

revista  
*Liberdades*

Revista Liberdades  
n° 07 - maio-agosto de 2011  
ISSN 2175-5280





# EXPEDIENTE

**Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**

DIRETORIA DA GESTÃO 2011/2012

**Presidente:** Marta Saad

**1º Vice-Presidente:** Carlos Vico Mañas

**2ª Vice-Presidente:** Ivan Martins Motta

**1ª Secretária:** Mariângela Gama de Magalhães Gomes

**2º Secretário:** Helena Regina Lobo da Costa

**1º Tesoureiro:** Cristiano Avila Maronna

**2º Tesoureiro:** Paulo Sérgio de Oliveira

CONSELHO CONSULTIVO:

Alberto Silva Franco, Marco Antonio Rodrigues Nahum, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Sérgio Mazina Martins e Sérgio Salomão Shecaira

**revista**  
*Liberdades*

**Publicação do Departamento de Internet do IBCCRIM**

DEPARTAMENTO DE INTERNET

**Coordenador-chefe:**

João Paulo Orsini Martinelli

**Coordenadores-adjuntos:**

Camila Garcia da Silva

Luiz Gustavo Fernandes

Yasmin Oliveira Mercadante Pestana

**Conselho Editorial da Revista Liberdades**

Alaor Leite

Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo

Daniel Pacheco Pontes

Giovani Saavedra

João Paulo Orsini Martinelli

José Danilo Tavares Lobato

Luciano Anderson de Souza

# ÍNDICE

## EDITORIAL

Revista *Liberdades*: mais um espaço para concretização de sonhos \_\_\_\_\_ 04

CARTA DOS LEITORES \_\_\_\_\_ 07

## ENTREVISTA

Entrevista com JOSÉ HENRIQUE RODRIGUES TORRESA \_\_\_\_\_ 08

## ARTIGOS

SOBRE A “ADMINISTRATIVIZAÇÃO” DO DIREITO PENAL  
NA “SOCIEDADE DO RISCO”. NOTAS SOBRE A POLÍTICA  
CRIMINAL NO INÍCIO DO SÉCULO XXI \_\_\_\_\_ 23

Bernardo Feijoo Sanchez

EL CASO CONTERGAN CUARENTA AÑOS DESPUÉS \_\_\_\_\_ 63

Manuel Cancio Meliá

ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE AS VINCULAÇÕES  
FILOSÓFICAS E CONSTITUCIONAIS DO CONCEITO  
MATERIAL DE CRIME \_\_\_\_\_ 77

Cleopas Isaías Santos

CLAUS ROXIN, 80 ANOS \_\_\_\_\_ 97

Luís Greco / Alaor Leite

## RESENHA

A MAGISTRATURA PARA ALÉM DA DOGMÁTICA PENAL \_\_\_\_\_ 124

Clarissa de Baumont

FILME: ESTÔMAGO \_\_\_\_\_ 132

Danilo Cymrot e João Paulo Orsini Martinelli

# EDITORIAL

## Revista Liberdades:

mais um espaço para concretização de sonhos

Mais um volume da Revista Liberdades está pronto e disponível a todos os leitores interessados, gratuitamente, em qualquer parte do mundo. O reconhecimento da Revista e o peso de carregar a marca do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais obrigaram a Coordenação de Internet a fazer alguns ajustes para continuar o trabalho iniciado na gestão anterior. Por isso, a primeira mudança foi a criação de um Conselho Editorial, formado por professores gabaritados e criteriosos, que, junto aos coordenadores-adjuntos e estagiários, tem como missão levar ao público artigos, entrevistas e resenhas relacionados às Ciências Criminais.

A Revista Liberdades é um complemento ao incessante trabalho que o IBCCRIM vem desenvolvendo desde sua fundação e que, resumidamente, pode ser definido como a proteção dos direitos humanos. Tarefa árdua num país em que os defensores dos direitos humanos são estigmatizados como “amigos de bandidos”, cuja função é “passar a mão na cabeça de marginais”. Ledo engano que habita a cabeça de pessoas desavisadas, fortemente influenciadas pela mídia interessada na propagação de uma violência que garanta audiência e venda anúncios comerciais.

O fato mais recente foi a morte de crianças atingidas por disparos efetuados por Wellington Menezes de Oliveira, em escola de Realengo, na cidade do Rio de Janeiro. A tragédia foi retratada por horas ininterruptas, ao mesmo tempo em que todos se perguntavam o que teria levado alguém a matar crianças inocentes, que teriam uma vida toda pela frente. Diversas foram as respostas, provenientes dos mais diversos especialistas, inclusive de alguns que traçaram o perfil psicológico do agente sem ter nunca feito contato pessoal com o mesmo.

Dentre as explicações estava o desenvolvimento de uma personalidade psicótica derivada de *bullying* sofrido durante a infância. Não demorou a surgir propostas de criminalização do *bullying* e de rediscussão do comércio de armas no país. Novamente a história repete-se, mudando apenas alguns personagens:

acontece um fato de grande repercussão e surgem propostas de criminalização e maior rigor nas penas. Escassos são os projetos de investimento na saúde pública, para abranger o tratamento psicológico eficiente, ou na capacitação de professores, para que possam detectar comportamentos suspeitos entre seus alunos. Punir devidamente as autoridades pela omissão nas políticas públicas eficazes seria, então, uma utopia.

Criminalizar o *bullying* é uma alternativa com muitos problemas. O primeiro é a tipificação da conduta. O que seria *bullying* para fins criminais? Há necessidade de concurso de agentes ou de reiteração do comportamento? O bem jurídico tutelado seria a honra da pessoa ou o desenvolvimento de sua personalidade? As respostas são bastante obscuras. Outro empecilho seria a aplicação da lei. No caso de *bullying* escolar, seria possível aplicar medidas socioeducativas aos adolescentes que o praticam? E se os agressores forem menores de 12 anos? Um terceiro problema é a contextualização do *bullying*. Há de se diferenciar a cultura brasileira da norte-americana, de onde foi importado o conceito. Nem tudo que é *bullying* em outras culturas também o é no Brasil. Enfim, antes de criminalizar o *bullying*, devemos compreender o que seja o fenômeno, promovendo discussões entre profissionais de diversas áreas e não apenas no círculo jurídico.

A outra discussão, referente ao comércio de armas, está mais do que superada. A população foi contra sua proibição e, provavelmente, se outra consulta popular for realizada, o comércio de armas terá apoio da maioria. Soa repetitivo, mas vale enfatizar: comprar arma licitamente no Brasil é muito difícil, pois as exigências são muitas; o maior desafio é conter o comércio ilegal, pois vem daí o abastecimento dos criminosos. Já existe uma lei que criminaliza as diversas condutas ilícitas relacionadas às armas de fogo, basta aplicá-la. Não há motivos para alterar a legislação criminal, no entanto, é legítimo (e obrigatório) dar melhor estrutura às forças de segurança para que possam coibir a entrada e a circulação de armas ilícitas e, assim, possibilitar a aplicação do Estatuto do Desarmamento.

Não se defende, aqui, o fim do direito penal ou a impunidade generalizada. O que se deseja é uma legislação penal racional, de *ultima ratio*, que não despreze uma política criminal séria. A criminalização de comportamentos reduz a liberdade das pessoas, por isso a necessidade de cuidado ao verificar o que realmente deve ser crime. Política criminal não se faz apenas com recrudescimento da lei, para reprimir, mas também com prevenção, fornecendo meios para que todos possam se desenvolver com dignidade.



Com o intuito de discutir política criminal seriamente, a Revista *Liberdades* chega ao público por meio eletrônico, em qualquer parte do mundo, disponibilizando material de qualidade para os estudiosos das Ciências Criminais. Esperamos a opinião de todos, com críticas e sugestões, para aprimorarmos cada vez mais a Revista que veio para ficar.

JOÃO PAULO ORSINI MARTINELLI

Doutor e Mestre em Direito Penal (USP).

Coordenador-chefe do Departamento de Internet do IBCCRIM.

# CARTA DOS LEITORES

Este espaço é destinado a você, leitor.

“Parabenizo o IBCCRIM pela publicação digital da excelente Revista Liberdades, com destaque para o brilhante artigo com o Professor Roberto Romano. Na entrevista concedida à Revista Liberdades, o Professor Roberto demonstrou preocupação com a reconstrução da ética, único meio efetivo de se reduzir a criminalidade, de encontro aos modernos ideais de realização de uma sociedade mais justa e solidária. Disponível a todos na rede mundial de computadores, a Revista Liberdades mostra-se um exemplo de exercício de democracia e participação.”

Carlo Mazza Britto Melfi

revista  
*Liberdades*

ESCREVA PARA NÓS!

revistaliberdades@ibccrim.org.br

# ENTREVISTA

(José Henrique Rodrigues Torres - Juiz de Direito, Professor de Direito Penal da PUC-CAMPINAS. E Membro do IBCCRIM e da Associação Juizes para a Democracia).

**JHRT.** Eu nasci em Botucatu, “onde a lua faz clarão”, terra de Angelino de Oliveira, que compôs a música “A tristeza do Jeca”<sup>1</sup>, um dos maiores clássicos sertanejos de todos os tempos. Por mais *non sense* que isso possa parecer, talvez a letra dessa música explique porque eu resolvi estudar direito. Neto de um advogado carioca que migrou para o interior paulista e dedicou toda a sua vida à defesa de excluídos, que vivem padecendo de tristeza e “cantando pra se aliviar”... e filho de um advogado apaixonado pelo direito, que dedicou todos os seus dias, intensamente, à defesa daqueles que vivem cantando “o seu sofrer e a sua dor”, que vivem em “ranchinhos à beira chão” e que “já não podem mais cantar”, eu passei a minha infância e a minha adolescência ouvindo emocionantes histórias de injustiças e sofrimentos, mas também de batalhas incansáveis, em audiências nos fóruns, nos julgamentos, nos tribunais, onde heróicos advogados lutavam contra essas injustiças, contra tanto sofrimento. Talvez eu tenha sido submetido a um processo histórico-familiar de sensibilização... Foram muitas madrugadas escondido atrás da porta e ouvindo advogados, reunidos na sala da minha casa, declamando poesias e contando suas aventuras forenses... Verdadeiros “Domquixotes” lutando contra os moinhos e os dragões da injustiça... Acho que acabei acreditando que era preciso engajar-me nessa luta e transformar o mundo. Recentemente, eu participei de um delicioso encontro com colegas do ginásio e do colegial, que, depois de mais de trinta e cinco anos, lembraram-se de um dia em que eu, indignado, assumi a defesa de uma aluna acusada de um ato de indisciplina e desrespeito, algo banal, mas que, em tempos de ditadura, tomou a dimensão de um perigoso ato de subversão à ordem e à autoridade. É isso. Eu já estava inoculado pelo vírus do direito. E meus professores já me chamavam de “causídico”. Acho que não tive outra alternativa. Ingressei na Fac-

.....

## 1 A TRISTEZA DO JECA (Angelino de Oliveira)

Nesses versos tão singelos/Minha bela meu amor/Pra você quero cantar/O meu sofrer a minha dor/  
Eu sou como o sabiá/que quando canta é só tristeza/Desde o galho onde ele está/Nessa viola  
eu canto e gemo de verdade/Cada toada representa uma saudade/Eu nasci naquela serra/num  
ranchinho a beira chão/todo cheio de buracos onde a lua fáz clarão/quando chega a madrugada  
lá no mato a passarada/principia o barulhão/Lá no mato tudo é triste/Desde o jeito de falar/Pois  
o jeca quando canta/Da vontade de chorar/Não tem um que cante alegre/Tudo vive padecendo  
Cantando pra se aliviar/Vou parar com minha viola/Já não posso mais cantar/Pois o jeca quando canta/Da  
vontade de chorar/E o choro que vai caindo/Devagar vai se sumindo/Como as águas vão pro mar.

uldade de Direito de Bauru, da Instituição Toledo de Ensino, em pleno estertor da ditadura civil e militar que infelicitava o Brasil naquela época. Particpei intensamente da política acadêmica, formei-me em 1980, especializei-me em “Direito das Relações Sociais”, dediquei-me ao magistério, advoguei, também intensamente, por quase sete anos e, de repente, decidi ingressar na Magistratura.

2) Por que essa decisão de abandonar a advocacia e ingressar na Magistratura e, especificamente, dedicar-se à justiça criminal? Conte-nos um pouco de sua carreira na Magistratura.

**JHRT.** Eu ainda tenho muita saudade dos meus tempos de advocacia. São inúmeras as batalhas judiciais inesquecíveis. Aliás, lembro-me, perfeitamente, de minha primeira defesa no Tribunal do Júri. O réu, de alcunha “Perna Torta”, era mais um entre milhares desses cidadãos estigmatizados pela injustiça social e econômica, que enfrentara o preconceito e a violência e que reagira com o que lhe restara de dignidade. Ele foi absolvido e a sua dignidade foi restaurada. Eu advogava no escritório de meu pai e, sob sua dedicada supervisão e paciente aconselhamento, fazia “clínica geral”, como era comum, naquela época, nas bancas de advocacia do interior. Mas, com maior regularidade, eu trabalhava em causas criminais, o que me colocava, diariamente, em um constante confronto com um sistema repressivo, seletivo, excludente, irracional e injusto. Todos os dias eu era obrigado a enfrentar situações inusitadas e constrangedoras em Delegacias de Polícia, em Cadeias e até mesmos nas audiências criminais, enquanto vivenciava a experiência do diálogo frequente com aqueles que eram atingidos pela injustiça social e eram agarrados implacavelmente pelos tentáculos desse sistema de “justiça” criminal. Eu, então, comecei a perceber que, como naquela passagem de “O processo”, de Kafka, muita gente ficava inerte diante da porta da lei e da justiça, pois sempre havia um porteiro para impedir o acesso, especialmente dos mais fragilizados. Foi então que eu acreditei que era possível ser o porteiro, tomar a chave em minhas mãos e tentar abrir a porta. Nós vivíamos, em 1987, a experiência histórica do fim de uma ditadura e da luta pela reconstrução da democracia. Estávamos elaborando uma nova constituição. Eu acreditava que era preciso participar efetivamente desse processo político de transformação. Mas eu não conseguia ver-me como um político, participando de disputas eleitorais, engajado em disputas partidárias por cargos no legislativo ou no executivo. Foi então que eu resolvi ingressar na magistratura para ser um

agente político. Foi, certamente, uma decisão política. E eu consegui ingressar na magistratura, depois de duas frustradas tentativas. Em uma delas, aliás, quando eu saía do Tribunal de Justiça de São Paulo, depois do anúncio dos aprovados, entre os quais não constava o meu nome, o meu querido sobrinho Fillipe, ao ver os pingos d'água que caíam dos aparelhos de ar condicionado, disse, com a sensibilidade e a sabedoria das crianças, que o prédio estava chorando pela minha exclusão! Isso foi, para mim, mais um incentivo. Persisti. Eu estava convencido de que, como juiz, eu poderia ter uma atuação social com dimensão política no exercício de um poder democrático. Persisti. Fui aprovado no ano seguinte. E aqui estou. Iniciei a minha carreira como juiz substituto em Campinas. Dois anos depois, fui promovido para o Foro Distrital de Serrana, da Comarca de Ribeirão Preto, onde vivi uma experiência muito significativa: eu, que era o único cidadão daquela pequena comunidade a usar paletó e gravata, estava atravessando uma praça, quando um senhor, com as mãos calejadas e o rosto frisado pelas marcas do sol na lavoura, levantou-se e tirou o chapéu à minha passagem; eu o cumprimentei solenemente e continuei caminhando; foram os cinqüenta metros mais longos da minha vida... E acho que ainda não terminei aquela travessia. Em 1989, fui para Tatuí, onde, aliás, por uma incrível e feliz coincidência, meu bisavô, o Desembargador Antonino do Amaral Vieira, havia atuado como juiz, no início do século XX. E, finalmente, em 1992, voltei para Campinas, onde permaneço até hoje como titular da 1ª Vara do Júri. Naquele tempo, eu também respondia pelas execuções criminais e pela corregedoria da polícia judiciária. E, assim, por vários e intensos anos, eu vivi profundas experiências nas visitas às penitenciárias e às delegacias de polícia, vivenciando diálogos marcantes com presidiários, agentes penitenciários e policiais, seres humanos que me fizeram compreender com maior nitidez a irracionalidade desse sistema penal. Assim, desde 1992, eu estou dedicando a minha atividade jurisdicional exatamente no âmbito da justiça criminal, exatamente na área judicial que me motivou a enfrentar os concursos para ingressar na magistratura, empolgado pelo ousado sonho de “transformar o mundo”.

3) E o senhor ainda acredita nesse sonho? Qual a importância do Magistrado na transformação e no desenvolvimento da sociedade?

**JHRT.** Depois de mais de quase vinte e quatro anos de magistratura, hoje eu percebo que nós, os juízes, temos um poder paradoxal: imenso e insignificante.

Esse poder é imenso, por exemplo, quando o juiz toma o filho dos braços de uma mãe, ou quando arranca a liberdade daquele que é jogado ao cárcere, ou quando afasta uma pessoa de seu lar, ou quando desaloja alguém da terra que ocupa. E esse poder é imenso, nesses momentos, porque interfere na individualidade da vida concreta de pessoas reais, que têm a sua própria e única história de vida. Mas esse poder é, ao mesmo tempo, absolutamente insignificante, porque não transforma a realidade política, econômica e social que gesta os abissais problemas que o sistema de justiça fragmenta e individualiza. Hoje, eu acredito que nós juízes atuamos aprisionados nos autos dos processos, enfrentando, com o nosso “imenso poder”, apenas situações individualizadas e fragmentadas de uma imensa realidade, que oculta o perfil do humano e o caráter de instrumento de dominação de um complexo sistema político, cultural e econômico, que atua sob a égide da globalização e privilegia os mais fortes em detrimento dos mais débeis, impulsionado por interesses de conglomerados transnacionais, subjugando os Estados-nações, fruto de um capitalismo do lucro imediato, da grande concentração de capital, da mobilidade e da volatilidade, que ampliam o caráter repressivo do Estado. E essa imensa e complexa realidade, que gesta tanto sofrimento, tanta desigualdade e tanta injustiça, fica, especialmente nos processos criminais, absolutamente distante das páginas dos autos, das audiências e das sessões de julgamento. É por isso que eu acredito que é imprescindível que nós juízes assumamos o nosso papel de garantidores de direitos e da convivência democrática. É isso. Hoje, depois de tantos anos de magistratura, eu acredito que esse é o nosso papel como agentes políticos. Esse é o nosso papel, que pode ser transformador: o papel de intransigentes garantidores dos direitos fundamentais da pessoa humana. O marinheiro, ao conduzir o barco, não pode limitar-se a observar as ondas que se encapelam nas cercanias da embarcação, mas, tem, sim, o dever de observar o horizonte, as profundezas do mar, as procelas que se avizinham, as nuvens e as estrelas, para garantir o seguro navegar. Quando estamos diante de relações humanas fragmentadas e individualizadas pelos lindes processuais, nós não podemos deixar de observar a imensa realidade que nos cerca. E a nossa bússola há de ser, sempre e sempre, a garantia dos direitos fundamentais. Esse é o sonho que ainda alimenta e legitima a minha atividade jurisdicional. É simples assim.

4) O senhor, antes mesmo da vigência da atual legislação penal e processual, entre outras decisões inusitadas, já garantia o contraditório nos interrogatórios, não permitia que os réus ficassem algemados durante os julgamentos no Tribunal do Júri, permitia que os réus conversassem com seus defensores antes de serem interrogados, não recorria de ofício de suas decisões de absolvição sumária, concedia progressão de regime nos casos de crimes hediondos, não julgava desertos os recursos quando os réus fugiam depois da interposição da apelação e não condicionava o recurso do réu à sua prisão. O que o motivava a tomar essas decisões inusitadas?

**JHRT.** Sinceramente, eu nunca achei que essas decisões eram inusitadas, extravagantes ou excepcionais. Eu apenas acreditava que estava cumprindo o meu papel de garantidor dos direitos fundamentais. Eu sempre acreditei, e isso eu aprendi com a sabedoria e a sensibilidade de Alberto Silva Franco, que a lei, para o juiz, é apenas um ponto de partida, pois o que realmente importa é a garantia da constitucionalidade e da convencionalidade, ou seja, a prevalência das normas e princípios consagrados pela Constituição e pelos Tratados e Convenções de Direitos Humanos. E, por acreditar que a dignidade humana é o princípio fundamental e essencial a ser sempre observado e garantido, procuro pautar minha atividade jurisdicional pelo respeito à dignidade e à humanidade das pessoas, indistintamente, o que me faz lutar todos os dias contra os meus próprios preconceitos e idiosincrasias. A coragem de Antígona precisa ser sempre uma referência. E o ensinamento de Camões não pode ser jamais olvidado: “cessa tudo o que a antiga musa canta, quando outro valor mais alto se alevanta”. E esse valor, na atividade jurisdicional, é exatamente a dignidade humana. Não há nenhuma novidade nisso. Aliás, todas as decisões que você mencionou em sua pergunta encontraram respaldo em dispositivos expressos de tratados e convenções internacionais de direitos humanos, ratificados pelo Brasil e incorporados ao nosso sistema jurídico positivo com natureza constitucional. Portanto, não há nada de inédito nem de inusitado nessas decisões.

5) Uma importante decisão sua ficou conhecida, por meio da imprensa, quando convocado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, na qual o senhor absolveu um acusado de porte de drogas para uso próprio, alegando a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas. Explique essa decisão.

**JHRT.** Em março de 2008, quando eu estava atuando em uma das Câmaras Criminais Extraordinárias do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferi um

voto afirmando a inconstitucionalidade da criminalização primária do porte de drogas para uso próprio. Inicialmente, foi necessário desclassificar a conduta do réu para porte de drogas para uso pessoal, pois ele havia sido condenado por tráfico. Em seguida, tipificada a conduta do recorrente no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, eu julguei que esse dispositivo era inconstitucional. É que esse tipo penal não traz previsão de nenhuma conduta hábil para produzir lesão que invada os limites da alteridade. Além disso, eu acredito que esse tipo penal viola frontalmente os princípios da igualdade e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, albergados pelo artigo 5º da Constituição Federal como dogmas de garantia individual. Aliás, é oportuno lembrar que a atual política de drogas no Brasil é mantida por uma lógica bélica sanitaria, que acarreta uma opção por modelos punitivos moralizadores e que sobrepõem a razão de Estado à razão de direito, o que, diante de nossa principiologia constitucional, é injustificável. O argumento de que o artigo 28 da Lei de Drogas é de perigo abstrato, bem como a alegação de que a saúde pública é o bem tutelado, não é sustentável juridicamente, pois contraria inclusive a expressão típica desse dispositivo criminalizador, lavrado pela própria ideologia proibicionista, o qual estabelece os limites de sua incidência pelas elementares elegidas, que determinam, expressamente, o âmbito individualista da lesividade e proíbem o expansionismo desejado. Basta ler o tipo penal em menção, que descreve, exclusivamente, a conduta de quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou porta, “para consumo pessoal”, drogas proibidas. O elemento subjetivo do tipo, evidenciado pela expressão “para consumo próprio”, delimita com exatidão o âmbito da lesividade e impede qualquer interpretação expansionista que extrapasse os lindes da autolesão. Assim, transformar aquele que tem a droga apenas e tão-somente para uso próprio em agente causador de perigo à incolumidade pública, como se fosse um potencial traficante, implica frontal violação do princípio da ofensividade, dogma garantista previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal. Além disso, a criminalização do porte para uso próprio também viola o princípio constitucional da igualdade, pois há flagrante distinção de tratamento penal com relação aos usuários de drogas ilícitas e lícitas, embora ambas tenham potencialidade de determinar dependência física e psíquica. Mas não é só. Não se olvide a violação ao princípio constitucional garantidor da intimidade e da vida privada, que estabelece intransponível separação entre o direito e a moral. Com efeito, não se pode admitir qualquer intervenção estatal, principalmente de índole repressiva e

de caráter penal, no âmbito das opções pessoais, máxime quando se pretende impor pauta de comportamento na esfera da moralidade. Induvidosamente, nenhuma norma penal criminalizadora será legítima se intervier nas opções pessoais ou se impuser aos sujeitos determinados padrões de comportamento que reforçam concepções morais. Como ensina Saulo de Carvalho, *a secularização do direito e do processo penal, fruto da recepção constitucional dos valores do pluralismo e da tolerância à diversidade, blinda o indivíduo de intervenções indevidas na esfera da interioridade*. É por isso que somente é admissível a criminalização das condutas individuais que causem dano ou perigo concreto a bens jurídicos de terceiros, o que não acontece com a conduta descrita no tipo do artigo 28 da Lei n. 11343/2006. E não se olvide, ainda, que a criminalização do porte de drogas para uso pessoal afronta o respeito à diferença, corolário do princípio da dignidade, albergado pela Constituição Federal e por inúmeros tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil. É por tudo isso que eu acredito ser inconstitucional a criminalização primária do porte de entorpecente para uso próprio.

6) Como Juiz-presidente do Tribunal do Júri, qual a sua opinião sobre o aborto?

**JHRT.** Eu também estou convencido de que a criminalização do abortamento também é inconstitucional. E, como diz Fernando Pessoa, *“há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já têm a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e, se não ousamos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos”*. É preciso fazer essa travessia. A criminalização do abortamento é incompatível com o sistema de proteção dos Direitos Humanos das Mulheres, o qual foi incorporado ao sistema constitucional brasileiro. Aliás, os organismos internacionais de Direitos Humanos têm proclamado, reiteradamente, por declarações, tratados, assembleias e convenções, que a criminalização do aborto contraria de modo flagrante os direitos humanos, sexuais e reprodutivos das mulheres. E essa criminalização constitui, não uma forma de proteção para a vida dos fetos, como equivocadamente tem sido proclamado, mas, sim, um instrumento ideológico de controle da sexualidade feminina. Além disso, representa um mero instrumental simbólico da ideologia patriarcal, que não tem sido eficaz nem útil para a proteção da vida intra-uterina. Na realidade, a criminalização do aborto está sendo mantida com um enorme custo social, im-

pede a implantação e efetivação de medidas realmente eficazes para o enfrentamento do problema e acarreta às mulheres terríveis sequelas e morte. Além disso, a criminalização do abortamento contraria princípios jurídicos e democráticos. O princípio da idoneidade, por exemplo, exige que a criminalização de qualquer conduta deve ser um meio útil para controlar um determinado problema social. Contudo, a criminalização do aborto tem sido absolutamente inútil, ineficaz e ineficiente para conter a prática dessa conduta. Basta lembrar que, de acordo com dados oficiais do Ministério da Saúde, são praticados mais de um milhão de abortos no Brasil todos os anos. Mas, a criminalização do aborto também viola o princípio da subsidiariedade, que determina que, no processo democrático de criminalização, devem ser considerados os benefícios e os custos sociais causados pela adoção da medida proibicionista criminalizadora. Lembre-se de que o aborto inseguro, praticado na ilegalidade, é uma das principais causas de morte materna no Brasil, onde centenas de milhares de mulheres estão colocando em risco as suas vidas e a sua saúde para interromper gestações não desejadas. E como observam os médicos Aníbal Fagundes e José Barzelatto, que são dois profissionais respeitados internacionalmente, a segurança do aborto se correlaciona fortemente com a sua legalidade: a maioria dos abortos ilegais é de risco, enquanto a maioria dos abortos legais é realizada sob condições de segurança. Decididamente, milhares de mulheres, vítimas da exclusão e da dominação de uma ideologia patriarcal que não tem fronteiras, pobres em sua grande maioria, estão vivenciando, todos os anos, uma experiência dantesca. Abandonadas no lago de Tântalo, essas mulheres têm enfrentado uma terrível guerra, sem precedentes, contra a omissão da sociedade e, em especial, dos Estados, inclusive daqueles que se dizem sociais e democráticos, e que se proclamam garantidores dos direitos humanos. Portanto, a principal e mais terrível consequência da criminalização do aborto, que acarreta a prática do aborto inseguro, é o enorme índice de mortes de gestantes. Mas, além disso, centenas de milhares de mulheres, todos os anos, estão sofrendo terríveis consequências físicas e psíquicas em razão do abortamento realizado em condições precárias e inseguras. E não se olvidem as não menos terríveis consequências sociais e econômicas geradas pelo abortamento clandestino, que, realizado em condições inseguras e desumanas, deixa muitos filhos na orfandade e destrói unidades familiares. Aliás, até mesmo do Consenso de Genvál, realizado na Bélgica, em 1994, e da Declaração de Chiang Mai, realizada na Tailândia, em

2004, ficou constando que a descriminalização do aborto é uma resposta mínima a essa realidade. A legislação repressiva-punitiva tem acarretado um significativo impacto negativo para a vida das mulheres, especialmente para aquelas de baixa renda, que, destituídas de outros meios e recursos, ora são obrigadas a prosseguir na gravidez indesejada, ora sujeitam-se à prática de abortos em condições de absoluta insegurança. O drama do aborto ilegal tem gerado um evitável e desnecessário desperdício de vidas de mulheres, acometendo com acentuada gravidade e seletividade as mulheres que integram os grupos sociais mais vulneráveis. Mas não é só. O princípio da racionalidade, embasado na principiologia do Estado-Penal Mínimo e da *ultima ratio*, proclama que a criminalização somente se justifica quando não houver outros meios ou alternativas para o enfrentamento do problema social a ser arrostado. E é absolutamente inegável que o problema do aborto pode e deve ser enfrentado fora do sistema penal, de modo mais eficaz e não danoso, sem que as mulheres tenham que suportar os riscos do aborto inseguro. É infinitamente mais eficaz adotar políticas públicas de promoção da saúde das mulheres, em especial no âmbito da saúde sexual e reprodutiva, criar e implantar programas eficientes de planejamento familiar, promover a educação formal, bem como a informal, capacitar profissionais para promover o acolhimento das mulheres, manter de estruturas sanitárias preparadas para garantir os direitos à saúde física e psicológica, manter sistemas de acolhimento e orientação, promover a igualdade de gênero e o afastamento da ideologia patriarcal, ampliar o poder das mulheres na tomada de decisões sobre a sua sexualidade e reprodução, apoiar integralmente a maternidade, garantir informações sobre a sexualidade e o uso dos meios de anticoncepção e, ainda, garantir o acesso pleno aos meios anticonceptivos. E não é só. A criminalização do aborto também afronta as exigências jurídico-penais de não se criminalizar uma conduta de modo simbólico ou para impor uma determinada concepção moral, ou para punir condutas freqüentemente aceitas ou praticadas por parcela significativa da população. Portanto, eu não tenho nenhuma dúvida de que é inconstitucional a criminalização do abortamento. Aliás, se vocês me permitem, eu escrevi um artigo sobre esse tema, que foi publicado no livro “Direito Penal e Processo Penal. Estudos em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo”, pela Editora Sapiens, de Porto Alegre, em 2010. Nesse estudo, eu procurei demonstrar, detalhadamente, todo o meu convencimento a respeito desse assunto. Na realidade, infelizmente, esse tema tem sido tratado de uma forma equivocada.

Ser a favor ou contra o aborto é um falso dilema. Ninguém é a favor do aborto. Este é um problema social e de saúde pública que deve realmente ser enfrentado pela sociedade. Contudo, o enfrentamento desse terrível problema pelo viés repressivo, com os instrumentos desse irracional e deletério sistema penal, é totalmente equivocado. Mas eu ainda acredito que a sociedade terá, em breve, lucidez suficiente para despir-se dos preconceitos e acabar com a criminalização do abortamento, encontrando, fora do sistema penal, meios mais eficazes, mais eficientes e menos traumáticos e prejudiciais para o equacionamento e enfrentamento desse gravíssimo problema.

7) O senhor entende que a ortotanásia deve ser compreendida como homicídio?

