedente do extinto TACRIM-SP: "Em sede revisional é possível a modificação de decisão que contraria princípio constitucional, mesmo que a matéria seja alvo de divergência jurisprudencial" (3.° Gr. Cs. – Rev. 414.370/0- Rel. Ivan Marques, j. 03.02.2003-Roloflash 1556/125).[33]

A propósito, é indispensável o conhecimento do brilhante voto de Silva Franco, que merece reflexão e acolhida. Em julgamento procedido pelo Tribunal de Alçada de São Paulo, assim disse o sensível e lúcido magistrado: "No exercício da atividade judicante, convivemos, não raro, com proposições de relevância que se repetem com tal nível de frequência que temos, por vezes, a nítida impressão de que estamos diante de verdades evidentes, daquelas que entram pelos olhos adentro. Seja por força da inércia, seja pelo peso da carga laborativa, transformamo-nos de receptores em transmissores de falsos truísmos, reforçando-os pela carência de uma visão crítica e nos olvidamos da sábia advertência de Heráclito de que não devemos nos apressar em formar 'um juízo definitivo sobre as coisas essenciais'. Seria correta a afirmação reiterada da taxatividade dos fundamentos da ação revisional? Ao repensar a matéria, surpreendi-me com a erronia contida na afirmação. Se a revisão criminal tem um induvidoso embasamento constitucional e se a desconstituição da sentença condenatória transita em julgado se traduz numa garantia do condenado, na defesa de seu direito de liberdade e se tal garantia constitucional se inclui entre aquelas decorrentes do regime e dos princípios que a Constituição Federal adota, como claramente estatui o § 36 do art. 153 da Lei Magna,[34] força é convir que os fundamentos enumerados pelo Código de Processo Penal, para a sua admissibilidade, não podem ser exaustivos. É evidente que aos fundamentos

32. MIRABETE, Julio Fabrini. *Código de Processo Penal Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2000. p. 1352.

33. MARQUES, Ivan. Código *de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, cit., p. 2123.

34. Refere-se à Emenda Constitucional 1/1969 (*Rectius:* Constituição Federal de 17.10.1969).

especificados pelo legislador ordinário devem ser necessariamente acrescidos aos que apresentam um suporte de caráter constitucional. Não se compreende que a pretensão revisional possa ser albergada quando 'a sentença condenatória for contrária a texto expresso da lei penal' e não possa ser conhecida quando lese direitos que a própria Constituição reservou a todo e qualquer cidadão submetido a processo crime, mas como norma constitucional autoexecutável. Não sem razão observa Jorge Miranda (*Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, 1981, vol. 1, t. II, p. 598) que 'a garantia da Constituição é a da Constituição no seu complexo normativo, tomada como um todo. A garantia da constitucionalidade é a garantia de que, em cada relação jurídica ou situação da vida, prevalece o dispositivo constitucional e de que pratica um ato permitido pela Constituição; ou, por outras palavras, é a garantia de que cada norma e cada comportamento subordinados à Constituição lhe são conformes. Uma implica a outra, porque a Constituição existe para ser interpretada, aplicada, cumprida, desenvolvida, posta em vigor'. Destarte 'o que se pretende quando se estabelece um parelho de garantia é dar ou reformar eficácia de um sistema de normas. Todas as garantias constitucionais dirigem-se à eficácia de toda a Constituição. E por norma geral que seja um instituto de garantia, o seu fim último consiste na observância geral da Constituição; ou se trata de uma norma de garantia conexa com outras normas de garantia, completando-se mutuamente e concorrendo para um fim comum, ou se trata de garantir certas normas, que, pela sua importância no conjunto do sistema, se forem garantidas, hão de permitir salvaguardar os valores essenciais'. Ora, na presente pretensão revisional mais do que eventual conflito entre a conclusão condenatória e o quadro de provas – matéria sobre a qual já houve anteriores manifestações do Grupo de Câmaras – há, em verdade, uma clara ofensa ao direito de liberdade do peticionário. É que na realidade, a decisão condenatória teve por base, no que tange à determinação da autoria fática, não a prova recolhida na instrução criminal, mas apenas e exclusivamente a prova policial onde a garantia do contraditório não se fez presente. Não há, portanto, cogitar no caso em exame, de desconexão entre a condenação e o referencial probatório – não cabe, em verdade, nenhuma nova avaliação do material de provas – mas, sim, enfatizar que a prova havida como suporte da condenação não foi produzida com a garantia do contraditório. Destarte, o fundamento da ação revisional não está apoiado no inc. I do art. 621 do CPP, mas na norma constitucional de que a toda pessoa, subordinada a um processo criminal e, que, portanto, pode ter suprimido o seu direito de liberdade, é dada a garantia do contraditório. A ofensa a essa garantia constitui, forçosamente, fundamento de pedido revisional. Ora, tendo presente que tal enfoque não foi abordado nas revisões anteriores e tendo ainda em vista

a consideração de Jorge Figueiredo Dias de que 'nos quadros de um Estado de Direito material – de um Estado que visa, em último termo, a realização da justiça na vida comunitária de seus membros- o momento essencial de todo o direito é o da justa decisão do caso jurídico concreto, o da sua aplicação a cada caso por forma, *hic et nunc, justa*' (*Direito penal e estado de direito material*, revista de Direito Penal, vol. 31, p. 38), reformulo o voto anteriormente proferido e conheço da revisão".[35]

Esse lúcido precedente configura um *leading case* para modelar outros julgados da mesma estrutura constitucional: "TJSP. Revisão criminal. Cabimento. Afronta a direito sumular. Adequação à nova ordem constitucional e não mera mudança de jurisprudência. Pedido conhecido" (JTJ, 168/333).

O Projeto de Lei do Senado 156/2009, prevê a admissão do pedido revisional "quando a sentença condenatória *ou a que impôs medida de segurança* for contrária ao texto expresso da lei ou à evidência dos autos" (art. 655). Relativamente à regra vigente (CPP, art. 621), a alteração consiste em abranger a medida de segurança imposta na condenação, mantendo, porém, o requisito da decisão oposta a "texto expresso da lei". No entanto, o art. 966, V, CPC em vigor, admite a ação rescisória quando a decisão de mérito, transitada em julgado, "violar manifestamente *norma jurídica*", considerando-se como tal a "decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento". Trata-se de relevante modificação ao texto do código revogado que tinha como requisito (entre outros) a "*violação literal de lei*" (art. 485, V).

A distinção entre a *lei* (texto escrito) e a *norma jurídica* nos é oferecida pela doutrina de *Marinoni*, ao esclarecer que "a dissociação entre texto legal e norma jurídica encontrou exatamente na questão do princípio da preservação da lei e da consequente busca de uma interpretação válida em face da Constituição a base prático-concreta para o seu desenvolvimento teórico. (...) A dissociação entre disposição (ou texto legal) e norma é resultado da percepção de que a atividade de interpretação requer juízos valorativos no momento da definição das diretivas da interpretação e da consideração de elementos relacionados com a própria disposição, e que o resultado-interpretação é uma "opção" entre as interpretações extraíveis do texto. Ou seja, a dissociação entre texto e norma supõe que a atividade de interpretação não é de mera descoberta,

35. Tacrim-sp, 3.º Gr. Cs. -Rev. 117.576, em *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, cit, p. 2121-2122. (Os itálicos são do original).

destituída de qualquer valoração e que o resultado-interpretação não constitui mera declaração, como pretendia o formalismo interpretativo e entendiam as teorias clássicas da jurisdição (Humberto Ávila, Teoria dos princípios)".[36] O novo CPC prevê o cabimento de ação rescisória quando a decisão transitada em julgado tiver *violado norma jurídica*. Alterou-se então a expressão "*violação literal de lei*" do CPC/1973, por "*violação à norma jurídica*". É oportuna a lição do professor madrilenho, *Garcia de Enterría*, ao acentuar que a Constituição "no solo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, *lex superior*".[37]

## 9. UMA ESPECIALIZAÇÃO ENTRE OS RAMOS JURÍDICOS: O DIREITO SUMULAR

### *9.1. A complementação do ordenamento positivo*

Em artigo publicado em obra comemorativo ao décimo aniversário do Superior Tribunal de Justiça, o mestre *Miguel Reale* confessou: "Não posso deixar de fazer uma referência a um tema que há muito tempo me fascina: é a instituição pelo Supremo Tribunal Federal antes, e por esta Alta Corte depois, da Súmula, do direito sumular, que veio representar uma recepção criadora do *common law* para completar o ordenamento jurídico brasileiro".[38] O chamado Direito Sumular "é o reflexo do direito emanado das súmulas de um tribunal".[39]

A necessidade da preservação da integridade e autoridade da legislação federal, além da uniformização de sua exegese perante os tribunais de segundo grau de jurisdição é uma das missões do Superior Tribunal de Justiça quando a decisão recorrida "der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal" (CF, art. 105, III, *c*).

### *9.2. A origem da Súmula do STF*

A Constituição Federal de 1946, pelo art. 119, III, atribuía ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar, em recurso extraordinário, as causas

36. MARINONI, Luiz Guilherme; CRUZ ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *O novo processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 90 e 91.

37. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "Constituição como norma". *Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. I, p. 81.

38. "O modelo jurisdicional e o STJ", em *10 anos – Obra comemorativa, 1989-1999*, Brasília, Superior Tribunal de Justiça, 1999, p. 142.

39. ROSAS, Roberto. *Direito sumular*, cit., p. 8 (Itálicos meus).

decididas em única ou última instância por outros tribunais ou juízes quando, na decisão recorrida, a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal (art. 101, III, *d*). E para assegurar efetividade àquele dispositivo, há muito tempo se impunha a necessidade de uma *súmula* da jurisprudência predominante da Corte. Foi assim que no ano de 1963, uma comissão integrada pelos Ministros Gonçalves de Oliveira, Pedro Chaves e Victor Nunes Leal (relator), organizou os primeiros enunciados e que foram aprovados em sessão plenária do STF de 13 de dezembro daquele ano, passando a vigorar a partir de março de 1964. Como acentuaram os membros daquele grupo, a finalidade da *súmula* não era somente a de proporcionar maior estabilidade à jurisprudência, mas também facilitar os trabalhos dos advogados e do Tribunal, simplificando o julgamento das questões mais frequentes.

Em julgamento proferido em 21.03.1966, no HC 42.958 (SP), o relator, Min. *Prado Kelly,* consignou na ementa que a *súmula* tem a "conveniência de evitar, quando possível, a versatilidade nos julgados, e de restituir à jurisprudência o valioso papel que desempenha na ordem jurídica, sem se incorrer, todavia, nos perigos da estratificação abusiva, nem da coerção reprovável" (RTJ 37/159).

### *9.3. A importância da uniformização da jurisprudência*

Nenhuma dúvida pode ser oposta quanto à importância da uniformização da jurisprudência e das súmulas para estabelecer uma relação harmoniosa entre o texto legal e a sua exegese. Como a designação revela, a *súmula* é um resumo ou uma sinopse da tendência adotada pelos tribunais acerca da interpretação de dispositivos legais para aplicação nos casos concretos. Com o advento do CPC/1973 (Lei 5.869, de 11.01.1973) foi instituído o procedimento para a uniformização da jurisprudência: "Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito, quando: I – verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; II – no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas". A tendência atual na prática judicante é a adoção, para muitas situações de fato e de direito, das súmulas que aportaram no mecanismo processual da uniformização da jurisprudência (CPC, de 1973, art. 476) e na aprovação da súmula com efeito vinculante (CF, art. 103-A, regulado pela Lei 11.417/2006). O assunto é ordenado pelo novo CPC (Lei 13.105/2015) ao estabelecer *comandos judicantes* como se verifica

pelos arts. 926 e 927. O primeiro dispõe que os tribunais "devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente" e o segundo impõe aos juízes e tribunais a observação de parâmetros constantes de decisões do Supremo Tribunal Federal, enunciados, acórdãos e orientação do plenário ou órgão especial a que estiverem vinculados.[40] A *assunção de competência* e a *resolução de demandas repetitivas* (arts. 947 e s. e 976 e s.) são incidentes que servem a vários objetivos, dentre eles: *a)* estabilidade da jurisprudência como expressão da segurança jurídica; *b)* eficiência da prestação jurisdicional e *c)* razoável duração do processo.

A regra do art. 557 do CPC/1973 é mantida no CPC/2015, art. 932: "Incumbe ao relator: *I* – (...); *IV* – negar provimento a recurso que for contrário a: *a)* súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; *b)* acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; *c)* entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; *V* – depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: *a)* súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; *b)* acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; *c)* entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência."

Por outro lado, a regra do art. 475, § 3.º, do CPC/1973, que dispensava o reexame necessário quando a decisão se baseasse em súmulas dos tribunais superiores, é conservada no CPC/2015, art. 496: "Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: § 4.º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em: *I* – súmula de tribunal superior; *II* – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; *III* – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; *IV* – entendimento

40. De notável relevo é o § 5.º do art. 927 do novo CPC, ao ordenar aos tribunais "*a publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores*". Essa norma é um corolário lógico do princípio da publicidade de "*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário*" (CF, art. 93, IX) e também cumpre o princípio da *publicidade dos atos administrativos* (CF, art. 37, *caput*), uma vez aque a documentação do julgado é um ato da burocracia judiciária.

coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa."

É evidente que tais avanços também irão projetar-se no sistema do processo penal, como já ocorre com o instituto do *recurso repetitivo,* no Projeto de Lei do Senado, 156/2009 (CPP).[41]

### *9.4. A Súmula de Efeito Vinculante*

Por conta da Emenda Constitucional 45, de 30.12.2004, foi incluído o art. 103-A e seus três parágrafos na Carta Política. O STF está autorizado a, mediante decisão de 2/3 (dois terços) de seus membros e após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que obrigará (daí o *efeito vinculante*) todo o Poder Judiciário e a Administração Pública a decidirem da mesma maneira. O art. 8.º da Emenda possibilita, ainda, a atribuição de *efeito vinculante* à súmula já existente do STF. O dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei 11.417, de 19.12.2006, que detalha o procedimento de edição, revisão e cancelamento de súmula. A matéria está disciplinada no Título XIII, "Da Súmula Vinculante", arts. 354-A a 354-G do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A *Súmula de Efeito Vinculante* faz parte da Reforma do Poder Judiciário implementada pela Emenda citada e tenciona, principalmente, desafogar as instâncias superiores do Judiciário, evitando que questões idênticas e já julgadas precisem tramitar por todas as vias recursais para chegar no último grau de jurisdição e ter um fim que desde antes já era previsto.

Setores da doutrina oferecem argumentos que produzem a controvérsia sobre a viabilidade constitucional da súmula vinculante, analisando sua compatibilidade com vários princípios da *lei fundamental.*[42] Parece-me, porém, que a questão é mais simples: pode haver, em determinados casos, uma afronta à liberdade de convicção do juiz,[43] mas que deve ceder frente ao interesse público

41. Sobre o atualíssimo tema, que caracteriza um critério seguro de aprimoramento da jurisdição, *vide* MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios.* São Paulo: Ed. RT, 2010.

42. Contra a súmula vinculante: CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Em tempos de súmula vinculante, um apelo a um direito dinâmico e crítico. *Boletim IBCCRIM.* vol. 13. n. 155. São Paulo, out./2005, p. 10.

43. Cf. a Lei Complementar 35/1979, Orgânica da Magistratura Nacional (Loman, arts. 40 e 41).

representado, e.g., pela *segurança jurídica*. É que não se trata de agradar mais ao julgador do que à sociedade. Espera-se que a súmula configure um cenário de nuances pré-definidas, com base nas quais será possível obter orientação judicial uniforme e consentânea com os casos concretos. Ademais, sempre que o entendimento pessoal do juiz for fundamentado o suficiente, motivará, através do Tribunal regional, p. ex., a revisão ou o cancelamento da súmula da qual discorda. Aliás, caso a súmula contrarie o ordenamento, a Lei 11.417/2006 guarda amplo rol de legitimados ativos para propor seu cancelamento (art. 3.º). Ou seja, eventual inconstitucionalidade será sempre arguível e se resolverá na casuística, tornando precipitado o ataque ao instituto da *súmula vinculante* por si só. A dialética não será danificada, pois. Ela não é tão frágil.

O temor que a grande parte dos autores refere mais tem a ver com a *imaginação* de que, no futuro, toda a interpretação do Direito será decretada pelo Supremo do que com a *realidade*: trata-se de restringir o acesso às altas cortes. O fato é que em nosso país os juízos e os tribunais, de modo geral, exibem *cargas oceânicas* de processos responsáveis pela demora da prestação jurisdicional. Esse atraso prejudica a todos, sem exceção, vulnerando mesmo a *dignidade da pessoa humana*. Negar isso é afirmar que causas, no nosso país, são decididas em tempo satisfatório. Não é à toa que a Emenda 45/2004 incluiu também o inc. LXXVIII, no art. 5.º da CF, assegurando a todos a *razoável duração do processo*. E, se vale a imaginação, há razões para se pensar a súmula vinculante como mecanismo de proteção de garantias fundamentais subjetivas, fiel à interpretação *favor rei*;[44] quem sabe possa ser esse o marco histórico que contribua para a revitalização da *presunção de inocência*, através da difusão de ementas garantistas. Deve-se combater, isto sim, as súmulas que neguem essas premissas.

### 9.5. *A eficácia da Súmula de Efeito Vinculante*

Quando a matéria penal ou processual penal já está sumulada, a observância dos respectivos enunciados é obrigatória para se evitar os inconvenientes que sofre a parte com a interposição do remédio processual para repor a orientação do Tribunal competente para conhecer do recurso. O trecho a seguir de um precedente do Supremo Tribunal Federal bem retrata esse aspecto: "Que mantenha o juiz sua convicção contrária à decisão de sua Corte, ou mesmo da Corte Suprema, admite-se, nem importa rebeldia; mas, aplicando-a, enquanto

44. Nesse sentido: TRAD, Fábio. A súmula vinculante pro reo: um instrumento a favor da liberdade. *Boletim IBCCRIM*. vol. 13. n. 152. São Paulo, jul./2005, p. 8.

se não muda. Que se recuse a aplicar a diretriz firmada pela maioria, ou, como no caso, que insista em inaplicá-la – consubstanciada em Súmula e aplicada, sem discrepância, pelo Supremo Tribunal Federal – não se justifica" (RTJ 113/459).

A observância impositiva da súmula decorre justamente do *efeito vinculante* que o Supremo pode lhe conferir: caso algum ato administrativo ou judicial desrespeite a orientação sumular, caberá reclamação ao STF, para a sua anulação (art. 7.º, da Lei 11.417/2006).

## 10. A REVISÃO CRIMINAL COM BASE EM SÚMULA VINCULANTE

A Súmula Vinculante caracteriza a interpretação do texto normativo à luz da Constituição. Trata-se, portanto, do *direito posto* – razão pela qual os enunciados que forem aprovados pelo Supremo Tribunal Federal têm a mesma eficácia da lei que não podem deixar de ser aplicados sob pena do órgão responsável pelo descumprimento ser objeto de reclamação.

Uma das hipóteses da aplicação concreta desse tipo de súmula ocorre com a violação do Enunciado 24: "Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no parágrafo 1.º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo".

## 11. A REVISÃO CRIMINAL COM BASE EM SÚMULAS DO STF E DO STJ

Também as demais súmulas da jurisprudência predominante, desde que oriundas do STF e do STJ, são aptas para autorizar o pedido revisional com base na primeira parte do inc. I do art. 621 do CPP (sentença contrária ao texto expresso de lei penal). Seguem-se dois precedentes: "Revisão Criminal. Cabimento. Afronta a direito sumular. Orientação contida na sentença. Contrariedade à Súmula consagrada no verbete 17 do Superior Tribunal de Justiça.[45] Hipótese de adequação à nova ordem constitucional. Pedido deferido parcialmente. -'Cabe pedido revisional de sentença que afronta o direito sumular, consagrado implicitamente pela nova ordem constitucional, ao atribuir elevada tarefa uniformizadora ao Superior Tribunal de Justiça" (TJSP, Rev. Rel. Fanganiello Maierovitch, j. 29.09.1994, JTJSP 168/333).[46]

45. Súmula STJ, 17: "Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido".

46. *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, cit., p. 2121.

## 12. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA CONDENAÇÃO: FLUTUAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

A orientação da Corte Suprema já havia, há algum tempo, feito *tabula rasa* do preceito inscrito no art. 5.º, LVII, a exemplo do precedente do Superior Tribunal de Justiça, relatado pela Ministra Laurita Vaz: "Possibilidade de execução provisória da pena de prisão na pendência de recursos especial e extraordinário. A custodia, agora, traduz-se em mero efeito da condenação, sendo que os recursos eventualmente interpostos, quais sejam: o recurso extraordinário e o especial, não têm efeito suspensivo. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Ordem denegada".[47]

A legislação ordinária estabelece que tanto a multa como as penas restritivas e as privativas de liberdade somente podem ter a sua execução iniciada com o trânsito em julgado da condenação, como dispõem o CP (art. 51) e a Lei de Execução Penal (arts. 105, 147 e 164). No entanto, há muitos precedentes em sentido contrário, conjugando o art. 637 do Código de Processo Penal[48] e o § 2.º do art. 27, da Lei 8.038/1990.[49] O STJ, firmou orientação sumulada, mas que está sendo revista.[50] O plenário do STF, em 28.06.1991, julgando o HC 68.726, relatado pelo Ministro Néri da Silveira, decidiu, por unanimidade de votos, que não ofende o princípio do art. 5.º, LVII, da Constituição, a prisão do réu condenado, embora sem o trânsito em julgado da sentença, eis que o § 2.º do art. 27 da Lei 8.038, de 28.05.1990, seria compatível com a Lei Maior ao determinar que os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo (HC 68.841-SP, STF/1.ª T., RTJ 138/216). No mesmo sentido: HC 70.363-SP, 2.ª T./STF, RTJ 151/916; HC 72.077-3-RS, 2.ª T., RT 726/561 e RTJ 155/877; HC 72.121-RO, STF/1.ª T., RTJ 161/534; HC 71.902-MG, STF/1.ª T., RTJ 161/883; HC 76.510-0-SP, 2.ª T., RT 755/52; HC 75.077-0-SP, 2.ª T., RT 756/489; HC 73.151-RJ, STF/1.ª T., RTJ 164/231; HC 75.233-SP, STF/1.ª T., RTJ 171/895; HC 80.535-3-SC, STF/1.ª T., RT 789/539.[51]

47. HC 56.848 (SP), 5.ª T.

48. CPP, art. 637. "O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoado pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença".

49. "Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo".

50. HC 126744 (SP), *DJ* 01.06.2009; HC 115624 (SP), *DJ* 18.05.2009; HC 122191 (RJ), *DJ* 18.05.2009; AgRg no HC 105084 (SP), *DJ* 30.03.2009.

51. Precedentes colhidos em FERREIRA CUSTÓDIO, Antonio Joaquim. *Constituição Federal interpretada pelo STF*. 7. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 42-43.

Em rumo oposto, a mesma Corte Suprema, em acórdão unânime do Plenário, relatado pelo Ministro Celso de Mello decidiu: "Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado, ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário".[52]

## 13. A CONVALIDAÇÃO JUDICIAL DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

No mês de fevereiro de 2009, o Informativo STF 534 veiculou a decisão plenária, colhida por maioria de votos (7x4), no pressuposto de que "ofende o princípio da não culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP". Com base nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, concedeu *habeas corpus*, afetado ao Pleno pela 1.ª T., para determinar que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória. (...) Esclareceu-se que os preceitos veiculados pela Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal, arts. 105, 147 e 164), além de adequados à ordem constitucional vigente (art. 5.º, LVII: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"), sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP, que estabelece que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo e, uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença. Asseverou-se que, quanto à execução da pena privativa de liberdade, dever-se-ia aplicar o mesmo entendimento fixado, por ambas as Turmas, relativamente à pena restritiva de direitos, no sentido de não ser possível a execução da sentença sem que se dê o seu trânsito em julgado. Aduziu-se que, do contrário, além da violação ao disposto no art. 5.º, LVII, da CF, estar-se-ia desrespeitando o princípio da isonomia."[53]

52. HC. 79.812-8 (SP), Plenário, RT 788/520.

53. HC 84.078 (MG), Rel. Min. Eros Grau – 05.02.2009.

## 14. MALSINADO RETROCESSO: O GRAVE ERRO JUDICIÁRIO DO STF

Institucionalmente responsável pela guarda da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, contrariou de modo frontal o inc. LVII do art. 5.º da própria *lei fundamental*: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". E o fez invadindo a competência do Congresso Nacional *legislando* em manifesta desobediência ao art. 60, § 4.º, IV da Carta Magna que proíbe a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir "os direitos e garantias individuais". Com efeito, o princípio da presunção de inocência constitui uma cláusula pétrea.

Ao negar o HC126.292/SP, em 17 de fevereiro deste ano, o plenário do STF, por maioria de votos, entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Para o relator do caso, ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena.

A decisão indica mudança no entendimento da Corte, que desde 2009, no julgamento da HC 84078, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressalvava a possibilidade de prisão preventiva. Até 2009, o STF entendia que a presunção da inocência não impedia a execução de pena confirmada em segunda instância.

O HC foi impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que indeferiu o pedido de liminar em HC lá apresentado. A defesa buscava afastar mandado de prisão expedido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP).

O caso envolve um ajudante-geral condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão pelo crime de roubo qualificado. Depois da condenação em primeiro grau, a defesa recorreu ao TJ-SP, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão.

Para a defesa, a determinação da expedição de mandado de prisão sem o trânsito em julgado da decisão condenatória representaria afronta à jurisprudência do Supremo e ao princípio da presunção da inocência (CF, art. 5.º, LVII).

O relator do caso, ministro Teori Zavascki, ressaltou em seu voto que, até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em segundo grau, deve-se presumir a inocência do réu. Mas, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao STJ ou STF, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas maté-

ria de direito.[54] "Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame dos fatos e das provas, e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado", afirmou.

Como exemplo, o ministro lembrou que a Lei Complementar 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, que expressamente consagra como causa de inelegibilidade a existência de sentença condenatória proferida por órgão colegiado. "A presunção da inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado".[55]

## 15. O VOTO ANTOLÓGICO DO MINISTRO CELSO DE MELLO

O decano do Supremo Tribunal Federal, ministro Celso de Mello, em lúcida e brilhante exposição demonstrou o equívoco praticado pela maioria de seus colegas. O seu voto é – de todos quantos já proferiu acerca dessa matéria – o mais preciso cientificamente e o mais iluminado culturalmente. A sua integral reprodução é o mínimo que se pode fazer para homenagear o texto que está incorporado na história dos grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Segue:

"*O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Registre-se, desde logo*, Senhor Presidente, *que a presunção de inocência* representa uma notável conquista histórica dos cidadãos em sua *permanente* luta *contra* a opressão do Estado *e* o abuso de poder.

*Na realidade, a presunção de inocência*, a que *já"* se referia Tomás de Aquino em sua "*Suma Teológica*", *constitui* resultado *de um longo* processo de desenvolvimento político-jurídico, *com raízes, para alguns*, na Magna Carta inglesa (1215), *embora, segundo outros autores, o marco histórico* de implantação desse direito fundamental *resida* no século XVIII, *quando, sob o influxo das ideias iluministas, veio esse direito-garantia a ser consagrado*, inicialmente, *na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia* (1776).

---

54. Essa afirmação merece contestação. É curial que os tribunais superiores, não raramente, têm declarado a nulidade de atos processuais pelo não atendimento de direitos fundamentais como a amplitude da defesa e a violação do devido processo legal.

55. *Data venia*, o exemplo é impróprio. O princípio da presunção de não culpabilidade (*rectius:* presunção de inocência) é específico do Direito Criminal ao se referir à "sentença *penal* condenatória" e não é aplicável em outro ramo jurídico, a exemplo do Direito Eleitoral e Direito Administrativo.

*Esse, pois*, na lição de doutrinadores – *ressalvada* a opinião *de quem situa a gênese* dessa prerrogativa fundamental, *ainda que em bases incipientes*, no Direito Romano –, *o momento inaugural* do reconhecimento *de que ninguém se presume_culpado_nem pode sofrer* sanções *ou* restrições em sua esfera jurídica *senão após* condenação *transitada* em julgado.

*A consciência* do sentido fundamental desse direito básico, *enriquecido* pelos grandes postulados políticos, doutrinários *e* filosóficos do Iluminismo, *projetou-se, com grande impacto, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, *cujo art. 9.º solenemente proclamava a presunção de inocência, com expressa repulsa* às práticas absolutistas *do Antigo Regime.*

*Mostra-se importante assinalar, neste ponto*, Senhor Presidente, *que a_presunção de inocência,_legitimada pela ideia democrática – não obstante golpes desferidos por mentes autoritárias ou por regimes autocráticos que absurdamente_preconizam* o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário (!?!?) –, *tem prevalecido, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, no contexto* das sociedades civilizadas, *como valor fundamental e exigência básica* de respeito à dignidade da pessoa humana.

*Não foi por outra razão que a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, promulgada* em 10.12.1948, pela III Assembleia Geral da ONU, *em reação aos abusos inomináveis cometidos* pelos regimes totalitários nazi-fascistas, *proclamou, em seu art. 11, que todos presumem-se inocentes* até que sobrevenha definitiva condenação judicial.

*Essa mesma reação* do pensamento democrático, *que não pode nem deve conviver* com práticas, medidas *ou* interpretações que golpeiem o alcance *e* o conteúdo de tão fundamental prerrogativa *assegurada a toda e qualquer pessoa, mostrou-se* presente em *outros* importantes documentos internacionais, *alguns de_caráter regional, como a Declaração Americana* dos Direitos e Deveres do Homem (*Bogotá*, 1948, Artigo XXVI), *a Convenção Americana* sobre Direitos Humanos (*São José da Costa Rica*, 1969, Artigo 8.º, § 2.º), *a Convenção Europeia* para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (*Roma*, 1950, Artigo 6.º, § 2.º), *a_Carta dos Direitos Fundamentais* da União Europeia (*Nice*, 2000, Artigo 48, § 1.º), *a Carta Africana* dos Direitos Humanos e dos Povos/Carta de Banjul (*Nairóbi*, 1981, Artigo 7.º, § 1.º, "*b*") *e a Declaração Islâmica* sobre Direitos Humanos (*Cairo*, 1990, Artigo 19, "*e*"), *e_outros de caráter global*, como o *Pacto Internacional* sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, § 2.º), *adotado* pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966.

*Vê-se, desse modo*, Senhor Presidente, *que a repulsa* à presunção de inocência – *com todas* as consequências *e* limitações jurídicas ao poder estatal que dessa

prerrogativa básica emanam – *mergulha suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente*, à esfera jurídica dos cidadãos *restrições não autorizadas* pelo sistema constitucional.

*Torna-se relevante observar, neste ponto, a partir* da douta lição exposta por ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO ("*Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*", p. 12/17, 1991, Saraiva), *que esse conflito ideológico* entre *o valor* do princípio democrático, *que consagra o primado da liberdade, e o desvalor* do postulado autocrático, *que privilegia a onipotência do Estado, revelou-se muito nítido na Itália, a partir* do século XIX, *quando se formaram, em momentos sucessivos, três escolas de pensamento* em matéria penal: *a Escola Clássica, cujos maiores expoentes foram* FRANCESCO CARRARA *e* GIOVANNI CARMIGNANI, *que sustentavam, inspirados nas concepções iluministas, o dogma* da presunção de inocência, *a que se seguiram, no entanto*, os adeptos *da Escola Positiva, como* ENRICO FERRI *e* RAFFAELE GAROFALO, *que preconizavam* a ideia de ser mais razoável presumir a culpabilidade das pessoas, *e, finalmente, a refletir* o "*espírito do tempo*" ("*Zeitgeist*") *que tão perversamente* buscou justificar *visões e práticas totalitárias de poder, a Escola Técnico-Jurídica*, que teve em EMANUELE CARNEVALE *e* em VINCENZO MANZINI os seus corifeus, *responsáveis*, entre *outros* aspectos, *pela formulação* da base doutrinária *que deu suporte* a uma noção prevalecente ao longo do regime totalitário fascista – a noção *segundo a qual não tem sentido nem é razoável* presumir-se a inocência do réu*!!!*

*O exame da obra* de *VINCENZO MANZINI* ("*Tratado de Derecho Procesal Penal*", tomo I/253-257, item n. 40, *tradução* de Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín, 1951, Ediciones Juridicas Europa-América, Buenos Aires) *reflete, com exatidão*, essa posição *nitidamente* autocrática, *que repudia* "*A chamada tutela da inocência*" *e que vê* , na "*pretendida presunção de inocência*", algo "*absurdamente paradoxal e irracional*" ("*op. cit.*", p. 253, item n. 40).

*Mostra-se evidente*, Senhor Presidente, que a Constituição brasileira *promulgada* em 1988 *e destinada* a reger uma sociedade *fundada* em bases *genuinamente* democráticas *é bem o símbolo representativo da antítese ao absolutismo do Estado* e *à força opressiva do poder, considerado* o contexto histórico *que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado e o banimento, por isso mesmo, no plano* das liberdades públicas, de *qualquer* ensaio autoritário *de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente* justificável *numa perspectiva* "*ex parte principis*", *cujo efeito mais conspícuo, em face* daqueles *que presumem* a culpabilidade do réu, *será a virtual* (*e gravíssima*) *esterilização* de uma das mais expressivas conquistas históricas da cidadania: *o direito* do indivíduo *de jamais ser tratado*, pelo Poder Público, *como se culpado fosse.*

*Vale referir, no ponto, a esse respeito, a autorizada advertência* do eminente Professor LUIZ FLÁVIO GOMES, *em obra escrita* com o Professor VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI ("*Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica*", vol. 4/85-91, 2008, RT):

"*O correto é mesmo falar em princípio da presunção de inocência (tal como descrito na Convenção Americana), não em princípio da não culpabilidade* (...).

*Trata-se de princípio consagrado não só" no art. 8.º, 2, da Convenção Americana senão também (em parte) no art. 5.º, LVII, da Constituição Federal, segundo o qual toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada por sentença transitada em julgado. Tem previsão normativa desde 1789, posto que já constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.*

*Do princípio da presunção de inocência ('todo acusado é presumido inocente até que se comprove sua culpabilidade') emanam duas regras: (a) regra de tratamento e (b) regra probatória.*

*'Regra de tratamento': o acusado não pode ser tratado como condenado antes do trânsito em julgado final da sentença condenatória (CF, art. 5.º, LVII).*

*O acusado, por força da regra que estamos estudando, tem o direito de receber a devida 'consideração' bem como o direito de ser tratado como não participante do fato imputado. Como 'regra de tratamento', a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado, seja por situações, práticas, palavras, gestos etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar em razão da existência de condenação em primeira instância etc. É contrária à presunção de inocência a exibição de uma pessoa aos meios de comunicação vestida com traje infamante (Corte Interamericana, Caso Cantoral Benavides, Sentença de 18.08.2000, parágrafo 119).*" (grifei)

*Disso resulta, segundo entendo, que a consagração constitucional da presunção de inocência como direito fundamental de qualquer* pessoa – *independentemente da gravidade ou da hediondez* do delito que lhe haja sido imputado – *há de viabilizar, sob a perspectiva da liberdade, uma hermenêutica essencialmente emancipatória dos direitos básicos da pessoa humana, cuja prerrogativa* de ser *sempre* considerada inocente, *para todos e quaisquer efeitos, deve prevalecer, até* o superveniente *trânsito* em julgado da condenação criminal, *como uma cláusula de*

*insuperável bloqueio* à imposição *prematura* de *quaisquer* medidas *que afetem ou restrinjam a esfera jurídica* das pessoas em geral.

*É por isso, Senhor Presidente, que ninguém, absolutamente ninguém, pode* ser tratado *como se* culpado fosse *antes* que sobrevenha *contra ele* condenação penal *transitada* em julgado, *tal como tem advertido* o magistério jurisprudencial *desta* Suprema Corte:

*"O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL.*

*– A prerrogativa jurídica da liberdade – que possui extração constitucional (CF, art. 5.º, LXI e LXV) – não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que culminem por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem.*

*Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5.º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade.*

*Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja pratica lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado.*

*O princípio constitucional da presunção de inocência, em nosso sistema jurídico, consagra, além de outras relevantes consequências, uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes."*

(*HC 96.095/SP*, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

*A necessária observância da cláusula constitucional consagradora da presunção de inocência (que só deixa de prevalecer após o trânsito em julgado* da condenação criminal) *representa, de um lado,* como já assinalado, *fator de proteção* aos direitos *de quem sofre* a persecução penal *e traduz, de outro, requisito de legitimação* da própria execução de sanções *privativas* de liberdade *ou* de penas *restritivas* de direitos.

*O fato,* Senhor Presidente, *é que* o Ministério Público *e* as autoridades judiciárias e policiais *não podem* tratar, *de forma arbitrária, quem quer que seja, negando-lhe, de modo abusivo, o exercício pleno* de prerrogativas *resultantes, legitimamente, do sistema de proteção* institucionalizado *pelo próprio* ordenamento

constitucional *e concebido* em favor *de qualquer* pessoa *sujeita* a atos de persecução estatal.

*Coerentemente* com esse entendimento, *tenho proferido decisões, no Supremo Tribunal Federal, que bem refletem* a posição por mim ora exposta, *como se vê*, "*p. ex.*", de decisão cuja ementa *a seguir* reproduzo:

*"– A privação cautelar da liberdade individual – qualquer que seja a modalidade autorizada pelo ordenamento positivo (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia e prisão resultante de condenação penal recorrível) – não se destina a infligir punição antecipada à pessoa contra quem essa medida excepcional é decretada ou efetivada. É que a ideia de sanção é absolutamente estranha à prisão cautelar ('carcer ad custodiam'), que não se confunde com a prisão penal ('carcer ad poenam'). Doutrina. Precedentes.*

*– A utilização da prisão cautelar com fins punitivos traduz deformação desse instituto de direito processual, eis que o desvio arbitrário de sua finalidade importa em manifesta ofensa às garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal. Precedentes.*

*– A gravidade em abstrato do crime não basta, por si só, para justificar a privação cautelar da liberdade individual do suposto autor do fato delituoso.*

*O Supremo Tribunal Federal tem advertido que a natureza da infração penal não se revela circunstância apta a legitimar a prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes.*

*– A ausência de vinculação do indiciado ou do réu ao distrito da culpa não constitui, só por si, motivo autorizador da decretação da sua prisão cautelar. Precedentes.*

*– A recusa em responder ao interrogatório policial e/ou judicial e a falta de cooperação do indiciado ou do réu com as autoridades que o investigam ou que o processam traduzem comportamentos que são inteiramente legitimados pelo princípio constitucional que protege qualquer pessoa contra a autoincriminação, especialmente aquela exposta a atos de persecução penal.*

*O Estado – que não tem o direito de tratar suspeitos, indiciados ou réus como se culpados fossem (RTJ 176/805-806) – também não pode constrangê-los a produzir provas contra si próprios (RTJ 141/512).*

*Aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado tem, dentre outras prerrogativas básicas, o direito (a) de permanecer em silêncio, (b) de não ser compelido a produzir elementos de incriminação contra si próprio nem constrangido a apresentar provas que lhe comprometam a defesa e (c) de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera*

*jurídica, tais como a reprodução simulada do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais, para efeito de perícia criminal. Precedentes.*

*– O exercício do direito contra a autoincriminação, além de inteiramente oponível a qualquer autoridade ou agente do Estado, não legitima, por efeito de sua natureza constitucional, a adoção de medidas que afetem ou restrinjam a esfera jurídica daquele contra quem se instaurou a 'persecutio criminis'. Medida cautelar deferida."*

(*HC 96.219-MC/SP*, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *DJE* 15.10.2008)

*Importante insistir na asserção*, Senhores Ministros, *de que o Supremo Tribunal Federal há de possuir* a exata percepção *de quão fundamentais são a proteção e a defesa* da supremacia da Constituição para a vida do País, a de seu povo *e* a de suas instituições.

*A nossa Constituição* estabelece, *de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos* pelo Estado (e por seus agentes) *no desempenho* da atividade de persecução penal. *Na realidade*, é a própria Lei Fundamental *que impõe, para efeito de descaracterização da presunção de inocência, o trânsito* em julgado da condenação criminal.

*Veja-se, pois, que esta* Corte, *no caso em exame, está a expor e a interpretar o sentido da cláusula constitucional consagradora* da presunção de inocência, *tal como esta se acha definida pela nossa Constituição*, cujo art. 5.º, *inciso* LVII (*"ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"*), *estabelece, de modo inequívoco*, que a presunção de inocência *somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado* da sentença penal condenatória.

*É por isso que se mostra inadequado* invocar-se a prática *e* a experiência registradas nos Estados Unidos da América e na França, *entre outros Estados democráticos*, cujas Constituições, *ao contrário* da nossa, *não impõem a necessária observância* do trânsito em julgado da condenação criminal.

*Mais intensa, portanto*, no modelo constitucional brasileiro, *a proteção* à presunção de inocência.

*Quando* esta Suprema Corte, *apoiando-se na presunção de inocência, afasta a possibilidade de execução antecipada* da condenação criminal, *nada* mais faz, *em tais julgamentos, senão* dar ênfase *e* conferir amparo a um direito fundamental *que assiste a qualquer* cidadão: *o direito de ser presumido inocente* até que sobrevenha condenação penal *irrecorrível.*

*Tenho para mim* que essa *incompreensível repulsa* à presunção de inocência, Senhor Presidente, *com todas as gravíssimas consequências* daí resultantes, *mergulha* suas raízes em uma visão absolutamente *incompatível* com os padrões do regime democrático.

*Por isso mesmo*, impõe-se repelir, *vigorosamente*, *os fundamentos* daqueles que, *apoiando-se* em autores *como Enrico Ferri, Raffaele Garofalo, Emanuele Carnevale e Vincenzo Manzini, vislumbram* algo "*absurdamente paradoxal e irracional*" na "*pretendida presunção de inocência*" (*a frase* é de Manzini).

*O Supremo Tribunal Federal, ao revelar fidelidade ao postulado constitucional do estado de inocência, não inviabiliza* a prisão cautelar (*como* a prisão temporária *e* a prisão preventiva) de indiciados *ou* réus perigosos, *pois expressamente reconhece, uma vez presentes razões concretas que a justifiquem, a possibilidade* de utilização, *por magistrados e Tribunais, das diversas* modalidades *de tutela cautelar penal, em ordem a preservar e proteger* os interesses da coletividade em geral *e* os dos cidadãos em particular.

*A jurisprudência* que o Supremo Tribunal *vem construindo* em tema de direitos *e* garantias individuais *confere expressão concreta, em sua formulação, a uma verdadeira agenda das liberdades, cuja implementação* é legitimada pelo dever institucional, *que compete à Corte Suprema, de fazer prevalecer o primado da própria Constituição da República.*

*Não custa rememorar* que essa prerrogativa básica – *a de que todos se presumem inocentes até que sobrevenha condenação penal transitada em julgado – está consagrada não só* nas Constituições democráticas *de inúmeros* países (*como* o Brasil), *mas, também*, como anteriormente assinalado, *em importantes declarações internacionais* de direitos humanos, *como a Declaração Universal* dos Direitos da Pessoa Humana (1948), *a Convenção Europeia* para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), *a Carta dos Direitos* Fundamentais da União Europeia (2000), *a Carta Africana* dos Direitos Humanos e dos Povos (1981), *a Declaração Islâmica* sobre Direitos Humanos (1990), *o Pacto Internacional* sobre Direitos Civis e Políticos (1966) *e a Convenção Americana* de Direitos Humanos (1969).

*Lembro-me* de que, *no passado, sob a égide autoritária* do Estado Novo, *editou-se* o Decreto-lei no 88/37, *que impunha* ao acusado *o dever* de provar, em sede penal, *que não era culpado*!!!

Essa regra legal – *como salientei* no julgamento *do HC* 83.947/AM, *de que fui Relator – consagrou uma esdrúxula fórmula de despotismo explícito, pois exonerou, absurdamente*, o Ministério Público, *nos processos por delitos contra a segurança nacional, de demonstrar* a culpa do réu.

O diploma legislativo em questão, *com a falta de pudor* que caracteriza os regimes despóticos, *veio a consagrar, em dado momento histórico do processo político brasileiro* (*Estado Novo*), *a obrigação* de o réu provar a sua própria inocência!!!

*Com efeito, o art. 20, n. 5, do Decreto-lei n. 88,* de 20.12.1937, *estabeleceu, nos processos por delitos contra a segurança do Estado, uma regra absolutamente incompatível* com o modelo democrático, *como se vê* da parte inicial de seu texto: "*presume-se provada a acusação, cabendo ao réu prova em contrário (...)*" (*grifei*).