**JHRT.** Não. Ortotanásia não é homicídio. Não é crime. É um procedimento médico absolutamente lícito e não tipifica o homicídio. Todo o questionamento sobre esse tema começou com a edição da Resolução n. 1.805, do Conselho Federal de Medicina, que, em 2006, permitiu ao médico suspender ou limitar procedimentos e tratamentos que apenas prolongam artificialmente a vida de pacientes em estado terminal, nos casos de doença grave e incurável. E isso bastou para que o Ministério Público Federal, em 2007, promovesse uma Ação Civil Pública contra o Conselho Federal de Medicina, pedindo à Justiça Federal a revogação da mencionada resolução, alegando, que a ortotanásia, assim como a eutanásia, caracterizaria o crime de homicídio. E a Justiça Federal, acolhendo o pedido de antecipação de tutela, suspendeu liminarmente a vigência da referida resolução. Contudo, depois, ouvido o Conselho Federal de Medicina, o Ministério Público Federal reconheceu o equívoco de seu entendimento inicial e admitiu que a ortotanásia não constitui crime de homicídio. Finalmente, a Justiça Federal julgou improcedente a ação proposta. Assim, hoje, é possível afirmar, inclusive com base em uma decisão judicial definitiva, que a Resolução CFM n. 1.805/2006, que está atualmente em plena vigência, diz respeito à prática da ortotanásia, nada tem a ver com a eutanásia, constitui um alerta contra a distanásia, é constitucional, não acarreta violação a nenhum dispositivo legal, não representa apologia ao homicídio nem incentiva a prática de qualquer conduta criminosa ou ilícita e está absolutamente de acordo com a nossa sistemática jurídico-penal. Além disso, é preciso lembrar que o Conselho Federal de Medicina, em 2009, editou o novo Código de Ética Médica, proibindo a prática da “distanásia” e legitimando, mais uma vez, expressamente, a “ortotanásia”. E o CFM está coberto de razão. É que a ortotanásia realmente não tipifica o homicídio.

8) Mas, se o médico suspender o tratamento, o paciente morre. Isso não é homicídio? Porque, então, essa prática não se enquadra no tipo do homicídio, como o senhor afirma? O que é exatamente a ortotanásia? O senhor poderia também explicar, sob o ponto de vista jurídico-penal, o que se entende por eutanásia e distanásia?

**JHRT.** Muito bem, o homicídio é um crime comissivo e, assim, em princípio, somente pode ser praticado por ação, em respeito ao princípio da legalidade. Logo, o homicídio somente poderá ser praticado por omissão excepcionalmente, ou seja, quando a omissão for penalmente relevante, quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado, nos termos do parágrafo 2º do artigo 13 do Código Penal. Ora, como a ortotanásia consiste em deixar o paciente terminal morrer, estamos diante de uma omissão. Trata-se de uma conduta omissiva diante de uma morte inevitável, pois o paciente está em estado terminal de uma doença incurável. Nessa situação específica, não há possibilidade nem dever de se evitar a morte. Portanto, não é possível falar em omissão relevante sob o enfoque jurídico-penal. E não se pode confundir ortotanásia com eutanásia ativa nem com eutanásia passiva. Na eutanásia ativa, ocorre uma ação homicida. Nos filmes *“Invasões Bárbaras”* e *“Menina de Ouro”* a droga letal é injetada nos pacientes. Houve ação. E a mesma coisa ocorre no final do filme *“You Don’t Know Jack”*, de Barri Levinson, quando o médico Jack Kevorkian, que ficou conhecido por “Dr. Morte”, injeta em uma paciente uma droga, causando-lhe a morte. Sem dúvida, a eutanásia ativa tipifica o homicídio e, na melhor das hipóteses para o homicida, nesse caso, pode ficar configurado um homicídio privilegiado, nos termos do parágrafo único do artigo 121 do Código Penal. Na Holanda e na Bélgica, a eutanásia, ou seja, o homicídio piedoso, está legalizada e não constitui crime. Todavia, no Brasil, a eutanásia ativa continua sendo criminosa. E a eutanásia passiva também é criminosa. É que, nesse caso, o médico deixa o paciente morrer, por piedade, para evitar seu sofrimento, mas diante de uma morte evitável, o que não é o caso da ortotanásia. Nos casos de eutanásia passiva, há expectativa de transitoriedade e possível reversibilidade. Assim, na eutanásia passiva, a omissão médica pode ser tipificada como homicídio, posto que seja este um crime comissivo, porque há uma omissão relevante, ou seja, porque havia possibilidade e dever de evitar o resultado morte. Trata-se de um homicídio por omissão, possivelmente privilegiado, mas é um homicídio. E também não há confundir ortotanásia com auxílio ao suicídio. Esse delito, tipificado no artigo

122 do Código Penal, acontece quando o médico, por exemplo, dá a droga ao paciente, que a ingere ou injeta no próprio corpo, praticando, assim, o suicídio. Isso acontece, por exemplo, nos primeiros casos do filme “*You Don’t Know Jack*” e, também, no filme “*Mar adentro*”, quando os amigos de Ramón, interpretado por Javier Bardem, colocam ao seu alcance um frasco com uma substância letal e ele sorve essa substância, praticando, assim, o suicídio com o auxílio indireto de seus amigos. Mas nada disso pode ser confundido com a ortotanásia, que é totalmente diferente, que é o deixar morrer um paciente terminal de uma doença incurável. Na ortotanásia, não há falar em possibilidade de evitar o resultado morte. Logo, juridicamente, é impossível falar em crime comissivo por omissão. Ora, se não há possível reversibilidade, se não há esperada transitoriedade, é evidente que os aparelhos de suporte são ligados ou mantidos, não para evitar a morte, que é inevitável, irreversível e inexorável, mas, sim, para manter a vida artificialmente. A vida, nessa situação, mantida por aparelhos (ventilação assistida, reanimadores, tratamento em UTI), não é um dado da realidade, mas, sim, um mero artifício. O médico não pode evitar a morte. Os procedimentos e tratamentos não têm nenhum sentido curativo. Isso basta para afastar a incidência do parágrafo 2º do artigo 13 do Código Penal. Mas, além disso, na ortotanásia, também não há falar em dever médico de agir. Na realidade, há o dever de não permitir que o paciente sofra inutilmente em decorrência de uma inaceitável obstinação terapêutica. Aliás, recentemente, o Tribunal Federal Alemão decidiu que, se o paciente pede, expressa ou presumidamente, a suspensão de medidas inúteis de prolongamento da vida, o médico pode e deve satisfazer esse seu pedido, e pode interromper o tratamento, sem que esteja cometendo homicídio. Aliás, segundo essa decisão, se o médico insistir na manutenção desses tratamentos fúteis, acarretando ao doente terminal um sofrimento inútil, praticará a “distanásia” e poderá responder pelo crime de “omissão de socorro” ou por “lesões corporais”, em razão da tortura ou do tratamento cruel que impuser ao doente. No Brasil, pode ocorrer, juridicamente, a mesma coisa: o médico que insistir em manter um tratamento ou qualquer procedimento inócuo, artificioso, postiço e gravoso para o doente terminal, acometido de uma doença incurável, expondo-o, assim, à dor e ao sofrimento, contrariando a vontade do paciente ou de seu representante legal, estará praticando a censurável distanásia, e também estará sujeito a responder, no âmbito da responsabilidade civil e criminal, pelas lesões corporais, pelo crime de constrangimento ilegal, pela tortura e pelo tratamento

cruel que impuser ao paciente. E não se olvide que, de acordo com inúmeras normas legais, constitucionais e internacionais de proteção dos direitos humanos, os pacientes têm o direito de não serem submetidos a tratamentos desumanos e cruéis e o direito à autonomia e à autodeterminação, além, obviamente, do direito de ter a sua dignidade respeitada. Assim, não há mesmo falar em dever médico de manter os tratamentos ou aparelhos, contra a vontade do paciente terminal de uma doença incurável. Os médicos têm apenas o dever de manter os cuidados paliativos, ou seja, os cuidados necessários para aliviar a dor e o sofrimento, sob pena de caracterização do crime de omissão de socorro. Decididamente, portanto, deixar morrer diante da impossibilidade terapêutica de cura não é crime. Ou seja, ortotanásia não é homicídio.

9) Como professor universitário, o senhor acha que o ensino do direito precisa de ajustes? Deve haver interação do direito com outros ramos do conhecimento?

**JHRT.** O direito não é uma ilha da fantasia nem uma caixa de Pandora. Não é possível viver em um mundo de fantasias oníricas, regulado por um sistema exclusivamente normativo, asséptico, neutro, apolítico e distante da realidade social. O sistema penal é um instrumento de sustentação da estrutura de poder e de controle social. Aliás, é a parte mais repressiva e violenta desse sistema de controle: criminaliza os marginalizados para mantê-los distantes do centro de poder; e criminaliza as pessoas dos próprios setores hegemônicos para que sejam mantidos e reafirmados no seu rol e não realizem condutas prejudiciais aos seus interesses. O sistema penal, no seu processo seletivo de controle social, atinge, primacialmente, os vulneráveis, integrantes dos setores periféricos, ou seja, aqueles que não têm a proteção do sistema, que praticam crimes grotescos e que, por isso, são visibilizados e vulnerabilizados. Mas, há, também, aqueles que, posto que integrantes dos setores hegemônicos, praticam também crimes grotescos, o que os visibiliza e vulnerabiliza. E, finalmente, há aqueles que, por perderem a proteção do sistema, são atingidos também. Tem razão Camões: “perdigão que perde a pena, não há mal que não lhe venha”. Enfim, o Sistema Penal, que é essencialmente simbólico e irracional, realiza, na sua atuação pragmática seletiva, um violento controle dos setores marginalizados, possibilita o incremento da faculdade sancionatória arbitrária dos agentes policiais, fomenta a imposição de penas e execuções sem processo e alimenta o conteúdo repressivo e punitivo de ações institucionais que se escondem nos oníricos encanta-

mentos de discursos terapêuticos ou assistenciais. Assim, é preciso conhecer a ideologia que constroi os fundamentos do Direito. A ideologia encobre, oculta ou cria a realidade. Sob o arnês de ideologias, vivemos aventuras, sonhos e pesadelos, como se estivéssemos no País das Maravilhas. Toda ciência é ideológica. Todo saber é ideológico. E o poder manipula as idéias de acordo com a sua conveniência, para a sua preservação e para descartar e afastar aquilo que elas têm de perigoso para a sua sobrevivência. A Mafalda, em um dos brilhantes e sarcásticos *cartoons* do Quino, admoestou Felipe, dizendo-lhe que eram ingênuas as suas idéias de prevalência da cultura em relação aos interesses econômicos, mas Manolito, alerta, sentenciou: “não são ingênuas essas idéias; são perigosas”. Como observa Zaffaroni, não é verdade que tem o poder quem detém o saber. Na realidade, o poder é que controla e condiciona o saber. O poder instrumentaliza as ideologias naquilo que lhe convém e descarta o resto. E basta olhar para a história da humanidade, repleta de atrocidades, justificadas por ideologias manipuladas pelo poder, para encontrar o sistema penal, sempre e sempre, sendo utilizado, ideologicamente, como instrumento violento de controle social. É por isso que não se pode estudar o Direito e, especialmente, o Direito Penal, relegando-se ao olvido o estudo da história, da filosofia, da economia, da antropologia, da geografia, da sociologia, da psicologia e de tantas outras disciplinas, que, posto que chamadas, metaforicamente, de “disciplinas não dominantes”, são imprescindíveis para a compreensão do ser humano e do complexo sistema social, político e econômico no qual estamos inseridos. E, em um Estado de Direito Social e Democrático, a universidade, especialmente com relação ao estudo do Direito, tem que assumir o compromisso, que a justifica e legitima, de, de libertar o ensino da ilha positivista em que se encontra.

10) E o estudo dos Direitos Humanos, deve ser obrigatório nas Faculdades de Direito, especialmente no que diz respeito ao Direito Penal?

**JHRT.** Isso é indubitável. Recentemente, ao verificar o resultado de uma pesquisa realizada com 1.390 juízas e juizes brasileiros, senti-me como Alice, mergulhando pela toca do coelho, despencando num poço muito fundo. É que 46,8% dos juizes e juízas que participaram dessa pesquisa responderam que não conheciam nenhum tratado ou convenção internacional de Direitos Humanos. E 97,3% afirmaram que nunca leram e que nem sequer conheciam o Pacto de San José da Costa Rica. Todavia, em um Estado Democrático de Direito, como

é o nosso, não se pode nem sequer pensar na aplicação de um sistema penal, essencialmente repressivo e limitador de direitos fundamentais, olvidando-se as normas internacionais de proteção dos Direitos Humanos. Aliás, de acordo com a nossa Constituição, esses direitos integram o rol de garantias fundamentais. Portanto, é inadmissível imaginar que um juiz criminal possa aplicar o direito, interpretar o direito, sem conhecer profundamente as normas e princípios do sistema dos Direitos Humanos. Ora, o que é o Direito Penal senão uma intervenção do Estado para suprimir ou limitar direitos fundamentais no âmbito do controle social? Em consequência, é inadmissível pensar no estudo do Direito e, especialmente do Direito Penal, sem considerar a sua função social no contexto do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos. Veja só. Se não é possível viabilizar uma solução utópica e romântica de abolicionismo com relação ao sistema penal, se também não é aceitável uma concepção meramente preventcionista, que propugna a eliminação e a segregação definitiva dos insurretos para a preservação da segurança nacional, e se não se pode admitir, ainda, a idéia do manejo do direito exclusivamente pela via normativa, então só nos resta uma única alternativa possível, que é o imbricamento do sistema penal interno com a principiologia dos Direitos Humanos. É por isso que é imprescindível estudar, interpretar e aplicar o Direito Penal, considerando a sua capacidade para realizar e garantir os Direitos Humanos, como um instrumento de integração e não de marginalização, visando à diminuição dos níveis de injustiça das estruturas de poder. Eu acredito que o Direito Penal somente pode ser efetivamente democrático se estiver comprometido ideologicamente com os Direitos Humanos e com a garantia da ampliação do espaço social de todos os participantes da sociedade. E, assim, é preciso estudar o Direito Penal sob o arnês dos princípios de Direitos Humanos, garantindo-se a aplicação de um Sistema Penal que não imponha regras morais, que garanta a liberdade de escolha, que promova a regulação racional das condutas humanas, que não interfira no livre desenvolvimento dos indivíduos, que adote restrições mínimas à liberdade, que aplique essas restrições como exceções e apenas quando absolutamente necessário e indispensável para garantir a coexistência social e que respeite, sempre, a dignidade humana.

# ARTIGO

## 1

### SOBRE A “ADMINISTRATIVIZAÇÃO” DO DIREITO PENAL NA “SOCIEDADE DO RISCO”. NOTAS SOBRE A POLÍTICA CRIMINAL NO INÍCIO DO SÉCULO XXI<sup>12\*3\*</sup>

*Bernardo Feijoo Sanchez*

#### INTRODUÇÃO

Quando os teóricos do direito penal tentam descrever as características do direito penal próprio das sociedades modernas, referem muitas vezes tratar-se de um direito penal expansivo. A expressão “expansão do direito penal” converteu-se em um *topos* característico do atual debate político criminal.<sup>4</sup> Com esta referência à expansão, o que se quer salientar, essencialmente, é que, do ponto de vista político-criminal, não vivemos uma fase caracterizada pela descriminalização, mas por um claro processo crescente de criminalização<sup>5</sup> que, por outro lado, tendo em conta o horizonte atual de reformas, parece não ter fim.

.....

1 Trabalho publicado em DÍAZ-MAROTO e J. VILLAREJO (eds.). *Derecho y Justicia penal en el Siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al Profesor António González-Cuéllar García*, Edit. Colex, Madrid, 2006.

2 \* \* Tradução de Bruna Abranches Arthidoro de Castro; revisão de Augusto Silva Dias.

3

4 A abordagem da questão tem sua origem na doutrina alemã: cf. por todos, HASSEMER. *Strafrechtsprobleme*, pp. 17 e 18, encabeçando a denominada “escola de Frankfurt”; KINDHÄUSER. *Universitas*, 92, pp. 227 e ss.; SEELMANN. *KRITV* 92, pp. 452 e ss., e *Iuris* 94, pp. 271 e ss.; PRITTWITZ. *Crítica y justificación del derecho penal*, p. 262, reflete o programa crítico de HASSEMER e seus discípulos a respeito da expansão com o seguinte resumo: “O termo expansão (...) pretende ter um significado tridimensional: acolhimento de novos candidatos no âmbito dos bens jurídicos (tais como o meio ambiente, a saúde pública, o mercado de capitais ou a promoção da posição de mercado), antecipação das barreiras entre o comportamento impune e o punível – regra geral designada precipitadamente como antecipação da barreira de proteção penal – e finalmente, em terceiro lugar, redução das exigências de censurabilidade, o que se exprime na mudança de paradigma da hostilidade para o bem jurídico à periculosidade para o mesmo”. Esta questão teve posteriormente um amplo eco na doutrina espanhola, especialmente a partir do trabalho básico (não somente na Espanha, mas também no âmbito internacional) de SILVA SÁNCHEZ: *La expansión*, p. 20 e ss. Posteriormente: CANCIO MELIÁ. *Conferencias*, pp. 1 e ss.; ID. *Derecho penal del inimigo*, pp. 62 e ss.; DEMETRIO CRESPO, *RDPC* 2004, pp. 107 e ss.; MARTINEZ-BUJAN PÉREZ, L-H Cerezo, pp. 395 e ss.; POZUELO PÉREZ. *Expansión*, pp. 109 e ss.; RAMOS VÁZQUEZ. *Nuevos retos*, pp. 74 e ss.; TERRADILLOS BASOCO. *Derecho penal Económico*, pp. 219 e ss., concordando com o diagnóstico sobre expansão presente no trabalho de SILVA, mas argumentando contra as razões ou causas que, segundo SILVA, explicam o fenômeno da expansão nas páginas 25 a 79 de sua monografia.

5 HESEL. *Untersuchungen*, pp. 330 e ss.

Esta situação não é somente objeto de descrição por parte da ciência do direito penal, mas um setor importante da mesma a vê como um fenômeno evolutivo preocupante que deve ser criticado e combatido na medida que desnaturaliza o direito penal como *ultima ratio* do Estado para resolução de conflitos sociais. O processo expansivo do direito penal o converte num sistema de gestão primária dos problemas sociais (utiliza-se, em muitas ocasiões, a expressão de que o ordenamento jurídico penal passa a construir-se como *prima* ou *sola ratio*). O diagnóstico crítico também incide na realidade de que, em muitas ocasiões, o processo de expansão provoca a justaposição das funções preventivas do direito penal e do direito sancionatório em geral, tornando-se muito difícil estabelecer diferenças teóricas entre o direito penal e os outros ramos do ordenamento jurídico, especialmente o direito administrativo sancionatório e o direito policial de prevenção de perigos. Encontramo-nos há algum tempo em um processo progressivo de diluição destas fronteiras.<sup>6</sup>

Este processo tem sido denominado - com mais ou menos acerto - como “administrativização do direito penal”, tratando-se de um fenômeno característico do direito penal moderno do qual, em nossa doutrina, se tem ocupado especialmente SILVA SÁNCHEZ.<sup>7</sup> Este autor, profundo analista das dinâmicas evolutivas do direito penal, tem tratado este processo de administrativização como um dos grandes problemas político-criminais modernos,<sup>8</sup> pois “pode-se afirmar que é uma característica do Direito Penal das sociedades pós-industriais o assumir, em ampla medida, a forma de raciocínio tradicionalmente própria do administrativo. É isso que se quer indicar quando se alude ao processo de ‘administrativização’ em que, em nosso juízo, está imerso o direito penal. Isto poderia ser levado ainda mais longe: afirmando não só que o direito penal assume o modo de raciocínio próprio do direito administrativo sancionatório, mas também que se converte, inclusive, em um direito de gestão ordinária de problemas sociais”.<sup>9</sup>

Com a referência à administrativização, se aborda uma série de importantes consequências político-criminais que, simplificando, afetam basicamente duas questões:

6 NAUCKE. KRITV 90, p. 253, e KRITV 93, pp. 143 e ss.

7 La expansión, pp. 121 e ss., seguindo uma linha crítica apontada anteriormente por seu mestre MIR PUIG. Sobre este topos GARCÍA-PABLOS. PG, pp. 220 e ss., 575 e ss.

8 Em sentido contrário, valora esta dinâmica positivamente ZUGALDIA ESPINAR. CPC 2003, pp. 113 e 114.

9 La expansión, p. 130.

I. O Direito Penal cria novos tipos penais com que intervém em novos âmbitos dos quais tradicionalmente se vinha ocupando o direito administrativo ou dos quais somente se havia ocupado mediante os delitos de lesão tradicionais. É paradigmática a criação de tipos penais que vão protegendo funções estatais e a criação de delitos de perigo abstrato;

II. A pena vê modificadas suas funções tradicionais, vendo-se transformada num instrumento de gestão da delinquência como “macrorrisco” social.<sup>10</sup> Se as medidas de segurança representavam, desde o final do século XIX, uma administrativização de uma parte do direito penal (o debate sobre a sua natureza jurídica é um indício disso), na atualidade, passa a ocupar um lugar protagonista no debate sobre a inoculação através da pena. Uma característica desta dinâmica é a diferença de trato em função do tipo do delinquente, produzindo-se uma intensificação do tratamento punitivo relativamente àqueles grupos de delinquentes que mais preocupam. Neste sentido, existe um tipo de delinquência que tem um tratamento jurídico-penal que não corresponde ao *status* geral de cidadão (“Direito Penal do Inimigo”).

Frente a ambos os fenômenos de administrativização, não cabe somente sua descrição, que creio não suscitar muitas dúvidas dada sua correspondência com a realidade, mas também o desenvolvimento de uma posição crítica. Neste trabalho não é possível defrontar todas as questões levantadas, pelo que me ocuparei exclusivamente de algumas questões relativas à tipificação de condutas relacionadas com as características das sociedades vigentes como “Sociedades do Risco”. Além de ocupar-me de tipos penais concretos, dedicarei minha atenção às linhas de legitimação utilizadas para justificar estruturas típicas que dão lugar a uma ilegítima administrativização do Direito Penal.

Este processo de administrativização dos processos de criminalização não somente transforma radicalmente a configuração do direito penal substantivo, mas também as características do direito processual penal. O crescente recurso, na regulação do processo penal a técnicas seletivas de persecução, é um indício de que o direito penal está ocupando-se de mais fatos que os que lhe correspondem, alcançando uma extensão disfuncionalmente desmesurada e, por isso, suas técnicas de tratamento dos conflitos se administrativizam e se privatizam<sup>11</sup> (a saber, perdem suas características penais). O uso expansivo .....

10 SILVA SÁNCHEZ. La expansión, pp. 141 e ss., e L-H Barbero, p. 700.

11 Como assinala, com razão, GARCÍA ARAN. Crítica y justificación del derecho penal, p. 195, “se se incorporam ilícitos civís ou administrativos no Código Penal, abre-se a via para incorporar também características procedentes desses outros ramos do ordenamento”.

da pena acaba tendo como consequência, a médio e a longo prazo, que o Direito Penal em seu conjunto vá perdendo suas características, desnaturalizando-se e adquirindo outros contornos. O problema desta administrativização e privatização da persecução é que os critérios de oportunidade tendem a ser indiferentes aos fatos e à sua gravidade<sup>12</sup> e obedecem mais a outros fatores fenomenológicos menos controláveis (sobrecarga do trabalho do Ministério Público ou falta de meios, por exemplo). A solução para estes problemas práticos não reside na busca de novas soluções processuais, mas em expulsar do direito penal aquelas normas que resultam disfuncionais, ainda que não se possa ocultar que isso dependa de que se desenvolvam outros sistemas jurídicos de controle social que apareçam como alternativas funcionais válidas. A renúncia, caso a caso, à intervenção da pena quando se trata de infrações culpáveis é um indício de que a pena está intervindo ali, onde não faz falta.<sup>13</sup> Uma política criminal inadequada produz um distanciamento cada vez maior entre o abstratamente punível e o efetivamente apenado.

## A - OS PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO NA “SOCIEDADE DO RISCO”

### 1 - O MODELO POLÍTICO-CRIMINAL DA DENOMINADA “ESCOLA DE FRANKFURT”

A referência a um conceito escassamente elaborado de direito penal do risco ou da sociedade do risco se tem convertido em especial centro de interesse da denominada “escola de Frankfurt”<sup>14</sup> – na expressão de SCHÜNEMANN que tem

12 HÖRNLE. Strazumessung, pp. 179 e ss.

13 KÖHLER. PG, p. 616, a respeito da regulação do tráfico de drogas na Alemanha.

14 É difícil encontrar elementos teóricos ou enfoques comuns entre os diversos autores que são incluídos normalmente nesta escola, na qual convivem autores abolicionistas (LÜDERSEN, ALBRECHT) com autores reducionistas ou minimalistas (HASSEMER, NAUCKE, PRITTWITZ, HERZOG, KARGL), de tal maneira que se poderia negar que – além do propósito de romper as barreiras entre o direito penal e as ciências sociais e as ciências empíricas – exista uma escola no sentido tradicional de um movimento com uma orientação definida. Esta questão tem sido abordada já por autores como SEELMANN. GA 97, p. 236, e seu discípulo WOHLERS. Gefährdungsdelikte, pp. 51 e ss., com maior profundidade, ou ZACZYK, ZSTW 114, p. 885. Manifesta suas dúvidas a respeito GARCÍA CAVERO. Derecho penal económico, p. 103, mantendo, no entanto, a denominação coletiva de escola de Frankfurt. Embora, na obra recente Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo, dedicada à análise crítica da escola de Frankfurt, HASSEMER, pp. 11 e 12, mostre sua relutância a respeito da existência de uma escola em sentido estrito, seu discípulo HERZOG, p. 287, parte da evidência da existência de tal escola, e outro discípulo relevante como PRITTWITZ, p. 287, conclui sua exposição “respondendo afirmativamente à pergunta sobre a existência da ‘escola de Frankfurt’ (...) em meu juízo, o que a conforma é o contorno específico que adota sua crítica ao direito penal – o ceticismo ante sua capacidade de resposta, a recordação constante de seu potencial de terror e abuso, afirmando ao mesmo tempo o domínio incondicionado do direito em seu interior- onde cada um de seus membros coloca o acento tônico, importa tão pouco o fato de que tais críticas não se encontram apenas em Frankfurt”. Cabe assinalar que aos autores que costumam ser integrados a esta escola pode-se reconhecer uma entidade própria como grupo ainda que seja difícil de definir, e, como grupo foram referidos em manuais como o de ROXIN (PG, 2-72 e ss.; cf., também por sua relevância, Crítica y justificación del derecho penal, pp. 317 e ss.) ou GARCÍA CAVERO (pp. 103 e ss.) e em monografias como as de HESSEL (pp. I e ss., 330 e ss. e passim), LAGODNY (pp. 37 e ss.) ou WOHLERS (pp. 30 e ss.). Dado que apresentam interesses comuns, os trabalhos críticos desses autores tendem a tratá-los como escola: ANASTASOPOULOU.

feito fortuna -, com o objetivo de denunciar a funcionalização social do direito penal.<sup>15</sup> Segundo este movimento político-criminal, as características da sociedade moderna como sociedade do risco vêm provocando a desnaturalização do direito penal para adequá-lo às características ou necessidades do dito modelo de sociedade; por isso, junto ao núcleo de direito penal, existiria um novo direito penal que pretende resolver determinados problemas estruturais das sociedades contemporâneas caracterizadas como sociedades do risco. Tal sociedade, como modelo macrossociológico, vê-se definida pelo fato de que existem riscos difusos e coletivos de procedência humana que têm um caráter estrutural. Estes riscos não são nem podem ser imputados objetiva e individualmente e, por isso, obrigam a modificar os critérios de causalidade e responsabilidade, embora, em última instância, dependam de decisões humanas. Isto condiciona aquilo a que os membros do Instituto de Ciências Criminais de Frankfurt denominam o novo direito penal.

Este *topos* político-criminal tem como referente teórico claro a obra do sociólogo ULRICH BECK. Para BECK, a sociedade do risco é determinada por três características: 1) Os afetados não são determinados por critérios espaciais, temporais ou pessoais; 2) Não é possível imputar de acordo com as regras vi-

---

Schutz kollektiver Rechtsgüter, pp. 227 e ss.; GARCIA-PABLOS, pp. 224 e ss., 722 e ss., na linha dos autores seguintes, definindo o discurso de HASSEMER e seu ambiente como regressivo devido a seu ultraliberalismo e excessivo individualismo; GRACIA MARTÍN. Prolegómenos, pp. 31 e ss. e passim, assumindo a continuação do que definiu como críticas demolidoras de KUHLEN e SCHÜNEMANN que, segundo ele, não tiveram, uma réplica séria e convincente (p. 38); HORTAL IBARRA. Seguridad en el trabajo, pp. 38 e ss.; KUHLEN. GA 94, pp. 347 e ss.; ID. Strafrechtswissenschaft, pp. 58 e ss.; SHÜNEMANN. GA 95, pp. 203 e ss. (ADP 96, pp. 190 e ss.); ID. Alte Strafrechtsstrukturen, pp. 15 e ss. (Temas actuales, p. 49 e ss.), referindo que, apesar de algumas diferenças, trata-se de um grupo de autores com uma grande homogeneidade em suas convicções e posições fundamentais, razões pelas quais nos últimos anos têm dominado a discussão político-criminal; ID. GA 2001, pp. 207 e 208; ID. Presentación a Prolegómenos de Gracia Martín, pp. 14 e ss.; ID. Brennpunkte, pp. 349 e ss. Tendo isso em conta, em todo o caso, tem uma entidade negativa: trata-se de um grupo de autores cuja obra levanta objeções comuns por parte da doutrina. PRITTWITZ. Visionen, pp. 287 e ss. contesta SCHÜNEMANN, em nome da escola de Frankfurt, embora apontando diferenças entre os integrantes da mesma.

15 Sobre este conceito: ALCÁCER GUIRAO. ADP 2001, pp. 149 e 150, ANASTASOPOULOU. Schutz kollektiver Rechtsgüter, pp. 215 e ss.; DÍEZ RIPOLLÉS. L-H Rodríguez Mourullo, pp. 269 e ss.; FREHSEE. STV 96, pp. 222 e ss., em especial 227 e 228; ID. Fehlfunktionen des Strafrechts, pp. 16 e ss.; HASSEMER. NSTZ 89, p. 557 (Pena y Estado, p. 33); ID. Strafen im Rechtsstaat, p. 258; HERZOG. Unsicherheit, pp. 50 e ss., resumidamente, pp. 70 e ss.; ID. RP, n° 4, pp. 54 e ss.; ID. ADP 93, p. 318; HEFENDEHL. Kollektive Rechtsgüter, pp. 165 e ss.; HILGENDORF. NSTZ 93, pp. 10 e ss.; ID. Strafrechtliche Produzentenheftung, passim, em especial pp. 17 e ss.; HOHMANN. Rechtsgut, pp. 153 e ss.; MENDOZA BUERGO. Sociedad del riesgo, pp. 23 e ss. e passim (resumo em ADP 99, pp. 279 e ss.); ID. Gestión del riesgo, pp. 67 e ss.; MONGE FERNÁNDEZ. La responsabilidad penal por riesgos en la construcción, pp. 82 e ss.; PÉREZ DEL VALLE. PJ, n° 43-44, pp. 61 e ss.; PRITTWITZ. STV 91, pp. 437 e ss.; ID. Strafrecht und Risiko, pp. 49 e ss., 236 e ss. e passim; ID. Risiken des Risikostrafrechts, pp. 47 e ss.; ROTSCH. Individuelle Haftung in Grossunternehmen, pp. 41 e ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ. El moderno derecho penal, pp. 81 e ss., com mais referências; ID. Criminalización en el ámbito previo, pp. 711 e ss.; SANTANA VEGA. Bienes jurídicos colectivos, pp. 165 e ss., coletando argumentos da escola de Frankfurt; SEELMANN. KRITV 92, pp. 452 e ss.; ID. Iuris 94, pp. 271 e ss.; SILVA SÁNCHEZ. La expansión, pp. 26 e ss.; SUÁREZ GONZÁLEZ. Crítica y Justificación del derecho penal, pp. 289 e ss.; WOHLERS. Gefährdungsdelikte, pp. 39 e ss. Os dois trabalhos centrais sobre essa questão são as monografias de HERZOG e PRITTWITZ que desenvolvem certas posições de ALBRECHT e HASSEMER, sobretudo a partir do trabalho deste, em NSTZ 89, pp. 557 e 558, sobre direito penal simbólico e proteção de bens jurídicos (Pena y Estado 91, pp. 33 e 34). Recentemente, expuseram o estado da questão tanto HERZOG (pp. 249 e ss.) como PRITTWITZ (pp. 259 e ss.) numa parte dedicada à Sociedade do Risco e direito penal da obra coletiva Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. Como salienta este autor (p. 267), a obra de HERZOG está dominada por um interesse combativo e a sua por um interesse mais descritivo. Muito crítico de ambos é KUHLEN. GA 94, pp. 357 e ss. Por sua vez, PRITTWITZ respondeu recentemente as críticas de KUHLEN em Crítica y justificación del derecho penal, pp. 265 e ss.

gentes sobre causalidade, culpabilidade e responsabilidade; e 3) Não são objeto de um seguro. Um exemplo paradigmático seria a contaminação do meio ambiente. Vejamos precisamente as seguintes palavras de BECK, em seu livro *Políticas ecológicas en la edad del riesgo*, que resumem perfeitamente sua posição:<sup>16</sup>

*“Pelo menos uma tripla negação separa os macroperigos ecológicos, nucleares, químicos e genéticos dos riscos (subsistentes) da primeira industrialização. Em primeiro lugar, os macroperigos não podem limitar-se nem local, nem temporal, nem socialmente. Portanto, não dizem respeito somente aos produtores ou aos consumidores, mas também (no caso limite) a ‘terceiros não envolvidos’, incluindo os nascituros. Em segundo lugar, não podem ser atribuídos segundo as regras de causalidade, culpa e responsabilidade civil. E em terceiro lugar, não podem ser compensados (irreversibilidade, globalidade) segundo a regra ‘destruição a troco de dinheiro’ e, por conseguinte, representam, neste sentido, uma coerção irremediável para o sentido de segurança do cidadão alarmado. Na mesma medida, fracassa o cálculo de riscos com que a administração de perigos fundamenta a própria racionalidade e a promessa de segurança: os macroperigos tecnológicos-ecológicos aboliram o acidente como tal, ou seja, a base de cálculo de riscos - pelo menos, no sentido de um acontecimento limitado no espaço e no tempo. As consequências estendem-se mais além das fronteiras e das gerações(...). “Riscos’ interpretam-se aqui (em princípio, de forma semelhante à ideia predominante) como inseguranças determináveis e calculáveis que a mesma modernidade industrial produz como consequências secundárias, advertidas ou não, subjacentes a determinadas vantagens e perante as quais reage - ou precisamente não reage – com regulações sociais (...) neste sentido se desenha um consenso à escala internacional nas publicações do âmbito das ciências sociais para distinguir entre: perigos pré-industriais, que não procedem de decisões técnico-econômicas e podem, portanto, ser atribuídos a fatores externos (natureza, deuses), e riscos industriais, que são produto de decisões sociais, que devem ser ponderados de acordo com as van-*

.....  
16 Pp. 130 e ss. Cf. também a primeira parte de *La sociedad del riesgo* (pp. 25 e ss.); *Teoría de la sociedad del riesgo*, pp. 201 e ss.; e *LAU. Soziale Welt* 89, pp. 418 e ss., que tem influído nas progressivas precisões conceituais de BECK.

*tagens oferecidas e analisados, negociados ou, também, atribuídos aos indivíduos em função de regras científicas, jurídicas etc.*

*“O debate atual aponta para outro aspecto central (...) a diferenciação entre riscos (industriais) e a reparação de inseguranças incalculáveis em forma de macroperegrigos do industrialismo tardio. Estes apareceram no plano histórico como consequência de determinadas atuações e, portanto, não podem ser atribuídos a poderes e influências extrassociais, ao tempo que minavam a lógica social do cálculo do risco e de sua prevenção. Esta argumentação coincide com uma (pouco elaborada) diferenciação entre as épocas definidas como ‘culturas pré-industriais’, ‘sociedade industrial’ e ‘sociedade do risco’”.*

O Direito Penal da sociedade do risco não é um conceito dogmático nem representa um conteúdo claro, mas se trata de um *slogan* com o qual se realiza um diagnóstico crítico do Direito Penal atual.<sup>17</sup> Tão pouco a sociologia, em seu âmbito de origem, apresenta contornos claros, mas indica certas tendências da sociedade moderna. Existem diversos modelos sociológicos de explicação ao redor do termo sociedade do risco (por exemplo, o conteúdo que LUHMANN dá ao conceito é distinto do de BECK),<sup>18</sup> embora seja evidente que o que se costuma usar no debate jurídico-penal é um deles: o de BECK. Contudo, isso não esclarece por que razão autores como HASSEMER, HERZOG, KARGL ou PRITTWITZ têm dado um conteúdo ao termo sociedade do risco muito mais amplo que o que consta na formulação original de BECK.

Na realidade, no âmbito do Instituto de Ciências Criminais de Frankfurt não se tem pretendido qualificar globalmente todo o direito penal como um direito penal do risco. Não se tem feito mais que descrever uma tendência que apresentam al-

.....  
17 Assim o reconhecem HERZOG. *Crítica y justificación del derecho penal*, p. 249, e PRITTWITZ. *Crítica y justificación del derecho penal*, pp. 264 e ss. Em profundidade, de forma mais certa, KUHLEN. *GA 94*, pp. 357 e ss., considerando que tem, pelo menos, quatro significados. Também PRITTWITZ. *Risiken des Risikostrafrechts*, pp. 51 e 52 e *Crítica e Justificación do derecho penal*, pp. 264 e ss., teve que reconhecer, face às críticas de KUHLEN, que se trata de um conceito vago e ambíguo, tendo-o definido já desse modo em sua monografia *Strafrecht und Risiko*, pp. 49 e ss. Cf. igualmente ANASTASOPOULOU. *Schutz kollektiver Rechtsgüter*, pp. 236 e 237, HEFENDEHL. *Kollektive Rechtsgüter*, p. 165; MENDOZA BUERGO. *Sociedad del riesgo*, pp. 65 e 66, nota 127; e PAREDES CASTANON. *Derecho penal contemporáneo 2003*, pp. 111 e ss.

18 MENDOZA BUERGO. *Sociedad del riesgo*, p. 24, seguindo a NOYA MIRANDA; PRITTWITZ. *Risiken des Risikostrafrechts*, pp. 51 e 52. Cf. as contribuições sobre BECK e LUHMANN em J. BERIAIN. *Las consecuencias perversas de la modernidad*, com as notas recíprocas entre ambos os autores sobre suas concepções e sobre a perspectiva espanhola desta discussão, BERIAIN. *Revista española de investigaciones sociológicas* 93, pp. 159 e ss., tentando reconhecer ambas as perspectivas. Curiosamente PRITTWITZ. *Crítica y justificación del derecho penal*, p. 261, de forma excepcional, assinala como sua obra é mais influenciada pelo modelo sociológico de LUHMANN que pelo modelo mais politizado de BECK. Sobre a visão do problema por parte dos modelos sociológicos teóricos mais importantes da atualidade, cf. o n° 150 da *Revista de Occidente*, com contribuições, entre outros, de BECK, LUHMANN e GIDDENS e apresentação de RODRÍGUEZ-IBÁÑEZ.

guns âmbitos recém-incorporados ao direito penal em que abundam a proteção de bens jurídicos coletivos e a configuração dos tipos como delitos de perigo abstrato e que, segundo esses autores, se apartam da ideia do (legítimo) direito penal clássico. Na realidade, a referência ao direito penal da sociedade do risco implica um modelo ideal de política criminal que seria conceitualmente oposto ao modelo político-criminal do Estado Liberal (modelo que não corresponde a uma descrição histórica, mas a um modelo conceitual ideal<sup>19</sup>), ou seja, trata-se de uma argumentação, movida em um metaplano conceitual, segundo o qual se descarta como direito penal do risco ilegítimo todo o modelo político-criminal que não se adegue aos pressupostos teóricos particulares da escola de Frankfurt.

Através da referência ao direito penal do risco, junto com a denúncia da instrumentalização eleitoral ou partidária do direito penal face a normas simbólicas,<sup>20</sup>

19 Assim, por exemplo, em HASSEMER e MUNOZ CONDE. Responsabilidad por el producto, pp. 18 e 19 (igual ZRP 92, p. 379, e ADP 92, p. 237), fica claro como “embora usando o termo ‘clássico’, se expressa que o objeto designado está na tradição da filosofia política do Iluminismo; nem no direito penal, nem em nenhum outro lugar se esgota o termo ‘clássico’ em um determinado tempo ou em referência a um número limitado de objetos. O ‘clássico’ é também um ideal, uma aspiração pela qual se mede para onde devemos ir, quais são os passos necessários para seguir o bom caminho e evitar o mau e quais são os que há que retroceder antes de chegar às proximidades da meta. Como qualquer outra realização de uma ideia, o clássico não é um tempo real ou um conjunto efetivo de objetos que possa delimitar-se historicamente”. Há que ter em conta que o artigo de ZRP 92, que coincide essencialmente com a primeira parte da sua monografia sobre Responsabilidad por el producto, representa o manifesto programático de HASSEMER sobre sua forma de entender a política criminal ou a política penal. Com sua referência a um modelo de direito penal moderno, HASSEMER pretende desenvolver uma teoria da política penal que se oponha às evoluções que caracterizam as modernas sociedades ocidentais e que, seguindo uma linha da filosofia social alemã (MAX WEBER. Teoría Crítica de la escuela filosófica de Frankfurt etc.), entende basear-se em uma racionalidade anti-ilustrada e antiliberal. HERZOG. Crítica e justificación do direito penal, p. 249, assinala como “o direito penal do risco caracteriza, assim, um sintoma de decadência do direito penal na perspectiva de um conceito kantiano de injusto e de direito penal; é adequado como campo de prova para o significado crítico-sistêmico e transcendente da teoria do bem jurídico; vale como exemplo paradigmático da instrumentalização do direito penal através da política e a utilização simbólica ou o abuso das leis, pode promover a exigência generalizada de uma maior atenção às alternativas ao direito penal em seus notórios déficits de execução - em resumo: o direito penal do risco é menos um conceito jurídico-penal dogmático do que uma categoria de diagnóstico do tempo de um ponto de vista crítico-cultural”. PRITTWITZ. Crítica y justificación del derecho penal, refere que, ainda que anteriormente não o tivesse formulado expressamente, de fato sua obra sobre direito penal e sociedade do risco “pretende conformar as bases de uma teoria crítica do moderno desenvolvimento do direito penal” (p. 261) e define “o direito penal da sociedade do risco como conceito-chave de uma teoria crítica do moderno desenvolvimento do direito penal” (pp. 264 e ss.). Cf. SCHÜNEMANN. Alle Strafrechtsstrukturen, p. 19 (Temas atuais, p. 53).

20 Sobre o direito penal simbólico ou a funcionalização política do direito penal: ALBRECHT. Kriminologie, pp. 74 e ss.; ANASTASOPOULOU. Schutz kollektiver Rechtsgüter, pp. 224 e ss.; BARATTA. Pena y Estado, pp. 52 e ss.; BUSTOS RAMÍREZ. Pena y Estado, pp. 101 e ss.; CANCIO MELIÁ. Conferencias, pp. 5 e ss.; ID. Derecho penal del enemigo, pp. 65 e ss.; CUELLO CONTRERAS. PG, II-23 e 24; DÍAZ PITA e FARALDO CABANA. RDPP 2002, pp. 119 e ss.; DÍEZ RIPOLLÉS. Claves de razón práctica 1988, pp. 50 e 51; FREHSEE. Fehlfunktionen des Strafrechts, pp. 19 e ss.; GARCÍA-PABLOS. PG, pp. 188 e ss.; GRACIA MARTÍN. Prolegómenos, pp. 146 e ss.; HASSEMER. NSTZ 89, pp. 553 e ss. (Pena y Estado, pp. 25 e ss.), recolhendo os antecedentes de uma problemática para a qual ele tem contribuído de forma decisiva, conferindo-lhe seu aspecto atual desde os finais dos anos oitenta; ID. AP 93, p. 642; ID. Roxin-FS, pp. 1002 e ss., moderando sua posição anterior em pp. 1010 e ss., em função das críticas que tem recebido; HEFENDEHL. Kollektive Rechtsgüter, pp. 179 e ss.; HESEL. Untersuchungen, pp. 377 e ss.; HILGENDORF. Strafrechtliche Produzentenhaftung, pp. 50 e ss.; KUBINK. Strafen, pp. 632 e ss., em especial 647 e ss., com ulteriores referências; LUZÓN PENA. Modernas Tendencias, pp. 131 e ss.; MUNOZ LORENTE. RDPP 2001, pp. 177 e ss.; PRITTWITZ. Strafrecht und Risiko, pp. 237 e ss., 253 e ss.; RADTKE. MK, antes de 38-6, com ulteriores referências; ROTSCH. Individuelle Haftung in Grossunternehmen, pp. 64 e ss.; ROXIN. PG, 2-37 e ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ. El moderno derecho penal, pp. 96 e ss.; SEELMANN. KRITV 92, pp. 460 e ss.; SILVA SÁNCHEZ. Aproximación, pp. 304 e ss.; TERRADILLOS BASOCO. Función simbólica, pp. 10 e 11; básico VOSS. Symbolische Gesetzgebung, pp. I e ss., em uma monografia pioneira (que continua certas posições de NOLL), com grande influência em HASSEMER, distinguindo quatro grupos de casos nos quais as normas se mostram como simbólicas porque carecem de efeitos sociais reais (pp. 25 e ss): reconhecimento de valores, leis com caráter de proclamação moral, leis substitutivas de outro tipo de reações (leis-álbis ou leis em situações de crise) e leis de compromisso; WOHLERS. Gefährungsdelikte, pp. 119 e ss., em sentido crítico para com HASSEMER e a escola de Frankfurt. Em geral, sobre a legislação simbólica, SCHMEHL. ZRP 91, p. 251.

a escola de Frankfurt canaliza suas críticas globais contra o “Direito penal moderno”<sup>21</sup> por sua situação insustentável, ao ter sido configurado mediante bens jurídicos ou normas que não correspondem a um modelo liberal-clássico de delito e por suas tendências intervencionistas e expansionistas. Segundo estes autores, o direito penal característico dos Estados europeus ocidentais apresenta um perfil insustentável devido às suas características antiliberais e anti-ilustradas.<sup>22</sup> A partir deste diagnóstico preconiza-se a volta a um direito penal liberal tradicional característico da Ilustração e das revoluções burguesas,<sup>23</sup> que alguns destes autores têm mitificado<sup>24</sup> (Direito garantista, protetor de bens altamente pessoais e do patrimônio) porque não o ligam a um determinado contexto histórico ou sociológico.

Com mais ou menos nuances, a denominada escola de Frankfurt considera que o novo Direito Penal representa as seguintes características negativas, que devem ser rechaçadas:<sup>25</sup>

I. Trata-se de um direito penal expansivo. À título exemplificativo, segundo esta escola, o direito penal recente se caracteriza por criar novos bens jurídicos que normalmente têm um perfil vago ou pouco conciso, ou que estão definidos,

.....

21 HASSEMER. Roxin-FS, p. 1005. Sobre as características deste “moderno direito penal” na obra de HASSEMER e NAUCKE, cf. as monografias de HESEL. Untersuchungen, pp. I e ss., 330 e ss. e passim e WOHLERS. Gefährungsdelikte, pp. 33 e ss.

22 ALBRECHT. La insostenible situación, pp. 471 e ss.; ID. KRITV 93, pp. 163 e ss., em especial 166 e ss.; HASSEMER. RP, n° I, pp. 37 e ss.; ID. AP 93, pp. 635 e ss.; ID. Persona, pp. 30 e ss.; HERZOG. Unsicherheit, pp. 65 e ss.; NAUCKE. KRITV 99, pp. 336 e ss., referindo-se a um direito penal pós-preventivo alheio aos fundamentos do Estado de Direito; PRITTWITZ. Strafrecht und Risiko, pp. 245 e ss. Paradigmático desta perspectiva é o livro editado pelo Instituto de Ciências Criminais de Frankfurt intitulado La insostenible situación del derecho penal. Neste livro há uma frase de NAUCKE (p. 549) que deixa claro o espírito de toda a obra: “O direito penal ficou em uma situação insustentável; já nasceu algo diferente do direito penal, porém não é em absoluto melhor do que o direito penal”. As perspectivas destes autores podem ser apreciadas, também, em outras obras coletivas: Irrwege der Strafgesetzgebung und Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe.

23 Cf., por todos, HASSEMER. Strafen im Rechtsstaat, pp. 76 e ss. Um exemplo concreto de como esse direito penal liberal é utilizado para criticar tipos penais concretos, como a fraude de subvenções, ou os delitos contra o meio ambiente, pode-se encontrar no desenvolvimento dos argumentos de HASSEMER por HERZOG. Unsicherheit, pp. 140, 152, 154 e ss. Sobre os fundamentos deste direito penal clássico na obra de HASSEMER e NAUCKE, v. WOHLERS. Gefährungsdelikte, pp. 31 e 32. NAUCKE. Prólogo a Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, parte da ideia de que foi a época da Ilustração (no século XVIII) que modernizou, secularizou, estatalizou, racionalizou, precisou e humanizou de forma decisiva o direito penal.

24 Esta se tem convertido em uma das críticas clássicas a esta escola. SILVA SÁNCHEZ. La expansión, p. 149: “o direito penal liberal que certos autores pretendem reconstruir agora, nunca existiu como tal (...) a verdadeira imagem do direito penal do século XIX não é, pois, a que alguns pretendem desenhar em nossos dias”. Sobre dita crítica, cf. RAMOS VÁZQUEZ. Nuevos retos, pp. 78 e ss., nota 22. Trata-se, sem dúvida, de uma crítica desfocada, já que HASSEMER e sua gente não se referem, como assinala, a modelos históricos reais, mas a modelos ideais ou teóricos. Minha referência no texto não é a mitificação do modelo histórico, mas do modelo teórico. O próprio NAUCKE. Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, pp. 20 e 21, em seus estudos sobre a história do direito penal, deixa claro como esse modelo ilustrado de que fala a escola de Frankfurt não é compatível com o modelo político-criminal de BECCARIA, qualificando-o, inclusive, como fundador do direito penal econômico. Reflete os problemas da concepção do direito penal que tem sua origem na ilustrada Revolução Francesa (pp. 368,374).

25 Cf., por diversos lugares, ALBRECHT. Kriminologie, pp. 70 e ss.; e HASSEMER. Responsabilidad por el producto, pp. 26 e 27, Schlüchter-GS, pp. 144 e 145, salientando que se trata de características irreparáveis do direito penal mais recente, e Roxin-FS, pp. 1007 e 1008.

somente, com traços largos, por antecipar a proteção dos bens jurídicos que se podem definir como clássicos,<sup>26</sup> ou por renunciar às exigências da censurabilidade. A crítica dos frankfurtianos centra-se, na parte especial, sobretudo nos delitos de perigo abstrato como paradigma ou figura mais representativa deste moderno direito penal;<sup>27</sup>

II. Os comportamentos passam a ser criminalizados não porque são socialmente inadequados, mas para que passem a sê-lo.<sup>28</sup> Em lugar de resposta e retribuição, a ênfase está na prevenção de futuras perturbações de grande magnitude.<sup>29</sup> “Não se trata de compensar a injustiça, mas de prevenir o dano; não se trata de castigar, mas de controlar; não se trata de retribuir, mas de produzir segurança; não se trata do passado, mas do futuro”.<sup>30</sup> O direito penal é utilizado como instrumento de transformação social através da funcionalização dos bens jurídicos (criando novos bens jurídicos distintos dos tradicionais). HASSEMER define essa dinâmica como direcionismo, que contribui para o expansionismo do moderno direito penal. Junto ao direito penal clássico, caracterizado por proteger as lesões a bens pessoais mais importantes, estes autores consideram que tem surgido um direito penal qualitativamente distinto relacionado não com a proteção de bens jurídicos pessoais, mas com a condução de grandes processos sociais;

III. Trata-se de um direito penal principalmente preventivo orientado à redução de riscos e a uma intervenção que proporcione segurança. Segundo esses autores, a política criminal se tem convertido em política de segurança (interior).<sup>31</sup> Não se trata unicamente de castigar, mas de incutir confiança na coletividade ou tranquilizá-la. Desta maneira, transita-se da penalização ou repressão pontual de lesões concretas a bens jurídicos para a prevenção em grande escala

.....  
26 Cf., por todos, as monografias sobre esta discussão político-criminal de MENDOZA BUERGO. *Sociedad del riesgo*, pp. 68 e ss. (resumo em ADP 99, pp. 293 e ss.) e SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ. *El moderno derecho penal*, passim.

27 Paradigmático HERZOG. *Unsicherheit*, passim, que dedica a primeira parte de sua monografia a uma revisão crítica do direito penal do perigo (abstrato). Uma exposição desta questão em MENDOZA BUERGO. *Sociedad del riesgo*, pp. 78 e ss. (resumo em ADP 99, pp. 296 e ss.) Em sentido contrário a essas críticas, cf., especialmente, SCHÜNEMANN. *GA 95*, pp. 210 e ss. (ADP 9, pp. 197 e ss.).

28 PRITTWITZ. *Risiken des Risikostrafrechts*, p. 54.

29 Em profundidade, HASSEMER. *Strafen im Rechtsstaat*, pp. 82 e 83, 277 e ss.; *Strafrechtsprobleme*, p. 21 e Schlüchter-GS, pp. 148 e ss. No mesmo sentido, PRITTWITZ. *Crítica y justificación del derecho penal*, p. 262, ressaltando que isto sucede sobretudo em âmbitos como os delitos contra o meio ambiente ou econômicos.

30 *Responsabilidad por el producto*, p. 46.

31 Paradigmático HASSEMER. *Strafen im Rechtsstaat*, pp. 248 e ss. De acordo, BLOY. *Fragmentarisches Strafrecht*, pp. 23 e ss.

de situações problemáticas.<sup>32</sup> As críticas passam a centrar-se no conceito de segurança, entendido num sentido sociopsicológico, que se tem autonomizado como necessidade social ou bem jurídico.<sup>33</sup> O direito penal serve para prevenir ou controlar que os riscos se mantenham dentro dos seus limites. Segundo esta escola, o direito penal deixa de ser um instrumento de reação frente a lesões graves a bens jurídicos individuais para transformar-se em instrumento de uma política de segurança. Pretende-se que os problemas sistêmicos, que, segundo esses autores, não podem ser adequadamente resolvidos pelo direito penal, sejam imputados a um responsável individual.<sup>34</sup> Nas palavras de HASSEMER,<sup>35</sup> o moderno direito penal “abandona o invólucro liberal em que ainda se tratava de assegurar um ‘mínimo ético’ e se torna um instrumento de controle dos grandes problemas sociais ou estatais”. Com os delitos de perigo abstrato que caracterizam o moderno direito penal, criam-se delitos de desobediência e desaparecem as fronteiras entre a natureza repressiva e a reativa do direito penal e a função preventiva e proativa da polícia, ou seja, confundem-se as funções características do direito penal e as do direito administrativo;

IV. Este novo direito penal levanta sérias objeções político-criminais na medida em que os problemas se mantêm sem solução, enquanto o perfil de um direito penal próprio de um Estado liberal vai desaparecendo em prol de um perfil de Estado de segurança. Trata-se de penalizações de carácter formal, mas que não são efetivas e que representam uma tendência a operar como controle social de forma mais simbólica do que coerciva ou instrumental. Em relação a este problema, tem ganho projeção a expressão “direito penal simbólico”, utilizada em sentido pejorativo como característica do direito penal moderno. Este oferece cada vez mais antídotos sociais que não são reais, mas meramente simbólicos

.....  
32 A origem desta linha crítica se encontra em HASSEMER. NSTZ 89, p. 557 (Pena y Estado, p. 34), e Einführung, pp. 275 e 276. Desenvolve ditas posições PRITTWITZ. Strafrecht und Risiko, pp. 245 e ss. Sobre a origem destas posições em ALBRECHT e HASSEMER, v. ANASTASOPOULOU. Schutz kollektiver Rechtsgüter, pp. 221 e 222, e HILGENDORF. Strafrechtliche Produzentenhaftung, pp. 40 e ss.

33 ALBRECHT. La insostenible situación, p. 474; HERZOG. Unsicherheit, pp. 50 e ss. e passim; PRITTWITZ. Strafrecht und Risiko, pp. 255, 257 e 258.

34 Paradigmático MÜLLER-TUCKFELD. Ensayo, pp. 521 e ss., a respeito do meio ambiente, conclui afirmando que “o problema central de uma ciência crítica do direito penal não deveria ser os déficits de execução no âmbito do direito penal ambiental, mas a peculiar imputação de problemas sistêmicos a sujeitos individuais”. Em um sentido similar: ALBRECHT. KRITV 88, pp. 191 e ss., 198 e ss.; ID. Kriminologie, pp. 78 e 79; HERZOG. Unsicherheit, pp. 114 e ss., referindo-se à contaminação de águas; ID. Modernes Strafrecht, pp. 106 e 107; numa perspectiva mais geral, PRITTWITZ. Risiken des Risikostrafrechts, pp. 61 e 62, centrando-se também no meio ambiente; WOHLERS. Gefährungsdelikte, pp. 45 e 46, expondo as contribuições da escola de Frankfurt referidas ao que seus membros denominam “Direito penal moderno”.

35 NSTZ 89, p. 558 (Pena y Estado, p. 34). No mesmo sentido, Roxin-FS, p. 1005.

ou virtuais. Segundo HASSEMER,<sup>36</sup> existe um “aumento crescente de amplos setores do direito penal com uma eficácia puramente simbólica: quando os efeitos reais e afirmados não são esperados, o legislador obtém, pelo menos, o ganho político de ter respondido aos medos sociais e às catástrofes de grandes proporções com prontidão e com os meios mais radicais que são os jurídico-penais”. O direito penal passa a cumprir funções que não pode cumprir e isso afeta a sua efetividade a médio prazo (é muito cara a este setor da doutrina a expressão “o direito penal do perigo põe em perigo o direito penal”<sup>37</sup>);

V. O novo direito penal do risco não somente restringe garantias político-criminais clássicas, mas também corrói as garantias processuais.

Basicamente, esta escola denuncia a funcionalização social do direito penal, plasmada na crescente criação de bens jurídicos abstratos sem referente individual e na abstração da proteção de bens jurídicos clássicos mediante delitos de perigo. Além disso, denuncia a funcionalização política através da configuração de um direito penal simbólico que não cumpre os fins legítimos do direito penal.

## 2 - OBSERVAÇÕES CRÍTICAS AO DENOMINADO “DIREITO PENAL DO RISCO” COMO CRITÉRIO POLÍTICO-CRIMINAL. UMA DIATRIBE CONTRA O MODELO DA ESCOLA DE FRANKFURT

O direito penal não pode evitar as novas características das sociedades contemporâneas se quer cumprir suas funções sociais. O descobrimento de certas características dos sistemas sociais, como sociedade do risco, obriga a uma nova política criminal que complemente a criminalização clássica. Se é possível deduzir alguma ideia evidente dos trabalhos de BECK, com os quais pretende dar voz de alarme, é que as inseguranças da população não são irracionais – acaba-se com uma menor sensação de segurança após a leitura de suas obras – e que não se pode deixar nas mãos da tecnocracia e das administrações todas as decisões sobre os níveis aceitáveis de segurança. A sociedade do risco começa a configurar-se como tal quando os sistemas de normas sociais e jurídicas de provisão e as instituições de controle e proteção da sociedade industrial falham quanto à segurança prometida ante os perigos desencadeados por determinadas decisões (o conceito de risco é vinculado às decisões – sejam ou .....

36 Persona, p. 90.

37 Analisa, em profundidade, o alcance deste lema ANASTASOPOULOU. Schutz kollektiver Rechtsgüter, pp. 224 e ss.

não conscientes de seu alcance). Neste diapasão, não é estranho que se tenha proposto como conceito alternativo à sociedade do risco o de sociedade desconcertada por seus riscos. Os novos riscos das sociedades modernas (químicos, nucleares, genéticos etc.) devem ser combatidos juridicamente com uma maior intervenção, não significando a intervenção preferencial de outros ramos do direito que não sobre um espaço, ainda que residual, para que o direito penal cumpra suas funções específicas.<sup>38</sup> Trata-se de riscos estruturais, que não são perigos naturais, mas dependem de decisões e ações humanas e, por isso, são susceptíveis de gerar responsabilidade jurídica e, inclusive, em última instância, jurídico-penal.<sup>39</sup> Esses riscos contêm um enorme potencial lesivo que não é buscado e que obriga o desenvolvimento de novas formas de controle. Se algo é evidente, é que o direito penal criado para estabilizar as sociedades industriais, que teve sua origem no século XIX, já não é válido quando esse modelo entra em crise, como demonstra uma leitura da obra de BECK. Se o paradigma social mudou, como têm tentado fazer ver as ciências sociais, e a sociedade vigente já não corresponde ao modelo de sociedade industrial, conseqüentemente, o direito penal terá que acompanhar essa mudança de paradigma. Se as características da sociedade atual como sociedade do risco obrigam a mudar as estratégias preventivas públicas ou estatais,<sup>40</sup> modificando o perfil dos Estados modernos, o direito penal não se pode manter impassível diante essa dinâmica evolutiva, mas, ao revés, tem que processá-la internamente de acordo com seus fins e funções. Não se trata de decidir simplesmente se a pena deve resolver as novas necessidades que levanta a configuração da sociedade como sociedade do risco, mas de determinar o papel que deve cumprir a pena dentro do conjunto de medidas jurídicas (preventivas, sancionatórias etc.) que deve adotar o Estado para resolver os novos conflitos sociais das sociedades atuais.

.....

38 Neste sentido, tremendamente moderno um autor clássico como STRATENWERTH. *Krise der Industriegesellschaft*, passim, e *ZSTW* 105, pp. 687 e 688 (continua ratificando sua posição em STRATENWERTH e KUHLEN. *PG*, 2-10 e 11 e Lüderssen-FS, pp. 373 e ss.). Ante a importância destes trabalhos de STRATENWERTH, as respostas de Frankfurt não tardaram muito a chegar: PRITTWITZ. *Risiken des Risikostrafrechts*, pp. 47 e ss., e *Crítica y justificación del derecho penal*, pp. 268 e ss. Também críticos para com STRATENWERTH são HIRSCH. *Neue Strafrechtsentwicklungen*, pp. 15 e ss., 28 e 29, e KRÜGER. *Rechtsgutsbegriff*, pp. 100 e ss. STRATENWERTH respondeu às críticas de KÖHLER em E. A. Wolff-FS, pp. 495 e ss. Sobre a discussão na doutrina alemã em torno das propostas de STRATENWERTH, cf. FRISCH. *Rechtsgutstheorie*, p. 237, nota 110, com amplas referências. Na doutrina portuguesa, FIGUEIREDO DIAS. *PG*, pp. 142 e 143, § 68, apoia no essencial o projeto modernizador do direito penal de STRATENWERTH, ainda que com algumas diferenças.

39 FIGUEIREDO DIAS. *PG*, pp. 126 e ss., § 44 e ss.; HEFENDEHL. *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 171 e 172; KINDHÄUSER. *Universitas* 92, pp. 227 e ss.; LÜBBE. *Verantwortung*, pp. 11 e ss., 25 e ss. e passim.

40 Sobre as diversas dimensões do problema das políticas de segurança na sociedade do risco, com uma parte dedicada à política criminal, cf. DAAGRA, DOMINGUEZ, GARCÍAAMADO, HEBBERECHT e RECASENS (edits.). *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*.