*É por isso* que o Supremo Tribunal Federal *tem sempre advertido* que as acusações penais *não se presumem* provadas, *pois – como tem reconhecido a jurisprudência da Corte – o ônus da prova* referente *aos fatos constitutivos* da imputação penal *incumbe, exclusivamente, a quem acusa.*

*Isso significa que não compete ao réu demonstrar* a sua própria inocência. *Ao contrário, cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca,* em plenitude, *para além de qualquer* dúvida razoável, *a culpabilidade* do acusado *e os fatos constitutivos* da própria imputação penal *pertinentes à autoria e à materialidade do delito* (*RTJ 161/264-266*, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

*É por tal motivo que a presunção de inocência, enquanto limitação constitucional ao poder do Estado, faz recair sobre o órgão da acusação, agora de modo muito mais intenso, o ônus substancial* da prova, *fixando* diretriz *a ser indeclinavelmente* observada pelo magistrado *e* pelo legislador.

*O fato indiscutivelmente relevante, no domínio processual penal, é que,* no âmbito de uma formação social organizada *sob a égide* do regime democrático, *não se justifica* a formulação, *seja por antecipação ou seja por presunção,* de *qualquer* juízo condenatório, que deve, *sempre, respeitada, previamente, a garantia do devido processo,* assentar-se – *para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica – em elementos de certeza,* os quais, *ao dissiparem* ambiguidades, *ao esclarecerem* situações equivocas *e ao desfazerem* dados eivados de obscuridade, *revelam-se capazes* de informar, *com objetividade,* o órgão judiciário competente, *afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas em torno da culpabilidade do acusado.*

*Meras conjecturas – que sequer podem conferir suporte material a qualquer acusação penal – não se revestem, em sede processual penal, de idoneidade jurídica. Não se pode – tendo-se presente a presunção constitucional de inocência dos réus – atribuir* relevo *e* eficácia a juízos *meramente* conjecturais, *para, com fundamento neles, apoiar* um *inadmissível* decreto condenatório *e deste extrair, sem que ocorra o respectivo trânsito em julgado, consequências* de índole penal ou extrapenal *compatíveis, no plano jurídico, unicamente* com um título judicial *qualificado pela nota da definitividade.*

É sempre importante advertir, na linha do magistério jurisprudencial *e em respeito* aos princípios estruturantes do regime democrático, que, "*Por exclu-*

*são, suspeita ou presunção,* ninguém *pode ser condenado em nosso sistema jurídico-penal*" (*RT 165/596*, Rel. Des. VICENTE DE AZEVEDO – *grifei*).

*Na realidade, os princípios democráticos* que informam o modelo constitucional *consagrado* na Carta Política de 1988 *repelem qualquer* comportamento estatal *transgressor* do dogma segundo o qual *não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita* (*RT* 690/390 – *RT* 698/452-454).

A jurisprudência desta Suprema Corte *enfatiza*, bem por isso, *com particular veemência*, que "*Não podem repercutir contra o réu situações jurídico-processuais ainda não definidas por decisão irrecorrível do Poder Judiciário, especialmente naquelas hipóteses de inexistência de título penal condenatório definitivamente constituído*" (*RTJ 139/885*, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

*Insista-se, pois, na asserção* de que *o postulado do estado de inocência repele suposições* ou *juízos prematuros de culpabilidade até* que sobrevenha – *como o exige* a Constituição do Brasil – *o trânsito* em julgado da condenação penal. *Só então* deixará de subsistir, *em relação* à pessoa condenada, *a presunção* de que é inocente.

*Há*, portanto, *segundo penso, um momento, claramente definido no texto constitucional, a partir* do qual se descaracteriza a presunção de inocência, *vale dizer*, aquele instante *em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal. Antes* desse momento, o Estado *não pode* tratar os indiciados *ou* os réus *como se culpados fossem. A presunção de inocência impõe, desse modo*, ao Poder Público *um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado* por seus agentes *e* autoridades.

*Acho importante acentuar* que a presunção de inocência *não se esvazia* progressivamente, *à medida* em que se sucedem os graus de jurisdição. *Isso significa*, portanto, que, *mesmo confirmada* a condenação penal por um Tribunal *de segunda* instância, *ainda assim subsistirá*, em favor do sentenciado, *esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito* em julgado da sentença penal condenatória, *como claramente estabelece*, em texto inequívoco, a Constituição da República.

*Enfatizo*, por necessário, que o "*status poenalis*" *não pode* sofrer – *antes de sobrevir* o trânsito em julgado de condenação judicial – *restrições lesivas* à esfera jurídica das pessoas em geral *e* dos cidadãos em particular. *Essa opção do legislador constituinte* (*pelo reconhecimento* do estado de inocência) *claramente fortaleceu* o primado de um direito básico, *comum a todas as pessoas, de que ninguém – absolutamente ninguém – pode ser presumido culpado* em suas relações com o Estado, *exceto se já existente sentença transitada em julgado.*

*Impende registrar*, Senhor Presidente, que Vossa Excelência, *no julgamento da ADPF* 144/DF, *de que fui Relator, bem destacou a importância de aguardar-se* o trânsito em julgado da condenação criminal, *demonstrando, à luz de dados estatísticos*, uma realidade *que torna necessário* respeitar-se a presunção de inocência.

*Disse* Vossa Excelência, *então*:

"*(...) trago, finalmente, nessa minha breve intervenção, à consideração dos eminentes pares, um dado estatístico, elaborado a partir de informações veiculadas no portal de informações gerenciais da Secretaria de Tecnologia de Informação do Supremo Tribunal Federal (...). De 2006, ano em que ingressei no Supremo Tribunal Federal, até a presente data, 25,2% dos recursos extraordinários criminais foram providos por esta Corte, e 3,3% providos parcialmente. Somando-se os parcialmente providos com os integralmente providos, teremos o significativo porcentual de 28,5% de recursos. Quer dizer, quase um terço das decisões criminais oriundas das instâncias inferiores foi total ou parcialmente reformado pelo Supremo Tribunal Federal nesse período.*" (grifei)

*Não é por outro motivo* que o Supremo Tribunal Federal *tem repelido, por incompatíveis com esse direito fundamental, restrições* de ordem jurídica *somente justificáveis* em face *da irrecorribilidade* de decisões judiciais.

*Isso significa, portanto*, que inquéritos policiais *em andamento*, processos penais *ainda* em curso *ou, até mesmo, condenações criminais sujeitas a recursos* (*inclusive aos recursos excepcionais interpostos* para o Superior Tribunal de Justiça *e* para o Supremo Tribunal Federal) *não podem* ser considerados, *enquanto* episódios processuais *suscetíveis de pronunciamento absolutório, como fatores de descaracterização* desse direito fundamental proclamado pela própria Constituição da República.

*Essencial proteger a integridade desse direito fundamental* (*o direito de ser presumido inocente até o trânsito* em julgado da condenação judicial) *e destacar-lhe* as origens históricas, *relembrando* – não obstante a sua consagração, *no século XVIII, como* um dos grandes postulados iluministas – *que essa prerrogativa não era desconhecida pelo direito romano, como resultava* de certas presunções *então* formuladas ("*innocens praesumitur cujus nocentia non probatur*", p. ex.), *valendo mencionar o contido no Digesto, que estabelecia*, em benefício de quem era processado, *verdadeiro "favor rei", que enfatizava, ainda de modo incipiente, essa ideia-força* que viria a assumir grande relevo *com a queda* do *Ancien Régime*.

*Finalmente, mesmo que não se considerasse o argumento constitucional fundado na presunção de inocência, o que se alega* por mera concessão dialética, *ainda assim se mostraria inconciliável* com o nosso ordenamento positivo *a preconizada execução antecipada* da condenação criminal, *não obstante* sujeita esta a impugnação *na via recursal excepcional* (RE *e/ou* REsp), *pelo fato* de *a Lei de*

*Execução Penal impor, como inafastável pressuposto de legitimação* da execução de sentença condenatória, *o seu necessário trânsito em julgado.*

*Daí a regra* inscrita *no art. 105* de referido diploma legislativo, *que condiciona* a execução da pena *privativa* de liberdade *à existência de trânsito em julgado* do título judicial condenatório:

"Art. 105. Transitando em julgado *a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento* para a execução". (grifei)

*Idêntica exigência é também formulada pelo art. 147* da LEP no que concerne à execução de penas *restritivas* de direitos:

"Art. 147. Transitada em julgado *a sentença que aplicou a pena* restritiva *de direitos,* o Juiz da execução, *de ofício ou a requerimento do Ministério Público,* promoverá a execução, *podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.*" (*grifei*)

*Vê-se, portanto, qualquer que seja* o fundamento jurídico invocado (*de caráter legal ou de índole constitucional*), que *nenhuma* execução de condenação criminal em nosso Pais, *mesmo se se tratar de simples pena de multa,* pode ser implementada *sem a existência do indispensável título judicial definitivo, resultante, como sabemos, do necessário trânsito em julgado* da sentença penal condenatória.

*Lamento,* Senhores Ministros, *registrar-se, em tema tão caro e sensível às liberdades fundamentais dos cidadãos da República,* essa preocupante *inflexão hermenêutica, de perfil nitidamente conservador e regressista, revelada* em julgamento *que perigosamente parece desconsiderar* que a majestade da Constituição *jamais poderá subordinar-se* à potestade do Estado.

*Concluo o meu voto,* Senhor Presidente. *E,* ao fazê-lo, *peço vênia para acompanhar, integralmente, na divergência,* os eminentes Ministros ROSA WEBER e MARCO AURÉLIO *e deferir* o pedido de "*habeas corpus*", *mantendo, em consequência, o precedente* firmado *no julgamento plenário do HC* 84.078/MG, Rel. Min. EROS GRAU, *reafirmando, assim, a tese de que a execução prematura* (*ou provisória*) da sentença penal condenatória *antes* de consumado o seu trânsito em julgado *revela-se frontalmente incompatível* com o direito fundamental do réu, *assegurado pela própria Constituição da República* (*CF,* art. 5.º, LVII), de ser presumido inocente.

É o meu voto."[56]

56. HC 126.292/SP, mantidos todos os destaques originais e a forma de redação. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 10330659]. Acesso em: 21 abr. 2016.

## 16. A MANIFESTAÇÃO DE RESISTÊNCIA DO IBCCRIM E DO ITEC

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) em seu boletim de abril deplora o atraso revelado pela maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal. É oportuna a transcrição de algumas passagens: "(...) a adoção da tese de que o acórdão condenatório proferido pelo tribunal de origem seria suficiente para tornar o acusado culpado, porquanto encerraria a discussão fática do caso, ignora diversos aspectos sobretudo a possibilidade de os tribunais superiores reconhecerem alguma nulidade processual, o que tornaria ilegal a prisão. Se a execução provisória tiver sido iniciada em momento anterior a tal pronunciamento, caberia a indagação do Ministro Lewandowski no julgamento: '*E quem restitui a liberdade*?' (...) O movimento pendular do Supremo, portanto, bate de frente com o conteúdo da Constituição Federal, tornando lamentável a decisão em análise. A solução apresentada é absolutamente inadequada, uma vez que tenta resolver as mazelas do Poder Judiciário às custas dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Como bem afirmou a Ministra *Rosa Weber*, o novo posicionamento atropela o Texto Constitucional. Mas não é só. O Supremo Tribunal Federal viola a separação os poderes ao promover a alteração de uma cláusula pétrea definida pela Assembleia Constituinte eleita pelo mesmo povo que demanda maior rigidez na punição. Por fim, deve ser lembrada a incoerência dessa decisão, que causará grande impacto no sistema prisional, após o Supremo ter reconhecido sua falência. Na verdade, o próprio instituto da pena de prisão parece estar fadado ao insucesso no alcance de suas finalidades clássicas de prevenção e repressão e tem sido objeto de constante reflexão pela Criminologia, o que aumenta a perplexidade diante da autorização de executá-la antes da estabilização completa da decisão condenatória, cabendo buscar explicação em Clarice Lispector: 'Então por que a prisão? Porque a liberdade ofende'".[57]

Considerando o grande número de *habeas corpus*, além dos recursos especial e extraordinário que serão atendidos pelo STJ ou pelo próprio STF para declarar a nulidade de processos com expedição de alvarás de soltura, a União irá contabilizar um imenso número de ações de indenização com os ônus financeiros debitados por ordem do inc. LXXV do art. 5.º, da Constituição: "*o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença*".

57. "O pêndulo do Supremo", editorial do *Boletim do IBCCrim*. 281, p. 1. (Itálicos do original).

O Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (Itec) divulgou amplamente pela internet um manifesto crítico do *encarceramento antecipado*. Vale reproduzir: a decisão proferida por sete dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Carmem Lúcia e Gilmar Mendes – restabeleceu no cenário jurídico brasileiro a lamentável e incompatível execução provisória em matéria processual penal. Execução provisória, que no processo civil surgiu sob a condição de reconstituição do *status quo ante*, na seara processual penal impõe a irreversibilidade dos efeitos do cárcere na vida do indivíduo.

A partir de agora, as decisões a serem tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal, que reformem ou desconstituam acórdãos de tribunais regionais ou estaduais, não impedem que cidadãos venham a ser indevidamente presos.

O posicionamento da Corte Maior reduz a importância das decisões do STJ e do próprio STF. Ao afirmar que a presunção de não culpabilidade se esvai quando da condenação em segundo grau, o Supremo transparece à população brasileira que seus julgados se reduzem a "tecnicalidades" e que as discussões acerca da violação de leis federais ou de normas constitucionais possuem papel coadjuvante no processo criminal. Ao adotar tal entendimento, em flagrante inversão da estrutura normativa do Estado de Direito, afirma-se a primazia do Direito Penal e Processual Penal em relação ao Direito Constitucional.

Da mesma forma, a decisão do colegiado ignora a importância e relevância da uniformização da jurisprudência e viola o princípio da igualdade. Desde sua criação, o STJ desempenha importante função de uniformização da jurisprudência nacional diante de decisões conflitantes provenientes de tribunais estaduais ou regionais. A interpretação das normas penais e processuais penais não é uníssona e nem poderia sê-la. Há tribunais estaduais e regionais com posições antagônicas até mesmo em relação ao cálculo de penas. A decisão do Supremo faz tabula rasa da diversidade jurisprudencial brasileira, possibilitando o recolhimento ao cárcere conforme o estado da federação em que se encontra o jurisdicionado, em violação ao princípio de que todos são iguais perante a lei.

O impacto carcerário da decisão foi deixado completamente de lado pela maioria dos Ministros do Supremo. A decisão tomada, ao contrário do que deve se verificar nas decisões das Cortes Supremas não traz nenhuma preocupação com os efeitos dela decorrentes e, certamente, se traduzirá em mais uma chaga no já colapsado sistema prisional brasileiro.

Outro aspecto preocupante é a lentidão dos julgados nos tribunais superiores. Se tal lentidão não era relevante nos crimes de maior importância, em decorrência dos prazos prescricionais elevados, a partir do momento em que se inicia a execução penal com o acórdão de segundo grau, ela é preocupante. Certamente, teremos no Brasil pessoas que já terão cumprido suas penas quando o Supremo Tribunal Federal reconhecer que o processo que as levou para trás das grades foi ilegal ou indevido.

A decisão do Supremo Tribunal Federal concretiza ou simboliza um novo momento processual penal. Momento que é saudado por setores do judiciário, da imprensa, da população e dos Ministérios Públicos, estaduais e federal. Momento em que, ao contrário do que possa parecer, não se fortalecem direitos, pelo contrário. Momento em que se reduzem direitos.

A construção da democracia ocidental somente foi possível a partir do fortalecimento dos direitos individuais. Todos os regimes políticos em que a democracia foi deixada de lado se valeram de alguns juízes, dos órgãos de acusação, das polícias, de alguns integrantes da imprensa e do apoio de boa parte da população. Não se falaria em Macarthismo, por exemplo, se não houvesse juízes, promotores, jornalistas e cidadãos que o apoiassem e dessem instrumental técnico e moral para sua concretização.

Infelizmente, na tarde triste de 17.02.2016, o Supremo Tribunal Federal brasileiro perdeu a chance de se posicionar como guardião da constituição, como capaz de tutelar a importância do trânsito em julgado para poder colocar um cidadão atrás das grades. A partir de agora, o desequilíbrio processual já sentido por vários acusados no processo criminal brasileiro tende a ser ainda maior.

O Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais nada contra a maré da redução de direitos. Acredita no fortalecimento dos direitos individuais para uma sociedade mais justa e menos desigual. Não compactua com processos criminais que busquem atender o clamor popular ou midiático à custa da violação de regras e direitos. Acredita que o respeito às normas constitucionais não se constitui em mera "tecnicalidade", mas sim na consolidação de uma nação que não admite que os fins justifiquem os meios. Quando os meios não se adéquam ao direito, eles contaminam os fins, tornando-os ilícitos. Continuamos em pé.[58]

58. Texto recolhido do portal do ITEC, sob a presidência do Professor Rodrigo Moraes de Oliveira. Acesso em: 21 abr. 2016.

## 17. ULTRATIVIDADE E IRRETROATIVIDADE DA JURISPRUDÊNCIA

A decisão do STF de 17.02.2016, mandando executar antecipadamente sentença que, em julgamento de segundo grau, mantém ou impõe a pena de prisão a ser cumprida inicialmente em regime fechado ou semiaberto, está sujeita aos movimentos de *ultratividade* (benigna) e *irretroatividade* (maligna). Com efeito, todos os réus que estavam aguardando em liberdade o andamento dos recursos especial e/ou extraordinário já aforados não poderiam ser presos com base no precedente em questão.

A decisão plenária de fevereiro de 2009 (Informativo STF 534) é provida de efeito ultrativo. Por consequência, o precedente deste ano não tem efeito retroativo para alcançar todos os recorrentes que ainda aguardam o desfecho de seus recursos. É elementar que o espaço de tempo entre o início da execução da pena de prisão – autorizada abusivamente – até o trânsito em julgado da decisão confirmatória da condenação caracteriza ato ilícito, reconhecível objetivamente e com a consequência da indenização pelo erro judiciário (CF, art. 5.º, LXXV).

---

**PESQUISAS DO EDITORIAL**

**Veja também Doutrina**

- Irretroatividade e retroatividade das alterações da jurisprudência penal, de Odone Sanguiné – *RBCCrim* 31/144-169, *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 1/357-387 (DTR\2000\316);
- Jurisprudência e direito penal, de René Ariel Dotti – *RBCCRim* 58/195-203 (DTR\2011\1763); e
- Processo penal: a difícil relação entre o *habeas corpus* e os recursos na jurisprudência das cortes superiores, de Guilherme Madeira Dezem – *RT* 924/479-491 (DTR\2012\450886).

85981

# *L'ultimo imperativo della politica criminale:* nullum crimen sine confiscatione!

## *The last imperative of criminal policy: nullum crimen sine confiscatione!*

**Vittorio Manes**
Professore Ordinario di Diritto penale. Alma Mater Studiorum – Università di Bologna.
vittoriomanes2@virgilio.it

**Área do Direito:** Penal

**Riassunto:** Il tema si concentrerà sulle "misure patrimoniali" di contrasto alla criminalità economica, ed in particolare sui problemi che emergono – nel contesto europeo e con maggior criticità nell'ordinamento italiano – dall'utilizzo sempre più deciso della *confisca* come strumento di contrasto alla criminalità del profitto.

**Parole chiave:** Criminalità economica – Confiscatione – Politica criminale.

**Abstract:** The theme will focus on "capital measures" to fight against economic crime, and in particular on the problems that emerge – in the European context and with greater critical in the Italian law – of the increasingly use of confiscation as a contrast instrument of profit crime.

**Keywords:** Economic crime – Confiscation – Criminal policy.

Sumário: Premessa – 1. Il *diktat* "il delitto non paga" e il profilarsi di uno "stato di polizia patrimoniale" al cospetto della criminalità del profitto – 2. La centralità della confisca nel programma efficientistico della politica criminale europea e domestica – 3. La transizione verso un "diritto penale preventivo" o persino verso un vero e proprio "stato di polizia patrimoniale" al cospetto della criminalità del profitto: l'"irresistibile ascesa" dei reati in materia di circolazione illecita, da un lato, e la "generalizzazione" delle forme di confisca *praeter probationem delicti* – 4. Un sistema di contrasto che si sviluppa in una "penombra di legalità": debolezza della Corte europea e necessità di una armonizzazione dogmatica, prima che politico-criminale, per assicurare ai modelli di confisca un adeguato statuto garantistico – 5. Un inventario (solo) parziale di questioni problematiche – 6. Le garanzie *"behind the appearences"* – 7. Una chiosa.

Manes, Vittorio. *L'ultimo imperativo della politica criminale:* nullum crimen sine confiscatione! *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 121. ano 24. p. 291-322. São Paulo: Ed. RT, julho. 2016.

## PREMESSA

Il tema della mia *palestra* si concentrerà sulle "misure patrimoniali" di contrasto alla criminalità economica, ed in particolare sui problemi che emergono – nel contesto europeo e con maggior criticità nell'ordinamento italiano – dall'utilizzo sempre più deciso – e spregiudicato – della *confisca* come strumento di contrasto alla criminalità del profitto: un tema che, fino a pochi anni fa, risultava alquanto marginale nella discussione politico-criminale, e conseguentemente nella analisi dogmatica, e che negli ultimi anni è diventato un autentico fulcro del sistema di repressione e prevenzione della criminalità lucrativa. Questo progressivo protagonismo ha la sua genesi nella consapevolezza che la privazione dei proventi del crimine rappresenta una fondamentale "controspinta motivazionale" alla criminalità del profitto (e in quest'ambito, alla criminalità dei "colletti bianchi"); sulla base di questa considerazione, tuttavia, sequestro e confisca dei proventi del reato – che prima venivano considerati quasi un problema civilistico, di scarso interesse per i penalisti (lo stesso *Codigo penal brasileiro* disciplina "*o confisco*" o "*a perda de instrumentos do crime e de seo produto em favor da Uniaõ*" tra gli "*efeitos civis do crime*" del delitto: art. 91 c.p.; analogamente, in diversi sistemi anglosassoni è diffusa l'etichetta di "*civil forfeiture*") – sono diventati un interesse centrale, quasi ossessivo per la politica criminale, e di conseguenza per il diritto penale, anche a scapito delle garanzie fondamentali e dei diritti individuali che entrano in gioco.