Por outro lado, os cidadãos consideram o Estado seu protetor e, neste sentido, demandam novos tipos de intervenção frente aos novos problemas sociais,<sup>41</sup> sobretudo frente aos riscos para bens jurídicos básicos gerados pelo grande capital, ao qual só o Estado pode fazer frente. Formulado em termos gráficos, somente o Estado pode salvar-nos dos efeitos perversos (que não têm de ser intencionais, mas que, na realidade, são efeitos colaterais) da atividade econômica de grandes empresas e multinacionais. Entre os diversos instrumentos jurídicos que podem ser utilizados, não há razão para negar, de partida, que há um papel - ainda que deva ser residual e pequeno - para as normas penais e a pena.

Como tem salientado um abundante setor doutrinário que se opõe à escola de Frankfurt, esta pretende desenvolver um direito penal disfuncional pensado para contextos históricos completamente distintos. Prefiro pensar que se trata de um direito penal disfuncional porque seu modelo penal está desvinculado do contexto histórico-social. Na realidade, autores como HASSEMER ou NAUCKE não estão defendendo um modelo que tenha existido historicamente, mas o desvio que a nova política criminal protagoniza perante o que entendem ser os postulados do direito penal liberal e ilustrado, que iniciou o novo programa de direito penal moderno e que consideram estar sendo traído. O movimento da Ilustração estaria sendo vencido pelos imperativos funcionais e sistêmicos das sociedades modernas (a dialética do moderno<sup>42</sup>). Pretende-se, com um idealismo ingênuo, acomodar a sociedade existente a um modelo de sociedade ideal, traçando como meta o retorno a um direito penal liberal ideal (como modelo de direito penal clássico) que nunca existiu e que, desde logo, na atualidade, seria completamente disfuncional. Como tem asseverado SILVA SÁNCHEZ,<sup>43</sup> este idealismo minimalista parte da ideia errônea “de negar a relevância de alguns dos problemas reais (ou vividos como reais) que surgem nas sociedades complexas”. O principal problema do modelo político-criminal frankfurtiano é que conduz a críticas demasiadamente globais que pecam por sua generalidade.

Tendo em conta as características dos Estados Modernos, é inapropriado harmonizar um direito penal minimalista com um Estado máximo que já não

.....  
41 FEIJOO SÁNCHEZ. Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid 2001, pp. 65 e 66; GÓMEZ MARTÍN, Política Criminal, p. 77 e passim.

42 HASSEMER. Responsabilidad por el producto, pp. 22 e ss., ainda que saliente, curiosamente, com razão, que “o direito penal moderno não faz outra coisa senão levar às últimas consequências os critérios do direito penal clássico da Ilustração”. Nesta feita, a deslegitimação da evolução resulta difícil de acordo com os próprios postulados de HASSEMER.

43 Retos Científicos, p. 115.

corresponde à concepção liberal.<sup>44</sup> “Parece razoável pensar que um direito penal mínimo só se pode gerar no quadro de um Estado mínimo”.<sup>45</sup> Também não pode existir um puro e ideal direito penal liberal característico de sociedades pré-industriais em um Estado pós-industrial que, desde logo, já não se pode definir exclusivamente por suas características liberais. O direito penal não se pode definir independentemente da forma, da problemática e das características de sua sociedade. De acordo com o que foi dito, o direito penal, como instrumento de controle social de uma determinada sociedade, não pode ser impermeável nem às novas situações que os avanços técnicos vão configurando, nem à existência de interesses coletivos relacionados com o papel social e intervencionista do Estado. Precisamente, uma das poucas funções que podem cumprir os Estados modernos é configurar e proteger interesses públicos supraindividuais (especialmente perante subsistemas sociais tão poderosos como o mercado). Não se pode definir, conseqüentemente, o que é o direito penal mínimo independentemente das características da sociedade em que o direito penal tem que cumprir suas funções, já que os elementos e necessidades sociais essenciais são distintos em cada ordem social.

No atual contexto sociológico, o direito penal não pode ignorar o maior papel intervencionista do Estado. É lógico que os novos processos de criminalização tenham a ver, em muitos casos, com âmbitos previamente regulados por uma ordem primária que intenta regular um problema ou subsistema social. Destas novas intervenções ou políticas jurídicas, deriva-se a necessidade de que o direito penal intervenha nos casos mais graves.<sup>46</sup> O ordenamento penal tem de ser necessariamente ancorado por uma maior e qualitativamente nova juridificação dos problemas sociais, diferente, portanto, da que sucedia no passado. A evolução do direito penal, em muitos casos, não é uma evolução isolada, mas se encontra em linha com a evolução material do direito em seu conjunto como subsistema social, por isso que não é possível desvincular a evolução do direito penal de determinadas evoluções das sociedades modernas e do papel que vem desempenhando o direito nas evoluções mais recentes do Estado social (como organização que pretende domar os efeitos perversos do capitalismo em todas

44 Em profundidade, GRACIA MARTÍN. Prolegómenos, pp. 51 e ss.

45 SILVA SÁNCHEZ. La expansión, p. 56, nota 118.

46 FRISCH. Rechtsgutstheorie, pp. 219 e ss., muito próximas das reflexões do texto; LAGODNY. Grundrechte, p. 540, recuperando um velho e interessante trabalho de MERKEL sobre a ascensão e o declínio do direito penal, assinala como o direito penal se expande e aumenta quando surgem novas instituições e novos deveres.

as suas dimensões).<sup>47</sup> Por isso, se é verdade que o direito penal tem características peculiares e não desempenha uma mera função de respaldo das normas do ordenamento primário, o que necessita uma análise político-criminal na atualidade, não se trata de uma desqualificação global do processo de funcionalização social do direito penal, mas do desenvolvimento de critérios que permitam delimitar em que casos é ilegítima a intervenção do direito penal para proteger novas funções políticas ou modelos organizativos do Estado.

Diferentemente do que sustenta a denominada escola de Frankfurt, não tem sentido deslegitimar todas as normas penais que tenham a ver com as novas características sociais como uma desvirtuação do autêntico direito penal, mas denunciar as situações concretas em que se está fazendo um uso ilegítimo da pena. A referência sem mais a normas que não pertencem ao modelo ideal de direito penal clássico, mas ao moderno direito penal ou ao direito penal característico da sociedade do risco, não serve, por si só, para identificar os processos de criminalização patológicos. O ideal ilustrado, que definiu o delito exclusivamente em função da importância de sua lesividade social, levava implícita a funcionalização do direito penal pelo sistema social, contudo, no século XVIII, as necessidades sociais eram distintas das do século XXI. Portanto, a referência ao direito penal do risco como um marco de legitimidade é um critério demasiadamente vago e impreciso pela generalização que implica. O direito penal pode atender às novas necessidades sociais sempre que não se desvirtuem ou desnaturalizem suas funções, bem como o papel que deve desempenhar legitimamente a pena estatal. Isso obriga a levar a cabo análises político-criminais mais detalhadas do que a desqualificação global que caracteriza o que se tem denominado de o “discurso da resistência”.

O defeito essencial do modelo de autores como HASSEMER é que provoca rejeição total de determinados processos de criminalização que não têm que ser globalmente rechaçados, senão somente em algumas de suas concretas manifestações. Os delitos de perigo abstrato e os bens jurídicos universais não são, à partida, ilegítimos, porém, criam-se novos delitos de perigo abstrato ou protegem-se bens jurídicos coletivos que são ilegítimos. Por isso, existe, na atualidade, um amplo acordo na doutrina de que, em uma linha distinta da marcada

.....  
<sup>47</sup> Cf. a interessantíssima exposição de ESTEVE PARDO. Técnica, riesgo y derecho, pp. 48 e ss., 77 e ss., e passim. Sobre a mudança das tarefas do Estado ante os novos problemas sociais, PRIETO NAVARRO. Sociedad del riesgo, pp. 37 e 38, com ulteriores referências.

por Frankfurt,<sup>48</sup> é preciso abandonar a crítica global e retornar a uma análise dogmática e uma crítica político-criminal com maior detalhe e concretude<sup>49</sup> que permita ir delimitando as expansões razoáveis do direito penal das irrazoáveis.

## B - A ADMINISTRATIVIZAÇÃO COMO PATOLOGIA

A administrativização do direito penal deve ser tratada como uma patologia que desnaturaliza as características essenciais do direito penal, implicando, portanto, uma utilização ilegítima da pena e das normas que estipulam como consequência jurídica uma pena.

Esta ideia só pode ser compartilhada, desde logo, se se assume como ponto de partida que a forma diversa como cada ramo do ordenamento jurídico cumpre seus fins preventivos determina um ponto de partida qualitativo (ou, se preferir, quantitativo-qualitativo) para a identificação do que não pode ser definido como injusto penal.<sup>50</sup> Nesta linha, minha opinião é de que somente se recorreremos à

48 Cf., por todos, numa perspectiva geral, ROXIN. PG, 2-68 e ss., e La evolución de la Política criminal, pp. 89 e ss., com referências a HIRSCH, KUHLEN, SCHÜNEMANN, SILVA SÁNCHEZ e JAKOBS. Recentemente, no mesmo sentido do texto: ANASTASOPOULOU. Schutz kollektiver Rechtsgüter, pp. 227 e ss., salientando que, embora em alguns pontos a escola de Frankfurt possa ter razão em sua denúncia de fenômenos ilegítimos de expansão, a crítica é excessiva em muitos pontos; CEREZO MIR. RDPC, n° 10, 2002, pp. 54 e ss.; CORCOY BIDASOLO. Delitos de peligro, pp. 183 e ss. e passim; ID. Política criminal, pp. 25 e ss.; CUELLO CONTRERAS. PG, II, 48 e ss., concordando com ROXIN e SCHÜNEMANN, FIGUEIREDO DIAS. PG, p. 131, § 50; HIRSCH. Neue Strafrechtsentwicklungen, pp. 11 e ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. L-H Ruiz Antón, pp. 404 e ss.; HESEL. Untersuchungen, p. 426; HORTAL IBARRA. Seguridad en el trabajo, pp. 43 e ss., contra o que denomina tese minimalista da escola de Frankfurt; KRÜGER. Rechtsgutsbegriff, pp. 119 e ss., com um estudo detalhado dos delitos econômicos, dos delitos contra o meio ambiente, contra a segurança do trânsito e contra a criminalidade organizada, individualizando, tipo por tipo, os problemas de legitimidade (p. 172); LAGODNY. Grundrechte, pp. 519 e 520, estabelecendo critérios político-criminais gerais muito flexíveis e acentuando o decisionismo do legislador na hora de potenciar a liberdade ou a segurança (pp. 540 e 541); PAREDES CASTAÑÓN. RDPC 2003, pp. 128 e ss., centrando-se no direito penal econômico; RODRIGUEZ MONTANÉS. L-H Casabó, pp. 693 e ss., especialmente 709 e ss.; SCHÜNEMANN. Meurer- GS, p. 59, considerando que será possível tipificar delitos de perigo abstrato: 1) Quando o autor não tem a capacidade de controlar a situação ou o desenvolvimento de sua conduta, e 2) Devido à importância e fragilidade do bem jurídico protegido em última instância (peões na via pública, habitantes de uma vivenda incendiada), porém, não no âmbito do direito penal econômico. A melhor monografia contra o modelo político-criminal de HASSEMER e da escola de Frankfurt com sua deslegitimação em bloco dos delitos de perigo abstrato e dos bens jurídicos universais é a de WOHLERS. Gefährungsdelikte, pp. 91 e ss., 221 e ss. (sobre os bens jurídicos coletivos), 281 e ss. (Cap. 7, sobre os limites do direito penal do perigo), 338 e ss. (conclusões). Em direção diametralmente oposta às diversas tentativas de legitimar os delitos de perigo abstrato, ZIESCHANG. Gefährungsdelikte, pp. 349 e ss. Em sentido contrário, a favor desta técnica legislativa e estabelecendo parâmetros genéricos de legitimação, JAKOBS. Sociedad, norma y persona, pp. 43 e ss., que referindo-se aos diagnósticos de HASSEMER, NAUCKE, HERZOG, e PRITTWITZ considera que “se identifica corretamente a linha de evolução, mas a evolução é – pelo menos no momento atual - irreversível”. Perante a ideia dos autores anteriores, de defesa de um direito penal de segurança dos bens necessários para as sociedades atuais, JAKOBS defende a segurança de expectativas essenciais. Como salientou MENDOZA BUERGO. Sociedad del riesgo, p. 62, em nossa doutrina, apesar de ser crítica da doutrina dominante, “a posição mais difundida é a que diz advogar uma solução intermédia que, sem renunciar aos princípios garantistas do direito penal do Estado de Direito, procure se adaptar às novas exigências com novas técnicas ou através de um maior uso das já conhecidas”. Sobre o estado da questão e as diversas posições doutrinárias, DIEZ RIPOLLÉS: L-H Rodríguez Mourullo, pp. 269 e ss.

49 SCHÜNEMANN. Alte Strafrechtsstrukturen, p. 29 (Temas actuales, p. 62) (“O juízo sobre a categoria moderna dos delitos econômicos e contra o meio ambiente resulta muito mais diferenciado que o que poderia fazer crer a crítica global frankfurtiana”). Responde a estas críticas de SCHÜNEMANN, PRITTWITZ. Visionen, pp. 291 e ss.

50 GARCÍA CAVERO. Derecho penal económico, pp. 70 e ss.; KINDHÄUSER. Legitimidad de los delitos de peligro abstracto, p. 441; WOLFF. Strafrechtspolitik, pp. 214 e ss. A favor de uma distinção qualitativa: AMELUNG. Rechtsgüterschutz, pp. 291 e ss.; KÖHLER. PG, pp. 33 e ss., na linha de WOLFF, SILVA SÁNCHEZ. La expansión, pp. 125 e 126, TORIO. Injusto penal e injusto administrativo, pp. 2536 e ss.

ideia de que a pena apenas pode prevenir a lesão da vigência da norma através da retribuição de um fato concreto o qual se possa definir como injusto que encerra uma lesividade social merecedora da pena, podemos encontrar algum tipo de limite a estes processos patológicos que preocupam a doutrina. Se partirmos da ideia de que existem diferenças estruturais entre os ordenamentos administrativo e penal, isso terá incidência em uma teoria sobre a forma diferenciada como ambos os ordenamentos protegem bens jurídicos (já que, do ponto de vista da proteção de bens, só cabem diferenças quantitativas).

Nesta linha, a sanção de uma conduta a realizar algo que, simplesmente, é estatisticamente perigoso, mas que, no caso concreto, não supõe uma organização defeituosa para outro âmbito de organização,<sup>51</sup> apenas pode canalizar-se através do direito administrativo. Ou seja, quando se trata somente de manter a vigência formal de normas as quais, estatisticamente, se comprovam que são úteis para a prevenção de lesões de bens jurídicos, não cabe intervir com penas. A periculosidade estatística representa, sem dúvida, uma fundamentação suficiente para criar normas que desvalorem esse tipo de condutas, mas não serve para fundamentar a intervenção do direito penal com penas frente aos cidadãos concretos. O injusto penal tem que ir mais além da mera desobediência administrativa e implicar um *plus* que justifique a pena. A velha questão, colocada desde BINDING, de até onde seria possível abstrair legitimamente da proteção jurídico-penal de bens jurídicos pode-se resolver em linhas gerais da seguinte maneira: o limite finda até onde não se possa encontrar mais do que uma proteção estatística. Os delitos de perigo abstrato devem tipificar organizações inseguras concretas, e não meras organizações estatisticamente inseguras. As normas penais que, por sua redação, impedem que materialmente se possa encontrar a retribuição a um injusto concreto merecedor da pena, enquanto organização defeituosa, carecem de legitimidade. Por exemplo, a condução sob influência de bebidas alcólicas (art. 379, CP) é um tipo legítimo enquanto – como geralmente fazem a doutrina e a jurisprudência – não se castiga somente o superar dos limites estabelecidos pela lei de segurança rodoviária, mas, para além disso, que essas cifras se utilizem como indício de que o condutor carecia de uma capacidade mínima para controlar seu veículo (seu âmbito de organização perigoso). Este limite inicial vinculado à estrutura da pena pode ser complementado, desde logo, com outros critérios de necessidade ou oportunidade para estabelecer ulte-

.....  
51 Sobre o perigo abstrato como organização insegura, FEIJÓO SÁNCHEZ. L-H Rodríguez Mourullo, pp. 330 e ss.

riores limitações político-criminais. Nesta linha argumentativa, podem-se integrar discursivamente as opiniões de SILVA SANCHEZ<sup>52</sup> quando expõe como o direito penal “visa proteger bens concretos em casos concretos e segue critérios de lesividade ou periculosidade concreta e de imputação individual de um injusto próprio”, enquanto o direito administrativo sancionatório “visa ordenar, de um modo geral, setores de atividade (reforçar, mediante sanções, um determinado modelo de gestão setorial). Por isso, não tem de seguir critérios de lesividade ou periculosidade concreta, mas antes de afetação geral, estatística; não tem também de ser tão estrito na imputação nem sequer na persecução (regida por critérios de oportunidade e não de legalidade) (...) o direito administrativo sancionatório é o reforço da gestão ordinária da administração. Assim, poderia afirmar-se que é o direito sancionatório de condutas perturbadoras de modelos setoriais de gestão. Seu interesse reside na globalidade do modelo, no setor em sua integridade, e, por isso, tipifica infrações e sanciona desde perspectivas gerais. Não se trata aqui do risco concreto como risco em si mesmo relevante e imputável pessoalmente a um sujeito determinado, mas o que é determinante é a visão macroeconômica e macrossocial (as ‘grandes cifras’; o ‘problema estrutural’ ou ‘sistêmico’).”

Os fins do direito administrativo são estritamente preventivo-instrumentais numa perspectiva social ou global, sem a necessidade de justificar individualmente a lesividade social da conduta (o injusto material). Por isso, as infrações de perigo abstrato são perfeitamente compatíveis com os fins deste ramo do direito sancionatório. Ao revés, a pena só pode cumprir seus fins preventivos através da retribuição de um fato concreto que consiste em uma conduta que, por si mesma, encerra uma lesividade potencial. O direito penal só pode prevenir riscos futuros com base na retribuição de riscos efetivos passados com os quais a sociedade tem que aprender, enquanto ao direito administrativo cabe a prevenção de situações de risco ou de insegurança. Para ser legítima, à pena estatal é vedada a possibilidade de punir um fato que, individualmente considerado, careça de lesividade ou periculosidade para outros âmbitos de organização, isto é, que não seja uma organização defeituosa capaz de afetar, por si mesma, outros âmbitos de organização.

.....  
52 La expansión, p. 125.

Dentro desta linha argumentativa, creio que a justificação de estruturas típicas por acumulação ou adição (III.1) e a referência legitimante ao princípio da precaução (III.2) são dois bons exemplos de processos patológicos (ilegítimos) de administrativização do direito penal que devem ser criticados.

## I - ESTRUTURAS TÍPICAS DE ACUMULAÇÃO<sup>53</sup>

### A - ESTADO DA QUESTÃO

O debate político-criminal sobre as estruturas típicas por acumulação vincula duas questões essenciais: a proteção de bens jurídicos coletivos ou abstratos e a proteção abstrata de bens jurídicos. Como tentarei expor, os denominados delitos cumulativos, ou por acumulação, ou, numa terminologia que prefiro, a tipificação de danos acumulativos é uma técnica de proteção de bens jurídicos coletivos ou supraindividuais que deve pertencer exclusivamente ao direito administrativo. Essa técnica é ilegítima no direito penal na medida em que são imputadas pessoalmente ao apenado consequências de sua ação que, em boa verdade, não são suas (responsabilidade por fatos alheios).

Partindo deste paradigma moderno de legitimação tão decisivo no atual debate político-criminal, o fenômeno dos danos acumulativos aconselharia, para uma melhor e mais eficaz proteção de bens jurídicos coletivos, como o meio ambiente, a tipificação e a punição de condutas inofensivas numa perspectiva individualizada, mas que deixam de o ser numa perspectiva geral. Não se deve confundir, portanto, este modelo de imputação com a autoria acessória. Nesta última, é necessária uma constatação de causalidade (acumulativa) entre comportamento e lesão. No dano cumulativo, por sua vez, não existe tal vinculação causal. SILVA define perfeitamente a essência do problema em relação ao que denomina dano acumulativo ou derivado da repetição: “exime de uma valoração do fato específico, requerendo somente uma valoração acerca de qual seria a transcendência global de um gênero de condutas, se este fosse estimado lícito”.

.....

53 A monografia que dedica um estudo mais extenso a esta questão é a de ANASTASOPOULOU. Schutz kollektiver Rechtsgüter, pp. 3, 151 e ss. e passim, assinalando, com razão, a relevância da questão para analisar a legitimidade dos delitos que protegem bens jurídicos coletivos. Os estudos mais brilhantes em língua espanhola estão em ALCÁCER GUIRAO. ADP 2001, pp. 151 e ss., e SILVA SÁNCHEZ. La expansión, pp. 126 e ss., ambos com ulteriores referências.

A origem do debate atual se encontra sem dúvida em KUHLEN,<sup>54</sup> o qual utilizou a referência à acumulação para explicar e, com isso, legitimar o fundamento do injusto do § 324 do Código Penal Alemão relativo à contaminação de águas, apesar de um precursor desta ideia ter sido LOOS, em um trabalho de 1974 sobre o delito de corrupção, publicado no livro-homenagem a WELZEL<sup>55</sup> com a denominação “delitos de perigo em massa”.<sup>56</sup> Pode admitir-se, em geral, que a discussão atual foi promovida pela obra de KUHLEN, destacando-se na doutrina em língua alemã as contribuições posteriores de HEFENDEHL<sup>57</sup> e WOHLERS<sup>58</sup> (ainda que este tenha introduzido importantes relativizações à utilização legítima da ideia de acumulação como estrutura típica).<sup>59</sup>

A questão dogmática geral das estruturas típicas de acumulação se encontra indissolavelmente unida ao debate moderno sobre a legitimidade e a determi-  
.....

54 GA 86, pp. 401 e ss., e ZSTW 105, pp. 712 e ss. Mostra, na doutrina espanhola, seu acordo com KUHLEN, GRACIA MARTÍN. Prolegómenos, pp. 159 e 160. Pouco antes de KUHLEN, no âmbito anglo-saxão, FEINBERG. Harm to Others, pp. 227 e ss., já tinha definido a legitimidade destes tipos de incriminações. Contra os argumentos de KUHLEN e, em geral, as estruturas típicas por acumulação: ALASTUEY DOBON. El delito de contaminación ambiental, pp. 91 e ss., embora considere que as objeções tradicionais da doutrina não invalidam a tese de KUHLEN; ANASTASOPOULOU. Schutz kollektiver Rechtsgüter, pp. 178 e ss., com ulteriores referências, 312 e ss., 321 e 322; DAXENBERGER. Kumulationseffekte, pp. 65 e ss.; HESEL. Untersuchungen, pp. 241 e ss., 268; KAHLO. Unterlassung, pp. 158 e ss.; KINDHÄUSER. Helmrich-FS, p. 976, nota 21; MENDOZA BUERGO. Delitos de peligro abstracto, pp. 490 e ss., reproduzindo os argumentos contrários a estes delitos de SILVA SÁNCHEZ e da doutrina alemã; ID. Sociedad del riesgo, p. 102, no mesmo sentido; ID. AP 2002-I, p. 326, no mesmo sentido; MÜLLER-TUCKFELD. Ensayo, pp. 511 e ss., 522 e 523; PAREDES CASTANÓN. RDPC 2003, pp. 116, nota 62, 119; ROXIN. PG, 2-82; SCHULZ. Kausalität, p. 84; SEELMANN. NJW 90, p. 1259; SILVA DIAS. ADP 2003, pp. 433 e ss., em especial 454 e ss.; SOTO NAVARRO. Bienes colectivos, p. 185; STERNBERG-LIEBEN, Rechtsgutstheorie, p. 73, salientando que se trata de argumentos válidos para legitimar uma contra-venção, mas não a intervenção do direito penal; YOON. Bestrafung von Unternehmen, pp. 142 e 143; ZACZYK. ZSTW 114, p. 894; ZIESCHANG. Gefährdungsdelikte, pp. 244 e 245, com ulteriores referências. Uma crítica ideológica desta ideia se pode encontrar em HERZOG. Unsicherheit, pp. 114 e ss. A resposta de KUHLEN a HERZOG e PRITTWITZ em GA 94, pp. 362 e 363. Resumem a discussão ANASTASOPOULOU. Schutz kollektiver Rechtsgüter, pp. 178 e ss.; MENDOZA BUERGO. Delitos de peligro abstracto, pp. 61 e ss.; WOHLERS. Gefährdungsdelikte, pp. 143 e ss. Sem se pronunciar claramente a favor ou contra os delitos cumulativos, FRISCH. Rechtsgutstheorie, pp. 235 e ss., com amplas referências.

55 Pp. 891 e ss.

56 Cf. KUHLEN. ZSTW 105, p. 722, nota 123.

57 Kollektive Rechtsgüter, pp. 183 e ss., 384; RECPC 2004, pp. 10 e 11, e Rechtsgutstheorie, p. 131. HEFENDEHL, seguindo KUHLEN, considera que se trata de uma estrutura delitiva adequada para manter as contribuições da teoria do bem jurídico no âmbito dos delitos contra bens jurídicos coletivos (delitos contra o meio ambiente, contra a Administração Pública, contra a Administração de Justiça, falsificação de moeda). Consideram convincentes os argumentos de HEFENDEHL, FIGUEIREDO DIAS. PG, pp. 141 e ss., § 65 e ss., e PORTILLA CONTRERAS. L-H Ruiz Antón, p. 921.

58 Este autor (Gefährdungsdelikte, pp. 318 e ss.) pretende, numa perspectiva mais genérica, legitimar, e não só explicar, esta modalidade de tipificação de delitos de perigo abstrato sempre que exista uma constatação empírica dos efeitos cumulativos (pp. 322 e ss.) e a contribuição acumulativa apresente uma entidade mínima (pp. 324 e ss., na mesma linha de KUHLEN. GA 86, pp. 407 e ss., e ZSTW 105, p. 717, e HEFENDEHL. Kollektive Rechtsgüter, pp. 187 e ss., e Rechtsgutstheorie, p. 131), reduzindo, portanto, a questão da legitimidade a tipos penais concretos; isto é, as estruturas típicas por acumulação ou adição devem-se assumir somente quando é razoável esperar que, sem uma intervenção penal, certas ações sejam realizadas de modo tão assíduo que delas derivará uma lesão grave ao bem jurídico e sempre que não se trate de ações insignificantes. WOHLERS, porém, critica a utilização da técnica dos delitos cumulativos em matéria de meio ambiente (pp. 324 e ss., 339). No mesmo sentido, V. HIRSCH, WOHLERS. Rechtsgutstheorie, pp. 207 e ss. Recensionaria criticamente este aspecto da obra de WOHLERS, ZACZYK. ZSTW 114, p. 894. Mostra, de forma convincente, a inconsistência destes dois critérios de legitimação, baseados na realidade dos efeitos cumulativos e na entidade mínima da conduta, ANASTASOPOULOU. Schutz kollektiver Rechtsgüter, pp. 183 e ss.

59 Expõe, com profundidade, a origem e o desenvolvimento da ideia da acumulação na doutrina de língua alemã, ANASTASOPOULOU. Schutz kollektiver Rechtsgüter, pp. 152 e ss.

nação dogmática da lesividade social própria dos delitos que protegem bens jurídicos coletivos.<sup>60</sup> Em relação a estes delitos, as estruturas por acumulação implicam a sanção da conduta não por criar por si só um risco ou perigo de entidade suficiente, mas pelos efeitos nocivos da repetição ou reiteração do mesmo tipo de comportamento.<sup>61</sup> Trata-se de um método de imputação estatístico para problemas macrossociais ou sistêmicos que pretende evitar a criação de riscos difusos que não têm uma fonte única.<sup>62</sup>

## B - ANÁLISE CRÍTICA DAS ESTRUTURAS TÍPICAS BASEADAS NA IDEIA DE ACUMULAÇÃO

Estou de acordo com as análises críticas realizadas na literatura espanhola que se tem ocupado destas questões, especialmente com as objeções levantadas por SILVA SÁNCHEZ e ALCÁCER GUIRAO. SILVA SÁNCHEZ,<sup>63</sup> seguindo uma linha argumentativa utilizada por SEELMANN,<sup>64</sup> afirmou que “é inadmissível como critério para a imputação penal de responsabilidade a um determinado sujeito pelo significado concreto da conduta isolada que realizou; pois uma sanção assim fundamentada não deixa de ser, na perspectiva do direito penal, uma sanção *ex iniuria tertii*”.<sup>65</sup> A estas considerações, acrescentou ALCÁCER GUIRAO<sup>66</sup> que o injusto *ex iniuria tertii* é “indubitavelmente rejeitável a partir dos pressupostos legítimos de imputação configurados em torno da autonomia individual e da afetação de uma esfera de liberdade alheia, que exige uma censura da culpabilidade baseada em um fato lesivo individual, e não uma ‘culpabilidade coletiva’ ou ‘vicarial’”.

.....  
60 HESEL. Untersuchungen, pp. 215 e ss.

61 ALCÁCER GUIRAO. ADP 2001, pp. 154 e ss.; ANASTASOPOULOU. Schutz kollektiver Rechtsgüter, pp. 178 e 179; GARCÍA RIVAS. Delito ecológico, pp. 118 e 119; MATA e MARTÍN. Bienes jurídicos intermedios, p. 37; MENDOZA BUERGO. Delitos de peligro abstracto, p. 490; SILVA DIAS. ADP 2003, pp. 435 e ss.; SILVA SÁNCHEZ. La Ley 97, p. 1717, em sentido crítico, com abundantes referências.

62 SILVA DIAS. ADP 2003, p. 461 (“o delito cumulativo pretende conciliar o caráter individual da responsabilidade criminal com um fundamento de imputação coletiva, ou melhor, com um fundamento assente nos efeitos prováveis da ação coletiva. Em si mesma considerada, cada ação singular carece de lesividade”).

63 La expansión, p. 127. De acuerdo, GARCÍA-PABLOS. PG, pp. 221 e 222, 577; SILVA DIAS. ADP 2003, p. 465.

64 NJW 90, p. 1259.

65 Expõe com profundidade esse argumento, com amplas referências, ANASTASOPOULOU. Schutz kollektiver Rechtsgüter, pp. 179 e 180.

66 ADP 2001, p. 158.

O perigo abstrato não é entendido nas situações de tipificação de danos acumulativos como um perigo previsível do comportamento, pois não é mais do que um perigo presumido, estatístico ou global relacionado com o comportamento possível de outras pessoas sobre as quais não se possui nenhum tipo de influência ou de vínculo normativo; ou seja, nas estruturas por acumulação responsabiliza-se alguém por um perigo não existente, baseado tão só na hipótese de que outros se comportarão no futuro de forma incorreta (reage-se com uma pena porque se todo mundo fizesse o mesmo...). De um ponto de vista individualmente considerado – alheio à incidência de outros comportamentos que, inclusive, podem chegar a nunca se produzir – a conduta é um injusto meramente formal (a conduta é perigosa porque assim o diz a norma, ainda que, no caso concreto, nem sequer se possa constatar sua periculosidade abstrata).<sup>67</sup>

A resposta a este tipo de críticas por HEFENDEHL,<sup>68</sup> com o contra-argumento gramatical de que a concreta estrutura típica não se remete expressamente ao injusto de terceiro, não pode convencer.<sup>69</sup> Supõe uma deturpação do debate na medida em que não tem em conta o fundamento material que autores como ele pretendem outorgar a este modelo de injusto. A denominação de uma responsabilidade por danos cumulativos implica já uma referência a que, sem o hipotético comportamento de terceiros, não existiria nada que proteger nem que castigar, como se pode apreciar com toda evidência no trabalho emblemático de KUHLEN.<sup>70</sup>

Somente no âmbito do direito administrativo as necessidades preventivas podem levar a prescindir das exigências de retribuição individualizada e de ofensividade (capacidade de afetação de outros âmbitos de organização). Em contrapartida, o direito penal não pode alcançar prevenção a qualquer preço. Embora não falte razão a JAKOBS,<sup>71</sup> em sua defesa deste modelo de responsabilidade por acumulação, quando considera que posições como a de SILVA ou a adotada aqui conduzem a que possa beneficiar com um tratamento isolado

67 No mesmo sentido, cf. MÜLLER-TUCKFELD. Ensayo, p. 513, por toda a escola de Frankfurt.

68 Kollektiver Rechtsgüter, pp. 183 e ss., 384; GA 2002, p. 27, e Rechtsgutstheorie, p. 131.

69 No mesmo sentido, respondem aos argumentos de HEFENDEHL, ANASTASOPOULOU. Schultz kollektiver Rechtsgüter, pp. 180 e 181, e SILVA DIAS. ADP 2003, pp. 466 e ss.

70 GA 86, p. 399, e ZSTW 105, p. 716, nota 91.

71 La ciencia del derecho penal, pp. 132 e 133. Argumentos similares em WOHLERS. Gefährdungsdelikte, pp. 318 e ss. Expõe em sentido crítico, com grande profundidade, os argumentos deste tipo que têm sido utilizados para legitimar as estruturas típicas baseadas na ideia de acumulação ANASTASOPOULOU. Schultz kollektiver Rechtsgüter, pp. 178 e ss.

de seu comportamento aquele (egoísta racional) que atua num contexto em que seu comportamento não se produz de forma isolada, mas como parte integrante de uma atividade coletiva (pequenos desperdícios industriais), ou quando sustenta que se poderia entender normativamente que aquele que atua sabendo que seu comportamento incorreto é generalizado se está definindo como membro do coletivo que lesa o bem jurídico. A argumentação de JAKOBS é, porém, insuficiente na perspectiva do direito penal: quando se impõe uma pena a um indivíduo, esta lhe é imposta em sua condição de indivíduo (pela potencialidade lesiva de sua conduta) e não como representante da massa (pela potencialidade lesiva de um setor importante da população). Não se pode esquecer que nos delitos cumulativos o fundamento da pena não depende só do comportamento individual, pois neles a razão de ser do castigo entronca em uma dinâmica de desobediência em massa. Ao revés do que sustentam autores como JAKOBS ou WOHLERS, o tratamento do tema “comportamentos uniformes em massa e imputação coletiva” deve ser relegado ao âmbito do direito administrativo. A pena, por suas características retributivas relacionadas à comissão de um fato que encerra materialmente uma lesividade social, a qual funda o merecimento de um castigo, exige outro tipo de estratégia preventiva que tenha em conta, isoladamente, a periculosidade do fato individual independentemente da dinâmica coletiva ou social (ainda que às vezes haja instituições, como a coautoria ou a participação, que permitam castigar a realização conjunta de um fato delitivo).<sup>72</sup> Não creio que os bens jurídicos coletivos, como o meio ambiente, exijam a transformação dos critérios de imputação do direito penal ou a criação de uma nova dogmática jurídico-penal, ou que existam valorativamente tantas diferenças considerado o direito penal tradicional.

Como assevera MÜLLER-TUCKFELD,<sup>73</sup> não se deve prescindir da categoria dos delitos cumulativos como modelo de análise crítica ou político-criminal de tipos concretos. Deve-se aproveitar essa categoria para um objetivo distinto do proposto por autores como KUHLEN, HEFENDEHL ou WOHLERS: para rotular ilegítimos certos tipos penais e deixar claro que esses tipos não merecem o qualificativo de fato punível pelo que devem ser deixados fora do direito penal. O problema político-criminal essencial passa a ser, nesta perspectiva, a determi-

72 O que se diz no texto é válido para qualquer tipo de pena. Por isso não posso partilhar da ideia de SILVA SÁNCHEZ. La expansión, p. 136, de que suas críticas somente são dirigidas à utilização da pena privativa de liberdade, admitindo, resignadamente, a intervenção do direito penal quando atue com outros tipos de penas.

73 Ensayo, p. 513.

nação dos critérios para identificar acertadamente um tipo penal como um delito cumulativo e, portanto, como um processo ilegítimo de administrativização do direito penal.<sup>74</sup>

Com base no ponto de vista exposto, só pode existir um injusto penal merecedor de pena por sua lesividade social se, ao menos, existe uma organização insegura do próprio âmbito de organização para outros âmbitos de organização. Este é o requisito material mínimo dos delitos de perigo abstrato.<sup>75</sup> Em minha opinião, as estruturas típicas por acumulação não reúnem esta característica pelas razões já expostas, pelo que, ainda que possa servir para proteger bens jurídicos valiosíssimos, se trata de uma estrutura ilegítima de criminalização de condutas na medida em que a pena não está retribuindo um comportamento que signifique materialmente um injusto. A conduta não é socialmente lesiva por si mesma e, por isso, acaba-se fazendo com que uma pessoa responda pelas condutas de outros, sofrendo com isso um mal maior que aquele que corresponde a seu comportamento.

Como tem salientado SILVA SÁNCHEZ,<sup>76</sup> a referência, que tem sua origem na doutrina alemã, a bens jurídicos intermediários espiritualizados ou com função representativa<sup>77</sup> para legitimar certos delitos contra bens jurídicos estatais (correto funcionamento da Administração Pública ou da Administração de Justiça) levanta, implicitamente, os mesmos problemas de legitimidade.<sup>78</sup> Dita referência abstrata ao que se protege não exclui a análise das situações em que a criminalização se refere a uma imputação individual de lesividade social, e, portanto, a tipificação é legítima, e em que casos não se está fazendo mais que usar, mediante a referência a bens jurídicos, outra via de justificação da lógica de acumula-

.....

74 Por exemplo, ainda que no texto se podem comprovar as amplas afinidades com os argumentos de SILVA SÁNCHEZ sobre estes temas, não posso estar de acordo com a crítica que faz este autor, *La expansión*, pp. 106, 113, nota 196, do delito de defraudação tributária por considerar precisamente que se trata de um delito cumulativo. Não deixar ingressar mais de 120.000 euros nas arcas públicas é um dano individualizável. Seria absurdo castigar somente os delitos que arruinem definitivamente a Fazenda Pública, sucedendo o mesmo em qualquer outro delito se exigisse o desaparecimento total do bem jurídico (por exemplo, que os delitos de ofensas à integridade física exigissem a destruição absoluta da saúde de uma pessoa).

75 Salienta o próprio KUHLEN. GA 86, p. 398, com razão, que sua proposta excede à tradicional distinção entre delitos de lesão, de perigo concreto e de perigo abstrato. Num sentido não distante do texto, ANASTASOPOULOU. *Schultz kollektiver Rechtsgüter*, pp. 212 e 213.

76 *Libertad económica*, pp. 319 e ss.

77 Sobre esta categoria, que tem origem em SCHÜNEMANN. JA 75, p. 798, cf., por todos, ROXIN. PG, 11-161.

78 Representativa neste ponto é a evolução de SCHÜNEMANN desde JA 75, p. 798, em que propõe a existência e legitimação de um grupo de delitos de perigo com esta denominação, até *Alte Strafrechtsstrukturen*, p. 25, em que se encontram referências à lógica de acumulação. Sobre o modo como SCHÜNEMANN foi aproximando-se da ideia de acumulação, cf. ANASTASOPOULOU. *Schultz kollektiver Rechtsgüter*, pp. 164 e 165.

ção, e, portanto, tratar-se-ia da criação de tipos penais ilegítimos. O problema de fundo é o mesmo que já se analisou e tem a ver com estruturas de imputação, não resolvendo a referência a bens jurídicos com determinadas características os problemas essenciais de legitimidade. Entre outros aspectos, porque é errônea a ideia de que os bens jurídicos coletivos ou supraindividuais somente podem ser protegidos mediante estruturas típicas de acumulação.

## 2 - A REFERÊNCIA AO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO COMO REFERÊNCIA LEGITIMANTE NO DIREITO PENAL

O mesmo que se tem dito da ilegítima administrativização do direito penal por via dos denominados delitos cumulativos pode aplicar-se às situações em que – de forma expressa ou tácita – se recorre ao princípio da precaução como critério de fundamentação dos delitos de perigo abstrato em casos caracterizados pela existência de incerteza científica e a possibilidade de danos graves e irreversíveis.<sup>79</sup> Nas palavras de SCHROEDER,<sup>80</sup> “o princípio da precaução visa impedir a produção de danos graves para o meio ambiente e a saúde das pessoas, animais e plantas, a qual constitui uma ameaça, não de forma imediata, mas a longo prazo, e não de forma certa, mas potencial. Para isso, este princípio pretende proibir ações cujo nexos causal com danos futuros ainda não é comprovável cientificamente. Além disso, pretende proibir ações que podem causar danos graves, não por si mesmas, mas se levadas a cabo de forma cumulativa (...) (em consequência, desenvolveu-se, a partir do princípio da precaução, o princípio *in dubio pro securitate*)”.

Nestes casos é possível apreciar também como o direito penal se vê imerso numa dinâmica administrativizadora com base na ideia de uma proteção ótima de bens jurídicos: os bens jurídicos serão melhor protegidos se se punirem, inclusive, aquelas condutas das quais não se sabe com segurança se contêm perigos para bens ou se suspeita que poderão ser perigosas.<sup>81</sup> Desta maneira

79 Básico ROMEO CASABONA. *Modernas tendencias*, pp. 79 e ss., especialmente 90 e ss. Cf., além disso, MENDOZA BUERGO. *Gestión del riesgo*, pp. 74 e ss.; ID. *Principio de precaución*, pp. 440 e ss., que, apesar de partir da ideia de que “nesses casos não se poderiam formular verdadeiros juízos de periculosidade, mas, quanto muito, hipóteses de periculosidade”, considera que “quando se trata da precaução contra eventuais riscos da maior gravidade para bens de elevada importância, esta mera hipótese pode ser suficiente para, no plano da política legislativa, orientar a decisão do legislador de proibir uma conduta ou submeter sua realização ao cumprimento de certas condições” (pp. 457 e 458).

80 Principio de precaución, pp. 424 e ss.

81 SOLA RECHE. *Principio de precaución*, p. 486, seguindo seu mestre ROMEO CASABONA (“o princípio da proteção de bens jurídicos incentivaria essa tendência porquanto não se descarta – ainda que tão pouco se acredite - a capacidade da conduta considerada para provocar graves perigos para o meio ambiente ou/e a saúde das pessoas”).

os espaços de risco permitido são restringidos em benefício do interesse na proteção de bens jurídicos. O princípio da precaução acentua uma política de segurança (de bens) como ideia diretriz e, desta maneira, a expansão do direito penal resulta impossível de frear, sendo cada vez mais evidente que a pena é destacada da culpabilidade pelo fato e se converte num instrumento de política social, a saber, em uma sanção administrativa qualificada. Do ponto de vista da pena como instrumento de retribuição de injustos, a ilegitimidade deste modelo justificatório é evidente: ao final se trata de uma conduta porque poderia vir a ser um injusto (uma organização insegura para outros âmbitos de organização) ou porque se tem dúvidas de que o seja.<sup>82</sup>

## CONCLUSÃO

Não havendo dúvida de que a tipificação dos danos cumulativos ou a importação do princípio da precaução para a legitimação de novas criminalizações servem para melhorar a proteção dos bens jurídicos, isso não implica a legitimidade da criação de normas penais. Não se trata de modelos de intervenção do direito penal legítimos porque se regem por uma lógica própria das sanções administrativas e do direito de polícia: não se trata de reagir a comportamentos que materialmente afetam ou perturbam outros âmbitos de organização, mas de prevenir situações nas quais isso pode chegar a suceder. Isso não pode legitimar a imposição de uma pena a uma pessoa concreta, mas o recurso a outro tipo de sanção.

## BIBLIOGRAFIA

ALASTUEY DOBON, M.C. *El delito de contaminación ambiental (art. 325. I del Código Penal)*, Granada, 2004.

ALBRECHT, P.A. "Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat – Entwicklungstendenzen des materiellen Strafrechts", en *KRITV* 88.

ALBRECHT, P.A. "Erosionen des rechtstaatlichen Strafrechts", en *KRITV* 1993.

ALBRECHT, P.A. "El derecho penal en la intervención de la política populista", en *Área de derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra* (ed. Española), *La insostenible situación del derecho penal*, Granada, 2000.

.....  
82 Contra esse tipo de fundamentação no âmbito jurídico-penal: CASTELLO NICAS. L-H Mantovani, pp. 163 e ss., em relação à manipulação de genes humanos; CERESO MIR. RDPC, n° 10, 2002, pp. 61 e 62; FEIJOO SÁNCHEZ. L-H Rodríguez Mourullo, pp. 340 e 341, nota 72, sobretudo a respeito do uso que o Tribunal Supremo vem fazendo do mesmo; FREUND. MK, antes de 13-54, com ulteriores referências.

ALBRECHT, P.A. *Kriminologie*, 2° ed., München, 2002.

ALCÁCER GUIRAO, R. “La protección del futuro y los daños cumulativos”, en *ADP* 2001.

AMELUNG, K. *Rechtsgüterschutz und Schut der Gesellschaft*, Frankfurt, 1972.

ANASTASOPOULOU, I. *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, München, 2005.

BARATA, A. “Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica”, en *Pena y Estado*, n° I, 1991. *La función simbólica del derecho penal*.

BECK, U. “De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo. Cuestiones de supervivencia, estructura social e ilustración sociológica”, *Revista de Occidente*, n° 150, noviembre de 1993.

BECK, U. “Teoría de la sociedad del riesgo”, en J. Beriain (comp.). *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*, Barcelona, 1996.

BECK, U. *La sociedad del riesgo*, Barcelona, 1998.

BECK, U. *Políticas ecológicas en la edad del riesgo. Antídotos. La irresponsabilidad organizada*, Barcelona, 1998.

BERIAIN, J. (comp.). *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*, Barcelona, 1996.

BERIAIN, J. (comp.). “De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo”, en *Revista española de investigaciones sociológicas*, n° 63, 1993.

BLOY, R. “Möglichkeiten und Grenzen der Gewährleistung von Sicherheit durch Strafrecht”, en C. MOMSEN, R. BLOY Y P. RACKOW (edits). *Fragmentarisches Strafrecht*, Frankfurt y otras, 2003.

BUSTOS RAMÍREZ, J. “Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente”, en *Pena y Estado*, n° I, 1991. *La función simbólica del derecho penal*.

CANCIO MELIÁ, M. “Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito”, en G. JAKOBS Y M. CANCIO MELIÁ. *Conferencias sobre temas penales*, Santa Fe, Argentina, 2000.

CANCIO MELIÁ, M. “¿Derecho penal del enemigo?”, en G. JACOBS Y M. CANCIO MELIÁ. *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003.

CASTELLO NICAS, N. “La manipulación de genes humanos (art. 159 del CP)”, en BENÍTEZ ORTUZAR; MORILLAS CUEVA Y PERIS RIERA (coords.) *Estudios jurídico-penales sobre*

*genética y biomedicina. Libro- Homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani*, Madrid, 2005.

CEREZO MIR, J. “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo”, en *RDPC*, nº 10, 2002.

CORCOY BIDASOLO, M. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Valencia, 1999.

CORCOY BIDASOLO, M. “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”, en S. MIR PUIG Y M. CORCOY BIDASOLO (dirs.). *La Política criminal en Europa*, Barcelona, 2004.

CUELLO CONTRERAS, J. *El derecho penal español. PG. Nociones Introductorias. Teoría del delito*, 3ª ed., Madrid, 2002.

DA AGRA, C.; DOMÍNGUEZ, J. L.; GARCÍA AMADO, J. A.; HBBERECHE, P.; Y RECASENS, A. *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona, 2003.

DAXENBERGER, M. *Kumulationseffekte*, Baden-Baden, 1997.

DE FIGUEIREDO DIAS, J. *Direito Penal. Parte Geral. T. I*, Coimbra, 2004.

DEMETRIO CRESPO, E. “Del ‘Derecho penal’ liberal al ‘Derecho penal del enemigo’”, en *RDPC*, nº 14, 2004.

DÍAZ PITA, M. DEL M.; Y FARALDO CABANA, P. “La utilización simbólica del derecho penal en las reformas del Código Penal de 1995”, en *RDPP* 2002.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. “Exigencias sociales y política criminal”, en *Claves de razón práctica*, nº 85, 1998.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en ARROYO ZAPATERO, NEUMANN Y NIETO MARTÍN (coords.). *Crítica y Justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, 2003 (también publicado en *AP* 2001-I).

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005 (también publicado en S. BACIGALUPO Y M. CANCIO MELIÁ (coords). *Derecho penal y política transnacional*, Barcelona, 2005).

ESTEVE PARDO, J. *Técnica, riesgo y derecho*, Barcelona, 1999.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. “Sobre el contenido y la evolución del derecho penal español tras la LO

7- 2000”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4, 2001.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. “Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro”, en *L-H Prof. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005.

FEINBERG, J. *The Moral Limits of the Criminal Law, vol. I, Harm to Others*, Oxford, 1984.

FREHSEE, D. “Die Strafe auf dem Prüfstand Verunsicherungen des Strafrechts angesichts gesellschaftlicher Modernisierungsprozesse”, en *STV* 96.

FREHSEE, D. “Fehlfunktionen des Strafrechts und der Verfall rechtsstaatlichen Freiheitsschutzes”, en D. FREHSEE, G. LÖSCHPER Y G. SMAUS. *Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe*, Baden-Baden, 1997.

FRISCH, W. “Rechtsgut, Recht, Delikts Struktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens“ en R. HEFENDEHL, A. HIRSCH y W. WOHLERS (edits.). *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003.

GARCÍA ARAN, M. “Despenalización y privatización: ¿Tendencias contrarias?”, en ARROYO ZAPATERO, NEUMANN Y NIETO MARTÍN (coords.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, 2003.

GARCÍA CAVERO, P. *Derecho penal económico*. PG, Lima, 2003.

GARCÍA RIVAS, N. *Delito ecológico: estructura y aplicación judicial*, Barcelona, 1998.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. *Introducción al derecho penal*, 3ª ed., Madrid, 2005.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. “Pautas y tendencias en la evolución de la dogmática penal alemana postwelzeliana”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, GURDIEL SIERRA Y CORTÉS BECHIARELLI (coords.), *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004.

GÓMEZ MARTÍN, V. “Libertad, seguridad y ‘sociedad del riesgo’”, en S. MIR PUIG Y M. CORCOY BIDASOLO (dirs.). *La Política criminal en Europa*, Barcelona, 2004.

GRACIA MARTÍN, L. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia, 2003.

HASSEMER, W. “Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz”, en *NSTZ* 89.

HASSEMER, W. *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2º ed., München, 1990 (existe una traducción de la 1ª ed. de F. MUNOZ CONDE Y L. ARROYO ZAPATERO. *Fundamentos*

*del derecho penal*, Barcelona, 1984).

HASSEMER, W. "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en *Pena y Estado*, n° 1, 1991. *La función simbólica del derecho penal*.

HASSEMER, W. "Kennzeichnen und Krisen des modernen Strafrechts", en *ZRP* 92.

HASSEMER, W. "Rasgos y crisis del derecho penal moderno", en *ADP* 92.

HASSEMER, W. "Crisis y características del moderno derecho penal", en *AP* 93.

HASSEMER, W. "Perspectivas del derecho penal futuro", en *RP*, n°1.

HASSEMER, W. *Persona, mundo y responsabilidad*, Valencia, 1999.

HASSEMER, W. "Absehbare Entwicklungen in Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik", en C. PRITTWITZ Y I. MANOLEDAKIS (edits.), *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*, Baden-Baden, 2000.

HASSEMER, W. *Strafen im Rechtsstaat*, Baden-Baden, 2000.

HASSEMER, W. *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, en Claus Roxin – FS, Berlin y New York, 2001.

HASSEMER, W. "Welche Zukunft hat das Strafrecht?", en *Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter*, Köln y otras, 2002.

HASSEMER, W.; Y MUNOZ CONDE, F. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia, 1995.

HEFENDEHL, R. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln y otras, 2002.

HEFENDEHL, R. "Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur", en *GA* 2002.

HEFENDEHL, R. "¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto", en *RECPC* 04-14, 2002.

HEFENDEHL, R. "Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm", en R. HEFENDEHL, A. HIRSCH Y W. WOHLERS (edits.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenpiel?*, Baden-Baden, 2003.

HEFENDEHL, R. "Die Tagung aus der Perspektive eines Rechtsgutsbefürworters", en R. HEFENDEHL, A. HIRSCH Y W. WOHLERS (edits.), *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenpiel?*; Baden-Baden, 2003.

HERZOG, F. "Nullum crimen Sine Periculo Sociali oder Strafrecht als Fortsetzung der Sozialpolitik mit anderen Mitteln", en *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, Frankfurt y otras, 1990.

HERZOG, F. *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Heidelberg, 1991.

HERZOG, F. "Límites al Control general de los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro)", en *ADP* 93.

HERZOG, F. "Algunos riesgos del derecho penal del riesgo", en *RP*, n° 4.

HERZOG, F. "Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo. Perspectivas más allá del derecho penal", en ARROYO ZAPATERO, NEUMANN Y NIETO MARTÍN (coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, 2003.

HESEL, G. J. *Untersuchungen zur Dogmatik und den Erscheinungsformen "modernen" Strafrechts*, Marburgo, 2004.

HILGERNDORF, E. *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der "Risikogesellschaft"*, Berlin, 1993.

HILGERNDORF, E. "Gibt es ein 'Strafrecht der Risikogesellschaft'?", en *NSTZ* 93.

HIRSCH, H. J. "Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen?", en KÜHNE Y MIYAZAWA (edits.), *Neue Strafrechtssentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich*, Köln, 1995.

HIRSCH, A. y W. WOHLERS. "Rechtsgutstheorie und Deliktsstruktur-zu den Kriterien fairer Zurechnung", en R. HEFENDEHL, A. HIRSCH Y W. WOHLERS (edits.). *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003.

HOHMANN, O. *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, Frankfurt, 1991.

HÖRNLE, T. *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin, 1999.

HORTAL IBARRA, J. C. *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Barcelona, 2005.

JAKOBS, G. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, Madrid, 1996.

JAKOBS, G. "Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderung der Gegenwart", en A. ESER, W. HASSEMER Y B. BURKHARDT (edits.). *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, München, 2000 (existem dos traducciones: "La

ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente“, en *Estudios de derecho judicial* 20, Escuela de verano del Poder Judicial, Galicia 1999; F. MUÑOZ CONDE [coord. ed. Española]. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia, 2004).

KAHLO, M. “Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt“. *Eine strafrechtlich-rechts-philosophische Untersuchung zur Theorie des personalen Handelns*, Frankfurt, 2001.

KAHLO, M. *Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt. Eine strafrechtlich-rechts-philosophische Untersuchung zur Theorie des personalen Handelns*, Frankfurt, 2001.

KINDHÄUSER, U. “Sicherheitsstrafrecht. Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft“, en *Universitas* 1992.

KINDHÄUSER, U. “Rechtstheoretische Grundfragen des Umweltstrafrechts“, en *Für Recht und Staat, Herbert Helmrich- FS*, München, 1994.

KINDHÄUSER, U. “Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal Económico“, en *Hacia un derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995.

KÖHLER, M. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1997.

KRÜGER, M. *Die Entmaterielisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff*, Berlin, 2000.

KUBINK, M. *Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel*, Berlin, 2002.

KUHLEN, L. “Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerverunreinigung“(§324 StGB), en GA 86.

KUHLEN, L. “Umweltstrafrecht-auf der Suche nach einer neuen Dogmatik“, en ZSTW 105.

KUHLEN, L. “Zum Strafrecht der Risikogesellschaft“, en GA 94.

KUHLEN, L. “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderung ihrer Zeit“, en A. ESER, W. HASSEMER Y BJÖRN BURJHARDT(edits.). *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, München, 2000 (existe una traducción en F. MUNOZ CONDE (coord. ed. Española). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, Valencia, 2004).

LAGODNY, O. *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, Tübingen, 1996.

LAU, C. “Risikodiskurse: Gesellschaftliche Auseinandersetzung um die Definition von Risiken“,

en *Soziale Welt*, 1989.

LOOS, F. "Zum 'Rechtsgut' der Bestechungsdelikte", en *Hans Welzel-FS*, Berlin y New York, 1974.

LÜBBE, W. *Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, Freiburg y München, 1998.

LUZÓN PENAD. –M. "Función simbólica del derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética", en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, 2001.

MARTÍNEZ- BUJAN PÉREZ, C. "Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)", en *La ciencia del derecho penal ante nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid, 2002.

MATA Y MARTÍN, R. M. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, 1997.

MENDOZA BUERGO, B. "Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del derecho penal", en *ADP* 99.

MENDOZA BUERGO, B. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, 2001.

MENDOZA BUERGO, B. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, 2001.

MENDOZA BUERGO, B. "Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo", en C. DA AGRA, J. L. DOMINGUEZ, J.A. GARCÍA AMADO, P. HEBBERECHT Y A. RECASENS. *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona, 2003.

MENDOZA BUERGO, B. "Principio de precaución, derecho penal del riesgo y delitos de peligro", en ROMEO CASABONA (edit.). *Principio de precaución, biotecnología y derecho*, Bilbao-Granada, 2004.

MONGE FERNÁNDEZ, A. *La responsabilidad penal por riesgos en la construcción*, Valencia, 1998.

MÜLLER-TUCKFELD J. C. "Ensayo para la abolición del derecho penal del medio ambiente", en *La insostenible situación del derecho penal*, área de derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española), Granada, 2000.

MUNOZ LORENTE, J. "Obligaciones constitucionales de incriminación y derecho penal simbólico", en *RDPP* 2001.

- NAUCKE, W. "Über die Zerbrechlichkeit des rechtstaatlichen Strafrechts", en *KRITV* 90.
- NAUCKE, W. "Schwerpunktverlagerung im Strafrecht", en *KRITV* 93.
- NAUCKE, W. "Konturen eines nach-präventiven Strafrechts", en *KRITV* 99.
- NAUCKE, W. "La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado", en *área de derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. Española), La insostenible situación del derecho penal*, Granada, 2000.
- NAUCKE, W. *Über die Zerbrechlichkeit des rechtstaatlichen Strafrechts*, Baden-Baden, 2000.
- PAREDES CASTANON, J. M. "Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político-criminales", en *RDPC*, nº II, 2003.
- PAREDES CASTANON, J. M. *Sobre el concepto de derecho penal del riesgo: algunas notas. En derecho penal Contemporáneo*, nº 4, 2003.
- PÉREZ DEL VALLE, C. "Sociedad de riesgos y reforma penal", en *PJ*, nº 43-44, 1996.
- POZUELO PÉREZ, L. "De nuevo sobre la denominada 'expansión' del derecho penal: una relectura de los planteamientos críticos", en *Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en derecho penal*, t. II, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- PORTILLA CONTRERAS, G. "La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico: la tensión entre iuspositivismo y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la inmanencia del derecho. Especial atención a la legitimidad de ciertos bienes colectivos", en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, GURDIEL SIERRA Y CORTÉS BECHIARELLI (coords.). *Estudios penales en recuerdo del Prof. Ruiz Antón*, Valencia, 2004.
- PRIETO NAVARRO, E. "Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo", en C. DA AGRA, J. L. DOMINGUEZ, J. A. GARCÍA AMADO, P. HEBBERECHT Y A. RECASENS. *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona, 2003.
- PRITTWITZ, C. "Funktionalisierung des Strafrechts", en *STV* 91.
- PRITTWITZ, C. *Strafrecht und Risiko*, Frankfurt, 1993.
- PRITTWITZ, C. "Risiken des Risikostrafrechts", en D. FREHSEE, G. LÖSCHPER Y G. SMAUS. *Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe*, Baden-Baden, 1997.
- PRITTWITZ, C. "Sociedad de riesgo y derecho penal", en ARROYO ZAPATERO, NEUMANN Y NIETO MARTÍN (coords.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, 2003.

PRITTWITZ, C. "Vom Nutzen und Nachteil kriminalpolitischer Visionem", en R. HEFENDEHL (edit.). *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*, Köln y otras, 2005.

RAMOS VÁZQUEZ, J. A. "Del otro lado del espejo: Reflexiones desordenadas acerca del derecho penal en la sociedad actual", en P. FARALDO CABANA (dir.). *Nuevos retos del derecho penal en era de la globalización*, Valencia, 2004.

RODRÍGUEZ MONTANÉS, T. "Algunas consideraciones acerca del desarrollo actual de la teoría del delito, a propósito del problema de la responsabilidad penal por el producto", en *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, vol. 2, Valencia, 1997.

ROMEO CASABONA, C. M. "Aportaciones del principio de precaución al derecho penal", en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, 2001.

ROTSCH, T. *Individuelle Haftung in Grossunternehmen*, Baden-Baden, 1998.

ROXIN, C. *La evolución de la Política criminal, el derecho penal y el Proceso penal*, Valencia, 2000.

ROXIN, C. "Informe final", en ARROYO ZAPATERO, NEUMANN Y NIETO MARTÍN (coords.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, 2003.

ROXIN, C. "Strafrecht". *Allgemeiner Teil*, 4° ed., München, 2006.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid, 1999.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I. "La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea", en *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muniz*, Pamplona, 2001.

SANTANA VEGA, D. M. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Madrid, 2000.

SCHMEHL, A. "Symbolische Gesetzgebung", en ZRP 91.

SCHROEDER, F.-S. "Principio de precaución, derecho penal y riesgo", en C. M. ROMEO CASABONA (edit.), *Principio de precaución, Biotecnología y derecho*, Bilbao-Granada, 2004.

SCHULZ, L. "Kausalität und strafrechtliche Produkthaftung. Materiell- und prozessrechtliche Aspekte", en LÜBBE (edit.). *Kausalität und Zurechnung. Über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, Berlin, 1994.

SCHÜNEMANN, B. "Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits – und Gefahr-

dungsdelikte“, en *JA* 75.

SCHÜNEMANN, B. “Kritische Anmerkungen zur heutigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft“, en *GA* 95 (existe una traducción de M. CANCIO MELIÁ, “Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurí-

dico-penal alemana“, en *ADP* 96).

SCHÜNEMANN, B. “Vom Unterschichts-zum Oberschichtsstrafrecht. Ein Paradigmawechsel im moralischen Anspruch?“, en KÜHNE Y MIYAZAWA (edit.). *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, Berlin, 2000 (existe una traducción en *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*).

SCHÜNEMANN, B. “Die deutsche Strafrechtswissenschaft“ nach der Jahrtausendwende“, en *GA* 2001.

SCHÜNEMANN, B. “Unzulänglichkeiten des Fahrlässigkeitsdelikts in der modernen Industriegesellschaft“, en *Dieter Meurer-GS*, Berlin, 2002.

SCHÜNEMANN, B. *Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio*, Madrid, 2002.

SCHÜNEMANN, B. “Brennpunkte des Strafrechts in der entwickelten Industriegesellschaft“ en R. HEFENDEHL (edit.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*, Köln y otras, 2005.

SEELMAN, K. “Atypische Zurechnungs Strukturen im Umweltstrafrecht“, en *NJW* 90.

SEELMAN, K. “Risikostrafrecht“, en *KRITV* 92.

SEELMAN, K. “Societat de risc i dret penal“, en *Juris, Quaderns de política jurídica*, nº I, 1994.

SEELMAN, K. “Recensión a Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts“, en *GA* 97.

SILVA DIAS, A. “¿Y si todos lo hiciéramos? Consideraciones acerca de la ‘incapacidad de resonancia’ del derecho penal con la figura de la acumulación“, en *ADP* 2003.

SILVA SÁNCHEZ, J-M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, J-M. “¿Protección penal del medio ambiente? Texto e contexto do artigo 325“, en *La Ley* 97.

SILVA SÁNCHEZ, J-M. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, J-M. *El retorno de la inocuización. En Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Cuenca, 2001 (también en *Estudios de derecho penal*).