Il "motore ideologico" di questa "irresistibile ascesa" è stato il *diktat* "il delitto non paga", l'ultimo imperativo della politica criminale europea e italiana: vorrei dunque muovere proprio da questo "principio" per analizzare le maggiori problematiche che oggi caratterizzano gli strumenti di ablazione patrimoniale sulla ricchezza (anche solo presuntivamente) illecita, ripercorrendo uno scenario di questioni che oggi, forse, non sono nel fuoco dell'attenzione dei penalisti brasiliani, ma che non è difficile prevedere che presto entreranno tra i problemi più complessi, e dibattuti, del diritto penale (non solo) economico anche nel vostro paese, giacché l'espansione del ruolo della confisca dei proventi illeciti, e degli strumenti di intervento ad essa connessi, lascia intravedere – come subito dirò – un ulteriore fronte dove si percepisce la profonda *crisi del garantismo penale* e – come cercherò di dimostrare – la transizione da uno "Stato di diritto" ad un diritto penale esasperatamente preventivo, se non ad un autentico "Stato di polizia patrimoniale".

MANES, Vittorio. *L'ultimo imperativo della politica criminale:* nullum crimen sine confiscatione! *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 121. ano 24. p. 291-322. São Paulo: Ed. RT, julho. 2016.

## 1. IL *DIKTAT* "IL DELITTO NON PAGA" E IL PROFILARSI DI UNO "STATO DI POLIZIA PATRIMONIALE" AL COSPETTO DELLA CRIMINALITÀ DEL PROFITTO

Non è difficile ravvisare tra gli imperativi categorici della politica criminale contemporanea il principio "il delitto non paga": tale principio rappresenta una (malintesa) declinazione sul piano della coercizione economica del più generale e trasversale *principio di effettività* della tutela penale,[1] che già da tempo ambisce a guadagnare rilievo – e cittadinanza costituzionale – tra i principi-guida del diritto penale,[2] e rappresenta un sottinteso trasversale alle molteplici iniziative europee volte ad armonizzare la risposta alla criminalità del profitto,[3] cui fa da *pendant* una disciplina domestica ad esso già molto sensibile (non solo nell'ordinamento italiano), e, soprattutto, un *engagement* diretto e diffuso da parte della giurisprudenza nel darvi attuazione.

1.1. Più in particolare, non si tratta – come è chiaro – di un "principio" di politica criminale (assimilabile ai principi di *extrema ratio* o di sussidiarietà, o al principio del "minimo sacrifico necessario"), e neppure di un semplice *slogan* che richiama politiche "*zero tolerance*" declamatorie o simboliche, e pertanto *absolute ab effectu*; si tratta, piuttosto, di una *policy* (forse) non codificata (ma) divenuta ormai da tempo una "parola d'ordine" strisciante,[4] ed un preciso

1. Una declinazione frutto di un certo fraintendimento, posto che il principio di effettività è stato tematizzato, soprattutto, in chiave di controllo critico, e in una direzione limitativa (più che propulsiva) del diritto penale volta ad espungere precetti/sanzioni "ineffettive": per tutti, PALIERO, C. E. Il principio di effettività del diritto penale. *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, 430 ss. (saggio di recente riproposto tra le *Lezioni magistrali* dell'Università Suor Orsola Benincasa. Napoli: Editoriale scientifica, 2011).
2. Basti pensare a Corte cost. n. 236 del 2011.
3. Si veda, da ultimo, la *Direttiva 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea*, che si innesta in un già cospicuo *acquis* comunitario in tema di *freezing and confiscation*; sul punto, cfr. M. SIMONATO, *Directive 2014/42/EU* and non-conviction based confiscation. *New Journal of European Criminal Law*. 2/2015; *sull'iter* che ha condotto alla approvazione della direttiva, e sul ruolo svolto dal Parlamento europeo, cfr. MAUGERI, A.M. L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea" nel rispetto delle garanzie CEDU? *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*. [www.penalecontemporaneo.it/rivista]. n. 3. 2013, p. 252 ss.; inoltre, GRANDI, C. Il ruolo del Parlamento europeo nell'approvazione delle direttive di armonizzazione penale. *RIDPP*. 2015, 678 ss., 709 ss.
4. Tra le altre, fa espresso richiamo alla logica per la quale "il crimine non paga" Cass., SS.UU., 25 ottobre 2005, n. 41936, Muci.

*target* negli itinerari della "politica del diritto penale" contemporanea,[5] che incalza a scapito dei diritti individuali, e del monito lisztiano per cui il diritto penale – e i suoi principi-guida – devono costituire "la barriera insuperabile della politica-criminale".

L'impeto con cui questa parola d'ordine si sta affermando, quanto all'ordinamento italiano, ha fatto sì che essa si sia tradotta in misure sempre più invasive e contundenti nel contrasto alla ricchezza illecita, *de lege lata* (sino alla recente introduzione del delitto di autoriciclaggio, inserito nel codice penale, all'art. 648-ter.1, con la l. n. 186 del 2014) e in un impegno all'attuazione soddisfatto mediante interpretazioni generose da parte della giurisprudenza, esemplificative di un ormai "diffuso atteggiamento antiformalistico"[6] ispirato – come è stato efficacemente detto – ad un "autoritarismo ben intenzionato".[7]

1.2. Lo strumento più utilizzato dal legislatore e dalla giurisprudenza per l'attuazione del *diktat* "il delitto non paga" è l'istituto – teleologicamente ambiguo e dogmaticamente apolide – della confisca (*perdo do produto do crime*): tale istituto, storicamente funzionale a scopi politici (e nella sua "draconiana" versione originaria di strumento di ablazione generale dei beni profondamente osteggiato dagli illuministi come dai Maestri della Scuola classica),[8] ha guadagnato una legittimazione come "controspinta motivazionale" al crimine lu-

5. Preferisce questa formula, comprensiva di politiche riferibili ad una pluralità di soggetti ("responsabili"), ora, D. PULITANÒ. *L'evoluzione delle politiche penali negli anni Settanta e Ottanta* dattiloscritto in corso di pubblicazione.

6. GAMBERINI-G, A.; INSOLERA-N; MAZZACUVA-L; STORTONI-M; ZANOTTI. Il dibattito sul ruolo della magistratura: prospettive di ricerca nel settore penale. *Foro it.* 1987, V, cc. 434 ss.

7. "Ravvisabile in interpretazioni e applicazioni estensive di fattispecie di delitto, motivate da intendimenti di maggiore tutela penale di dati interessi, e in talune ricostruzioni e applicazioni di istituti di parte generale (...)", secondo la definizione di PULITANÒ, D. Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza. *RIDPP.* 2015, 29 ss., 42 ss. (e già Id., Supplenza giudiziaria e poteri dello Stato. *Quad. cost.*, 1982, 93 ss.).

8. Basti il richiamo, riferito all'arcaica figura della *confiscatio bonorum*, a CARRARA, F. *Programma del corso di diritto criminale.* Bologna: ed. Il Mulino, 1993, § 689, ove si ricorda che – anche in frangenti storici in cui si abbandonavano le pene pecuniarie – la confisca "si tenne cara in certi delitti, e specialmente nei politici, come mezzo di dar forza e ricchezza ad un partito e di opprimere ed indebolire l'altro"; contro la confisca dei beni, è utile rileggere anche le pagine di BECCARIA, C. *Dei delitti e delle pene.* 7 ed. Milano: ed. Feltrinelli, 1999, § XXV (*Bando e confische*). Sulle residue forme di confisca generale dei beni, anche in chiave comparatistica, cfr. A. MAUGERI. voce *Confisca* (diritto penale), cit., 186 ss.

crativo, e da quel momento è stato sollecitato – anche grazie alla sua notevole duttilità dogmatica – da una costante *vis espansiva*, nonostante la sua portata altamente *rights-sensitive*, al cospetto delle ricadute (*fall-out*) stigmatizzanti ed inabilitanti rispetto al reo, così come dei gravi effetti di *overspill*, in termini di neutralizzazione economica *non limitata* all'autore del fatto, ma estesa – per dirla con Beccaria – a "mettere un prezzo sulle teste dei deboli" e a "far soffrire all'innocente la pena del reo" (basti pensare alla confisca nei confronti della persona giuridica, e più in generale al tema dei diritti dei terzi interessati – o travolti – dalla misura ablativa).

1.3. La centralità delle iniziative in materia di sequestro e confisca nell'agenda legislativa sovranazionale e nazionale, in uno con l'utilizzo "manipolativo" e "militante" di questo strumento nella *Kriminalpolitik im kelinen* giurisprudenziale, lascia intravedere una radicale metamorfosi strategica del diritto penale, che dimostra di eleggere l'incapacitazione economica come *prima* e sostanzialmente *unica ratio* (soprattutto) contro la criminalità "*white collar*".

Questo programma efficientistico di lotta alle plusvalenze del crimine prende forma in una risposta penale strutturata – pur secondo le alterne cadenze della punizione e della prevenzione – in termini di vera e propria "lotta", quasi che – nell'attuale contesto di crisi economica – gli autori di reati lucrativi (*crimina atrocissima*) si atteggino ad avversari politici, cui non devono essere riconosciute garanzie (*in atrocissimis licet iura transgredi*);[9] un programma alla cui stregua – come è ovvio – la componente intimidatoria (*deterrence/Abschreckung*) appare tanto più efficace e capace di "spaventare e dissuadere" quanto più libera da vincoli costituzionali, "automatica" e soprattutto indefettibile.

In questa prospettiva, l'istituto della confisca si dimostra del resto molto congeniale allo scopo, essendo *natura sua* riottosa ad entrare nel concetto di "trattamento", e a farsi penetrare da teleologie rieducative, e naturalmente incline ad assumere il destinatario non come "soggetto di diritti", ma come mero terminale passivo della misura.

1.4. Così, il dogma illuministico *nullum crimen sine poena* – messo in crisi non tanto dal pragma dell'ineffettività delle pene classiche (tanto la pena detentiva quanto la pena pecuniaria, "strutturalmente" ineffettiva nell'ordinamento

9. DONINI, M. "Diritto penale di lotta" vs "diritto penale del nemico". AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R. Kostoris-R. Orlandi, Torino, 2006. 19 ss.

italiano), quanto da un sistema punitivo che finalmente aspira a differenziarsi[10] e a dimostrarsi persino disposto a rinunciare alla pena[11] – sembra avviato ad una riconversione nel dogma *nullum crimen sine confiscatione*, che vede appunto nella confisca l'unico avamposto irrinunciabile, la prima forma di risposta statale/coercizione pubblica a cui sono affidate, anzitutto, le medesime istanze retributive, non senza chiare contaminazioni di marca generalpreventiva.

Così come nel *milieu culturale* illuministico l'idea di un reato non punibile appariva contraddire l'ideale di certezza dell'infallibilità e della stessa prontezza della risposta dello Stato al crimine,[12] nel contesto attuale l'idea di un profitto criminale "strappato" alle mani del reo è vista come primo e fondamentale rilancio della credibilità della *coercitio publica*; e per tali ragioni l'ablazione patrimoniale/confisca dev'essere altrettanto pronta, certa, indefettibile (anche in caso di patteggiamento: art. 444 c.p.p.), oltre che declamata con sempre maggiore esemplarità nel circuito mediatico.

Nell'uso muscolare della confisca sembra dunque prendere corpo anche una istanza di legittimazione del potere giudiziario, sempre più consapevole del fatto che questa dipende dalla capacità di irrogare sanzioni/misure in grado di incidere in modo effettivo, anzitutto sul piano del risultato dell'attività criminosa e/o delle plusvalenze illecite.[13]

1.5. Più in generale, ed ampliando lo spettro di osservazione: alla luce delle vistose flessioni garantistiche che accompagnano il perseguimento dell'obiettivo di neutralizzazione economica, e della schietta preferenza assegnata al

10. Per tutti, v. ancora DONINI, M. Non punibilità ed idea negoziale. in ID. *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*. Padova, 2003. 347 ss., 358 ss.; ID. *Il diritto penale differenziato. La coesistenza di classico e postmoderno nella penalità contemporanea*. in Critica dir., 2007. 277 ss., ed in molti altri lavori.

11. Sino alla recente introduzione nell'ordinamento italiano di istituti come la sospensione del processo con messa alla prova (l. n. 67 del 2014) e della "*Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*", introdotto – in attuazione della l. n. 67 del 2014 cit. – dal d.lgs. n. 28 del 2015 nel nuovo art. 131-*bis* c.p.: per una lettura (critica) di queste recenti riforme sul piano sistematico, v. SPANGHER, G. *Urge una riforma organica del sistema sanzionatorio*. *DPP*. 2015, 913 ss.

12. Si veda, per tutti. BECCARIA, C. *Dei delitti e delle pene* (1764). 7 ed. Milano: ed. Feltrinelli, 1999, § XIX (Prontezza della pena).

13. Cfr. GARAPON, A. *La responsabilità delle persone giuridiche e le nuove regole del gioco mondiale. I casi paradigmatici* BNP-Paribas e Alstom, in CENTONZE, F. (a cura di). *La responsabilità da reato degli enti nel contesto economico e giuridico italiano: limiti strutturali e proposte di riforma*. Bologna, 2016, in corso di pubblicazione, p. 6 del dattiloscritto.

progetto di efficienza rispetto alla tutela dei diritti in gioco, è possibile intravedere – al cospetto della criminalità del profitto – una transizione da uno "Stato di diritto" ad un "diritto penale preventivo" (come sistema tecnocratico di controllo sociale proteso verso fatti non ancora commessi – o non pienamente accertati – e/o affidato a misure volte ad impedire – *post* ma anche e soprattutto *praeter probationem delicti* – comportamenti devianti riconducibili a precipue tipologie di autori, apprezzati per lo più in chiave "sintomatica" e dunque a prescindere dagli *standard* probatori comunemente richiesti in sede di accertamento penale);[14] ovvero, per certi aspetti, intravedere persino il profilarsi di un vero e proprio "stato di polizia patrimoniale" (inteso come sistema di controllo "penalmente munito" sulla circolazione della ricchezza *tout court* emancipato dagli ordinari presidi garantistici tipici del diritto penale),[15] in un quadro che del resto già da tempo registra – ben oltre un mero "divieto di solidarizzazione" con il reo (*Solidarisierungsverbot*) – l'insorgenza di compiti di collaborazione all'accertamento in funzione proattiva – e/o obblighi di delazione – formalizzati in capo ai privati sotto minaccia di pena (basti pensare agli obblighi di segnalazione in materia di "antiriciclaggio").

## 2. LA CENTRALITÀ DELLA CONFISCA NEL PROGRAMMA EFFICIENTISTICO DELLA POLITICA CRIMINALE EUROPEA E DOMESTICA

Come anticipato, in questa cornice, l'istituto caleidoscopico della confisca[16] – da tempo al centro di ampie trasformazioni che riguardano sia la funzione

14. Sul punto, cfr. HASSEMER, W. *Sicherheit durch Strafrecht*. *HRSS*. 2006, 130 ss.; sull'epifania di questo modello soggettivistico, nella "massa erratica" della parte speciale del diritto penale, cfr. altresì MARINUCCI, G. Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale. *RIDPP*. 2011, 1 ss.

15. Per un recente utilizzo della categoria del *Polizeistaat* come chiave di lettura di alcune tendenze di politica criminale nel contesto europeo si vedano le osservazioni critiche di B. SCHÜNEMANN, *Europäischer Sicherheitsstaat = europäischer Polizeistaat?*, in SCHÜNEMANN, B. *Die Europäisierung der Strafrechtspflege als Demontage des demokratischen Rechtsstaats*. Berlino, 2014, 189 ss.

16. Più che un istituto, infatti, un "caleidoscopio di istituti, ciascuno dei quali iscritto in un differenziato regime, fortemente condizionato dalla specifica natura della *res* da assoggettare alla misura, al reato cui la cosa pertiene, e, da ultimo ma certo non per ultimo, dagli esiti del processo in cui la confisca viene applicata", per usare le parole della recentissima decisione resa dalle Sezioni Unite della Cassazione, 26 giugno 2015-21 luglio 2015, rel. Macchia.

che l'oggetto della misura,[17] e che oggi presenta varianti ed "ipotesi speciali"[18] tanto eterogenee da rendere impossibile una *reductio ad unum*[19] – è divenuto il "barone rampante" dell'attuale politica-criminale contemporanea, fortemente trainato da una incessante opera di impulso normativo a livello di armonizzazione sovranazionale ed eurounitaria[20] che – come si accennava – dimostra una spiccata orientazione all'efficienza[21] a tutto scapito dei diritti individuali:[22] su questa scia, la ablazione patrimoniale, che nel sistema del "codice Rocco" era una conseguenza *solo eventuale* e *non sempre obbligatoria* (ai sensi della "disposizione generale" di cui all'art. 240 c.p.),[23] è divenuta conseguenza pressoché co-

17. Di recente, tra gli studiosi più attenti al tema, MAUGERI, A., voce *Confisca* (diritto penale). *Enc. dir.*, Annali, Milano. 2015, 185 ss.; VERGINE, F. voce *Confisca, Digesto pen.* Torino, 2013; FORNARI, L. voce *Confisca* (dir. pen.). in AA.VV. *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese. Milano, 2006. vol. II, 1250 ss.

18. FONDAROLI, D. *Le ipotesi speciali di confisca.* Bologna, 2005.

19. Da ultimo, NICOSIA, E. *La confisca, le confische.* Torino, 2012.

20. Per un quadro riassuntivo dei vari provvedimenti normativi in sede sovranazionale, cfr. ancora MAUGERI, A. voce *Confisca (diritto penale)*, cit., 187 ss., e SIMONATO, M. *Directive 2014/42/EU*, cit., 215 ss.

21. Emblematica proprio l'ultima normativa di armonizzazione eurounitaria in tema di sequestro e confisca, ossia la già citata direttiva 2014/42/UE, che – tra i considerando introduttivi – si apre evidenziando che "Il motore principale della criminalità organizzata transfrontaliera, comprese le organizzazioni di stampo mafioso, è il profitto economico", evidenziando la necessità che le autorità dispongano dei mezzi per rintracciare congelare, gestire e confiscare i proventi del reato e che "la prevenzione e la lotta efficaci contro la criminalità organizzata dovrebbero essere conseguite neutralizzando i proventi del reato e dovrebbero essere estese, in alcuni casi, a qualsiasi bene derivante da attività di natura criminosa" (considerando n. 1); prosegue evidenziando come "tra i mezzi più efficaci per combattere la criminalità organizzata" vi sia appunto "l'individuazione efficace e il congelamento e la confisca dei beni strumentali e dei proventi del reato" (considerando n. 3), e – rilevatone l'insuccesso statistico (considerando n. 4) – ne deduca l'urgenza di un potenziamento maggiore con misure di armonizzazione funzionali anche ad una "efficace cooperazione internazionale" (considerando nn. 5, 8, 9).

22. Per una lettura critica dell'attuale quadro normativo eurounitario, a margine della recente direttiva 42/2014/UE, cfr. N. SELVAGGI, *On instruments adopted in the area of freezing and confiscation. A critical view of the current EU legal framework*, in www.penalecontemporaneo.it, in ptc. 4 ss., evidenziando appunto lo squilibrio tra *efficiency* e *fundamental rights*.

23. L'art. 240 c.p. italiano – in sintesi – disciplina la confisca come "misura di sicurezza", misura facoltativa nei confronti dei beni provatamente provenienti da reato (più precisamente, "elle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, e delle cose che ne sono il prodotto o il profitto": comma 1), e solo eccezionalmente obbligatoria, in relazione alle "cose che costituiscono il prezzo del reato", ai "beni e

stante ed indefettibile (non solo) nei casi di "criminalità del profitto", con i tratti della vera e propria sanzione accessoria (*sub specie* di confisca per equivalente/ *value confiscation*),[24] applicabile – come si dirà – anche a prescindere da ogni accertamento del nesso di derivazione tra bene e reato-fonte;[25] a queste si sono via via affiancati modelli strutturalmente e funzionalmente diversi, declinati sul paradigma della c.d. confisca allargata (*extended confiscation*), che assumono la condanna per il reato-fonte solo in chiave sintomatica e persino non necessaria,

---

strumenti informativi o telematici che risultino essere stati in tutto o in parte utilizzati per la commissione dei reati di cui agli articoli 615 *ter*, 615 *quater*, 615 *quinquies*, 617 *bis*, 617 *ter*, 617 *quater*, 617 *quinquies*, 617 *sexies*, 635 *bis*, 635 *ter*, 635 *quater*, 635 *quinquies*, 640 *ter* e 640 *quinquies*" ed alle cose la cui fabbricazione, alienazione, uso, porto o detenzione costituisca reato (comma 2).
Tale misura appare – al di là della qualificazione dogmatica – per taluni aspetti analoga a quella prevista all'art. 91, comma II, *Codigo penal brasileiro*, che tuttavia la considera tra gli "*Efeitos da condenação*" (e non tra le "misure di sicurezza patrimoniali", con una scelta a mio avviso più corretta), e segnatamente tra gli "effetti civili" del reato [Supremo Tribunal Federal: "A perda de bens, instrumentos o produtos do crime è efeto juridico, que se passa no campo da eficácia jurídica civil; não penal, propriamente dita. Não è alcançada pelo ato de anistia sem que na lei expresa a restituição dessens bens": la sentenza è riportata in J. FABBRINI MIRABETE-R. N. FABBRINI, *Codigo penal interpretado*, 9. ed., Sao Paolo, 2015, *sub* art. 91, p. 560], in tale sede prevedendo appunto, oltre l'obbligo di risarcire il danno cagionato dal reato (comma I), "*a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de tercero de boa-fé*" "a) *dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porto ou detenção costitua fato ilicito*"; "*b) do produto do crime ou de qualquier be mou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a pràtica do fato criminoso*".
Peraltro, l'ordinamento brasiliano prevede anche la "*perda de bens e valores*" appartenenti al condannato (art. 43, II, CP), come "*pena restritiva de direito*", sostitutiva della pena privativa della libertà; applicata tale pena, corrispondente all'ammontare del pregiudizio causato o del profitto ottenuto dall'autore o da un terzo, in conseguenza del reato, sino al limite maggiore tra i due, la somma è destinata al *Fundo Penitenciário Nacional* (art. 45, § 3°, CP e *Lei Complementar* n. 79, del 7-1-1994); tale pena viene a sostituire la confisca prevista come effetto della condanna ai sensi dell'art. 91, II, *b*, CP.