SILVA SÁNCHEZ, J-M. "Retos científicos y retos políticos de la ciencia del derecho penal", *Revista de derecho de la Universidad de Piura*, vol. I, 2000 (también publicado en *RDPC*, n° 9, 2002, y ARROYO ZAPATERO, NEUMANN Y NIETO MARTÍN [coords.]. *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, 2003).

SILVA SÁNCHEZ, J-M. "Hacia el derecho penal del Estado de la prevención. La protección penal de las agencias administrativas de control en la evolución de la política criminal", en ÍD (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Barcelona, 2003.

SOLA RECHE, E. "Principio de precaución y tipicidad penal", en C. M. ROMEO CASABONA (edit.). *Principio de precaución, Biotecnología y derecho*, Bilbao-Granada, 2004.

SOTO NAVARRO, S. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, 2003.

STERNBERG-LIEBEN, D. "Rechtsgut, Verhältnimässigkeit und die Freiheit des Strafgesetzegebers", en R. HEFENDEHL, A. HIRSCH. Y W. WOHLERS (edits.). *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003.

STRATENWERTH, G. *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft*, Basel, 1993.

STRATENWERTH, G. "Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?", en *ZTW* 105.

STRATENWERTH, G. "Kritische Anfragen an eine Rechtslehre nach Freiheitsgesetzen", en E. A. WOLFF- FS, Heidelberg y otras, 1998.

STRATENWERTH, G. "Wahres Strafrecht?", en *Klaus Lüderssen-FS*, Baden-Baden, 2002.

STRATENWERTH, G. "Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter", en R. HEFENDEHL, A. HIRSCH Y W. WOHLERS (edits.). *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden, 2003.

STRATENWERTH, G. e L. KUHLEN. *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 5° ed., Köln y otras, 2004.

SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J. "Derecho penal y riesgos tecnológicos", en ARROYO ZAPATERO, NEUMANN Y NIETO MARTÍN (coords.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca, 2003.

TERRADILLOS BASOCO, J. "Función simbólica y objeto de protección del derecho penal", en *Pena y Estado*, nº I, 1991. *La Función simbólica del derecho penal*.

TERRADILLOS BASOCO, J. "Globalización, administrativización y expansión del derecho penal económico", en TERRADILLOS BASOCO Y ACALE SÁNCHEZ (coords.). *Temas de derecho penal económico*, Madrid, 2004.

TORIO LÓPEZ, A. "Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)", en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo Gracia de Enterría*, t. III, Madrid, 1991.

VOSS, M. *Symbolische gesetzgebung. Fragen zur rationalität von strafgesetzgebungsakten*, Ebelsbach, 1989.

WOHLERS, W. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts - zur Dogmatik, moderner Gefährdungsdelikte*, Berlin, 2000.

WOLFF, E. A. "Die Abgrenzung von Kriminalunrecht zu anderen Unrechtsformen", en HASSEMER (edit.). *Strafrechtspolitik*, Frankfurt, 1987.

YOON, YOUNG-CHEOL. *Strafrecht als ultima ratio und Bestrafung von Unternehmen*, Frankfurt a. M., 2001.

ZACZYK, R. "Recensión a Deliktstypen des Präventionsstrafrechts de Wolfgang Wohlers", en *ZSTW* 114.

ZIESCHANG, *Die Gefährdungsdelikte*, Berlin, 1998.

ZUGALDIA ESPINAR, J. M. "¿Qué queda en pie en el derecho penal del principio 'mínima intervención, máximas garantías'", en *CPC* 2003.

Bernardo Feijoo Sanchez

Prof. Catedrático da Universidad  
Autónoma de Madrid



# ARTIGO

## 2

### EL CASO CONTERGAN CUARENTA AÑOS DESPUÉS<sup>1+</sup>

*Manuel Cancio Meliá*

*Contergan* es el nombre comercial bajo el cual se vendió en la República Federal de Alemania –durante los años 1960 a 1962– un medicamento que era empleado –sin necesidad de receta médica– como sedante, siendo recomendado especialmente para las mujeres embarazadas por su buena tolerancia. Su principio activo era la talidomida, sustancia sintetizada por la misma empresa farmacéutica que distribuía el medicamento, Chemie-Grünenthal. La empresa puso en marcha en el año 1955 diversos ensayos clínicos, llevados a cabo en varios hospitales universitarios; los informes de los médicos responsables fueron positivos. No se realizaron ensayos en mujeres embarazadas. En julio de 1956, el departamento de sanidad del ministerio del interior del Estado federado de Renania del Norte-Westfalia autorizó la distribución de medicamentos que contuvieran Talidomida, y en octubre de 1957 comenzó la comercialización de Contergan en todo el territorio federal; la talidomida se exportó, además, a más de cuarenta países.

En octubre de 1959 se produce la primera comunicación a la empresa –por parte de un neurólogo, Voss– planteando la posibilidad de que la talidomida podría tener efectos neurotóxicos en caso de toma prolongada. Durante el tiempo en el que se comercializó Contergan, unos 1500 médicos y farmacéuticos informan a Grünenthal de unos 3000 casos de efectos tóxicos. En abril de 1960, Voss presenta sus conclusiones sobre la toxicidad de la talidomida en un congreso de neurología; el departamento de investigación de Grünenthal lleva a cabo entonces una serie de ensayos en ratas, sin que se produzca efecto negativo alguno, de lo que se deduce que se trata de situaciones específicas respecto de las cu-

.....  
1           \* El presente comentario fue elaborado para el libro colectivo Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez (ed.), *Cincuenta casos que hicieron doctrina*, en prensa para ed. La Ley, Madrid (2010).

ales Contergan sólo en muy contados casos podría tener un papel determinante.

En septiembre de 1960, la administración sanitaria de los EE.UU., *Food and Drug Administration*, rechaza la solicitud de autorización de la empresa estadounidense (Richardson-Merrell, después Dow Chemical) que pretende introducir un medicamento que contiene talidomida; la farmacóloga competente, *Oldham Kelsey*, ve comprometida la seguridad del uso de la sustancia y demanda ulteriores ensayos, también relativos a la vida humana antes del nacimiento. El día 24.11.1960, un farmacéutico alemán plantea por escrito a Grünenthal la cuestión de si la ingestión de Contergan durante el embarazo puede producir malformaciones en el fruto de la concepción. La empresa introduce una advertencia en el prospecto respecto del uso prolongado de la sustancia, afirmando que los efectos secundarios serían reversibles, y solicita la obligatoriedad de prescripción médica para el medicamento en varios Estados federados. En verano de 1961 aparece en el semanario *Der Spiegel* la primera noticia sobre los efectos neurotóxicos en adultos, y en septiembre de 1961 se publica el primer artículo científico que alerta sobre un aumento significativo de la tasa de malformaciones. El día 15 de noviembre de 1961, el pediatra y genetista *Lenz* comunica por teléfono al jefe del departamento de investigación de Grünenthal que sospecha que la ingestión de Contergan durante el embarazo puede producir malformaciones, y exige a la empresa que retire del mercado inmediatamente todos los medicamentos que contengan talidomida; esta exigencia también se formula en una reunión en el ministerio del interior de Renania del Norte-Westfalia, que la empresa rechaza – amenazando con interponer una demanda para ser indemnizada de los perjuicios ocasionados. El día 26 de noviembre, el periódico *Welt am Sonntag* publica un artículo sobre las sospechas de *Lenz*. Al día siguiente, Grünenthal paraliza la comercialización del medicamento.

En diciembre de 1961 la fiscalía de Aachen abrió diligencias de instrucción contra Grünenthal; ésta siguió negando la relación entre el consumo del medicamento y las lesiones. En marzo de 1967 la fiscalía presentó escrito de acusación contra el socio principal y ocho directivos de la empresa (el director científico, el gerente, los directores comercial y de distribución y cuatro miembros del departamento científico); en este momento comenzó también a calibrarse la dimensión de los casos de malformaciones en la República Federal de Alemania (unos 4000-5000 casos, de los cuales sobrevivieron unos 2800). La vista oral –un macrojuicio con tres fiscales y veinte letrados defensores, y en el que 312 de los

perjudicados actuaron como acusación accesoria (*Nebenklage*) y se oyeron alrededor de 120 testigos, para el que hubo que buscar un local *ad hoc*—comenzó en enero de 1968. En abril de 1970, la representación de la acusación accesoria llegó a una transacción con Grünenthal, conforme a la cual aquélla renunció a toda indemnización y acción judicial futura a cambio del pago de cien millones de marcos para una fundación destinada a ayudar a los niños afectados<sup>2\*</sup>.

## I - INTRODUCCIÓN

Con el caso Contergan irrumpe en el Derecho penal la responsabilidad por el producto, generando no sólo un verdadero vendaval social, sino efectos semejantes sobre puntos centrales de la ciencia del Derecho penal, y, muy especialmente, sobre el concepto de causalidad en los delitos de lesión. Desde entonces, ningún análisis de la problemática ha podido prescindir de hacer referencia a él<sup>3</sup>. En cierto modo, comienza aquí *avant la lettre* el Derecho penal del riesgo, se alcanza un punto de inflexión en el funcionamiento del sistema penal.

## II - EL AUTO DEL LG AACHEN DE 18.12.1970

En su extensa resolución, el LG Aachen<sup>4</sup> resuelve tres cuestiones de Derecho material: la *tipicidad* abstracta de las lesiones debidas a una *actuación antes del nacimiento*, pero que se manifiestan en el nacido vivo como malformaciones<sup>5</sup>; la relación de *causalidad* entre el uso del medicamento por las gestantes

.....  
2 \* El auto del tribunal competente —el Landgericht de la ciudad de Aachen (Aquisgrán), similar a una Audiencia Provincial española— que puso fin al proceso penal en el que se enjuició el caso Contergan (auto LG Aachen de 18.2.1970, JZ 1971, pp. 507 y ss.) sólo se publicó parcialmente, recogiendo los fundamentos jurídicos sobre el fondo y la terminación del proceso, pero no los hechos probados; los aquí recogidos han sido extraídos de la argumentación jurídica de la resolución y de diversos artículos del semanario Der Spiegel, de www.WDR.de (Westdeutscher Rundfunk, emisora pública con sede en Colonia) y de www.avite.org (Asociación de Víctimas de la Talidomida en España).

3 Son numerosísimos los trabajos jurídico-penales que se han ocupado del caso Contergan; a continuación sólo se ofrece una selección de textos que contienen posiciones especialmente relevantes, exponen la problemática con especial claridad o facilitan el acceso a ulterior bibliografía: Armin Kaufmann, “Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren. Folgerungen für das geltende Recht und für die Gesetzgebung”, JZ 1971, pp. 569 y ss.; Manfred Maiwald, Kausalität und Strafrecht. Studien zum Verhältnis von Naturwissenschaft und Jurisprudenz, 1980; José Manuel Gómez Benítez, Causalidad, imputación y cualificación por el resultado, 1989, pp. 40 y ss., 70 y ss., 73 y ss.; Lothar Kuhlen, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989, pp. 63 y ss.; Eric Hilgendorf, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der “Risikogesellschaft”, 1993, pp. 115 y ss.; Ingeborg Puppe, “Naturgesetze’ vor Gericht. Die sogenannte generelle Kausalität und ihr Beweis, dargestellt an Fällen strafrechtlicher Produkthaftung”, JZ 1994, pp. 1147 y ss.; Winfried Hassemer, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 2ª ed., 1996, pp. 27 y ss., 31 y ss., 38 y ss.; Mª Elena Iñigo Corroza, La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos, 2001, pp. 58 y ss., 96 y ss., 100 y ss.

4 JZ 1971, pp. 507 y ss.; vid. la traducción parcial de los fundamentos jurídicos del auto (punto II.: causalidad) en Gómez Benítez, Causalidad (nota 1), pp. 123 y ss.

5 Bajo el rótulo “tipicidad”; JZ 1971, pp. 507-510; incluyendo expresamente también el homicidio imprudente en caso de que el sujeto afectado, una vez nacido, muriera por consecuencia de las lesiones prenatales.

y las malformaciones en sus hijos<sup>6</sup>; y la determinación de la *imprudencia* de los acusados<sup>7</sup>. En las tres cuestiones el tribunal llegó a una subsunción positiva. Sin embargo, no se produjo una condena porque el LG decidió hacer uso de la facultad que le otorgaba el § 153.3 StPO (*Strafprozeßordnung*, Código de procedimiento penal) de sobreseer la causa por falta de interés público en la ulterior persecución penal<sup>8</sup>.

En lo que se refiere a la primera de las cuestiones –la tipicidad como lesiones de las malformaciones causadas por actuaciones en la fase prenatal–, el LG parte en su razonamiento de la base de que los delitos de lesiones o de homicidio no protegen al fruto de la concepción, como demuestra la existencia del delito de aborto. También descarta que pueda concurrir una lesión de la gestante<sup>9</sup>. Finalmente, concluye que “...bajo las circunstancias del caso, la causación de malformaciones sólo será punible si se considera que ello constituye una lesión de quien nazca con ellas”<sup>10</sup>. En su opinión, esta cuestión no se había planteado hasta el momento en la discusión doctrinal, por lo que limita sus consideraciones, en ese plano, a las argumentaciones presentadas en los dictámenes de los peritos jurisconsultos –todos ellos prestigiosos profesores de Derecho penal– aportados en el proceso: *Bockelmann, Armin Kaufmann, Lange, Maurach, Nowakowski y Schröder*. Sólo el dictamen de *Maurach* se mostró favorable a la solución afirmativa (la lesión prenatal puede ser calificada de lesión al nacido tanto para supuestos tanto de dolo como de imprudencia), mientras que *Schröder* únicamente afirmó la tipicidad de las lesiones dolosas; los demás dictámenes negaron la tipicidad tanto para conductas dolosas como imprudentes. La Cámara del LG se sumó a la posición de *Maurach*, argumentando que una lesión se define por su afectación a la funcionalidad del órgano, desde el prisma del bien jurídico de la salud, de modo que cuando la malformación realmente se manifiesta como perturbación de la función es cuando ésta podría desplegarse, esto es, una vez que

6 .....  
Bajo el rótulo “causalidad”; JZ 1971, pp. 510-514.

7 Bajo el rótulo “culpabilidad”, tanto en el plano de la determinación de los deberes de actuación de los acusados en cuanto integrantes de una empresa farmacéutica como respecto del caso concreto; JZ 1971, pp. 514-517.

8 JZ 1971, pp. 517-521; argumentando que la duración del procedimiento y su alta repercusión pública había producido un gravamen relevante en los acusados, que éstos habían asumido –aunque de modo “muy reticente”, p. 520– su responsabilidad por una conducta incorrecta y que habían llevado a cabo el pago de una considerable cantidad a las personas afectadas. Sobre esta sorprendente terminación del proceso vid. sólo Hans Joachim Bruns, “Ungeklärte verfahrensrechtliche Fragen des Contergan-Prozesses”, en: Schroeder/Zipf (ed.), *Festschrift für Reinhart Maurach*, 1972, pp. 469 y ss.

9 JZ 1971, pp. 507 y ss.

10 JZ 1971, p. 509.

ha nacido el sujeto<sup>11</sup>. En opinión del tribunal, las consideraciones sistemáticas (la ausencia de una norma análoga al delito de aborto para las lesiones al feto) de los dictámenes contrarios a la afirmación de la tipicidad “sólo explican la impunidad de aquellas lesiones del fruto de la concepción que se agotan en dicha lesión. Pero si la lesión que el producto de la concepción sufre no se queda limitada a éste, sino que, más allá de ello, causa también una lesión corporal en el ser humano [nacido], una misma cadena causal afecta sucesivamente a diferentes objetos jurídico-penales de acción. No hay razón alguna para pensar que la impunidad de la afectación del primer objeto deba implicar también la impunidad de la afectación al segundo de los objetos.”<sup>12</sup>

Para la segunda cuestión –la relación de causalidad– la Cámara reservó el lugar central en su resolución. La argumentación comienza por rechazar la única hipótesis alternativa al efecto teratogénico de la talidomida presentada por las defensas, según la cual podría haber sucedido que en realidad, la talidomida habría hecho posible el nacimiento de sujetos que –debido a sus malformaciones, causadas por otros factores– en otro caso habrían acabado la gestación en abortos naturales. Dicho de otro modo: la talidomida no habría causado malformaciones, sino habría protegido a fetos con malformaciones (de otra etiología) de un aborto espontáneo. El LG la descarta por absolutamente infundada<sup>13</sup>.

Entrando en el núcleo del problema –y primero respecto de los daños neurológicos producidos en pacientes adultos, luego respecto de las malformaciones–, el LG comienza por afirmar que “...por prueba en sentido jurídico no debe entenderse, en ningún caso, la prueba de las ciencias naturales, que presupone una certeza matemática, que excluya toda posibilidad de que concurra lo contrario, es decir, un conocimiento absolutamente seguro... La única prueba determinante para la valoración jurídico-penal se produce cuando el tribunal está plenamente convencido de la concurrencia de los hechos a probar con base en el conjunto del juicio oral –y ésta se alcanza sólo cuando esta convicción se forma, y de modo completo ya sólo con esa convicción–. En consecuencia, la prueba jurídico-penal descansa, como corresponde al conocimiento propio de las ciencias del espíritu, no en un razonamiento de cognición directa, sino sobre el fundamento del peso de un juicio de ponderación de las distintas razones que

.....  
11 JZ 1971, pp. 509 y s.

12 JZ 1971, p. 510.

13 JZ 1971, pp. 510, 514.

concurrer respectu del conjunto de lo acontecido... Puesto que en tal juicio resulta impensable –al menos, por regla general– alcanzar una certeza que excluya toda duda, aunque sea teórica, lo decisivo no es la certeza *objetiva* necesaria para la prueba científico-natural, sino sólo la certeza *subjetiva*...”<sup>14</sup>. Después de formular –como corresponde al estilo de redacción de resoluciones judiciales en Alemania– de un modo apodíctico esta anticipación de la conclusión afirmativa alcanzada por el tribunal<sup>15</sup>, se expone por la Cámara el razonamiento que la ha conducido a esta posición: en contra de la pretensión de varios de los peritos científico-naturales que depusieron en el proceso, no es necesaria una comprobación que genere certeza absoluta en el ámbito penal, y tampoco es de interés la aclaración completa de la patogénesis de los daños neuronales (polineuritis) o de las malformaciones, o el conocimiento detallado del mecanismo de actuación exacto de la talidomida. En relación con las malformaciones, el auto presenta los argumentos esenciales que fueron formulados por los peritos que afirmaron la concurrencia de relación de causalidad: las características específicas de las malformaciones producidas (que presentan un síndrome intensificado respecto de otras manifestaciones similares conocidas con anterioridad), así como su aparición masiva únicamente en los países en los que hubo distribución de la talidomida, como, por fin, la constatación de una exacta coincidencia temporal, en numerosos casos, de la toma del medicamento por la gestante con el período del embarazo en el que se produce –como ya entonces formaba parte del conocimiento científico– la formación en el feto precisamente de las estructuras físicas que resultan afectadas por las malformaciones<sup>16</sup>. Frente a la fuerza explicativa combinada de estos tres factores, que establecen una correlación convincente, según el LG, “...la probabilidad de que las circunstancias expuestas concurrieran conjuntamente por mera casualidad resulta tan extraordinariamente reducida que debe ser excluida del ámbito de una consideración racional.”<sup>17</sup> La argumentación en este punto concluye con la escueta afirmación –como no podía ser de otro modo, al sobreverse la causa– de que “...la Cámara, finalmente, queda convencida de que debido a su forma de aparición típica y la extrema rareza de síndromes similares, también en el caso concreto cabe probar la relación de

.....

14 *Ibidem*.

15 En este ámbito, el pasaje acabado de reproducir es el más citado del auto del LG Aachen; en muchas ocasiones, la cita aislada de esta conclusión anticipada saca de contexto (así lo señalan, por ejemplo, Gómez Benítez, *Causalidad* [nota 1], pp. 43, 45; Hilgendorf, *Strafrechtliche Produzentenhaftung* [nota 1], pp. 120 y s.) la formulación concreta, al no ser puesta en suficiente relación con la extensa argumentación que se presenta en las páginas siguientes (JZ 1971, pp. 511-514) de la resolución (vid. *infra* III.2).

16 JZ 1971, p. 510.

17 JZ 1971, p. 512.

causalidad entre la ingestión de la talidomida y las malformaciones en aquellos casos en los que la madre tomó talidomida en la fase sensible”<sup>18</sup>.

Respecto del tercero de los problemas jurídico-materiales –la concurrencia de imprudencia–, ubicados conforme al entendimiento dominante de la época en la culpabilidad, el LG descarta, brevemente, la existencia de dolo, siquiera eventual, pues la “...afirmación del dolo... supondría que los acusados habían contado positivamente con la posibilidad de que después de la ingestión de Contergan se siguieran produciendo [lesiones] a pesar de las medidas por ellos adoptadas...”<sup>19</sup>. Por el contrario, la Cámara sí afirma la concurrencia de imprudencia, ya que, en su opinión, “...la conducta de la empresa Chemie-Grünenthal, tal como se ha manifestado desde ella hacia fuera, no satisface los requisitos que deben plantear a un fabricante de medicamentos ordenado y cuidadoso.”<sup>20</sup> El tribunal establece para fundamentar esta afirmación criterios, formulados desde la perspectiva de una ponderación de intereses entre los del productor y los del consumidor (téngase en cuenta que en aquel momento no existía en la RFA, conforme a la legislación administrativa aplicable, obligación de someter a los medicamentos a un procedimiento jurídico-público de análisis y registro sanitario previo a su comercialización). Descarta que ya la comercialización fuera imprudente, puesto que los daños que se produjeron no podrían –de acuerdo con la opinión de los peritos que depusieron en el proceso– haberse detectado con los estudios clínicos y farmacológicos previos estimados necesarios, pero afirma que sí fue imprudente la conducta de la empresa –con una argumentación que supone la formulación de un principio de precaución<sup>21</sup> *avant la lettre*– cuando no tomó las medidas adecuadas de información una vez que tuvo conocimiento de las sospechas respecto de la toxicidad de la talidomida en la *praxis* médica<sup>22</sup>.

### III - DOS PROBLEMAS CENTRALES DEL CASO Y SUS REPERCUSIONES

.....

18 JZ 1971, p. 514.

19 *Ibidem*.

20 JZ 1971, p. 514, reiterado en p. 517.

21 Vid. sólo Blanca Mendoza Buergo, “El Derecho penal ante la globalización: el papel del principio de precaución”, en: Bacigalupo/Cancio Meliá, *Derecho penal y política transnacional*, 2005, pp. 319 y ss., 334.

22 JZ 1971, pp. 514-517.

La resolución del LG Aachen generó un cúmulo de reacciones, tanto en el espacio público como en el discurso técnico-jurídico<sup>23</sup>, y, en los dos ámbitos, tanto a corto como a largo plazo<sup>24</sup>. En lo que sigue, se abordan, por un lado, los dos problemas centrales para el Derecho penal material planteados en el auto que antes se han sintetizado, y, por otro, se hace referencia a la evolución que ha seguido la jurisprudencia y doctrina –alemana y española– en las materias planteadas.

En lo que se refiere a las cuestiones jurídico-penales planteadas en la resolución que puso fin al proceso Contergan, entre los distintos problemas que presentaba el caso, la discusión jurídico-penal se ha centrado –desde el planteamiento del influyente trabajo de *Armin Kaufmann*<sup>25</sup>– en dos ámbitos: por un lado, en el problema de las llamadas “actuaciones prenatales” –dicho de otro modo, la cuestión de la tipicidad o atipicidad de las lesiones producidas antes del nacimiento–; por otro, en la cuestión de la determinación de la relación de causalidad entre la ingestión del medicamento y las lesiones<sup>26</sup>.

## 1 - LOS DAÑOS AL FETO: ACTUACIONES PRENATALES Y LESIONES EN EL NACIDO

23 Sobre todo, en Alemania; en los EE.UU., sólo se produjeron algo más de una docena de víctimas (en la fase de ensayos clínicos); aún así, es este país el único en el que hubo un proceso judicial que acabó en sentencia, condenando a la empresa a indemnizar. En España, a pesar de que hubo un número muy considerable de víctimas (se estima que unas 3000), en lo que se alcanza a ver, no se inició ninguna actuación judicial, y los medicamentos se retiraron sólo en 1963 – una buena muestra de los niveles de eficacia de los sistemas administrativo y judicial de la dictadura (vid. las tablas IV y V en [www.avite.org](http://www.avite.org)). La recepción técnico-jurídica del debate alemán tuvo lugar sobre todo después del caso de la colza (vid. *infra* en el texto), una vez restaurado un régimen político legítimo.

24 En el plano legislativo, el caso motivó en Alemania una completa revisión de la Ley federal del Medicamento (*Arzneimittelgesetz*), que acababa de entrar en vigor (vid. Georg Freund, AMG comentario previo a los §§ 1 y ss., en: *Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2007, n.m. 5 y s.). En este país ha revivido la atención de la opinión pública sobre la cuestión en los últimos años; así, en 2006 se inició un escándalo mediático-judicial en torno a la emisión de una película elaborada por la primera cadena pública de televisión (ARD), que mostraba una versión de los hechos crítica con Grünenthal y algunos abogados de la acusación accesoria; en julio de ese año fue prohibida su difusión en virtud de una demanda de protección del honor interpuesta por Grünenthal y uno de los abogados de los afectados ante el LG Hamburg; sin embargo, posteriormente el *Oberlandesgericht* (= Tribunal Superior de Justicia de un *Land*) Hamburg y el Tribunal Constitucional Federal –al que habían recurrido los demandantes– permitieron su emisión, que tuvo lugar en 2007 (*Der Spiegel* 8.11.2007); en ese mismo año, un grupo de afectados británicos planteó una nueva demanda de indemnización (*Der Spiegel* 12.11.2007); en 2008 se produjo una huelga de hambre de afectados alemanes para reclamar indemnizaciones adicionales de Grünenthal (*Der Spiegel* 13.10.2008), que condujo a un acuerdo, posteriormente, en 2009; en este año surgieron también rumores de que Grünenthal habría experimentado con la sustancia ya durante la segunda guerra mundial, recurriendo para ello a presos de campos de concentración (*Der Spiegel* 16.2.2009). Por otra parte, en España muy recientemente se está discutiendo la posibilidad de que el Gobierno indemnice a las personas afectadas (*El País* 22.3.2010).

25 JZ 1971, p. 569; su artículo fue, en lo que se alcanza a ver, el primer trabajo jurídico-penal publicado sobre la resolución – Kaufmann había actuado como perito de la defensa en el proceso.

26 A pesar de que desde el punto de vista actual, probablemente haya consenso en considerar que lo más importante en este ámbito es la definición de los deberes de cuidado (niveles de riesgo permitido, como parte de la teoría de la imputación objetiva) y la determinación de las responsabilidades individuales dentro de estructuras empresariales, y el auto, como antes se ha indicado, contenía una original elaboración respecto de la primera de las cuestiones (que, sin embargo, no son trasladables a la actualidad, ya que faltan –en la terminología de Wolfgang Frisch [*Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988]– los ordenamientos *primarios* –en normas administrativas– que hoy disciplinan el sector de actividad de la producción farmacéutica).

a) El primer problema está en determinar, con carácter previo a toda ulterior discusión del caso, cuál es el delito que podría integrar la conducta de los miembros de la empresa farmacéutica en caso de que las malformaciones producidas resultaran objetiva y subjetivamente imputables. Como antes se ha expuesto, la Cámara afirmó la tipicidad de los resultados lesivos producidos en cuanto delitos de lesiones imprudentes, apoyándose para ello en el único de los dictámenes presentados que arribó a esta conclusión, de *Maurach*<sup>27</sup>. Frente a este punto de vista, *Armin Kaufmann*<sup>28</sup> desplegó un argumentario que mantiene hasta el día de hoy todo su vigor<sup>29</sup>: partiendo de que resulta completamente irrelevante el momento de la acción (pues, como reza el conocido ejemplo, sí sería típica la conducta de envenenar el biberón de un bebé aún no nacido), identifica como cuestión decisiva la de determinar si el objeto material sobre el que se produce la incidencia de la cadena causal impulsada por el autor presenta la cualidad típica (lesión de un nacido) que el delito de lesiones requiere. Y resuelve esta cuestión afirmando que la impunidad del aborto imprudente en el ordenamiento alemán genera un *efecto de cierre* cuya base material (más allá del argumento sistemático) es de extraordinaria importancia y corresponde a una decisión consciente del legislador: no existe incriminación del aborto imprudente (ni de las lesiones prenatales imprudentes) porque lo contrario, generando los correspondientes deberes de cuidado, supondría una intolerable intromisión en la esfera de libertad de las gestantes y de quienes se relacionen con ellas. En este sentido, aparecería la posibilidad de inmiscuirse en el estilo de vida (esfuerzos excesivos, consumo de sustancias tóxicas, realización de otras actividades de riesgo) de la mujer en cuestión por la existencia de esa protección penal del producto de la concepción.

b) En este punto, la posición defendida por el LG quedó en vía muerta. En Alemania, la doctrina completamente dominante comparte desde entonces el

.....  
27 También en *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil*, 5ª ed., 1969, p. 76.

28 JZ 1971, pp. 569-572; vid. también Lüttger, "Der Beginn der Geburt und das Strafrecht", JR 1971, pp. 133 y ss., 139, y las referencias en el texto de Kaufmann, p. 570, texto correspondiente a la nota 7.

29 Así dice Enrique Peñaranda Ramos ("La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y postnatal de desarrollo", RDPCr 11 [2003], p. 235) que la argumentación de Kaufmann en este punto "...no ha sido hasta ahora, en lo que alcanzo a ver, razonablemente desmentida. A mi juicio, porque no puede serlo."

punto de vista expresado por *Armin Kaufmann*<sup>30</sup>. En España<sup>31</sup>, como es sabido, el legislador ha tipificado expresamente en 1995 –asumiendo así materialmente el contenido de esa argumentación– las lesiones al feto, y ha excluido la responsabilidad a título de imprudencia de la mujer embarazada tanto para el delito de aborto como para el de lesiones al feto. La posición contraria, defendida en alguna ocasión por el Tribunal Supremo –antes de la entrada en vigor del nuevo CP aprobado en 1995<sup>32</sup>– y respecto de la cual hay que destacar últimamente la aproximación de *Silva Sánchez*<sup>33</sup>, resulta, *sit venia verbo*, radicalmente contrainstitucional –ante la opción del legislador español de 1995– y no ha logrado extender su influencia más allá de un reducido grupo de autores<sup>34</sup>.

## 2 - LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD: CONOCIMIENTO CIENTÍFICO-NATURAL Y VALORACIÓN JUDICIAL

a) La segunda cuestión planteada –el problema causal– es la que mayores repercusiones ha generado. En el fondo, se trata de un problema muy antiguo, la cuestión de una posible responsabilidad injusta por el resultado<sup>35</sup>, que se plantea desde una nueva perspectiva por la génesis de una nueva situación: la existencia de múltiples riesgos nuevos, producidos por la generalización de productos químicos –como, en este caso, un medicamento– poco conocidos. Se trata, entonces, de determinar qué requisitos cabe plantear a la determinación judicial de responsabilidad por un delito de resultado<sup>36</sup> cuando el conocimiento de los posibles efectos de la sustancia en cuestión no es completo y por ello no resulta pacífico en la disciplina científico-natural competente. Como señala *Puppe*<sup>37</sup>,

30 Vid. sólo las referencias reunidas por Peñaranda Ramos (RDPCr 11 [2003], p. 228 con nota 179; vid. también pp. 172 y s.) y Blanca Mendoza Buergo (“La delimitación del delito de lesiones al feto en el sistema del Código penal de protección de la vida y de la salud”, en: Bajo Fernández/Jorge Barreiro/Suárez González [ed.], *Libro homenaje a Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 1579 y ss., 1605 y s. con nota 62).

31 Vid. Peñaranda Ramos, RDPCr 11 (2003), p. 228 con nota 180 y Mendoza Buergo, LH Rodríguez Mourullo (nota 28), *ibidem*, en cuanto a las referencias de la doctrina mayoritaria en España, que coincide con la alemana.

32 STS 5.4.1995.

33 “La dimensión temporal del delito y los cambios de ‘status’ del objeto de la acción”, en: Quintero Olivares/Morales Prats (ed.), *Nuevo Derecho penal. Estudios en memoria del Prof. J.M. Valle Muñiz*, 1999, pp. 159 y ss.

34 Vid. sólo la convincente crítica de Peñaranda Ramos, RDPCr 11 (2003), pp. 229-240, y Mendoza Buergo, LH Rodríguez Mourullo (nota 28), pp. 1606-1608.

35 Como señala Lothar Kuhlen, “Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung”, JZ 1994, pp. 1142 y ss., 1144.

36 *Rectius*, de uno de los presupuestos de la afirmación de la responsabilidad, la relación fáctica de causalidad (pues de acuerdo con el estándar actual, siempre habrá de seguir un análisis normativo (imputación objetiva del comportamiento y del resultado).

37 JZ 1994, p. 1147.

este problema implica, en realidad, tres cuestiones distintas: en primer lugar, cuál es el contenido que debe exigirse respecto de la ley causal; en segundo, cómo ha de introducirse en el proceso judicial esa ley causal; en tercer lugar, cuál es la relación entre la afirmación de la relación causal en el caso concreto y la ley general de causalidad correspondiente.

b) Como se ha visto, el LG afirmó la causalidad: respecto de la primera de las cuestiones, no llega a pronunciarse por la terminación del proceso –pero da a entender que sería posible afirmar también la causalidad singular una vez probada la ley causal–, respecto de la segunda, afirma que quedó convencida la Cámara por aquellos peritos que dieron por probada la existencia de una relación causa-efecto, y en tercer lugar, sostiene que incumbe al tribunal dar por probada una de las posiciones sostenidas en la ciencia conforme a su convicción. El elemento diferencial frente a otros supuestos de cursos causales inciertos planteados en el pasado estribaba pues en que en este caso, no se trataba de determinar si la conducta concreta de X o Y había resultado causal para un concreto resultado, sino que, con carácter previo, no era clara –por las diversas posiciones adoptadas por los peritos– la existencia de una ley causal que explicara la génesis de las polineuritis y malformaciones, es decir, no podía formularse una *causalidad general* –aquella cuyo conocimiento es presupuesto de la *aplicación* de la fórmula de la *conditio sine qua non*– que estableciera que la ingestión de talidomida generaba las lesiones<sup>38</sup>.

También en este punto, el trabajo fundacional de *Armin Kaufmann* formula un contundente rechazo de la argumentación del tribunal<sup>39</sup>: en su opinión, sólo puede alcanzarse certeza acerca de la relación de causalidad entre el uso del medicamento y los resultados lesivos cuando exista un “reconocimiento general” en la correspondiente rama de la ciencia, que no concurría en el supuesto, ya que “...una parte considerable de los peritos manifestó dudas” al respecto (aunque para ello, no sería necesario conocer *por completo* los elementos *internos* de una ley causal). Así las cosas, la necesaria certeza sólo podría provenir de un experimento clínico – imposible en el caso por razones obvias; en consecuencia, el tribunal habría incurrido en un *non liquet* al formular por sí mismo una ley causal, cuando su función para determinar la concurrencia del elemento del tipo de la ley causal general debe limitarse a constatar que existe el reconocimiento científico general.

.....  
38 Armin Kaufmann, JZ 1971, pp. 572 y s.

39 JZ 1971, pp. 572-575.

Esta crítica –“parcialmente acerba”, como el propio *Kaufmann* dice– a la posición del tribunal ha marcado, al igual que la posición del auto, de modo decisivo la discusión posterior<sup>40</sup>. Se inauguró así una situación de divorcio entre la posición de la jurisprudencia, próxima a las afirmaciones del LG Aachen, y la doctrina, crítica con la afirmación de la relación de causalidad, que se prolongó respecto de los *leading cases*<sup>41</sup> que han ido surgiendo con el tiempo en la misma materia<sup>42</sup>: los casos *Lederspray* (*spray* para cuero)<sup>43</sup>, *Holzschutzmittel* (producto protector para madera)<sup>44</sup> y *colza*<sup>45</sup>. En síntesis –y simplificando múltiples posiciones que contienen los trabajos de los distintos autores– cabe afirmar que la opinión mayoritaria sostiene que en ausencia de reconocimiento general de una ley causal, la afirmación de la relación de causalidad sobre la base de distintos factores de correlación entre el elemento *sospechoso* y los resultados a imputar supondría una condena con base en meros indicios, insuficiente en este ámbito<sup>46</sup>. Sin embargo, con los años esta situación de clara oposición entre la doctrina científica y las resoluciones judiciales ha ido erosionándose por la aparición de posiciones en la teoría que estiman que la afirmación de la causalidad en este tipo de supuestos hecha por la jurisprudencia resulta adecuada<sup>47</sup>.

c) Desde el punto de vista aquí adoptado, la dificultad de identificar con claridad las diferentes posiciones en esta materia deriva ante todo de la confusión de los tres planos de argumentación que antes se han identificado. Es respecto de la primera cuestión –los contenidos de la ley causal general– que se ha pro-

.....

40 “Puede decirse, sin exagerar, que el proceso y los problemas en él planteados han influido de modo determinante toda la discusión reciente sobre la causalidad jurídico-penal” (Hilgendorf, *Produzentenhaftung* [nota 1], p. 115).

41 Asumiendo la selección hecha por Puppe, JZ 1994, p. 1148; vid. supuestos italianos próximos en Gómez Benítez, *Causalidad* (nota 1), pp. 43 y ss., 51 y ss.

42 Que presentan, sin embargo, diferencias muy importantes entre sí, en las que aquí no es posible entrar.

43 BGHSt 37, pp. 106 y ss.

44 LG Frankfurt, NStZ 1990, pp. 592 y ss.

45 STS 23.4.1992; resolución que cita varios pasajes del auto del LG Aachen en esta cuestión.

46 Vid. las referencias en Kuhlen, *Produkthaftung* (nota 1), pp. 63 y ss., 66 y ss.; Iñigo Corroza, *La responsabilidad* (nota 1), pp. 95 y ss., y, por ejemplo –con diversas argumentaciones– los análisis críticos de Maiwald, *Kausalität* (nota 1), pp. 106 y ss., 109; Hilgendorf, *Produzentenhaftung* (nota 1), pp. 114 y ss., 119 y s., 121 y ss.; Puppe, JZ 1994, pp. 1147 y ss., 1149 y s.; Yesid Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, 1994, p. 41; Hassemer, *Produktverantwortlichkeit* (nota 1), pp. 36 y ss., 41 y ss., 49 y s.; José Manuel Paredes Castañón, en: idem/Rodríguez Montañés, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, 1995, pp. 49 y ss., 70 y s., 118 y ss.; 128 y ss.

47 Vid. posiciones favorables a afirmar la relación de causalidad en estas constelaciones –aunque con argumentaciones en parte incompatibles– sólo Kuhlen, *Produkthaftung* (nota 1), pp. 69 y s.; entre los manuales alemanes más recientes Helmut Frister, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 2007, 9/34 y ss., 36; cfr. también Francisco Muñoz Conde, en: Hassemer/Muñoz Conde, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, 1995, pp. 87 y ss., 93 y ss.; Enrique Gimbernat Ordeig, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana”, en: idem, *Ensayos penales*, pp. 257 y ss., 330 y ss.

ducido la evolución de la doctrina científica que acaba de mencionarse: aquí hay un sector creciente de la teoría que opina que no es necesario que exista unanimidad en la disciplina en cuestión, y que el tribunal debe formar su convicción, no acerca de *cómo* es la ley causal en cuestión, sino de qué circunstancias cabe deducir su *existencia*<sup>48</sup>; en este sentido, es ésta una competencia del enjuiciamiento del tribunal, es una cuestión *normativa*<sup>49</sup>. La segunda cuestión –la introducción del análisis en el proceso– ha sido discutida mucho menos: ¿cuántos peritos deben ser oídos? ¿Cuáles son las disciplinas competentes en cada caso? ¿Qué respaldo debe tener una determinada posición en la disciplina competente para que el tribunal pueda fundar su convicción en ella? Y la tercera es la que mayores dificultades presenta –si bien no llegó a plantearse en el caso Contergan, fue la cuestión central en los demás supuestos–: una vez afirmada la ley causal, por el procedimiento que sea, ¿cómo determinar que un caso concreto es reconducible a ella? Como es evidente, para este juicio –imprescindible para la condena por delito de lesión, donde se evalúa individualmente cada una de las lesiones– la cuestión decisiva es que no aparezca ninguna hipótesis alternativa – y, como es claro, serán muchas las posibilidades. Parece obvio que los delitos de lesión no pueden procesar hechos de estas características: basta con imaginar que el caso Contergan o el de la colza hubieran quedado limitados a unos pocos supuestos; la condena habría sido imposible, con independencia de la posición asumida sobre la causalidad.

#### IV - ALGUNAS CONCLUSIONES

Como conclusión parece que puede decirse que el caso Contergan dejó una certeza –la necesidad de distinguir entre la protección de la vida humana antes y después del nacimiento– y un mar de dudas: sobre la causalidad en sectores en los que la sociedad industrial actúa sin dominar el fondo de las fuerzas que desata su actividad. O, dicho de otro modo, generó otra certeza: como afirmó con particular clarividencia *Armin Kaufmann*, la de que con este caso, con independencia de la posición adoptada, quedó claro que “...un principio fundamental del ordenamiento jurídico-penal vigente ha alcanzado y sobrepasado los límites de su capacidad de rendimiento: la vinculación a la causación de un resultado

.....  
48 Así se explica –por ejemplo– que Gimbernat Ordeig, *Ensayos penales* (nota 45), p. 334, pueda ver muy clara la causalidad en el caso de la colza (“verde y con asas”), sobre la base de los elementos de correlación, y denostar, en cambio, cualquier *normativización* del concepto de causalidad (pp. 334 y s.).

49 Kuhlen, *Produkthaftung* (nota 1), pp. 69 y s.

entendida como lesión de un bien jurídico como presupuesto fundamental de la punición”<sup>50</sup>. Sólo queda el camino –si este sector de actividad del *riesgo* ha de ser procesado por el sistema penal– de aprehender estos riesgos “en la fuente”<sup>51</sup>: comienza la era de los delitos de peligro abstracto.

Voces

Actuaciones prenatales

Causalidad

definición

general

prueba

Lesiones al feto (vid. actuaciones prenatales)

Responsabilidad jurídico-penal por el producto

Manuel Cancio Meliá

Universidad Autónoma de Madrid

.....  
50 JZ 1971, p. 575.

51 JZ 1971, p. 572.

# ARTIGO

## 3

### ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE AS VINCULAÇÕES FILOSÓFICAS E CONSTITUCIONAIS DO CONCEITO MATERIAL DE CRIME

*Cleopas Isaías Santos<sup>1\*</sup>*

#### 1 - INTRODUÇÃO

À partida, vale lembrar que, no fundo, não há questão jurídica que não possa ser discutida num plano filosófico,<sup>2</sup> bastando, para tanto, que se pergunte sobre o “essencial”, a “natureza” ou o fundamento do que se quer investigar. Assim, não só o crime, numa perspectiva formal ou material, mas também a pena, podem e devem receber os aportes da Filosofia para que sejam minimamente legitimados e compreendidos (entenda-se: nos seus fundamentos).

Com efeito, os “grandes” temas do Direito Penal apontam diretamente para problemas centrais de uma Filosofia do Direito Penal, a exemplo da teoria da valoração penal, da legitimidade do Direito Penal e da pena”.<sup>3</sup> Não por outra razão que renomados penalistas, como Radbruch, Welzel, Engisch ou Arthur Kaufmann, estruturaram uma sólida e fecunda Filosofia do Direito Penal.<sup>4</sup>

Não obstante a multiversidade da problemática jurídico-penal sobre a qual a

.....  
1 \* Doutorando e mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS. Pós-graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra e em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade São Luís, da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, da Academia Integrada de Segurança Pública do Estado do Maranhão e da ACADEPOL/RS (Professor palestrante). Delegado de Polícia.

2 KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito, teoria do direito e dogmática jurídica. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 36.

3 HASSEMER, Winfried. Filosofia do direito, ciência do direito e política do direito: no caso, do direito penal. In: \_\_\_\_\_. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: SAFE, 2008, p. 24.

4 HASSEMER, Winfried. Filosofia do direito, ciência do direito e política do direito, p. 26.

Filosofia poderia lançar luzes para a sua fundamentação e compreensão, nesta oportunidade, nosso interesse cognitivo será direcionado, num primeiro momento, para a busca da possível contribuição da Filosofia para a delimitação de um conceito material de crime. Este, no entanto, por opção metodológica, será aqui presumido, aceito como o mais correto, o que, em si mesmo, parece constituir uma análise dogmática antifilosófica, vez que não questionará aquele conceito, razão por que assumimos, desse modo, as limitações da presente investigação.

Estabelecidas as vinculações possíveis entre o conceito material de crime e a Filosofia, passaremos ao segundo momento deste trabalho, que é averiguar se, e em que medida, a normatividade constitucional pode exercer algum papel na delimitação do conteúdo material legítimo das figuras delituosas.

Antes, porém, de apresentarmos o conceito material de crime, o qual guiará o desenovelamento da questão que se nos coloca, merece ressalva a interessante caracterização do crime, numa perspectiva material, feita por Faria Costa. Com razão, após considerar que o “fundamento do direito penal encontra-se na primeira relação comunicacional de raiz onto-antropológica, na relação de cuidado-de-perigo”,<sup>5</sup> aquele penalista conimbricense caracteriza o crime, em termos materiais, como uma “perversão daquela precisa relação de cuidado-de-perigo do ‘eu’ para com o ‘eu’ e do ‘eu’ para com o ‘outro’”.<sup>6</sup> Por outro lado, o mesmo autor assere que o que dá sustento e sentido a essa relação de cuidado-de-perigo é, simbólica e matricialmente, a *proibição*, cuja primogenitura, segundo a Antropologia, atribui-se à *proibição do incesto*, razão por que a chamaremos de *proibição original* ou *genésica*. Assim é que, “se não houvesse uma primeira proibição (que é um *interdito*) o ‘eu’ não seria capaz de se encontrar identitariamente na diferença do ‘outro’”.<sup>7</sup> Daí por que se considerar a proibição (penal) como elemento fundante da própria sociedade humana e a ela inerente, não sendo concebível uma sociedade sem uma tal proibição (penal) e, conseqüentemente, sem o próprio crime,<sup>8</sup> constatação que autoriza o transplante do velho brocado *ubi societas ibi jus* para o âmbito do Direito Penal, ao que se afirma legitimam-

5 COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 423 e 454. De igual modo, mais recentemente em: COSTA, José de Faria. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena. *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 223; e COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 20.

6 COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)*, p. 20.

7 COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)*, p. 16.

8 COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)*, p. 16.

ente: *ubi societas ibi crimen*.<sup>9</sup>

Essa perspectiva é reforçada por Ruth Gauer quando afirma, referindo-se à proibição do incesto e com base em Lévi-Strauss, que a “questão fundamental relacionada à norma é a tentativa de compreensão da norma primordial, a norma proibitiva, inflexível, considerada a fonte de todas as normas sociais, de toda moral e de toda punição”.<sup>10</sup> Para Lévi-Strauss, ainda de acordo com Ruth Gauer, “a fundação da norma se deu pela negação”,<sup>11</sup> negação da possibilidade do incesto. “Esse tabu, embora pareça não ter justificação biológica, nem razão de ser, é a raiz de toda proibição, constitui-se ao mesmo tempo na norma, no fato e no valor”.<sup>12</sup> Ao contrário do que possa parecer, porém, “esse Não contém um Sim: a proibição não apenas separa a sexualidade animal da sexualidade social, mas, como na linguagem, este Sim funda o homem, constitui a sociedade”.<sup>13</sup>

Por outro lado, ao mesmo tempo em que o homem convive com o outro, ele cria e fortalece valores e bens que o constituem como ser comunitário e o fazem perceber-se como tal, razão por que o “imponderável do ser-aí-diferente individual só tem sentido se os ‘outros’ estiverem dentro precisamente desse escrínio que o ser-aí-individual representa”.<sup>14</sup> Contudo, isso só será possível se os valores estabelecidos pelas referidas relações intersubjetivas não forem desrespeitados, lesados, ofendidos, enfim. Esses valores e bens axiologicamente relevantes para a constituição do ser comunitário são o que a tradição jurídico-penal, desde há muito, passou a chamar de bens jurídicos. Donde se pode afirmar, ainda seguindo as reflexões de Faria Costa, que “a *ofensa* a um bem jurídico é a pedra de toque que pode legitimar a intervenção do detentor do *ius puniendi* (Estado), enquanto entidade susceptível de cominar males eticamente legitimados”.<sup>15</sup> (grifo nosso)

Estabelecida, pois, a importância do bem jurídico-penal para a fundamentação material do conceito de crime, resta-nos avaliar como a Filosofia contribuiu,

9 COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)*, p. 15.

10 GAUER, Ruth M. Chittó. *A fundação da norma: para além da racionalidade histórica*. Porto Alegre: EDIPU-CRS, 2011, p. 20.

11 GAUER, Ruth M. Chittó. *A fundação da norma*, p. 20.

12 GAUER, Ruth M. Chittó. *A fundação da norma*, p. 20.

13 GAUER, Ruth M. Chittó. *A fundação da norma*, p. 20.

14 COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*, p. 626.

15 COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*, p. 626.

e ainda pode contribuir, para a sua compreensão. Uma última menção: embora reconheçamos a autonomia dogmática da *ofensividade*, nas suas modalidades principais, dano/violação e perigo/violação, e, portanto, capaz e merecedora de análise particularizada, nosso olhar não estará a ela limitado, embora seja pressuposta para a configuração do crime como ofensa a bem jurídico.<sup>16</sup>

## 2 - APORTES FILOSÓFICOS, HISTORICAMENTE ORDENADOS, PARA A COMPREENSÃO DO CRIME COMO OFENSA AO BEM JURÍDICO-PENAL

Parece inevitável e acertado começarmos por afirmar que a própria concepção do bem jurídico, mesmo que de forma embrionária e com outra denominação, só foi possível no contexto do caldo cultural e político da Ilustração. Assim é que, primeiramente com Beccaria, depois com Feuerbach, buscou-se legitimar o poder punitivo estatal através da ideia de “dano à nação”<sup>17</sup> ou “ofensa a direito subjetivo”.

Com efeito, já em Beccaria, lê-se que “a única e verdadeira medida dos delitos é o dano causado à nação”,<sup>18</sup> ou que “se uma mesma pena se destina a dois delitos que de forma desigual *ofendem a sociedade*, os homens não encontrarão um obstáculo mais forte para cometer o maior delito se a isso se associar uma maior vantagem”<sup>19</sup> (grifo nosso), ou ainda, reafirmando o posicionamento anterior: “acabamos de ver qual é a verdadeira medida dos delitos, ou seja: *o dano à sociedade*”<sup>20</sup> (itálico no original). Essa perspectiva apresentada por Beccaria deve ser entendida, numa irrepreensível tradução para a linguagem dogmático-penal atual, nas palavras de Faria Costa, como “a afirmação do chamado .....

16 Para uma abordagem específica sobre a ofensividade, cf. D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra, Studia Iuridica, 2005; D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal*: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2000, *maxime* p. 620 e ss; MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso de diritto penale*. Milano: Giuffrè Editore, 2001. v. 1, *maxime* p. 649-613; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale. Parte generale*. Padova: CEDAM, 2009, p. 181-225.

17 SCHÜNEMANN, Bernd. El Principio de Protección de Bienes Jurídicos como Punto de Fuga de los Límites Constitucionales de los Tipos Penales y de su Interpretación. In: HEFENDEHL, Holand (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 200 utiliza a expressão “daño social” para designar a mesma ideia.

18 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 75.

19 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, p. 75.

20 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, p. 77.

princípio da ofensividade”.<sup>21</sup> Aqui está o embrião da perspectiva material de crime e a definitiva dessacralização do Direito Penal.<sup>22</sup> Quanto a este último aspecto, vale observar que o caminho rumo à secularização de todo o Direito, não só do Direito Penal, portanto, fora iniciado, ou até mesmo completamente percorrido, como prefere Kaufmann,<sup>23</sup> pelos teóricos do direito natural da época racionalista, especialmente Hugo Grotius (1583-1645), Thomas Hobbes (1588-1679), Baruch Espinoza (1632-1677), Samuel Pufendorf (1632-1694), Christian Thomasius (1655-1728), Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716) e Christian Wolff (1679-1754).

Estes ensinamentos, dignos de um verdadeiro Direito Penal Liberal, mereceram destaque na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a qual limitava as proibições legais àquelas “ações nocivas à sociedade” (art. 5º).

Além disso, serviu de base para a doutrina do fundador da ciência penal moderna, Anselm Feuerbach,<sup>24</sup> para quem, “crimen es, en el más amplio sentido, una injuria<sup>25</sup> contenida en una ley penal, o una acción contraria al derecho de otro, conminada en una ley penal”.<sup>26</sup> Esta concepção material<sup>27</sup> de crime como lesão a “direito subjetivo”, como não poderia deixar de ser, é decorrência natural da antitotalitária teoria do “contrato social”, substrato político da Filosofia das Luzes, como professora, de maneira clarividente, o próprio Feuerbach: “el que lesiona la libertad garantizada por el contrato social y asegurada mediante leyes penales,

21 COSTA, José de Faria. Ler Beccaria Hoje. In: BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 10.

22 Este o último aspecto lembrado por MARINUCCI, Giorgio. Cesare Beccaria, um nosso Contemporâneo. In: BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 34-35.

23 KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 85-93.

24 MARINUCCI, Giorgio. Cesare Beccaria, um nosso Contemporâneo, p. 36.

25 A palavra *Beleidigung*, que foi traduzida por Zaffaroni e Hagemeyer como *injuria*, como se vê acima, deve ser compreendida como *ofensa*, tal qual traduzido, com acerto, por D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal*: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 62, ao consultar o mesmo texto, diretamente no original.

26 FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 55.

27 Não obstante o relativo consenso em torno dessa questão, vale apontar que MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. t. I, p. 399 discorda de que o conceito de crime como ofensa a direito subjetivo de Feuerbach possa dar algum contributo ao conteúdo material do crime, ao afirmar que “tal referencia a la lesión de un derecho subjetivo sólo conduciría de nuevo a una determinación formal del injusto, sin que con ello se ganara nada en orden al conocimiento de su contenido material”. Parece ser este também o entendimento de BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Montevideo – Buenos Aires: Editorial BdeF, 2009, p. 62.

comete un *crimen*<sup>28</sup> (itálico no original). Assim é que destaca, acertadamente, Costa Andrade, que a postura adotada por Feuerbach é transcendente e crítica, buscando assentar as bases do Direito Penal na ideia de danosidade social.<sup>29</sup>

Em continuidade, tem-se o período histórico que, na Europa, sucedeu ao Iluminismo, imediatamente depois da derrota de Napoleão e do Congresso de Viena, conhecido pelo nome de Restauração. Na Alemanha, esta reação contra os princípios do Iluminismo deu lugar a um “movimento antirracionalista, de caráter romântico, irracional e veementemente nacionalista que encontrou expressão na literatura, na arte e na teoria política”.<sup>30</sup> No sentir de Kaufmann,<sup>31</sup> o racionalismo do direito natural “exagerara nas suas ambições”, despertando, com isso, um crescimento cada vez maior do “histórico e do irracional”.

Dessa forma, no âmbito da teoria política, a Restauração opôs ao argumento iluminista da soberania do povo como fonte de poder o da soberania do príncipe, cuja formulação ficou conhecida por *princípio monárquico*. Este princípio situa-se precisamente na posição antípoda à soberania do povo, substrato de toda organização política do Iluminismo revolucionário. No príncipe reside a soberania e a unidade do poder.<sup>32</sup>

Já no campo do Direito, a ideologia da Restauração foi representada pela assim chamada Escola Histórica do Direito, cujo precursor foi Gustav Hugo (1764-1844) e seu expoente, Friedrich Carl v. Savigny (1779-1861). Savigny, ao estabelecer contundentes críticas ao direito natural racionalista, opôs-se à ideia de um direito estático, imodificável, absoluto e válido para todos os povos e todos os tempos. Contestava, assim, o caráter a-histórico da concepção naturalista do direito. Para ele, “o direito não seria um produto da razão, mas sim do espírito do povo (*Volksgeist*) atuante na história”.<sup>33</sup> O direito, portanto, estaria em constante evolução, daí por que se constituía essencialmente de forma histórica.<sup>34</sup>

.....

28 FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal*, p. 55.

29 ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 44.

30 Ménedez Reixach apud HORMAZÁBAL MARARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal*. Barcelona: PPU, 1991, p. 20.

31 KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 93.

32 HORMAZÁBAL MARARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, p. 20.

33 KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história, p. 94.

34 KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história, p. 94.

Bobbio<sup>35</sup> afirma que os traços básicos da Escola Histórica do Direito são os mesmos do Historicismo, apenas aplicados ao Direito. Essas características ou princípios essenciais são os seguintes: a) *individualidade e variedade do homem*, que conduz à conclusão de que não há um direito único, igualmente válido para todos, em todos os lugares e tempos, mas é produto da história; b) *irracionalidade das forças históricas*, ou seja, o direito, assim como todos os fatos sociais, não é fruto de um cálculo racional; c) *pessimismo antropológico*, o qual, quando transportado para o direito, permite concluir que mais importante do que as novas tentativas de codificação do direito é a manutenção dos ordenamentos existentes; d) *amor pelo passado*, que levava os partidários da referida Escola a tentar recepcionar o direito romano e resgatar o antigo direito germânico; e) *sentido de tradição*, especialmente através do costume, vez que, como já mencionado, o direito nascia do “espírito do povo”.

Afora as divergências internas, em geral a Escola Histórica oporia ao direito natural o direito positivo, à concepção exclusivamente especulativa da ciência do direito o direito como uma ciência especulativo-formal. Assim, direito positivo passa a ser a única realidade e objeto para a ciência do direito.<sup>36</sup>

Entretanto, no âmbito penal, antes que a influência daquela escola se fizesse nitidamente presente, especialmente em Binding e Liszt, em 1834, Birnbaum publicou uma obra, na qual argumentava uma tese de claro conteúdo liberal<sup>37</sup> e, portanto, restritiva do *ius puniendi* do Estado da Restauração, conforme a qual a conduta delitiva não lesionava direitos subjetivos, mas lesionava “bens”, conceito que, não obstante nascer no seio de uma teoria liberal, permitia-lhe superar o obstáculo que supunha a doutrina de Feuerbach para a incriminação de condutas contra a religião e a moral.<sup>38</sup> Nesta direção, para Birnbaum, o que realmente o delito lesiona não são direitos, os quais permanecem incólumes, mas “bens”.<sup>39</sup>

35 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 51-52.

36 HORMAZÁBAL MARARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, p. 23.

37 O caráter liberal da formulação de Birnbaum é questionada, entre outros, por AMELUNG, Knut. El Concepto “Bien Jurídico” en la Teoría de la Protección Penal de Bienes Jurídicos. In: HEFENDEHL, Holand (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 233-234. Em sentido contrário, defendendo, pois, o liberalismo da tese de Birnbaum, considerando esse caráter, inclusive, muito mais evidente e limitador do poder punitivo estatal do que as teses de Beccaria e Feuerbach, cf. SCHÜNEMANN, Bernd. El Principio de Protección de Bienes Jurídicos como Punto de Fuga de los Límites Constitucionales de los Tipos Penales y de su Interpretación, p. 204-208.

38 HORMAZÁBAL MARARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, p. 26

39 BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, p. 57.

Assim é que define o delito como “toda lesión o puesta en peligro, imputable a la voluntad humana, de un bien que el poder público ha de garantizar parejamente a cada cual [...]”.<sup>40</sup>

Com estes argumentos, contudo, Birnbaum abriu espaço para a incriminação de condutas lesivas à moral e à religião, o que não se mostrava possível na teoria de Feurbach, a qual restringia o poder punitivo do Estado à lesão de direitos subjetivos. Dessa forma, assinalou que

*[...] cabrá siempre considerar un conjunto de ideas religiosas y morales como un bien colectivo del pueblo que hay que situar entre las garantías generales, bien cuya conservación guarda un vínculo tan estrecho con la preservación de la Constitución, que ciertas clases de acciones inmorales o irreligiosas, aun independientemente de una prohibición precisa sancionada bajo la amenaza de una pena tienen que ser consideradas en sí mismas como antijurídicas por los hombres que viven en el Estado. (itálicos no original)*

Ao fundamentar a legitimidade do poder punitivo estatal na lesão a bens, Birnbaum possibilita o desenvolvimento, inclusive fazendo expressa referência, da classificação em delitos de lesão e de perigo, facilita a distinção entre consumação e tentativa e possibilita a classificação dos delitos em razão da ofensa a bens individuais ou coletivos.<sup>41</sup>

O desenvolvimento da ciência, utilizada exponencialmente a serviço da indústria, leva à implementação do *positivismo comteano*, o qual serviu de substrato para a fundamentação filosófica não só das ciências experimentais, mas também das sociais. O método das ciências sociais passa do dedutivo ao indutivo e o objeto passa da ideia à matéria. O pensamento passa por uma detida asepsia do que nele havia de crítico, tornando-se, portanto, isento de toda valoração. A aceitação dos fenômenos como realidades passa a ser regra, não cabendo mais questioná-los, mas apenas explicá-los.<sup>42</sup> A positividade constitui a própria “natureza” do direito.<sup>43</sup> Impera, portanto, uma obediência absoluta à lei, sintetizada

.....  
40 BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, p. 59-60.

41 GUZMÁN DALBORA, José Luis. Estudio preliminar. In: BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, p. 24-25.

42 HORMAZÁBAL MARARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, p. 34-35.

43 KAUFMANN, Arthur. *A problemática da filosofia do direito ao longo da história*, p. 115.

pelo brocardo *Gesetz ist Gesetz* (lei é lei).<sup>44-45</sup>

Agora o Estado já não terá mais um fim, eis que se constitui um fim em si mesmo. No campo do Direito penal, uma tal concepção ensejará uma ampliação do seu âmbito de intervenção. Considerando que, para o positivismo, toda lei é, *a priori*, válida, exigindo-se, para tanto, apenas que a forma para sua produção tenha sido respeitada,<sup>46</sup> já não ficará limitado ao castigo das situações que afetam as mencionadas condições, mas poderá estender-se a toda conduta que o Estado considere necessitada de tutela penal. Busca-se a objetivação do objeto do delito. São os objetos do mundo exterior, as coisas concretas, que devem ser protegidos pelo Direito Penal, mesmo que não sejam condutas perturbadoras das condições de vida em comum, desde que sejam fixadas pelo legislador. O bem jurídico, portanto, no Estado positivista, acaba sendo o resultado de um liberalismo vazio de conteúdo,<sup>47</sup> razão por que não contribui para o conceito material de crime, especialmente com Binding. Com von Liszt, ainda se verifica uma pretensão de materialização do bem jurídico ao considerar que “é a vida, e não o direito, que produz o interesse”, interesse este cuja proteção, segundo ele, é o fim do Direito, amenizando, portanto, o exacerbado formalismo de Binding. Contudo, imediatamente, von Liszt afirma que “só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico”,<sup>48</sup> proteção essa que fica condicionada à decisão política do Estado. Dessa forma, as formulações de Binding e von Liszt não agregam valor ao conteúdo substancial do crime, vez que o bem jurídico perde seu caráter transcendente ao sistema penal, o qual encontra-se hermeticamente fechado em si mesmo.