24. Tipologia di confisca ormai applicabile alla maggioranza dei reati, specie economici: usura, reati societari, reati tributari, reati contro la pubblica amministrazione, reati commessi in seno ad una persona giuridica, ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001, etc.; al riguardo, tra gli altri, VERGINE, F. *Il "contrasto" all'illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*. Padova, 2012.

25. In termini del tutto analoghi a quanto previsto dalla § 1 dell'art. 91 del *Codigo penal brasileiro*, introdotto con la *Lei* n. 12.694 del 24-7-2012, ove appunto si prevede che "*Poderà ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem econtrados ou quando se localizarem no exterior*", ammettendo anche – nel successivo § 2 – la misura processuale del sequestro.

ed aspirano a loro volta ad una sempre maggior generalizzazione (al "modello" della confisca estesa, fondata sulla presunzione di origine illecita dei beni, può essere ricondotto l'art. 12 *sexies* d.l. n. 306 del 1992,[26] o gli analoghi *comiso ampliado* di cui all'art. 127 del *Codigo penal* o l'*erweiterer Verfall* di cui al § 73d StGB, o ancora il *confiscation* britannico); e quest'ultimo paradigma contempla, a sua volta, ulteriori varianti che meglio sarebbero riconducibili al modello della vera e propria *actio in rem* (a questo modello rimanda anche – come subito si vedrà – la tipologia di confisca *praeter probationem delicti* disciplinata agli artt. 16 e ss. del d.lgs. n. 159 del 2011, c.d. "codice antimafia").[27]

2.1. Più in particolare, in questo contesto la confisca "tradizionale" del prezzo e del profitto del reato, declinata sull'*Idealtypus* della "misura di sicurezza reale", vincolata alla prova della provenienza/derivazione del "bene" dal reato – e dunque alla sua pretesa "pericolosità" –, non è stata dunque abbandonata: al contrario, la sua rivitalizzazione è stata realizzata grazie ad un *restyling* operato dalla giurisprudenza, che – sulla base appunto della natura di "misura di sicurezza" e non di "pena" – ha deciso di ritenerla applicabile *anche a prescindere* da una sentenza di condanna definitiva (e dunque anche in caso di estinzione per intervenuta prescrizione); richiedendo come unico presupposto – una "vittoria di Pirro" dal retrogusto beffardo per l'*in dubio pro reo* – una precedente decisione di condanna, in ipotesi, dunque, anche solo in primo grado (ma sul punto si avrà modo di tornare).[28]

26. L'art. 12 *sexies* d.l. n. 306 del 1992 prevede la confisca obbligatoria in caso di condanna per taluni gravi reati "del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica".

27. Su questa "modellistica", MAUGERI, A. voce *Confisca (diritto penale)*, cit., 188.

28. Così la recentissima decisione delle Sezioni Unite della Cassazione, 26 giugno 2015, rel. Macchia, curiosamente argomentando alla luce dei criteri della Corte europea dei diritti dell'uomo: "9. Alla stregua di tali criteri può pervenirsi alla conclusione che la confisca del prezzo del reato non presenti connotazioni di tipo punitivo, dal momento che il patrimonio dell'imputato non viene intaccato in misura eccedente il *pretium sceleris*, direttamente desunto dal fatto illecito, e rispetto al quale l'interessato non avrebbe titolo neppure civilistico alla ripetizione, essendo frutto di un negozio contrario a norme imperative (...) 10. Dovendosi dunque escludere che la confisca del prezzo del reato si atteggi alla stregua di una pena, ne esce rafforzata l'idea che la stessa non presupponga un giudicato formale di condanna, quale unica fonte idonea a fungere da "titolo esecutivo", dal momento che, ciò che risulta "convenzionalmente imposto", alla luce delle richiamate pronunce della Corte EDU, e "costituzionalmente compatibile", in ragione delle linee-guida tracciate dalla Corte costituzionale, in particolare nella già esaminata

E non sorprende affatto che tale soluzione si sia affacciata, anzitutto, nel settore della responsabilità degli enti,[29] dove più che la legge – o la censura morale

sentenza n. 49 del 2015, è che la responsabilità sia stata accertata con una sentenza di condanna, anche se il processo è stato definito con una declaratoria di estinzione del reato per prescrizione. L'obbligo della relativa immediata declaratoria, infatti, lungi dallo stemperare il "già accertato", ne cristallizza gli esiti "sostanziali", sia pure nella circoscritta e peculiare dimensione della confisca del prezzo del reato, dal momento che – altrimenti – al giudice incomberebbe un onere di "conformazione costituzionale" della interpretazione, attenta a salvaguardare anche i "controlimiti" che la pronuncia della Corte costituzionale ha implicitamente, ma chiaramente, evocato. In altri termini, l'opposta tesi dovrebbe fare i conti con la gamma non evanescente di valori costituzionali che verrebbero ad essere ineluttabilmente coinvolti da un sistema che, dopo aver accertato la sussistenza del reato, la responsabilità del suo autore e la percezione da parte di questi di una somma quale prezzo del reato, non consentisse l'ablazione di tale prezzo, esclusivamente per l'intervento della prescrizione, che giustifica l'"oblio" ai fini dell'applicazione della pena, ma non impone certo la inapplicabilità della misura di sicurezza patrimoniale (...). Da qui, l'attrazione, accanto al prezzo, anche del profitto del reato, all'interno di un nucleo per così dire unitario di finalità ripristinatoria dello status quo ante, secondo la medesima prospettiva volta a sterilizzare, in funzione essenzialmente preventiva, tutte le utilità che il reato, a prescindere dalle relative forme e dal relativo titolo, può aver prodotto in capo al suo autore, e con specifico riferimento a figure di reato per le quali il legislatore ha ritenuto necessario optare per una simile scelta (...). Considerato, quindi, che la confisca diretta del profitto desunto dal reato non presenta, nel caso disciplinato dall'art. 322-ter cod. pen., natura giuridica diversa dalla confisca del prezzo del reato, se ne può dedurre che il concetto di "condanna" necessario e sufficiente per procedere alla confisca anche nella ipotesi in cui sia successivamente intervenuta la prescrizione del reato, deve essere "modulato", per entrambe le figure di ablazione, in termini fra loro del tutto sovrapponibili".

29. Cass., sez. un., 30 gennaio-5 marzo 2014, n. 10561, Gubert, [www.penalecontemporaneo.it], 12 marzo 2014, con commento di TRINCHERA, T. *La sentenza delle Sezioni Unite in tema di confisca di beni societari e fiscali*; sulla decisione, si vedano le note critiche di PALIERO-F, C.E.; MUCCIARELLI, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, ivi, di BORSARI, R. Reati tributari e confisca di beni societari. Ovvero di un'occasione perduta dalle Sezioni Unite. *Le società*. 2014, 867 ss.; DELL'OSSO, A.M. Confisca diretta e confisca per equivalente nei confronti della persona giuridica per reati tributari commessi dal legale rappresentante: le Sezioni Unite innovano ma non convincono. *RTDPE*. 2014, 401 ss.; SCOLETTA, M. *La confisca in capo all'ente per reati tributari commessi dal legale rappresentante:* la parola delle Sezioni Unite. ivi. 2014, 487 ss.; TODARO, G. Il sequestro preventivo, funzionale alla confisca per equivalente, di beni di una persona giuridica: il rebus dei reati tributari. *Cass. pen.* 2014, 282 ss.; VARRASO, G. *Punti fermi, disorientamenti interpretativi e motivazioni "inespresse" delle Sezioni Unite in tema di sequestro ai fini di confisca e reati tributari*. ivi. 2806 ss.

– è "la sanzione stessa, nella sua (brutale) consistenza economica" la fonte dell'obbligo.[30]

2.2. Dunque, lo strumentario tradizionale non è stato aggiornato mediante rottamazione e sostituzione dei vecchi arnesi, ma mediante ampliamento ed addizione di nuovi prototipi: alla confisca/misura di sicurezza (art. 240 c.p.) si è aggiunta la "confisca per equivalente", che consente di assicurare allo Stato – appunto – una somma di valore equivalente (il c.d. *tantundem*) al prezzo o profitto del reato quando non sia possibile raggiungere la prova del nesso di derivazione tra provento e reato base; ad esse si aggiunge, con esperienza ormai più che ventennale nel contesto italiano, la confisca c.d. di sproporzione in caso di condanna per gravi reati (l'art. 12 *sexies* d.l. n. 306 del 1992), misura originariamente vincolata a costellazioni delittuose tipiche del crimine organizzato e poi estesa pochi anni fa anche a diversi reati contro la pubblica amministrazione (corruzione, concussione, etc.),[31] che basando su una previa sentenza di condanna assume tratti analoghi ad una misura di sicurezza, ma che presenta anche note punitive e preventive, essendo peraltro polarizzata su una problematica inversione dell'onere della prova; a queste prime varianti tipologiche se ne aggiungono poi diverse altre, volta a volta con nuovi e peculiari problemi, talvolta generati ed ingigantiti dall'innesto in settori criminologicamente peculiari e poco inclini ad adattarsi al modello ed all'oggetto "tradizionale" della confisca.[32]

30. Sul punto, cfr. GARAPON, A. *La responsabilità delle persone giuridiche e le nuove regole del gioco mondiale*, cit., ibidem.

31. Sul punto, ACQUAROLI, R. L'estensione dell'art. 12 sexies l. n. 356/1992 ai reati contro la pubblica amministrazione. *Dir. pen. proc.* 2008, p. 251 ss.

32. Basti pensare alla confisca applicabile alla persona giuridica secondo la disciplina di cui all'art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001; ovvero a quella – connessa al relativo illecito amministrativo – in materia di abusi di mercato, *ex* art. 187-*sexies* d.lgs. n. 58 del 1998, ai sensi del cui primo comma "L'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie previste dal presente capo importa sempre la confisca del prodotto o del profitto dell'illecito e *dei beni utilizzati* per commetterlo", con evidenti effetti di sproporzione nell'estensione della misura ablativa: non a caso, la misura è stata già sottoposta per due volte – senza successo – all'attenzione della Corte costituzionale (sentenze n. 186 del 2011, e, più di recente, n. 252 del 2012; sul tema, per puntuali osservazioni critiche sulla posizione debole della Corte costituzionale, AMATI, E. *La confisca negli abusi di mercato al cospetto del principio di ragionevolezza/proporzione*. [www.penalecontemporaneo.it]).

## 3. LA TRANSIZIONE VERSO UN "DIRITTO PENALE PREVENTIVO" O PERSINO VERSO UN VERO E PROPRIO "STATO DI POLIZIA PATRIMONIALE" AL COSPETTO DELLA CRIMINALITÀ DEL PROFITTO: L'"IRRESISTIBILE ASCESA" DEI REATI IN MATERIA DI CIRCOLAZIONE ILLECITA, DA UN LATO, E LA "GENERALIZZAZIONE" DELLE FORME DI CONFISCA *PRAETER PROBATIONEM DELICTI*

La transizione verso un "diritto penale preventivo", o persino verso un autentico "stato di polizia patrimoniale" al cospetto della criminalità del profitto, stimolata dal legislatore (sovranazionale e domestico) e completata dalla giurisprudenza, si coglie ancor più nitidamente in prospettiva grandangolare e, dunque, in una dimensione di sistema: oltre alle varie tipologie di confisca *post delictum* (misura di sicurezza avente ad oggetto prezzo, prodotto e profitto del reato; confisca di valore; ipotesi speciali di confisca) l'ordinamento assiste alla continua espansione della categoria dei reati concernenti la circolazione dei proventi illeciti (riciclaggio, reimpiego, autoriciclaggio), che tra i propri compiti preventivi hanno una chiara *funzione di supporto* delle forme di confisca applicabili ai proventi dei c.d. reati-fonte,[33] e, parallelamente, ha registrato un ampliamento e una progressiva "normalizzazione" della confisca *ante* o *praeter delictum*, basata su indizi di pericolosità anche estremamente generica e sulla sproporzione dei patrimoni rispetto ai redditi legali (art. 16 ss. d.lgs. n. 159 del 2011).

3.1. Sotto il primo profilo, come noto, la costellazione dei reati concernenti la circolazione dei proventi illeciti ha registrato una "irresistibile ascesa".

Originati dall'obiettivo strategico di fare "terra bruciata attorno al reo" in casi ritenuti particolarmente gravi, secondo la logica del *délit obstacle*, hanno guadagnato – come si sa – un primo decisivo potenziamento, almeno sulla carta, dalla "vittoria" politico-criminale dell'*all-crimes approach* (Convenzione COE di Strasburgo, 1990), che ne ha generalizzato la portata emancipandoli da una cerchia selettiva e predeterminata di reati-presupposto. Parallelamente, l'espansione operativa delle diverse fattispecie – intesa anche a controbilanciare una portata applicativa che per anni è (documentatamente) apparsa contaminata da un alto indice di ineffettività – è stata anche in questo caso coadiuvata da generose interpretazioni della giurisprudenza,[34] sempre di segno espansivo: basti qui menzionare la (non più discussa) punibilità del c.d. riciclaggio indi-

33. Così già ARZT, G. *Geldwäsche und rechtsstaatlicher Verfall*. JZ. 1993, 913 ss., 914.

34. Sul punto, volendo, MANES, V. Il contrasto al riciclaggio tra repressione e prevenzione: alcuni nodi problematici. *Crit. dir.* 2009, 261 ss.

retto, che – facendo leva su un concetto amplissimo di provento del reato, ormai consolidato anche a livello normativo sovrananzionale[35] – ha finito per dar ragione a chi avvertiva, già diversi anni fa, che la criminalizzazione di forme indirette e mediate di riciclaggio avrebbe comportato "l'ampliamento in progressione geometrica delle condotte penalmente rilevanti, e la "quadruplicazione" dei "proventi sporchi" fino a quando non ne resterà nessuno "pulito".[36] O ancora, sul versante soggettivo, la autentica "caccia al dolo nella colpa" che ha trasfigurato la colpevolezza del riciclaggio, ritenendo desumibile (e dimostrabile) la consapevolezza della provenienza delittuosa al cospetto di "circostanze fattuali oggettive" che tramandino il sospetto di provenienza illecita.[37]

Il legislatore italiano, dal canto suo, ha continuato l'opera, introducendo – come accennato – il reato di autoriciclaggio, che ha completato la strategia di isolamento del profitto illecito e di chi lo consegue anche se questi è stato l'autore (o il coautore) del reato presupposto.[38]

---

35. Si veda ancora, al riguardo, la citata direttiva 2014/42/UE, che chiarisce già nei considerando introduttivi la necessità di chiarire definitivamente il concetto di "proventi da reato" "al fine di includervi i proventi diretti delle attività criminali e tutti i vantaggi indiretti, compresi il reinvestimento o la trasformazione successivi di proventi diretti" (considerando n. 11), evidenziando che "pertanto, i proventi possono comprendere qualsiasi bene, anche trasformato o convertito, in tutto o in parte, in un altro bene, ovvero confuso con beni acquistati da fonte legittima, fino al valore stimato dei proventi confusi", e precisando altresì che possono essere ricompresi nel concetto "introiti o altri vantaggi derivanti dai proventi da reato o da beni nei quali i proventi da reato sono stati trasformati o convertiti o da beni con i quali i proventi da reato sono stati confusi"; indicazioni recepite nella latissima definizione di provento contenuta nell'art. 2 ("Definizioni"), n. 1 della Direttiva, che rappresenta uno dei fulcri del sistema concependo come "provento" appunto "ogni vantaggio economico derivato, direttamente o indirettamente, da reati; esso può consistere in qualsiasi bene e include ogni successivo reinvestimento o trasformazione di proventi diretti e qualsiasi vantaggio economicamente valutabile".

36. In questi termini, ancora, ARZT, G. *Geldwäsche und rechtsstaatlicher Verfall*, cit., 914.

37. E' noto: le indicazioni internazionali convergono nel ritenere che la "consapevolezza" dell'origine illecita dei beni (così come altre note soggettive) "*may be inferred from objective, factual cicumstances*" [cfr., oltre alla lett. *a)* della raccomandazione n. 2 del FATF, già l'art. 6, par. 2, lett. *c)*, della Convenzione COE di Strasburgo del 1990 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi del reato; ed ora l'art. 9, co. 2°, lett. *c)*, della Convenzione COE di Varsavia la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi del reato e sul finanziamento del terrorismo].

38. Sul punto si rinvia, tra gli altri, alle graffianti critiche di SGUBBI, F. *Il nuovo delitto di "autoriciclaggio": una fonte inesauribile di "effetti perversi" dell'azione legislativa.*

3.2. Sotto il secondo profilo, la prevenzione patrimoniale in materia di criminalità del profitto trova una articolazione essenziale nella confisca *ante delictum* (prevista agli artt. 16 ss. del d.lgs. n. 159 del 2011, c.d. "Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione", ed ivi espressamente "etichettata" come "misura di prevenzione patrimoniale") – che ha come presupposto mere "fattispecie di pericolosità", originariamente integrate (non da comportamenti tipizzati bensì) da semplici *status* personali sintomatici di potenziali, future condotte illecite, e dopo la riforma del 2011 rimodulate su "elementi di fatto" (*rectius*: di sospetto) più o meno dimostrativi di un passato criminale.[39]

Per quanto qui maggiormente interessa, va segnalato che il legislatore italiano – confermando una linea di intervento sempre più votata ad una curvatura preventiva ed alla "universalizzazione" delle misure di intervento contro la criminalità del profitto – nel recente "Codice antimafia e delle misure di prevenzione" (d.lgs. n. 159 del 2001), ha generalizzato un istituto originariamente sperimentato sul terreno del crimine organizzato (e limitato ad operare al cospetto di tipologie di autore caratterizzate da pericolosità *qualificata* e/o *specifica*) estendendolo a tipologie di autore caratterizzate da pericolosità *anche solo* (estremamente) *generica*,[40] e strutturandolo come "una sorta di *actio in rem* (...) che rappresenta un formidabile strumento di contrasto contro l'accu-

[www.penalecontemporaneo.it]. 10 dic. 2014; inoltre, DELL'OSSO, A. M. Il reato di autoriciclaggio: la politica criminale cede il passo ad esigenze mediatiche e investigative. *RIDPP*. 2015, 796 ss.

39. Per un ampia ed istruttiva sintesi, si veda, ora, MAIELLO, V. *La prevenzione* ante delictum*: lineamenti generali*. In: MAIELLO, V. (a cura di). *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*. Torino, 2015. 299 ss.

40. La disciplina della confisca quale "misura di prevenzione patrimoniale" è ora contenuta agli artt. 16 ss. del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 ("Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione"): si prevede che tale ipotesi di confisca possa essere applicata ai soggetti indiziati di appartenere alle associazioni di stampo mafioso, o indiziati di aver commesso taluni reati gravi indicati dai richiami contenuti nell'art. 4 del d.lgs. n. 159 del 2011, cit., oltre che agli istigatori, ai mandanti e ai finanziatori di tali reati), ma si prevede anche che la misura possa essere applicata – dato di estremo rilievo – a "coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, *abitualmente dediti a traffici delittuosi*" (art. 1, lett. a, d. lgs. n. 159 del 2011, cit.), a "coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che *vivano abitualmente anche in parte, con i proventi di attività delittuose*" (art. 1, lett. b., d.lgs. n. 159 del 2011, cit.), oltre che a "coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono *dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale di minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica*"

mulazione di patrimoni illeciti, seppur problematico in termini di rispetto dei principi fondamentali della materia penale".[41]

Nel quadro attuale, in sostanza, la confisca di prevenzione (art. 24 d.lgs. n. 159 del 2011, cit.) investe beni che si presumono di provenienza illecita perché nella disponibilità – anche indiretta – di soggetti *comunemente pericolosi* e/o indiziati dei più diversi delitti (non tutti di natura associativa o aventi connotazioni di stampo mafioso) e che siano di valore sproporzionato alle risorse economiche dei loro titolari;[42] e tale strumento, nell'esperienza recente, sta diventando una misura "apripista" nel contrasto a determinate tipologie criminologiche di autore in materia di reati economici (*rectius*: a "coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, *abitualmente dediti a traffici delittuosi*", ai sensi dell'art. 1, lett. *a)*, d. lgs. n. 159 del 2011, cit.; ovvero a "coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che *vivano abitualmente anche in parte, con i proventi di attività delittuose*", ai sensi dell'art. 1, lett. b., d.lgs. n. 159 del 2011, cit.; categorie soggettive in cui rientrerebbero, in base ai più recenti orientamenti giurisprudenziali, il c.d. "pericoloso tributario", o il c.d. evasore abituale, così come il "corruttore seriale", etc.).[43]

3.2.1. Più in particolare: una misura introdotta all'inizio degli anni '80 come strumento di lotta al crimine organizzato (art. 2 *bis* e 2 *ter*, l. n. 575 del 1965),

41. MAUGERI, A. voce *Confisca* (diritto penale), cit., 186.

42. In relazione ai "soggetti destinatari" di cui all'art. 16, l'art. 24 d.lgs. n. 159 del 2015 prevede: "Il tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati di cui la persona nei cui confronti è instaurato il procedimento non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego".
Peraltro, il successivo art. 25 prevede anche la possibilità di (sequestro e) confisca per equivalente, stabilendo che "Se la persona nei cui confronti è proposta la misura di prevenzione disperde, distrae, occulta o svaluta i beni al fine di eludere l'esecuzione dei provvedimenti di sequestro e confisca su di essi, il sequestro e la confisca hanno ad oggetto denaro o altri beni di valore equivalente. Analogamente si procede quando i beni non possono essere confiscati in quanto trasferiti legittimamente, prima dell'esecuzione del sequestro, a terzi in buona fede".

43. Sul tema v. soprattutto F. MENDITTO, *Le confische nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità 'da profitto' (mafie, corruzione, evasione fiscale)*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 febbraio 2015; inoltre, MAUGERI, A.M. *La lotta all'evasione fiscale tra confisca di prevenzione e autoriciclaggio*. [www.penalecontemporaneo.it]. 2 mar. 2015.

costruita su semplificazioni probatorie e volta all'apprensione di beni (pur solo presuntivamente) riconducibili al crimine organizzato, e via via estesa ad altre tipologie di autore comunque caratterizzate da pericolosità specifica (indiziati di appartenere ad associazioni previste in materia di stupefacenti, soggetti che vivano abitualmente con i proventi di un'attività delittuosa, se questa "sia una di quelle previste dagli artt. 629, 630, 648-bis o 648-ter del codice penale ovvero quella di contrabbando") è stata ora "normalizzata", segnatamente attraverso l'estensione a categorie di soggetti *comunemente* pericolosi, ossia non riferibili a fenotipi criminosi specifici ma comunque rientranti tra i possibili destinatari della misura; ulteriore segno della convergenza tra paradigmi e del superamento del modello del doppio binario, criminalità organizzata ("nera") vs criminalità economica ("bianca"),[44] come a fronte della già segnalata estensione dell'art. 12 *sexies* – *inter alia* – ai reati contro la p.a.

3.2.2. Su questa traccia, una solerte giurisprudenza di merito ha prontamente raccolto il mandato,[45] "motorizzando" la confisca di prevenzione negli ambiti tipici della criminalità *white collar* (e nei confronti dei rispettivi "tipi di autore") attuando la medesima strategia politico-criminale e portandola a coerenti conseguenze, con il risultato che l'originario disegno di profilassi etico-sociale sotteso alle misure di prevenzione si è riconvertito in strumento di profilassi etico-economica, funzionale ad un disegno promozionale di "ordine pubblico economico" (spesso declinato in chiave di garanzia per la *libera concorrenza*).[46]

3.2.3. La "primavera silenziosa" della confisca di prevenzione avente come destinatari soggetti *comunemente* pericolosi, fiorita nel cennato indirizzo della giurisprudenza di merito, può trarre ora nuova linfa – ancora una volta – da una recente decisione delle Sezioni Unite della Cassazione, che ha confermato l'applicabilità generalizzata della misura ad una platea di soggetti anche "comunemente pericolosi".

---

44. Un ulteriore segno di progressiva convergenza e confusione tra due "macrotipi criminologici" originariamente distanti ed opposti: PALIERO, C. E. *Criminalità economica e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto*. In AA.VV. *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, a cura di M. Barillaro. Milano, 2004. 141 ss., 144 ss.

45. Si veda GIP Tribunale di Lanciano, ord. 3 ottobre 2011, Giud. Del Villano Aceto, in [www.penalecontemporaneo.it].

46. Emblematica, al riguardo, Cass., Sez. Un., 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), n. 4880, ric. Spinelli, in ptc. § 7.1 del considerato in diritto.

In particolare, le Sezioni Unite hanno anzitutto affermato la natura *preventiva* della misura *de qua* (con conseguente applicazione del regime del *tempus regit actum*, e sottrazione al divieto di retroattività),[47] nonostante l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale ne attesti sempre più nitidamente una diversa funzione di neutralizzazione dei profitti di provenienza illecita, indipendentemente dalla pericolosità dei beni e dei destinatari;[48] parallelamente, i giudici hanno confermato che le recenti modifiche legislative (ossia l'abrogazione, operata dal d.l. n. 92/2008, dell'art. 14 della l. n. 55/1990, che limitava l'applicabilità delle misure di prevenzione a *specifiche* categorie di soggetti comunemente pericolosi) hanno avuto l'effetto di *riespandere* la platea di destinatari della confisca e *non già di restringerla* alle sole ipotesi di pericolosità qualificata, con conseguente applicabilità – appunto – generalizzata della misura stessa.[49]

3.2.4. In definitiva, dimenticato il dibattito degli anni '70 sulla (il-)legittimità costituzionale delle misure di prevenzione (le quali, "ancorché giurisdizionalizzate, restano l'istituto più discutibile sul piano delle garanzie fra tutti quelli che appartengono alla galassia penalistica"),[50] quella che è stata tollerata, *bon gré mal gré*, come singolare ed odiosa *eccezione* del sistema sanzionatorio, riproposta sul piano patrimoniale, si propone ora come *strumento ordinario di intervento*, e come nuova affilatissima arma nel contrasto alla criminalità (anche) economica.

---

47. Secondo Cass., Sez. Un., 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), n. 4880, ric. Spinelli, infatti, "deve continuare a riconoscersi finalità prettamente preventiva al di là di ogni possibile riflesso "parasanzionatorio" (...)", "quale strumento inteso, eminentemente, a dissuadere il soggetto inciso dalla commissione di ulteriori reati e da stili di vita contrastanti con le regole del consorzio civile".

48. Sulla decisione delle Sezioni Unite, cit. in nota precedente, si rinvia alla ricca nota critica di F. MAZZACUVA, *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*, in www.penalecontemporaneo.it.; ed ancora, ampliando l'orizzonte di osservazione, MAUGERI, A.M. Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture. *RIDPP*. 2015, 942 ss.

49. Ancora MAZZACUVA, F. *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione*, cit., 2: "Il rinvio contenuto nell'art. 19 della legge n. 152 del 1975 – non più limitato alla disposizione abrogata – è stato infatti interpretato come clausola di estensione dell'ambito soggettivo di tutte le misure di prevenzione, ancorché all'epoca quelle patrimoniali non fossero state ancora introdotte nell'ordinamento", peraltro secondo una linea che appare confermata dall'art. 16 del d.lgs. n. 159/2011, cit.

50. In questi termini, di recente, PULITANÒ, D. *L'evoluzione delle politiche penali negli anni Settanta e Ottanta*, cit., 3.

3.2.5. Ovviamente, anche in questo caso non si tratta – sia detto solo per inciso – di una estensione indolore per i principi fondamentali del diritto penale, ed è tutta da verificare la sua conformità costituzionale, ancor più dubbia ora che lo strumentario prevenzionistico non si pone più in posizione vicaria ma in chiave (preoccupantemente) co-protagonistica rispetto ai dispositivi del diritto penale classico della legalità e dell'imputazione personale e colpevole.

I profili di asimmetria con la cornice costituzionale, in effetti, percorrono trasversalmente il sistema, e toccano i presupposti sostanziali delle misure, il procedimento giurisdizionale, la distribuzione dell'onere probatorio; tali profili appaiono ancor più marcati sul fronte della prevenzione patrimoniale, posto che la dissoluzione del nesso di presupposizione necessaria tra l'accertamento della (attuale) pericolosità sociale e la confisca sembra trasformare nei fatti quest'ultima – nonostante quanto affermato dalle Sezioni Unite in merito alla "natura giuridica" – in una ipotesi di "responsabilità patrimoniale oggettiva",[51] poco sensibile ai diritti del proposto (o degli eredi) così come ai diritti dei terzi eventualmente coinvolti nella vicenda,[52] cui si appresta una tutela ancora troppo debole, e spesso – come nel caso in cui la misura di prevenzione si innesti su una procedura concorsuale – soffocata dalla (poco ragionevole) prevalenza della pretesa erariale su quelle dei creditori.

## 4. UN SISTEMA DI CONTRASTO CHE SI SVILUPPA IN UNA "PENOMBRA DI LEGALITÀ": DEBOLEZZA DELLA CORTE EUROPEA E NECESSITÀ DI UNA ARMONIZZAZIONE DOGMATICA, PRIMA CHE POLITICO-CRIMINALE, PER ASSICURARE AI MODELLI DI CONFISCA UN ADEGUATO STATUTO GARANTISTICO

Nel complesso, e questo è il *punctum crucis* ed al contempo la tesi che qui vorremo proporre, l'eutrofia del sistema delle confische (in tutte le sue diverse varianti) si è sviluppata e continua a svilupparsi in una autentica "penombra di

51. Cfr., ancora, MAIELLO, V. *La prevenzione* ante delictum, cit., 306: "essa investe beni che si presumono di provenienza illecita perché nella disponibilità – anche indiretta – di soggetti indiziati di peculiari delitti (non tutti di natura associativa o aventi connotazioni di stampo mafioso) e che siano di valore sproporzionato alle risorse economiche dei loro titolari".

52. Al ceto dei terzi anche il codice antimafia riconosce tutele troppo timide – una tutela postergata, e solo parziale, ossia nei limiti del 60% del valore dei beni sequestrati o confiscati, secondo il dettato dell'art. 53 del c.d. codice antimafia. Si tratta di un bilanciamento effettuato dal nostro legislatore la cui tenuta è dubbia rispetto al diritto di proprietà come diritto fondamentale *ex* art. 1 Protocollo 1 della CEDU.

legalità", fomentata da una cooperazione sinergica tra un legislatore efficientista e una giurisprudenza "di lotta": le ambiguità di inquadramento dogmatico dei singoli prototipi e delle diverse costellazioni tipologiche di confisca hanno lasciato campo libero al legislatore (europeo e nazionale) ed alla giurisprudenza interna, consentendo lo sviluppo del sistema attuale delle confische in una dimensione per molti aspetti contrastante con le garanzie fondamentali – e con le "certezze negative"[53] – del diritto penale (volta a volta contemplando flessioni in punto di legalità, presunzione di innocenza, proporzionalità, etc.).

Questa deriva garantistica, peraltro, ci sembra non sempre percepita né denunciata con fermezza, da un lato perché investe diritti considerati poziori rispetto alla libertà individuale; dall'altro – forse – perché nell'attuale frangente di crisi economica la criminalità del profitto pare attingere ad un livello di massima riprovazione sociale, tale da giustificare ogni mezzo di contrasto (*in atrocissimis licet iura transgredi*).

4.1. A questa involuzione garantistica – è noto – ha posto qualche freno la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, guardando – come è solita fare – "*behind the appareances at the realities of the situation*" e rilevando anzitutto come a talune tipologie di confisca debba essere riconosciuta natura "sostanzialmente punitiva", con conseguente riconduzione al concetto di *matiére pénale* e sottoposizione alle garanzie dell'art. 6 ("Diritto a un equo processo") e dell'art. 7 CEDU ("*Nulla poena sine lege*").[54]

Più in generale, l'approccio sostanziale della giurisprudenza di Strasburgo ai fini dell'applicazione delle garanzie penalistiche (artt. 6 e 7 CEDU), superando l'"etichetta formale" che alla singola misura è attribuita nell'ordinamento domestico volta a volta in rilievo, conduce una "anatomia funzionale" declinata sulla tripartizione tra funzione *riparatoria*, *punitiva* e *preventiva*, ulteriormente distinguendo – questo il profilo di maggior interesse – tra finalità special-preventive di contrasto alla pericolosità (trattamento, neutralizzazione) e finalità anch'esse *lato sensu* preventive ma riconducibili comunque al concetto di punizione (come deterrenza ed intimidazione), che ove presenti impongono

53. Nei termini di NAUCKE, W. *Negatives Strafrecht*, ora anche nella traduzione portoghese, *Direito penal negativo*. In: GRECO-A. L.; MARTINS (org.). *Direito penal como crìtica de la pena* (Estudos em homenagem a Juarez Tavares). Madrid: Marcial Pons, 2012.

54. Così, tra le altre, la sentenza *Welch c. Regno Unito* sulla natura sostanzialmente punitiva, ai sensi della Convenzione, di una forma di confisca allargata; così le sentenze *Sud Fondi c. Italia* e *Varvara c. Italia*, in relazione alla confisca urbanistica di cui all'art. 44, comma 2°, d.p.r. n. 380 del 2001.

il rispetto delle garanzie previste per ogni misura rientrante nel concetto aformalistico di "*matiére pénale*".[55]

Peraltro, questa rimarchevole opera di smascheramento della "truffa delle etichette" ha talvolta avuto eco – non senza intermittenze – nella nostra giurisprudenza costituzionale: ne ha prontamente raccolto il messaggio, ad esempio, la sentenza n. 196 del 2010, relativa alla natura punitiva della confisca dell'autoveicolo in relazione all'ipotesi delittuosa più grave di guida in stato di ebbrezza,[56] ma l'influsso della Corte europea si avverte chiaramente anche in altre decisioni, tra le quali quelle – ad es. ordinanza n. 97 del 2009 – che hanno condiviso la riconosciuta natura sanzionatoria della confisca per equivalente (secondo una posizione ormai consolidata che comincia a maturare le proprie ricadute conseguenziali sul piano della necessaria personalizzazione anche del sequestro preventivo, quale misura cautelare reale prodromica alla definitiva confisca).[57]

55. Emblematica, al riguardo, Corte EDU, 9 febbraio 1995, § 30, ove, nell'evidenziare la "natura penale" di un'ipotesi di ablazione dei proventi assimilabile alla confisca c.d. "allargata", si affermava che "la finalità preventiva dell'apprensione dei beni che potrebbero essere utilizzati in futuro nell'attività di commercio di stupefacenti così come l'esigenza di garantire che il crimine non paghi sono evidenti (...). Tuttavia non si può escludere che una legislazione che conferisca poteri di confisca così ampi alle giurisdizioni persegua anche lo scopo di punire l'autore del reato. Invero, le funzioni di prevenzione e riparazione sono coerenti con quelle punitive e potrebbero essere considerate come elementi costitutivi della stessa nozione di punizione"; sul punto, MAZZACUVA, F. La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze. *RIDPP*. 2013, 1899 ss.

56. Oltre ad essere la prima decisione della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità (parziale) di una norma penale per contrasto con la Convenzione EDU, la sentenza n. 196 del 2010 è tanto più significativa perché una ipotesi speciale riconducibile al *genus* "confisca dei mezzi", di cui comunque è stata riconosciuta – alla luce di un'ampia disamina sui contenuti – la natura intrinsecamente afflittiva (e non meramente preventiva): sul punto, volendo, MANES, V. La confisca punitiva tra Corte costituzionale e CEDU: sipario sulla "truffa delle etichette". *Cass. pen.* 2011. p. 76 ss.

57. Sembra (finalmente) in via di superamento, ad esempio, l'orientamento giurisprudenziale che – in caso di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente, ai sensi dell'art. 321, comma 2°, c.p.p. – nell'ipotesi di concorso di persone nel reato ammetteva la possibilità di sequestrare in capo a ciascun concorrente anche "l'intera entità del prezzo o profitto accertato, salvo ovviamente l'eventuale riparto del relativo onere nei rapporti interni tra i vari concorrenti, che però, in quanto fatto interno tra concorrenti, non può ovviamente interessare l'ottica penale sequestrare l'intero ammontare del profitto in capo a ciascun correo" (così ad es. Cass., sez. II, 14 giugno 2006, Troso, in www.reatisocietari.it, con una curiosa importazione di un

4.2. L'impegno della Corte europea, tuttavia, è complicato dall'ibridazione dei modelli, e soprattutto dall'assenza di una dogmatica comune, costruita su concetti e categorie condivise, che spesso lasciano apparire come eccessivamente semplificante l'alternativa punizione/prevenzione; una conferma in più – se ce ne fosse bisogno – dell'irrinunciabilità della dogmatica allo sviluppo anche dell'armonizzazione europea;[58] o più esattamente, della irrinunciabilità di una dogmatica comune per evitare che il discorso della garanzie si perda nel flusso delle differenze categoriali e concettuali e nel bagaglio dogmatico dei singoli paesi.

## 5. UN INVENTARIO (SOLO) PARZIALE DI QUESTIONI PROBLEMATICHE

Ripercorrendo – per mero ordine espositivo – la modellistica politico-criminale che va consolidandosi in sede europea,[59] possiamo segnalare alcune

---

paradigma di solidarietà civilistica che – in filigrana – finisce per riconoscere alla *value confiscation* una valenza risarcitoria-compensatoria incompatibile con quella sanzionatoria-punitiva affermata dalla stessa giurisprudenza: in questo senso, cfr. già le critiche di FONDAROLI, D. La "strana coppia": sequestro e confisca per equivalente, c.d. solidarietà passiva tra i correi. *Arch. pen.* n. 2. 2011, 1 ss., 5): orientamento in effetti in contrasto con il personalismo che dovrebbe (ormai) presidiare la misura sin dal suo prodromo cautelare (e che dovrebbe consentire solo l'ablazione del profitto attribuibile a ciascun concorrente) e comunque con il principio di proporzione (sul punto, già GAITO, A. *Se*questro e confisca per equivalente. Prospettive d'indagine. Giur. it. 2009, 2065 ss.) il cui rispetto dovrebbe quanto meno consentire – al massimo – un sequestro pro-quota in capo a ciascun partecipe del reato concorsuale (per una più corretta, restrittiva impostazione, cfr. di recente, Cass., sez. VI, 26 marzo 2013 – 28 giugno 2013, n. 28264, rel. Fidelbo).

58. Sul ruolo e sul concetto di dogmatica nell'ambito dell'armonizzazione europea si veda VOGEL, J. Strafrecht und strafrechtswissenschaft im internationalen und europäischen Rechtsraum. *JZ*. 2012, 25 ss.

59. Le varie *costellazioni politico-criminali* (veri e propri problemi/target politico criminali) possono essere identificate in quattro macro-categorie (chiaramente enucleabili anche solo rileggendo i considerando introduttivi della Direttiva 2014/42/UE): a) confisca dei proventi del reato (*crime proceeds*) a seguito di condanna definitiva (considerando introduttivi n. 14 e 14 Direttiva 2014/42/UE; art. 4; nell'ordinamento italiano, il modello rimanda all'archetipo dell'art. 240 c.p.); b) confisca per equivalente (variante essenziale della prima, subordinata alla impossibilità di operare la "confisca diretta" dei proventi del reato; considerando n. 15; nell'ordinamento italiano, modello ormai diffusissimo: art. 644 ter, 322 ter c.p., 640 quater, reati societari, responsabilità degli enti, reato transnazionale, solo per fare alcuni esempi); c) confisca estesa/*extended confiscation* (condanna assunta in chiave sintomatica o elementi sintomatici

questioni problematiche, di marcato contrasto con le garanzie costituzionali, peraltro senza alcuna pretesa di esaustività.

5.1. La confisca "diretta" dei "proventi" di reato, che anche nel "generoso" modello proposto in sede europea non può prescindere da una sentenza definitiva di condanna (salvo ipotesi peculiari ed eccezionali), nell'ordinamento italiano è ritenuta ormai irrogabile anche a prescindere da una sentenza passata in giudicato (segnatamente per l'intervento di una causa estintiva, come la prescrizione), secondo una argomentazione giurisprudenziale che fa leva sulla asserita natura di *misura di sicurezza* dell'art. 240 c.p., nonostante la dottrina più attenta abbia da tempo messo in luce come tale ipotesi di confisca non svolga alcuna funzione preventiva allorché sia riferita al profitto, al prezzo e al prodotto del reato,[60] ma soddisfi, piuttosto, una finalità di "compensazione", traslato penalistico dell'istituto civilistico dell'arricchimento senza causa.[61]

Si finisce, così, per strutturare una misura di sicurezza patrimoniale per una nuova ipotesi – "generale" – di "quasi reato" (un qualsiasi reato lucrativo "quasi provato"), perpetrando – in ogni caso – una violazione della presunzione di innocenza, dove il principio *in dubio pro reo* lascia il campo al principio *in dubio pro republica*.

5.2. La "confisca per equivalente", nata come forma di semplificazione probatoria per sottrarre la misura ablativa alla necessità di dimostrare il nesso di derivazione tra reato e provento, muove ancora in un contesto di *grave indeterminatezza della disciplina legale* – a cominciare dalla stessa nozione giuridica di

---

che rendono probabile la provenienza delittuosa): considerando nn. 19-21; art. 5 della direttiva; nell'ordinamento italiano, art. 12 sexies d.l. n. 306 del 1992 ed ora, secondo un modello molto più esasperato e generalizzato, artt. 16 ss. d.lgs. n. 159 del 2011, c.d. codice antimafia; d) a queste costellazioni tipologiche si aggiunge anche quella che ha come obiettivo il trasferimento/intestazione fittizia di proventi del reato (considerando n. 24; art. 6; nell'ordinamento italiano art. 12 *quinquies* d.l. n. 306 del 1992, che ha una notevole fortuna applicativa, specie con riferimento alle infiltrazioni del crimine organizzato di stampo mafioso nel Nord Italia, come di recente dimostra l'indagine *Aemilia*).

60. Per tutti, ALESSANDRI A. voce Confisca nel diritto penale. *Digesto/pen.* Torino, 1989. vol. III, 44 ss.; parla apertamente, ora, di "frode delle etichette", operata dal legislatore riunificando sotto un unico modello ipotesi di confisca che perseguono una diversa funzione "al solo scopo di applicare la disciplina meno garantista delle misure di sicurezza", MAUGERI, A. voce *Confisca (diritto penale)*, cit., 192.

61. Al riguardo, WOLTERS, G. *Die Neufassung der strafrechtlichen Verfallsvorschrift.* Baden-Baden, 1995. 68 ss.

profitto confiscabile, "totalmente indeterminata"[62] –, difficilmente compatibile con i vincoli imposto dall'art. 25, secondo comma, Cost.

Essa è stata peraltro *bypassata* nel caso in cui provento di reato sia costituito da *denaro*: si aggira così– anche in questo caso – la necessità di una condanna formale che viceversa sarebbe imposta, nell'ipotesi di *value confiscation*, dalla riconosciuta (e non più discussa) natura sanzionatoria della stessa; facendo leva – anche qui – sul latissimo concetto di provento di reato (*crime proceed*) si ritiene che nel caso in cui l'oggetto della confisca sia costituito da *denaro*, in ragione dell'asserita fungibilità di tale bene – debba trattarsi sempre di *confisca diretta* (art. 240 c.p.), con una evidente *finzione di pericolosità* che può reggere solo "per concettualismo giuridico o per magia delle parole", per dirla con Ascarelli, ma che si traduce in un evidente applicazione del regime della confisca diretta *sine periculositate*, in spregio alla stesso requisito fondante del modello strutturale – appunto l'art. 240 c.p. – a cui ci si riferisce.

5.3. In sostanza, l'ordinamento italiano – a differenza di quanto accade nell'ordinamento brasiliano, dove a quanto mi consta la giurisprudenza (prevalente) nega la possibilità di "*perdo do produto*" in caso di estinzione della punibilità (ad esempio nell'ipotesi di estinzione della presa punitiva, ma anche in caso di "*transação penal*")[63] – si va assuefacendo all'idea di una confisca irrogabile in assenza di condanna definitiva (prima affermata a fronte di ipotesi settoriali e specifiche, come la confisca urbanistica, argomentando alla luce della natura extrapenale della speciale tipologia di confisca, con soluzione avallata dalla Corte costituzionale – sentenza n. 49 del 2015 -, ed ora generalizzata dalla giurisprudenza di legittimità in relazione ad ogni ipotesi di confisca diretta del prezzo o del profitto del reato). Tale "idea" è appunto ammissibile secondo la citata, recente sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione, per la quale la mancata definitività della sentenza di condanna – in uno con le relative garanzie: presun-

62. Così, di recente, MONGILLO, V. Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa: dall'incerto statuto alla violazione dei principi. *RIDPP*. 2015, 716 ss., 731 ss., 741 ss., ritenendo l'istituto "il più incostituzionale del nostro sistema penale circa il rispetto dei principi di legalità e di tassatività delle sanzioni", in un saggio dedicato, in particolare, a contestare la stessa riconducibilità al concetto di profitto delle "situazioni di non decremento indebito" (cc.dd. risparmi di spesa), mancando del tutto "un flusso di ricchezza illecita proveniente dall'esterno quale fatto *hic et nunc* ricostruibile in chiave fisico naturalistica".

63. Per riferimenti giurisprudenziali, si veda, ad esempio, FABBRINI MIRABETE-R, J.; FABBRINI, N. *Codigo penal interpretado*, cit., sub art. 91, p. 558 ss., e, in relazione alla confisca del prodotto del reato, 562.

zione di innocenza, *in dubio pro reo*, etc. – deve assumersi come *quantité négligeable*; e ciò, nonostante tae soluzione sia stata viceversa rigettata – dopo ampia discussione[64] – dalla pur avanguardistica normativa europea (direttiva 2014/42/UE) e sia quanto meno discutibile al cospetto della giurisprudenza della Corte EDU, che da una lettura congiunta dell'art. 7 e 6 § 2 CEDU ha fatto discendere "l'interdiction d'infliger une peine sans constat de responsabilité" (Corte EDU, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, § 67),[65] e che peraltro avrà presto occasione di pronunciarsi sul tema, con l'autorevolezza della *Grande Chambre*.[66]

5.3. Problemi ancor più marcati si profilano al cospetto delle tipologie di confisca che rimandano al *genus* della *extended confiscation*.

5.3.1. Quanto alla confisca c.d. di sproporzione, prevista dall'art. 12 *sexies*, cit., la sua conformità costituzionale, francamente molto debole, è ancor più discutibile alla luce della lettura giurisprudenziale che non solo non richiede alcun nesso di pertinenzialità tra oggetto della confisca e reato commesso, ma neppure alcun nesso di congruenza cronologica; e il difetto di proporzionalità può essere sanato solo con una interpretazione adeguatrice che riconduca ad un margine temporale ragionevole il raggio di operatività della (presunzione e conseguentemente della) misura.

È proprio la presunzione di provenienza illecita, tuttavia, a porre i maggiori problemi, esonerando il giudice da ogni obbligo motivazionale in relazione a quadri di pericolosità tanto variegati da apparire inespressivi ed incolori: il fragile equilibrio che ha condotto la Corte costituzionale a salvare la norma rischia infatti di non reggere più al cospetto dell'estensione della misura anche a fenotipi criminologici ben meno pregnanti, e riferiti a "contesti leciti di

64. Cfr. ancora, sul punto, GRANDI, C. *Il ruolo del Parlamento europeo nell'approvazione delle direttive di armonizzazione penale*, cit., 712 ss.

65. Al riguardo, volendo, MANES, V. La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza. *Cass. pen.* 2015, 2204 ss.

66. Certo, si dirà, tutto dipende dalla qualificazione della confisca, se sanzione penale o misura di sicurezza; nel caso della confisca del prezzo o del profitto del reato, secondo la citata giurisprudenza interna, questa sarebbe comunque insensibile – *natura sui* – agli obblighi convenzionali, avendo appunto natura non punitiva ma di misura di sicurezza; e per esorcizzare possibili *ukase* del giudice europeo dei diritti dell'uomo si è provveduto non solo a ribadire che la confisca urbanistica non ha natura penale, ma anche ad affermare – con un *camouflage* lessicale e concettuale già aspramente criticato – che in caso di denaro la confisca sarebbe sempre *diretta* e non *per equivalente*, così sottraendo quest'ultima ad eventuali strettoie discendenti dalle garanzie di cui agli artt. 7 e 6 § 2 CEDU. *Pecunia olet*, dunque, e la mancanza di condanna *non interest rei publicae*.

base", di fronte ai quali la presunzione di illiceità della ricchezza non appare empiricamente fondata, con conseguenti profili di irragionevolezza della compressione del diritto di proprietà (basti il richiamo – *mutatis mutandis* – all'orientamento della Corte sulla presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare, a partire dalla sentenza n. 265 del 2010).

5.3.2. La confisca di prevenzione (artt. 16 ss. d.lgs. n. 159 del 2011), che non ha correlativi rispetto al modello – comunque più garantistico – proposto in sede europea (*extended confiscation*),[67] nella attuale (ed ancor più esasperata) versione italiana appare difficilmente riconducibile ad un modello di prevenzione pura: l'affrancamento dal requisito della pericolosità del preposto tramanda, piuttosto, la prevalenza di una funzione sanzionatoria,[68] tesa alla neutralizzazione *tout court* della ricchezza (presuntivamente) illecita, che risulta incompatibile con il regime del *tempus regit actum*, imponendo il rispetto del divieto di retroattività, nonostante il diverso avviso delle Sezioni Unite.[69]

---

67. In particolare, nell'assetto introdotto con la decisione quadro del Consiglio 24 febbraio 2005, n. 2005/212/GAI, l'introduzione di poteri "estesi" di confisca dei proventi del reato nel settore della lotta al crimine organizzato risulta vincolata al rispetto di determinate garanzie, a partire dalla condanna e dalla prova dell'origine illecita dei proventi in base allo standard penalistico, al di sora di ogni ragionevole dubbio (il giudice dovendo essere "pianamente convinto").
Anche nella più recente, citata direttiva n. 2014/42/UE, si ripropone infatti una forma di confisca "estesa", ma questa è pur sempre vincolata alla condanna; si prevede altresì una ipotesi di confisca "senza condanna" dei profitti illeciti o degli strumenti ma solo in talune ipotesi assolutamente limitate (malattia e fuga), non avendo trovato seguito la proposta di introduzione di una misura declinata secondo il modello ampio di *actio in rem* elaborato nella versione della proposta di direttiva emendata dalla Commissione del Parlamento europeo per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni. Come è stato rilevato tale modello "pretendeva, con una sorta di quadratura del cerchio, il riconoscimento della natura penale di una siffatta forma di confisca e il rispetto delle garanzie previste dalla Convenzione europea (...) per la "materia penale" art. 6 e 7), a partire da un rigoroso *standard* della prova dell'origine illecita" [MAUGERI, A. voce *Confisca (diritto penale)*, cit., 188; ma sul punto, *amplius*, EAD., *L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea" nel rispetto delle garanzie CEDU?*, cit., 252 ss.].

68. Profilo ben colto da Cass., 13 novembre 2012, Occhipinti, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di A. M. MAUGERI, *La confisca misura di prevenzione ha natura "oggettivamente sanzionatoria" e si applica il principio di irretroattività: una sentenza storica?* (26 luglio 2013).

69. Con riguardo alla già più volte citata decisione delle Sezioni Unite [Cass., Sez. Un., 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), n. 4880, ric. Spinelli], si rinvia ancora alla convincente critica di MAZZACUVA, F. *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione*, cit., in ptc. 3 ss.

Al di là del regime intertemporale, e delle relative garanzie, sono i presupposti strutturali della misura – totalmente rimessi nella discrezionalità del giudice – a fondare più radicali dubbi di legittimità della stessa: l'estensione a soggetti *comunemente* pericolosi, e la "delega in bianco" all'autorità giudiziaria, ripropone – acutizzandoli – i tradizionali problemi di compatibilità del sistema di prevenzione con il principio di legalità che già condussero la Corte costituzionale a censurarne la legittimità nella celebre decisione sul c.d. "proclive a delinquere", ritenendo "decisivo (...) anche per le misura di prevenzione" che "la descrizione legislativa, la fattispecie legale, permetta di individuare la o le condotte dal cui accertamento nel caso concreto possa fondatamente dedursi un giudizio prognostico, per ciò stesso rivolto all'avvenire"; ed evidenziando anche che "le condotte presupposte per l'applicazione delle misure di prevenzione, poiché si tratta di prevenire reati, non possono non involgere il riferimento, esplicito o implicito, al o ai reati o alle categorie di reati della cui prevenzione si tratta, talché la descrizione della o delle condotte considerate acquista tanta maggiore determinatezza in quanto consenta di dedurre dal loro verificarsi nel caso concreto la ragionevole previsione (del pericolo) che quei reati potrebbero venire consumati ad opera di quei soggetti".[70]

5.4. Come anticipato, si tratta solo di talune questioni problematiche, ma molte alte potrebbero essere menzionate, anche solo cursoriamente.

5.4.1. Notevoli e diffuse frizioni, ad esempio, si registrano a più riprese con il principio di proporzione, nonostante un tale limite anche in sede europea sia richiamato come costante condizione di legittimazione di ogni provvedimento di sequestro e confisca;[71]basti pensare alla lunga protrazione nel tempo dei provvedimenti di sequestro, per l'intera durata del processo (in spregio ad una indicazione presente anche in sede europea),[72] o all'estensione marchianamen-

70. Così Corte cost., sentenza n. 177 del 1980, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, n. 3 ultima ipotesi, della legge n. 1423 del 1956, concernente la misura di prevenzione personale per il c.d. "proclive a delinquere".

71. V. ad es. l'esplicito richiamo contenuto nel considerando n. 17 della citata direttiva, in relazione alla confisca per equivalente; ma analoghi richiami alla proporzionalità come requisito di legittimazione della confisca si traggono dall'art. 1, Prot. 1, CEDU, come evidenziato, inter alia, nella recente decisione Corte EDU, 12 maggio 2015, *Gogitidze c. Georgia* (sulla quale v. MAUGERI, A.M. *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione?*, cit., 960 ss.).

72. Cfr. in particolare il considerando n. 31 della citata Direttiva 2014/42/UE: "Considerata la limitazione al diritto di proprietà che i provvedimenti di congelamento comportano, non è opportuno che tali misure provvisorie siano mantenute più di

te irragionevole dell'oggetto della confisca in talune ipotesi, ora per effetto di poco ragionevoli scelte legislative (come nel citato caso della confisca dei mezzi utilizzati per commettere reati di *market abuse*), ora per effetto di interpretazioni giurisprudenziali indebitamente estensive (basti pensare alla confisca per equivalente in relazione ai cc.dd. risparmi di spesa).[73]

5.4.2. Vi è poi il problema dei diritti dei terzi coinvolti – o travolti – dai provvedimenti di confisca, ambito nel quale i difetti di legittimità della confisca si moltiplicano in progressione geometrica, in tensione costante – per utilizzare un eufemismo – con lo stesso principio di personalità (e colpevolezza) della responsabilità penale (*nullum crimen sine culpa*).

Ben oltre il tema degli "eredi", basti pensare – lo si è accennato – ai rapporti tra confisca e procedure concorsuali (fallimento e concordato preventivo), ambito spesso ancora irretito dal principio apodittico, assolutista e monologico, della prevalenza della pretesa erariale sui diritti dei terzi (e sull'"interesse meramente privatistico della *par condicio creditorum*" al centro di tali procedure):[74] un principio ben poco condivisibile e "costituzionalmente sostenibile", che solo un meritevole indirizzo giurisprudenziale ha rimesso in discussione, affidando al giudice – volta a volta – un prudente apprezzamento alla luce del

---

quanto sia necessario a conservare la disponibilità del bene in vista di un'eventuale conseguente confisca. Ne può discendere l'obbligo per l'autorità giudiziaria di verificare che lo scopo di prevenire la dispersione dei beni sia sempre attuale".

73. Sul tema, con accenti fortemente critici, v. da ultimo MONGILLO, V. Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa, cit., 716, con gli opportuni richiami giurisprudenziali.

74. Si veda, tra le altre, Cass. Pen., Sez. I, 22 marzo 2011, n. 16797: "È principio costantemente affermato da questa Corte quello secondo cui sulla procedura fallimentare deve prevalere la procedura preventiva, sia quando il fallimento sia stato dichiarato prima del sequestro preventivo, sia – a fortiori – quando sia stato dichiarato successivamente alla sottoposizione del bene a vincolo reale (cfr. Cass. sez. prima 26.5.2006, n. 18955), come è avvenuto nel caso di specie. Tale priorità è ispirata dall'esigenza di privilegiare l'interesse pubblico perseguito dalla normativa antimafia, rispetto all'interesse meramente privatistico della "par condicio creditorum" perseguito dalla normativa fallimentare. Il superiore interesse muove altresì dall'esigenza di evitare che il bene venga rimesso in circolazione e meno che meno ritorni nella disponibilità del presunto mafioso, atteso che se è vero che il fallito perde la amministrazione e la disponibilità del bene, è altrettanto vero che la titolarità rimane in capo suo e che la disponibilità dello stesso può essere riacquistata, una volta che risulti un attivo al termine della procedura concorsuale".

quale garantire – con la sensibilità tipica della *Interessenjurisprudenz* – un più ragionevole equilibrio tra le istanze in gioco.[75]

75. Per inciso, il ragionamento sviluppato da questo meritevole indirizzo giurisprudenziale muove, per un verso, dalla necessaria distinzione tra confisca (obbligatoria) di cose pericolose in se e confisca (facoltativa) di cose pericolose perché nella disponibilità di un determinato soggetto e, per altro verso, dalla necessità di valutare in concreto – qualora si versi in questa seconda ipotesi – l'idoneità della procedura concorsuale a garantire lo "spossessamento" al quale tende la misura reale, affidando al giudice il bilanciamento tra gli interessi contrapposti.
Il *leading case*, al riguardo, è costituito dalla sentenza pronunciata da Cass. Pen., Sez. Un., 24 maggio 2004, n. 29951, Focarelli, in un caso relativo ad un sequestro preventivo disposto in funzione della confisca facoltativa di cui all'art. 240 co. 1 c.p. di beni sottoposti ad una procedura fallimentare: i giudici, respingendo la tesi della prevalenza assoluta della pretesa ablativa statuale, hanno affermato che non può escludersi che lo "spossessamento" determinato da detta procedura concorsuale assorba la funzione del sequestro penale (da ravvisare in quella "di evitare che il reo resti in possesso delle cose che sono servite a commettere il reato o che ne sono il prodotto o il profitto"), consentendo al contempo un contemperamento con le ragioni creditorie vantate dai terzi sul patrimonio dell'imprenditore fallito (che costituiscono un "altissimo interesse pubblico").
Detto principio è stato, poi, ripreso dalla giurisprudenza successiva che si è misurata sulla tematica dell'applicazione di ipotesi di c.d. confisca "per sproporzione" (l'una disposta ai sensi dell'art. 12 *sexies* l. 356/1992, e l'altra ai sensi dell'art. 198 l. 228/2012) ad un patrimonio già assoggettato ad una procedura concorsuale, giungendo in entrambi i casi ad affermare che la vendita di beni nel corso della fase liquidatoria ben possa costituire strumento idoneo a garantire lo "spossessamento" del soggetto destinatario della vicenda ablativa [si vedano, rispettivamente, Cass. Pen., Sez. III, 2 febbraio 2007, n. 20443, Sorrentino, Rv. 236846, e Cass. Pen., Sez. VI, 17 ottobre 2013, n. 49821, Lu.fra.trasporti s.r.l., Rv. 258579 concernente una ipotesi di confisca di prevenzione disposta nell'ambito di procedure anteriori alla vigenza del codice antimafia, ove la Corte ha affermato che "(...) *proprio la confermata prospettiva di liquidazione del patrimonio confiscato per soddisfare le pretese dei creditori rappresenta oggi (anche per le procedure non disciplinate dal codice antimafia) un segno inequivoco della non pericolosità in sé dell'utilità oggetto di confisca di prevenzione: la liquidazione costituisce infatti momento di protratta circolazione del bene, incompatibile con l'idea della destinazione, vincolata e immodificabile, all'erario dei cespiti confiscati perché intrinsecamente pericolosi.*"].
Tale impostazione ha avuto seguito anche nella giurisprudenza di merito (ad es., Trib. La Spezia, 22 marzo 2014; Trib. Napoli, Sez. X, 20 giugno 2011), ove si è ritenuto – pur nella consapevolezza della diversità degli effetti provocati sul patrimonio dell'imprenditore dal fallimento – di non poter aprioristicamente escludere che anche di fronte ad un concordato preventivo si debba procedere ad un bilanciamento delle ragioni sottese alle due procedure, entrambe imperniate su interessi di natura pub-

5.4.3. Infine, di fronte ai problemi di sovrapposizione giurisdizione penale e giurisdizione contabile – e tra confisca, risarcimento del danno civile (in sede penale) e danno erariale (davanti alla Corte dei conti) – che spesso si pongono al cospetto di taluni reati (come i reati contro la pubblica amministrazione), non meno marcati appaiono i margini di possibile contrasto con il principio del *ne bis in idem*, che preclude la duplicazioni di misure "intrinsecamente punitive" per un *idem factum*;[76] e problemi analoghi si avvertono anche sul fronte dei reati tributari, ove l'adempimento (pur tardivo) delle obbligazioni tributarie dovrebbe precludere una successiva confisca, giacché questa equivarrebbe ad una "doppia imposizione".[77]

---

blicistica, attraverso una valutazione delle caratteristiche che presenta in concreto il procedimento concordatario nella fase liquidatoria e della sua attitudine a garantire che il compendio patrimoniale, anche per il tramite di creditori di comodo fittiziamente costituiti, non torni nella disponibilità del soggetto attinto dalla misura reale. In definitiva, il menzionato l'orientamento giurisprudenziale, che giunge ad affermare una "sensibilità" della misura reale (e dunque, in ipotesi, anche della misura di prevenzione) rispetto al fallimento così come al concordato preventivo, sul presupposto che la vendita dei beni costituenti il compendio attinto dalla misura ablativa realizza ugualmente le finalità alla stessa sottesa (ossia quelle – evidenziate dalla stessa Corte costituzionale – di "sottrarre definitivamente il bene al "circuito economico" di origine, per inserirlo in altri, esente dai condizionamenti criminali che caratterizzano il primo": Corte cost., sentenza n. 21 del 2012, § 6), appare a nostro avviso – pur nel "silenzio" legislativo – preferibile, giacché incline a garantire un equilibrio maggiormente rispettoso delle garanzie costituzionali, poste a presidio dei diritti dei terzi, affidando al giudice il bilanciamento degli interessi in rilievo, alla luce – anzitutto – di un parametro di ragionevolezza.

La plausibilità di tale impostazione trova, peraltro, una immediata convalida teorica proprio nella recente – e più volte citata – giurisprudenza delle Sezioni Unite in merito alla "natura" della confisca di prevenzione (Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2014-2 febbraio 2015, n. 4880, cit., § 9), ove si è chiarito che tale ipotesi speciale di confisca – pur dopo le modifiche recepite nel d.lgs. n. 159/2001, che prescindono dalla verifica dell'attualità della pericolosità del preposto quale presupposto per l'irrogazione della misura patrimoniale – trova pur sempre origine e fondamento nella (pur non attuale) pericolosità del soggetto, e non – dunque – nella intrinseca pericolosità dei beni oggetto della misura ablativa: beni che, dunque, ora come prima possono ben rientrare nel circuito dell'economia legata una volta sciolto il nesso che li avvince al preposto.

76. C. eur. dir. uomo, Seconda Sezione, sent. 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, ric. n. 18640, 18647, 18663, 18668 e 18698/2010, sulla quale, tra gli altri, v. il commento di TRIPODI, A. F. *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del* ne bis in idem *in tema di manipolazione del mercato*. [www.penalecontemporaneo.it].

77. MONGILLO, V. *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa*, cit., 748, 754.

## 6. LE GARANZIE *"BEHIND THE APPEARENCES"*

Come si vede, conclusivamente, l'"irresistibile ascesa" dei meccanismi di contrasto alla criminalità del profitto, sul piano delle misure patrimoniali e delle diverse e variegate tipologie di confisca, si dimostra, per molti versi, costituzionalmente abnorme, e lascia intravedere un *trend* di pericolosa transizione verso un "diritto penale della prevenzione patrimoniale" – se non persino verso uno "Stato di polizia patrimoniale" – avulso dagli ordinari dispositivi del diritto penale del *fatto* e della *colpevolezza*, accertati "oltre ogni ragionevole dubbio".

Quali che siano le diseconomie (morali e materiali) sottese alla gravità dei fenomeni criminali interessati, una tale transizione non può essere giustificata dalle "buone intenzioni" che animano legislatore e giurisprudenza nel contrasto a corruzione e criminalità economica, né addolcito dall'idea di un "doppio binario garantistico" tra pene detentive (o limitative della libertà individuale) e pene patrimoniali,[78] che se ha indubbie ragioni nel segnalare la differenza di spessore dell'incidenza sui diritti individuali dei diversi strumenti di coercizione pubblica non può – ne ha mai inteso – promuovere le misure patrimoniali come una sorta di *locus minoris resistentiae* delle garanzie, sottratto ai principi che governano la potestà punitiva.

Del resto, e più in generale, nessuna di queste argomentazioni può giustificare la "penombra di legalità" che attualmente caratterizza il sistema delle confische nel nostro diritto penale (non solo) economico.

Se è così, l'impegno a ritracciare il volto costituzionale delle diverse tipologie di ablazione patrimoniale non può limitarsi a contemplare la modellistica politico-criminale proposta in sede europea e proliferata in sede domestica in cui oggi è scarmigliata la confisca, ma deve sforzarsi di condurre una "anatomia funzionale" dei singoli modelli strutturali, alla luce della quale tracciare il relativo statuto garantistico e condurre la peculiare verifica di legittimazione. Tale verifica, peraltro, non può essere soddisfatta dalla contrapposizione eccessivamente semplificante tra universo *preventivo* (misure di sicurezza, misure di prevenzione) e universo *repressivo* (vere e proprie "pene patrimoniali"), ma deve spingersi ad indagare – a partire dall'oggetto volta a volta colpito dalla misura ablativa – le note sostanziali *realmente* prevalenti nel singolo caso,[79] limitando

78. Un profilo distintivo anche di recente autorevolmente richiamato, nella prospettiva delle diverse garanzie applicabili, da GIOVINE, O. DI. *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*. [www.penalecontemporaneo.it]. 17.

79. Sul punto, con ulteriori considerazioni, v. ancora MAUGERI, A. voce *Confisca (diritto penale)*, cit., 193 ss.; MAZZACUVA, F. *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea*, cit., 1928 ss.

– *inter alia* – lo statuto di eccezione che accompagna lo strumentario preventivo a referenti fattuali tassativi e pregnanti e/o ad un perimetro ove la prognosi di pericolosità sia effettivamente suscettibile di verifica empirica; e riportando comunque anche un tale derogatorio statuto ad un clima "costituzionalmente sostenibile", nella ricerca di un punto di equilibrio tra istanze efficientistiche e diritti individuali conforme al modello programmatico del diritto penale assunto come "scienza dei limiti del punire" (*Strafbegrenzungswissenschaft*).[80]

* * *

## 7. UNA CHIOSA

Forse in Brasile questi problemi non sono ancora percepiti in tutta la loro estensione e *magnitudo*, né è avvertita tutta la gravità delle conseguenze che seguono per i diritti messi a repentaglio e sacrificati dall'evoluzione abnorme delle misure patrimoniali di contrasto al crimine del profitto e/o alla criminalità economica.

Però l'Europa – e l'armonizzazione del diritto penale a livello europeo – sta purtroppo guadagnando un triste primato, che è quello di anticipare le evoluzioni – o meglio, le involuzioni – della politica criminale con una modellistica penale securitaria che spesso finisce col contaminare altri contesti, anche perché – come si sa – i cattivi esempi si comunicano molto più velocemente dei buoni consigli.

L'augurio è che – ovviamente – ciò non accada per il Brasile, e che gran parte dei problemi qui esaminati restino inattuali; in ogni caso – se aveva ragione Pasolini –spesso si è inattuali oggi per essere attuali domani.

**PESQUISAS DO EDITORIAL**

**Veja também Doutrina**

- A justiça penal na Itália: crise da legalidade e suplência judiciária, de Fausto Giunta – *RT* 791/447-455 (DTR\2001\601);
- A lavagem de dinheiro no direito penal italiano: análise e considerações críticas, de Arinda Fernandes – *RCP* 15/61-104 (DTR\2011\5217); e
- A responsabilidade penal da pessoa jurídica no sistema italiano, de Maristella Amisano Tesi – *RDBras* 3/303 (DTR\2012\450701).

80. La "scienza negativa" ben descritta da NAUCKE, W. *Negatives Strafrecht*, cit., ed in diversi altri lavori.

25985

# *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*, de Luís Greco, Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto de Assis

**Rodrigo Leite Ferreira Cabral**

Doutorando em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad Pablo de Olavide/Espanha.
Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

**Dados bibliográficos:** GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto de. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro.* Marcial Pons, 2014.

Em agosto de 2014, foi publicada pela editora Marcial Pons, em sua coleção direito penal e criminologia, uma obra coletiva sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro, com especial ênfase na teoria do domínio do fato. Trata-se do livro "Autoria como Domínio do Fato: Estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro", escrito pelos penalistas Luís Greco, Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto de Assis.

O livro é composto por seis artigos,[1] cujo conteúdo global pode ser condensado em algumas conclusões principais, extraídas fundamentalmente da doutrina de Roxin, que são as seguintes:

1. Que são os seguintes: GRECO, Luís; LEITE, Alaor. *O que é e o que não é a teoria do domínio do fato.* Sobre a distinção entre o autor e o partícipe no direito penal; GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. *Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como fundamento central da autoria no direito penal brasileiro*; LEITE, Alaor. *Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros. Os conceitos de autor e partícipe na AP 470 do Supremo Tribunal Federal*; 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)*; GRECO, Luís; ASSIS, Augusto de. *O que significa a teoria do domínio do fato para a criminalidade de empresa*; GRECO, Luís; LEITE, Alaor. *A distinção entre autor e partícipe como problema*

Os autores sustentam que a teoria do domínio do fato (i) tem como função dogmática essencial oferecer uma distinção entre autor e partícipe; (ii) não expressa uma pretensão de universalidade, uma vez que não se aplica aos delitos de dever, de mão própria e culposos; (iii) não implica em aumento do alcance do direito penal (com exceção do específico caso da coautoria alternativa); (iv) não propugna uma responsabilidade pela mera ocupação de posição de superioridade hierárquica; (v) é gênero da qual é espécie o denominado domínio da organização, em que se considera autor (e não partícipe) os agentes superiores que praticam delitos por meio de aparatos organizados de poder, desde que estes estejam hierarquicamente estruturados, com atuação dissociada do direito e com executores fungíveis.

Apresentadas brevemente essas conclusões, como juízo global da obra, é inafastável a conclusão de que se trata de um livro que – apesar de seu caráter introdutório – prima pela altíssima qualidade, uma vez que as teorias são muito bem esquadrinhadas e a explicação é feita com grande leveza e clareza, sem rebuscamentos e obscuridades desnecessárias, que somente trariam maior complexidade a um tema já essencialmente complexo.

O livro, porém, no que diz respeito à leveza da leitura, patina em alguns pequenos trechos, em que há repetições dos fundamentos básicos da teoria e de suas ramificações.

Assim, nessas específicas partes, a leitura do livro – que em regra é fluida – torna-se arrastada, especialmente para quem lê o livro de capa a capa e não apenas alguns artigos esparsos.

Tal problema se deu pelo fato de que quatro – dos seus seis artigos – não foram escritos exclusivamente para a obra, o que acabou ocasionando uma má divisão temática entre os textos, gerando, em consequência, uma sobreposição de assuntos em determinados momentos.

Desse modo, a primeira crítica que se pode fazer à obra é que ela deveria ter sido mais bem distribuída de modo a evitar a justaposição de temas.

No que diz respeito ao conteúdo, o livro é bastante fiel à teoria do domínio do fato, ao refletir com bastante precisão tal teoria, nos moldes propostos por Roxin.

Ademais, não há dúvidas que a obra é rica em referências acerca das mais variadas e atuais posições a respeito da teoria do domínio do fato, sempre

---

*do legislador. Autoria e participação no Projeto de Código Penal (PLS 236/2012)*; GRECO, Luís. *Domínio da organização e o chamado princípio da autorresponsabilidade.*

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro, de Luís Greco, Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto de Assis. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 121. ano 24. p. 323-331. São Paulo: Ed. RT, julho. 2016.

recheadas com uma vasta indicação bibliográfica, principalmente em língua alemã, o que seguramente aponta um promissor horizonte de pesquisa para aqueles que pretendem aprofundar mais a investigação sobre tema.

Desse modo, o livro indiscutivelmente cumpre com a promessa de introduzir a teoria do domínio do fato, ainda que se tenha a impressão que cumpra com maior desenvoltura a função de esclarecer o que não é tal teoria.

Nada obstante a inegável qualidade da obra, sente-se falta de um tratamento mais específico, ainda que introdutório, de dois aspectos que se reputa bastante importantes, uma vez que constituem os dois pontos centrais contra os quais os críticos da teoria desferem seus ataques: (i) deixou-se de problematizar com energia suficiente o tema da conceituação e explicação do que significa a expressão "domínio do fato"; e (ii) faltou ponderar com maior detalhamento as vantagens e desvantagens decorrentes da adoção da teoria do domínio do fato, que rompe, em alguns casos específicos, com duas importantes travas de segurança que resguardavam o conceito de autor: o seu espelhamento com o tipo e o seu protagonismo em relação à participação.

(i) A explicação a respeito do conceito de "domínio do fato" é extremamente importante para a compreensão da teoria, afinal, é o centro gravitacional de toda essa construção.

Como é sabido, o funcionalismo teleológico de Roxin propõe vincular os elementos da teoria do delito à função do direito penal de proteção aos bens jurídicos. Assim, quando referido autor apresenta a teoria do domínio do fato, se mantém fiel a essa ideia-guia, iluminando, pois, os seus conceitos com critérios político-criminais.

De tal maneira, Roxin não encara a expressão "domínio do fato" sob uma perspectiva ontológica – se é que é possível se falar em "domínio ontológico" sem incorrer em um sem sentido – mas sim normativa.

Nas palavras de Roxin: "O domínio do fato não consiste em um conceito de autor ontológico (isto é, captável a partir do sentido previamente dado), nem tampouco em um critério formado unicamente por meio da valoração jurídica, mas sim em um produto de uma síntese poliédrica de modos de considerar ontológicos e teleológicos."[2]

Portanto, o que Roxin quer dizer é que ele não adota um conceito cotidiano de domínio do fato. Desse modo, domínio não é aquilo que conhecemos, em

2. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. 7. ed. Trad. Cuello Contreras/Gonçalez de Murillo. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2000. p. 350.

nosso dia a dia, como domínio, o que por si só já levanta um grave problema: como o direito penal pretende evitar que as pessoas dominem determinadas ações, se o conceito de domínio não corresponde àquilo que elas conhecem por domínio?

Na obra em exame, apesar de alguns artigos fazerem algumas referências esparsas nesse sentido,[3] a impressão que se tem é que os autores partem da falsa premissa de que se trata de um conceito não problemático, ou seja, de que é fácil identificar a existência de domínio por parte dos agentes em todas as modalidades de autoria estabelecidas pela teoria do domínio do fato.

Ocorre, porém, que isso não parece ser correto. Uma das grandes críticas que se direciona à teoria do domínio do fato reside justamente na acusação de que ela não cumpre a promessa de – com um supraconceito de domínio – explicar a riqueza de possibilidades inerentes aos inúmeros jogos de linguagem caracterizadores da autoria nos delitos comuns dolosos de ação.[4]

Para ilustrar essa dificuldade, no caso do domínio da ação, é possível citar o exemplo de uma pessoa que, querendo se vingar de um inimigo, vai ao zoológico e joga o filho do seu desafeto no fosso em que se encontram aprisionados os leões. Ao assim proceder, não restam dúvidas no sentido de que o agente não possui mais o domínio do fato, ou seja, não será ele quem decidirá se os animais vão ou não atacar a vítima. O agente, nesse caso, libera-se do âmbito do domínio do fato.

Já no caso do domínio da vontade por erro, é possível citar o caso de uma esposa que, num domingo à tarde, enquanto o marido está jogando futebol com os amigos, com intenção de matar, envenena a cerveja que ele sempre bebe quando volta do jogo, indo, em seguida, para a casa de sua mãe.[5]

---

3. Com, por exemplo, nas páginas 56, 182-183 e 211 da obra. Pode-se transcrever, a título de exemplo o seguinte trecho de autoria de Luís Greco: "O domínio da vontade pode (...) ser compreendido de forma normativa, de modo que apenas se pode falar em domínio alheio ali onde a ordem jurídica já tenha negado ao homem da frente sua capacidade de se autodominar" (p. 211).

4. Vide por exemplo: VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del Sistema Penal*. Op. cit, p. 725-796; GÓRRIZ ROYO, Elena María. *El concepto de autor en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2008. p. 437 e ss. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*: parte general. Valencia: Tirant lo Blanc, 2011. p. 449 e ss.

5. O exemplo, com pequena modificação, é de Murmann, que é citado por Herzberg como um caso de renuncia ao domínio. Herzberg cita, ainda, outro exemplo, o de uma enfermeira que, querendo matar um paciente, coloca um copo d'água envene-

Ora, se o marido vai ou não tomar a cerveja quando voltar para casa, já não está mais no domínio da esposa, ainda que ela tenha uma séria expectativa nesse sentido. Dizer-se que há domínio nesse caso é, sem dúvidas, forçar os limites conhecidos da aplicação dessa palavra.

É possível ainda citar outro exemplo, agora no âmbito do domínio da vontade por coação: Imagine-se o caso de um assassino que, objetivando matar o chefe do tráfico de determinada região, que sempre se encontra protegido por inúmeros capangas, sequestra sua filha e liga secretamente para a esposa da vítima e mãe da criança, ordenando-a que mate o alvo, sob a ameaça de matar a menina. O domínio desse fato, a palavra final, está sempre, em última análise, nas mãos da mulher, a quem cabe decidir se mata ou não seu marido. O coator não domina esse fato.

Por fim, para exemplificar a dificuldade do conceito de domínio no caso de domínio da organização, é de se citar um caso paradigmático: o caso dos atiradores do muro.[6]

Na época em que a Alemanha era dividida, os membros do Conselho de Segurança Nacional da Alemanha Oriental ordenaram aos soldados que faziam a guarda do muro de Berlim que evitassem, a qualquer custo, a passagem de pessoas da Alemanha oriental para a ocidental, determinando-lhes, inclusive, a realização de disparos com arma de fogo, caso necessário para barrar a fuga.

Ocorre, porém, que quem efetivamente detinha o domínio do fato, a decisão de matar ou não as pessoas que cruzassem o muro, eram os soldados, e não os membros do Conselho.

De tal maneira, era perfeitamente possível – e, inclusive, bastante provável – que um ou outro soldado, pelo motivo que fosse, deixasse de efetuar os disparos, permitindo, pois, a fuga de cidadãos, descumprindo, assim, as ordens superiores.

Por conseguinte, de acordo com um conceito de domínio, não é possível falar que os integrantes do topo da organização estatal eram os que efetivamente detinham o domínio do fato.

---

nado ao lado da cama do doente que estava dormindo. Ao sair do quarto para ir para casa, a enfermeira deixa de ter o domínio do fato, ou seja, será o paciente quem decidirá se bebe ou não o copo envenenado. Cf.: HERZGERG, Rolf Dietrich. A tentativa na autoria mediata. *Temas de Direito Penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 360-361.

6. Cfr.: ROXIN, Claus. O domínio da organização como forma independente de autoria mediata, Op. cit., p. 08.

Em suma, o que se pretendeu com os exemplos acima indicados era tão somente chamar a atenção para a importância de se realçar – inclusive em uma obra introdutória – o quão problemática é a vinculação da ideia de autor a um supraconceito de domínio, que não consegue dar conta da complexidade de nossas ações e, portanto, falha ao imaginar ser possível prever todos esses casos desde um conceito totalizador. Tal problematização – mesmo que fosse para rechaçar as críticas à teoria do domínio do fato – não constou com suficiente detalhe em nenhum dos artigos examinados.

(ii) Outra ausência que se nota na obra, consiste na falta de uma ponderação mais explícita entre as vantagens e desvantagens decorrentes da adoção da teoria do domínio do fato no Brasil, especialmente no que toca a dois pontos fracos que na sequencia serão realçados.

Evidentemente, a grande vantagem da teoria do domínio do fato não repousa na realização de uma distinção entre autor e partícipe, uma vez que tal contribuição não é exclusiva dessa teoria.

As duas grandes vantagens que se atribuem à teoria do domínio do fato seriam justamente as de: (a) oferecer um supraconceito de autoria para os delitos dolosos comuns de ação, que, como parece ter ficado claro nos exemplos acima, apresenta sérias dificuldades, pois chama de domínio aquilo que não se entende na práxis cotidiana como domínio; (b) explicar coerentemente os casos de autoria mediata, o que não teria sido possível desde uma perspectiva da teoria objetivo-formal.

Aliás, esse segundo aspecto (b) parece ser o grande ponto diferencial da teoria do domínio do fato.

Para tentar abarcar o conceito de autoria mediata, porém, a teoria do domínio do fato realizou uma operação extremamente perigosa, pois vulnerou a função de garantia expressada pela vinculação entre o conceito de autor e a realização do tipo penal.[7]

Ademais, referida teoria também acaba rompendo com a ideia de que a autoria é principal e a participação acessória, visto que, nos casos específicos de domínio de organização, a autoria do homem de trás, ao fim e ao cabo, acaba se tornando acessória à do homem da frente.

Essas duas operações viabilizam duas consequências graves:

7. A esse respeito cf.: VIVES ANTÓN, Tomás S. Op. cit, p. 725-796. Evidentemente, o conceito de realização do tipo não pode ser compreendido desde um *"naturalismo tosco"* (p. 55), mas sim de acordo com os significados linguísticos.

(a) A primeira repousa na perda de parâmetro para a identificação do autor, permitindo voos imaginativos bastante perigosos, já que – uma vez se permitindo a quebra do limite imposto pelo tipo penal, ainda que só em alguns casos – libera-se que outras teorias ou decisões judiciais busquem critérios outros para a identificação do autor, nem sempre muito adequados aos nossos padrões político-criminais.

Tal risco não é imaginário, mas sim bastante concreto, como se pôde verificar da leitura do livro, especialmente no julgamento pelo Supremo do caso do mensalão, cuja má aplicação da teoria do domínio do fato foi muito bem denunciada por Leite.[8]

(b) O segundo risco reside no fato de que – ao conceituar a autoria mediata por domínio da organização – a teoria do domínio do fato acaba com a nota de protagonismo inerente ao conceito de autor, subordinando, assim, a autoria mediata à autoria imediata.

Com a perda de mais esse parâmetro, uma teoria equivocada ou uma interpretação equivocada da teoria poderiam levar à antecipação das fronteiras que sinalizam o início da execução, uma vez que a ação do homem detrás – por meio de mera ordem – poderia ser considerada como a deflagração do *iter criminis*, permitindo, assim, desde já, a punição a título de tentativa.[9]

E essa proposta não seria de todo absurda,[10] pois, afinal, pode-se defender que, já tendo um dos autores esgotado toda a sua contribuição, é possível afirmar-se o início da fase executiva.[11]

Ora, o próprio Roxin tinha receio de "manipulações teóricas",[12] o que somente reafirma a necessidade que a obra examinada indicasse um comparativo entre os prós e contras da referida teoria.

8. Vide p. 123-168.
9. Além de possibilitar a incriminação da participação em relação a essa conduta acessória de autoria mediata.
10. A respeito da complexidade do tema vide: HERZGERG, Rolf Dietrich. A tentativa na autoria mediata. *Temas de Direito Penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 345-376.
11. Veja-se que tal conclusão é equivocada caso se adote a tese de Roxin sobre a tentativa, em que se exige: "uma colocação em perigo próxima ao tipo". ROXIN, Claus. La teoría del delito en la discusión actual. Trad. Manuel A. Albano Vásquez. Lima: Grijley, 2007. p. 372.
12. Conforme apontado no livro em exame na página 30.

Em suma, a crítica que se faz aqui é que o livro não realçou as operações arriscadas promovidas pela teoria do domínio do fato.

Ora, ainda que se trate de um livro introdutório, isso não quer significar que se deva tão somente mostrar seus lados positivos. É importante, também, alertar a respeito dos riscos que sua adoção pode gerar.

Nada obstante tais ponderações, não há dúvidas, o livro é muito bom e representa leitura imprescindível para quem pretende iniciar a compreensão da teoria do domínio do fato, sendo, também, relevante fonte de conhecimento para o estudo do concurso de pessoas em geral.

Aliás, uma das grandes qualidades reflexas da obra é justamente a de incitar um maior aprofundamento na discussão brasileira a respeito do tema.

Afinal, o livro deixa no ar uma série de perguntas e debates de grande relevância para a nossa doutrina.

Assim, seguindo essa mesma trilha, gostaria de registrar algumas indagações que poderão ser fonte de interessante problematização em trabalhos posteriores a respeito do concurso de pessoas, como por exemplo: (i) como fica a questão da tentativa nos casos do domínio da organização? (ii) é a classificação de delitos de dever uma concepção obsoleta?;[13] (iii) é possível incluir a comissão por omissão na concepção de domínio do fato, uma vez que o autor teria domínio de uma fonte de perigo e, por consequência, apresentaria uma situação equivalente a daquele que tem o domínio sobre o próprio movimento corporal?;[14] (iv) e no caso dos delitos especiais, é possível essa mesma equiparação?;[15] (v) é correto afirmar que a distinção entre autor e partícipe tem reflexos apenas no tema do merecimento de pena?;[16] (vi) quais seriam efetivamente tais reflexos no âmbito exclusivamente da tipicidade em um país, como o nosso, cujo código penal adota um sistema unitário? e (vii) é efetivamente um equívoco de Roxin criar um supraconceito de autor para os crimes dolosos comuns de ação?[17]

13. SCHÜNEMANN, Bern. *El dominio sobre el fundamento del resultado:* base lógica-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en nombre del otro. *Obras*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008. t. I., p. 501 e 504.
14. SCHÜNEMANN, Bern. Op. cit., p. 504.
15. Idem, p. 506-508.
16. Idem, p. 495.
17. VIVES ANTÓN, Tomás S. Op. cit, p. 781.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro, de Luís Greco, Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto de Assis. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 121. ano 24. p. 323-331. São Paulo: Ed. RT, julho. 2016.

Para finalizar, é de se destacar uma preciosa observação constante do livro, ainda que não diretamente relacionada ao tema do concurso de pessoas. Trata-se do seguinte trecho que consta da apresentação da obra feita por Luís Greco: "O livro apresenta uma atitude que superou definitivamente a empoeirada cultura do data venia, ainda que isso signifique que brios e sensibilidades possam ser feridos. A permissão (venia) já foi dada, e isto de modo implícito, pelo mero fato de haver-se publicamente afirmado algo. Quem se ofende por ser destinatário da crítica científica, desqualificando-a como denúncia invejosa, confessa implicitamente que se considera fonte de autoridade e não porta-voz de razões."[18]

Essa advertência ataca o coração de um grande obstáculo à evolução do direito penal brasileiro, que reside no melindre de criticar e de ser criticado abertamente.

De fato, no debate acadêmico, as críticas sinceras, muito embora às vezes duras e indesejadas, são uma das melhores formas de evolução de nossa doutrina, uma vez que "a disposição de discordar, rejeitar e dissentir – por mais irritante que isso seja, quando levado a extremos – é o sangue vital de uma sociedade aberta".[19]

Assim, para que se possa aprimorar nossa doutrina penal, não pode haver espaços para vaidades, melindres, muito menos argumentos de autoridade, sob pena de transformarmos a discussão acadêmica em um sistema de vassalagem e protecionismo tão ao gosto de um patrimonialismo intelectual que devemos rejeitar com todas as forças.

Com essas palavras, chega-se ao momento de encerrar esta resenha, não sem antes parabenizar os autores pela iniciativa e qualidade dos textos produzidos.

---

18. Idem, p. 11.

19. JUDT, Tony. *O mal ronda a terra*: um tratado sobre a insatisfação do presente. Trad. Celso Nogueira. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. p. 146. Referido autor continua, ainda, no mesmo sentido afirmando que: "O conformismo é tentador: a vida comunitária parece bem mais fácil quando todos concordam com todos, onde a discordância é atenuada pelas convenções da acomodação. Sociedades e comunidades onde a discordância inexiste ou se decompôs não apresentam um bom desempenho. Há um preço a pagar pelo conformismo." JUDT, Tony. Op. cit., p. 146.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro, de Luís Greco, Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto de Assis. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 121. ano 24. p. 323-331. São Paulo: Ed. RT, julho. 2016.