O declínio do positivismo jurídico deu-se por diversas razões, entre as quais merece destaque a insustentabilidade dos seus dogmas principais: primeiro, o de que o juiz não pode criar o direito, o qual é pré-dado pela lei; segundo, o de que o juiz, ao mesmo tempo, não pode denegar a justiça; e o terceiro, decor-  
rência lógica dos primeiros, que é a necessária completude do sistema jurídico.

44 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006, p. 133.

45 Interessante observar que, segundo KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história, p. 116-117, mesmo Feuerbach, não exigia uma obediência cega do juiz à lei. Ao contrário, dizia ele que o juiz tinha o sagrado dever de desobedecer a lei injusta, pensamento este que seria retomado posteriormente pelo segundo Radbruch.

46 KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história, p. 117.

47 HORMAZÁBAL MARARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, p. 34-36.

48 LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899, p. 94.

Contudo, esta ideia de inteireza do ordenamento não se sustentou, vez que, não se podendo abrir mão da proibição de denegação da justiça por parte do juiz, a proibição de criar o direito teve que ceder.<sup>49</sup>

Assim é que, em reação à certeza científica das “leis naturais” do pensamento positivista, surge uma corrente filosófica que traz à tona o relativismo do pensamento kantiano, agora reformulado, que ficou conhecida como neokantismo.

Após o fim da I Guerra Mundial, com a derrota da Alemanha e, no plano político, com a fuga do imperador para os Países Baixos, com sua imediata renúncia ao trono, abre-se espaço para que a burguesia se erga, mesmo encontrando-se quase completamente soterrada pelos escombros da guerra. Nesse contexto é que os movimentos políticos se formam e decidem realizar uma Assembleia Constituinte para a elaboração da Lei Fundamental da Primeira República, a qual, por ter sido realizada na cidade de Weimar, em virtude das barricadas ainda existentes em Berlim, ficou batizada como Constituição de Weimar.<sup>50</sup>

O neokantismo ou neocriticismo desenvolveu-se neste contexto histórico e político, especialmente na Alemanha. O prefixo *neo* indica, como não poderia deixar de ser, um resgate dos princípios de Kant, com oposição ao idealismo objetivo de Hegel então predominante, bem como a todo tipo de metafísica, o que levaria esse movimento a rejeitar o cientificismo positivista e sua visão absoluta da ciência. A recuperação da filosofia como forma de reflexão crítica do conhecimento estava, portanto, no epicentro intencional do neokantismo.

No âmbito do Direito penal, sob a inspiração do neokantismo, passou-se a caracterizar o crime como “danosidade social”, ponto de partida para a consideração da tipicidade, não mais como exclusiva descrição formal de uma conduta, mas “materialmente como uma *unidade de sentido socialmente danoso*, como *comportamento lesivo de bens juridicamente protegidos*”<sup>51</sup> (itálico no original). Assim é que Mezger, principal representante do neokantismo na Alemanha, manifestava-se expressamente no sentido de que “el contenido material del injusto es la lesión o puesta en peligro de un *bien jurídico*”.<sup>52</sup> A antijuridicidade

.....  
49 KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história, p. 121.

50 ROGEIRO, Nuno. *A lei fundamental da República Federal da Alemanha*: ensaio e anotações. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 33-35.

51 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal. Parte geral*: questões fundamentais; a doutrina geral do crime. Coimbra/São Paulo: Coimbra/RT, 2007. t. I, p. 242-243.

52 MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. t. 1, p. 401.

encontrava-se, de igual modo, concebida de forma material.<sup>53-54</sup>

Por outro lado, com Honig e Wolf, ainda sob a inspiração neokantiana, a teoria do bem jurídico haveria de trazer, como consequência, a perda, para o conceito, de todo o conteúdo real e concreto, preparando-se com ele o caminho de seu desaparecimento com as correntes do direito penal do nacional-socialismo,<sup>55</sup> onde o que se tinha, em verdade, era um “não-Estado de Direito”.<sup>56</sup> No período do nacional-socialismo, o bem jurídico também perde seu potencial crítico e conteúdo material, deixando de ser, conseqüentemente, limite ao poder punitivo estatal, que, em nome da pretensa superioridade da raça ariana e da exigência absoluta de obediência e fidelidade do povo aos interesses do *Reich*, acabou por produzir o episódio histórico cuja hediondez torna difícil, até mesmo para quem o viveu, narrá-lo, por ser inenarrável, e testemunhá-lo, por estar além da razão humana.<sup>57</sup>

A derrota da Alemanha na II Guerra Mundial representa também o fim do nacional-socialismo e sua forma de governo. O território alemão é ocupado pelas potências vencedoras e as duas diversas concepções do modelo político que claramente postulavam pela futura Alemanha deram lugar à República Federal Alemã e à República Democrática Alemã, como Estados independentes, mas alienados cada um deles em blocos diferentes e diante da imposição de suas respectivas estruturas políticas e econômicas. Por um lado, a República Federal Alemã manteria o modo capitalista de produção e, por outro, a República Democrática Alemã adotaria o modelo socioeconômico que então impôs a União Soviética, como potência vencedora, aos países do Leste Europeu.<sup>58</sup>

Do mesmo modo que o fim da I Guerra Mundial deu lugar à Constituição de Weimar, o fim da II Guerra Mundial fez surgir, na República Federal Alemã, a Lei Fundamental de 1949, a assim chamada Constituição de Bonn. Com razão,

.....  
53 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal. Parte geral: questões fundamentais; a doutrina geral do crime*. Coimbra/São Paulo: Coimbra/RT, 2007. t. I, p. 243.

54 É interessante observar que, nesse mesmo período, na Espanha, o grande penalista Jiménez de Asúa, na sua *Teoría Jurídica do Delito*, de 1931, já identifica, acertadamente, a antijuridicidade formal à tipicidade, afirmando que, em realidade, a antijuridicidade material é a antijuridicidade mesma, como se pode ver em JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La teoría jurídica del delito*. Madrid: Kykinson, 2005, p. 82.

55 HORMAZÁBAL MARARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, p. 58-71.

56 KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história, p. 125.

57 Esta, aliás, é a questão reitora da investigação feita por Agamben, em AGANBEN, Giorgio. *O que resta de Auschwitz*. São Paulo: Boitempo, 2010.

58 HORMAZÁBAL MARARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, p. 72.

portanto, afirma Nuno Rogério que a República de Bonn nasceu de um fato internacional, que foi a queda militar do *Reich* e a ocupação aliada, e expandiu-se em razão de outro fato, também internacional, qual seja, “a desagregação dos sistemas comunistas e a revolução popular na RDA, face à exaustão do modelo soviético”.<sup>59</sup>

Desde uma perspectiva histórica, o exacerbado positivismo legalista do regime nacional-socialista, de absoluta identidade entre poder e direito, entre lei e direito, e a definitiva separação entre direito e moral, significou uma violenta ruptura com o pensamento racionalista que havia regido o desenvolvimento e evolução da política, da ciência, da arte e, em geral, de toda forma de manifestação cultural. Diante da ordem, disciplina e eficiência, entendidas como valores absolutos, a liberdade e a dignidade do indivíduo tiveram que ceder.<sup>60</sup>

A tomada de consciência de uma tal situação fez com que a produção jurídica, jurídico-filosófica e jurídico-penal, por consequência, voltasse sua atenção para o resgate da ética, da moral e da justiça como elementos essenciais para a legitimidade do poder estatal. Não por outra razão que a Lei Fundamental de 1949 assinala, em seu art. 20.1, que a República Federal Alemã se constitui em “um Estado federal democrático e social”, isto é, o que a doutrina constitucional tem chamado “o estado social e democrático de direito”. Do mesmo modo, o art. 1º, nº 2, prevê que “o Povo Alemão reconhece, por isso, os direitos inalienáveis da pessoa humana como fundamentos de qualquer comunidade humana, da paz e da justiça no mundo”. Este último dispositivo implica, na certa apreciação de Nuno Rogério, a “consideração filosófica da validade pré-estadual, ou da preexistência de um conjunto de direitos humanos fundamentais, decorrentes de um princípio nitidamente jusnaturalista [...]”.<sup>61</sup> Este retorno às bases jusnaturalistas é admitido expressamente por penalistas como Welzel,<sup>62</sup> por exemplo.

Com fundamento nas doutrinas jusfilosóficas hegeliana e fenomenológica, a preocupação primacial do direito penal já não seria mais a concepção do delito primeiramente como lesão de um bem jurídico, mas antes como uma ação, não mais a ação natural, perceptível pelos sentidos, típica do causalismo e até do .....

59 ROGEIRO, Nuno. *A lei fundamental da República Federal da Alemanha*, p. 49.

60 HORMAZÁBAL MARARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, p. 72.

61 ROGEIRO, Nuno. *A lei fundamental da República Federal da Alemanha*, p. 79.

62 Veja-se, por exemplo, WELZEL, Hans. *Derecho natural y positivismo jurídico. Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*. Montevideo – Buenos Aires: Eitorial BdeF, 2006, p. 177-199.

neokantismo, mas será uma ação desejada conscientemente, uma ação plena de sentido. O olhar direcionado à ação acarretaria uma mudança de conteúdo dos elementos constitutivos do delito e traria consequências ao bem jurídico, o qual ficaria mediatizado pelo novo conceito de ação.<sup>63</sup>

As duas principais propostas metodológicas da teoria do delito desse período são a de Hellmuth Mayer, de inspiração neo-hegeliana, e a de Hans Welzel, de inspiração fenomenológica e jusnaturalista, sendo esta última a que haveria de prevalecer, no pós-guerra, exatamente por seu claro conteúdo ético e moralizante, tudo o que se esperava como reação às atrocidades do nazismo.<sup>64</sup> Assim é que, para Welzel,

*más esencial que la protección de determinados bienes jurídicos concretos es la misión de asegurar la real vigencia (observancia) de los valores de acto de la conciencia jurídica; ellos constituyen el fundamento más sólido que sustenta al Estado e la sociedad. La mera protección de bienes jurídicos tiene sólo un fin preventivo, de carácter policial y preventivo. Por el contrario, la misión más profunda del Derecho Penal es de naturaleza ético-social y de carácter positivo. Al proscribir y castigar la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de la conciencia jurídica, revela, en la forma más concluyente a disposición del Estado, la vigencia inquebrantable de estos valores positivos de acto, junto con dar forma al juicio ético-social de los ciudadanos y fortalecer su conciencia de permanente fidelidad jurídica.*<sup>65</sup>

E conclui o grande finalista: “*la misión del Derecho Penal consiste en la protección de los valores elementares de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión, la protección de los bienes jurídicos particulares*”<sup>66</sup> (itálico no original). Por esta razão é que se pode falar em mediatização do bem jurídico, com consequente esvaziamento da sua função crítica e de seu conteúdo material.

3 O papel da normatividade constitucional na delimitação do conteúdo material legítimo das figuras delituosas

Nos últimos anos, dentre as transformações ocorridas no âmbito da dogmática jurídica, a chamada constitucionalização do Direito consolidou um dos mais

63 HORMAZÁBAL MARARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, p. 76.

64 HORMAZÁBAL MARARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, p. 76.

65 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 3.

66 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 5.

significativos processos de reestruturação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, ao reconhecer, como princípio interpretativo, a supremacia das Cartas Constitucionais, em razão da qual toda a ordem jurídica tornou-se aberta à irradiação ou *filtragem das normas constitucionais*<sup>67</sup> e, de modo particular, dos direitos fundamentais por elas garantidos.<sup>68</sup> Desta forma, não é possível desconhecer estes influxos também no âmbito do Direito Penal, especialmente porque é nesta esfera que esses direitos podem ser ofendidos ou ameaçados de lesão de forma mais potencializada.

Essa nova configuração, como bem lembra Feldens, só foi possível a partir do segundo pós-guerra, com as Constituições rígidas, com maior força normativa e com garantia de controle jurisdicional, como foram os casos da Itália, em 1947, e da Alemanha, em 1949. A validade da lei deixa de estar condicionada apenas à observância de critérios formais e passa a ser necessariamente legitimada por sua conformação com a ordem constitucional. Aliado a isso, o juiz, antes limitado aos fatos que lhe eram narrados, passa a ser juiz também das leis, no controle de sua conformação constitucional. Em síntese, a configuração do atual Estado Constitucional, que também ficou conhecido por (neo)constitucionalismo,<sup>69</sup> caracteriza-se pela força normativa dos princípios, que passam a ser parâmetros de interpretação e aplicação do direito ao lado das regras jurídicas; o método aplicativo deixa de ser apenas a subsunção, típica das regras, e passa-se à ponderação, aplicável aos princípios; o legislador perde seu posto privilegiado e passa a ter sua atuação condicionada, e muitas vezes até mesmo ordenada, pela Constituição; e uma significativa atuação judicial no controle da produção legislativa, tudo com o fim de adequá-la à ordem constitucional.<sup>70</sup>

A partir desta base teórica é que o referido autor afirma, de forma categórica, que “o discurso sobre a legitimação do Direito Penal é, sobretudo, o discurso

.....  
67 Expressão de SCHIER, Paulo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *Crítica jurídica: revista latinoamericana de política, filosofia y derecho*, n. 24. Curitiba: Unibrasil, 2005, *passim*.

68 SANTOS, Cleopas Isaías. A prisão em flagrante no projeto de reforma total do Código de Processo Penal (substitutivo do PLS 156/09) e sua ressonância nos direitos fundamentais do imputado. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 64, out.-nov., 2010, p. 34.

69 Sobre o tema, cf. CARBONEL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003; BERNAL PULIDO, Carlos. *El neoconstitucionalismo a debate*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006; e, no Brasil, interessante artigo de BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acessado em 02 mar. 2009

70 FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*, p. 18-19.

acerca de sua adaptação material à Constituição”,<sup>71</sup> sendo o parâmetro principal para essa adaptação material precisamente os direitos fundamentais, que se constituem no “núcleo em torno do qual se pode cogitar de uma *reserva constitucional de Direito Penal*”<sup>72</sup> (itálico no original).

Ainda de acordo com as reflexões de Feldens, a Constituição e o Direito Penal estabelecem uma tríplice relação axiológico-normativa, na qual a Constituição serve como *limite material, fonte valorativa e fundamento normativo* do Direito Penal.<sup>73</sup>

Existe um alargado consenso sobre a necessidade de toda a legislação, inclusive a penal, estar de acordo com os valores e princípios constitucionais, não podendo ser com ela contrária ou incompatível, portanto, sob pena de passar por um inafastável controle jurisdicional. A mesma calma já não se vê quando a Constituição passa a exigir a atuação positiva do legislador penal, naquilo que se convencionou chamar de *mandato expreso de criminalização*.<sup>74</sup> A questão que se coloca é: está o Estado obrigado a legislar em matéria penal?

Esta questão mostra-se relevante na medida em que a admissão de um dever de legislar penalmente parece ser incompatível, vez que com ela contrária, à chamada *função negativa*<sup>75</sup> do bem jurídico, assim também com a noção de subsidiariedade do Direito Penal, considerado legítimo, segundo a tradição liberal que chegou aos dias atuais, apenas quando se mostrar como a *ultima ratio* do sistema de controle social.

Com efeito, o princípio do bem jurídico foi concebido, desde a teoria da proteção de direitos subjetivos de Feuerbach, que o antecedeu historicamente, para servir de limite negativo à intervenção penal do Estado. Ou seja, o bem jurídico era usado, não para dizer ao legislador o que deveria ser protegido pelo Direito Penal, mas para indicar-lhe aquilo que não poderia sê-lo, de tal forma que com isso se evitava a proibição de meros valores morais. Mais precisas e au-

.....  
71 FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*, p. 29.

72 FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*, p. 33.

73 FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*, p. 34.

74 Interessante abordagem sobre os mandatos expressos de criminalização na CF/88 é feita por GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandatos expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

75 Sobre isso, cf HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 34; e HASSEMER, Winfried. ¿Puede Haber Delitos que no Afecten a un Bien Jurídico Penal? In: HEFENDEHL, Holand (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 96.

torizadas, neste contexto, são as palavras de Hassemer, o qual é categórico ao afirmar que “este principio no ha contenido de criminalizar toda conducta que lesione un bien jurídico, sino que, por el contrario, ha prescrito extraer de la ley toda conminación penal que no se pueda referir a una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico”.<sup>76</sup> Nesse sentido, nota-se que a função negativa do bem jurídico está muito mais relacionada aos *limites* do poder punitivo estatal do que à sua *legitimação*, até porque em plena harmonia com a clássica concepção dos direitos fundamentais como direitos de defesa.<sup>77</sup> Dessa forma, a função negativa do bem jurídico, ao servir como limite ao legislador penal, acabava por selecionar apenas as condutas que ofendessem, mediante lesão ou exposição a perigo, bens jurídicos considerados essenciais para o livre desenvolvimento dos indivíduos e para o bom funcionamento social, de maneira que ao Direito Penal era reservado um papel subsidiário em relação às outras formas de controle social. Em poucas palavras: a legitimidade do Direito Penal estava condicionada a sua natureza *subsidiária*,<sup>78</sup> ou seja, por seu atributo de *ultima ratio* do sistema de controle social.

Por outro lado, com a existência de mandados expressos de criminalização, o bem jurídico deixa de ter apenas uma função negativa e passa a exercer também uma *função positiva*, na medida em que o constituinte já estabelece previamente a necessidade de tutela penal de determinados bens jurídicos, diretamente relacionados aos direitos fundamentais. Este fenômeno decorre de outro, certamente dos mais relevantes, que é a vinculação dos Poderes pelos direitos fundamentais, especialmente através da doutrina conhecida por *deveres de proteção* ou *imperativos de tutela*.<sup>79</sup>

A referida contradição, no entanto, é apenas aparente. Com efeito, a função negativa do bem jurídico nasce em um momento histórico em que era absolutamente justificável a limitação do poder punitivo estatal, especialmente contra ofensas aos direitos individuais, ou seja, os chamados direitos civis e políticos, ou de primeira geração, típicos de um Estado Liberal. Não por outra razão que

76 HASSEMER, Winfried. ¿Puede Haber Delitos que no Afecten a un Bien Jurídico Penal?, p. 98 (p. 95-104).

77 HASSEMER, Winfried. ¿Puede Haber Delitos que no Afecten a un Bien Jurídico Penal?, p. 98.

78 Sobre a subsidiariedade do Direito Penal, cf. ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 2004, p. 28.

79 Esta função dos direitos fundamentais é tratada, entre outros, por GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2006, *maxime* a partir da p. 155; FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*, p. 74 e ss.

a raiz da teoria do bem jurídico deu-se sob a forma de defesa de direitos subjetivos. Não havia sentido, naquele momento histórico, falar-se em dimensão objetiva daqueles direitos. O que se esperava, a todo custo, era o afastamento do Estado dos direitos dos cidadãos. Em síntese, com o fortalecimento da perspectiva *positiva dos direitos fundamentais*, em que estes deixaram de ser simples forma de defesa contra os arbítrios do Estado, surge uma nova face do bem jurídico, qual seja, sua *função positiva*, que se dá especialmente através dos chamados *mandados expressos de criminalização*.

Maior densidade ganhou esta perspectiva especialmente a partir da teoria dos princípios, que tem na referencial obra de Alexy<sup>80</sup> sobre o tema sua maior expressão. A partir do princípio da proporcionalidade, com sua tríplice estrutura dogmática (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e sua dupla face (proibição de excesso e proibição de proteção deficiente), passou-se a ter novos referenciais normativos para a verificação da legitimidade da intervenção penal.

Quanto à proibição de excesso (*Übermaßverbot*), esta representa, sem qualquer ajuste, a função negativa clássica do bem jurídico, ao passo que a proibição de proteção deficiente (*Untermaßverbot*) serve de substrato teórico para a função positiva do bem jurídico. Segundo Hassemer, ambos os princípios estão “en condiciones de reconstruir desde el punto de vista del Derecho constitucional las tradiciones del Derecho penal en cuyo centro se encuentra el bien jurídico, ya que representan los dos polos que determinan el derecho de intervención estatal conforme a la Constitución”.<sup>81</sup>

Aqui ainda se poderia questionar se a admissão de um mandado expresso de criminalização não feriria a condição de *ultima ratio* do Direito Penal, ao mesmo tempo em que o transformaria na *prima ratio* ou até mesmo na única *ratio*, como se pronunciava Hassemer.<sup>82</sup> Isso, contudo, não procede. Vale evidenciar que o próprio Hassemer mudou seu posicionamento no último trabalho mais significativo dedicado ao tema.<sup>83</sup>

80 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

81 HASSEMER, Winfried. ¿Puede Haber Delitos que no Afecten a un Bien Jurídico Penal?, p. 98.

82 HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*, p. 51.

83 HASSEMER, Winfried. ¿Puede Haber Delitos que no Afecten a un Bien Jurídico Penal?, especialmente nas p. 101-103.

O que o legislador constituinte faz, ao determinar a necessidade de criminalização de certos bens jurídicos, é o mesmo que o legislador penal sempre fez, ou seja, escolher seletivamente os bens jurídicos mais importantes. A única diferença que se poderia revelar diz com a antecipação dessa necessária intervenção penal, feita agora no âmbito da Constituição. Afinal, o constituinte também é legislador, legitimado democraticamente tanto quanto o ordinário. O que passa a existir, com a proibição de proteção deficiente, através de mandados expressos de criminalização, é a *ratio necessaria* da intervenção penal. De fato, nos casos de mandados expressos de criminalização, o próprio constituinte faz o juízo de adequação e de necessidade da intervenção penal, relegando ao legislador ordinário apenas a análise da proporcionalidade em sentido estrito.<sup>84</sup>

Buscando um fundamento para os *mandados expressos de criminalização* previstos em muitas constituições, entre as quais a italiana, a alemã, a portuguesa, a espanhola e a brasileira, Dolcini e Marinucci questionam: “por que razão é que as *Constituições* antecipam, algumas vezes, *valorizações político-criminais*, normalmente remetidas às escolhas discricionárias do legislador ordinário?”<sup>85</sup> (itálico no original), ao que respondem imediatamente: “a resposta emerge, não só da *experiência histórica*, mas também dos *projectos* e dos *objectivos* que os vários países se propunham no momento em que se outorgavam uma nova Constituição”<sup>86</sup> (itálico no original). Muitos exemplos de exigência de criminalização constantes na CF/88 parecem dar razão aos autores italianos.

Questão menos pacífica é a que diz respeito à possível exigência implícita de criminalização feita pelo constituinte. Contudo, parece restar resolvida quando observamos as consequências de sua não admissão para alguns bens jurídicos, como a vida, a integridade física, a liberdade, a honra e a dignidade. Com efeito, na perspicaz interrogação de Feldens,<sup>87</sup> como compreender que a Constituição exige a atuação do legislador penal para a proteção do meio ambiente, inclusive

84 Referindo-se ao estreito campo de atuação do legislador, STAECHELIN, Gregor. ¿Es Compatible la “Prohibición de infraprotección” con una Concepción Liberal del Derecho Penal? In: *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000, p. 289 afirma ser a proibição de proteção deficiente “el límite inferior de la libertad de valoración del legislador”. Nessa mesma senda, FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*, p. 93 assere que “devemos extrair da proibição do excesso a medida máxima, e da proibição da proteção deficiente a *medida mínima* da atuação legislativa, centrando-se a zona de discricionariedade do Poder Legislativo entre a medida máxima e a medida mínima”.

85 DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e Escolha de Bens Jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, n. 4, 1994, p. 173.

86 DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e Escolha de Bens Jurídicos, p. 173.

87 FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*, p. 46.

com o fim de preservar as gerações futuras (art. 225), sem perceber o seu comprometimento, de igual modo, com a vida da geração presente? Certamente a não admissão de tais exigências implícitas, em casos como os mencionados, acabaria por gerar incoerências insuperáveis no âmbito da normatividade constitucional, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais. Uma hipótese sugerida por Feldens, para que o constituinte não tenha exigido expressamente a criminalização da ofensa a alguns bens, é a sua necessidade evidente, decorrente de um consenso social,<sup>88</sup> que, aliás, encontra-se muito presente em todo processo de constitucionalização democrática.

Parece ter restado claro, portanto, que é legítima a ordem constitucional, dirigida ao legislador ordinário, de criminalização. Uma tal constatação, entretanto, e isso importa destacar, não afasta a necessidade de um bem jurídico a ser tutelado, como asseverou, com precisão e acerto, Hassemer:

*Sin el concepto de bien jurídico, ésta es mi tesis, es absolutamente imposible construir una prohibición de defecto en el Derecho constitucional – y, en consecuencia, también en el Derecho penal – . La admisión de un bien jurídico necesitado y merecedor de protección es el fundamento del que surge el deber de protección; es el motor que impulsa una prohibición de defecto y que pretende obligar al legislador a actuar.<sup>89</sup>*

O bem jurídico, portanto, mesmo nessa novel perspectiva, deve continuar como *diretriz normativa*<sup>90</sup> e como “el punto de partida para examinar la legitimidad de los tipos penales”,<sup>91</sup> servindo, portanto, de “punto de fuga de las estructuras de imputación”,<sup>92</sup> para fazermos uso das lapidadas expressões de Schünemann.

## CONCLUSÃO

Do exposto, constatamos que a compreensão do crime, numa perspectiva material, está intimamente relacionada à noção de ofensa a um bem jurídico. Por opção metodológica, priorizamos a abordagem do contributo da Filosofia

88 FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*, p. 46.

89 HASSEMER, Winfried. ¿Puede Haber Delitos que no Afecten a un Bien Jurídico Penal?, p. 103.

90 SCHÜNEMANN, Bernd. El Principio de Protección de Bienes Jurídicos como Punto de Fuga de los Límites Constitucionales de los Tipos Penales y de su Interpretación, nota 1, p. 202.

91 SCHÜNEMANN, Bernd. El Principio de Protección de Bienes Jurídicos como Punto de Fuga de los Límites Constitucionales de los Tipos Penales y de su Interpretación, nota 1, p. 198.

92 SCHÜNEMANN, Bernd. El Principio de Protección de Bienes Jurídicos como Punto de Fuga de los Límites Constitucionales de los Tipos Penales y de su Interpretación, nota 1, p. 199.

para a compreensão do instituto do bem jurídico-penal, passando à margem da densificação da ofensividade, embora reconheçamos sua autonomia dogmática.

A teoria do bem jurídico sempre esteve vinculada à concepção de Estado de cada momento histórico, especialmente no que tange a sua legitimação e a seus limites de intervenção penal, razão por que a Filosofia Política e a Filosofia do Direito mostram-se aptas a oferecer elementos significativos para a compreensão daquele instituto como elemento central da concepção material de crime.

Mais recentemente, com a configuração do atual Estado Constitucional, no qual brotou e se desenvolveu a teoria dos direitos fundamentais, estes passaram a ser parâmetro para as atividades estatais, inclusive com força vinculante dos mesmos. Os direitos fundamentais deixaram de ter apenas aquela inaugural configuração de direitos de defesa e passaram a uma dimensão positiva, como imperativos de tutela, o que gerou o interessante fenômeno da exigência constitucional de criminalização das condutas lesivas a tais direitos, com significativa repercussão na teoria do bem jurídico, que, de igual modo, deixa de ter exclusivamente função negativa e passa a ter função também positiva. Mesmo concordando com a legitimidade dessa nova atmosfera, não podemos prescindir do bem jurídico, o qual deve continuar como mastro principal da nau jurídico-penal.

### Cleopas Isaías Santos

Doutorando e mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS. Pós-graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra e em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade São Luís, da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul, da Academia Integrada de Segurança Pública do Estado do Maranhão e da ACADEPOL/RS (Professor palestrante). Delegado de Polícia.

# ARTIGO

## 4

### CLAUS ROXIN, 80 ANOS

*Luís Greco / Alaor Leite<sup>1\*</sup>*

#### I. INTRODUÇÃO

No dia 15 de maio de 2011, Claus Roxin, um dos mais importantes penalistas contemporâneos, completa seu octagésimo aniversário. Reflexo dessa importância é a recém-publicada coletânea de estudos em sua homenagem, da qual participaram mais de cem autores dos mais diversos países, desde Japão e China, passando por Sérvia e Croácia, Turquia, Grécia e Espanha, México e Cuba, até Argentina, Peru e Brasil.<sup>2</sup> O presente trabalho quer aproveitar a ocasião para prestar a devida homenagem a um jurista de renome mundial, que tem

.....  
1 \* Luís Greco é doutor e mestre em Direito pela Universidade Ludwig Maximilian, Munique, sob a orientação de Claus Roxin; Alaor Leite é mestre em Direito pela Universidade Ludwig Maximilian, Munique, sob a orientação de Claus Roxin, e doutorando na mesma instituição, sob o mesmo orientador.

2 A *Festschrift*, como livro de estudos em homenagem em sentido formal, é uma tradição acadêmica alemã e, em geral, publica-se por ocasião dos 70 anos do professor catedrático. Roxin recebeu sua *Festschrift* de 70 anos em 2001: Schönemann et alii (coords.), *Festschrift für Claus Roxin*, Berlin, 2001 (cf. a resenha de L. Greco, RBCC 37 [2002], p. 363 e ss.). Receber uma segunda *Festschrift* aos 80 anos é privilégio de pouquíssimos professores. O único caso de um penalista que vem à memória dos autores é Karl Peters.

Além dessas duas *Festschriften* em sentido tradicional, foram anteriormente publicados vários livros em homenagem a Roxin, que fazem dele, também nesse quesito, um recordista absoluto: o volume editado por Schönemann, *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin/New York, 1984 (há tradução espanhola: *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, trad. Silva Sánchez, Madrid, 1991), por ocasião dos 50 anos de Roxin; o volume editado por Schönemann/Figueiredo Dias, *Bausteine des europäischen Strafrechts*. Coimbra-Symposium für Claus Roxin, Köln etc. 1995 (versão espanhola *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal - Libro-Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1995), por ocasião de doutorado *honoris causa* na Universidade de Coimbra; o volume editado por Gimbernat/Schönemann/Wolter, *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*, Madrid 1994 (versão alemã: *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*. Ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin, Heidelberg 1995), por ocasião de doutorado *honoris causa* na Universidad Complutense, Madrid; o volume editado por Silva Sánchez, *Política criminal y nuevo derecho penal*, Barcelona, 1997, por ocasião de doutorado *honoris causa* na Universidade Central de Barcelona; o volume editado por Lascano, *Nuevas formulaciones en las ciencias penales - Homenaje al Professor Claus Roxin*, Córdoba (Argentina), 2001; o volume editado por Valdágua, *Problemas fundamentais de direito penal*. Colóquio internacional em homenagem a Claus Roxin, Lisboa, 2002, por ocasião de doutorado *honoris causa* na Universidade Lusíada de Lisboa; o volume editado por Ontiveros Alonso/ Peláez Ferrusca, *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica*. En homenaje a Claus Roxin, México D.F., vol. I 2003; vol. II 2006; e o fascículo especial (Heft 5) da revista *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA) 2006, p. 255 e ss.

no Brasil não apenas livros e artigos traduzidos,<sup>3</sup> mas que se dispôs a acolher brasileiros em seu seleto grupo de doutorandos.

## II. VIDA<sup>4</sup>

Roxin nasceu em Hamburgo, norte da Alemanha, em 15 de maio de 1931. Ainda bastante jovem, doutorou-se (1957) e habilitou-se (1962) – isto é, tornou-se livre-docente – pela Faculdade de Direito da Universidade de Hamburgo, sob a orientação do Professor Doutor Heinrich Henkel. Henkel instigou Roxin a pensar as bases de reformulação do Processo Penal alemão, mas foi a leitura de Welzel que levou Roxin a fixar como ponto central de suas reflexões o Direito Penal material. Logo, em 1963, com 32 anos, Roxin aceitou o convite da Universidade de Göttingen e tornou-se formalmente um Professor catedrático. A pouca idade com que Roxin habilitou-se foi um dos trunfos de sua carreira, já que lhe deu a possibilidade de orientar as teses daqueles que seriam os grandes penalistas do futuro, como Schünemann, Rudolphi e Amelung, para mencionar apenas três grandes nomes. Roxin participou do grupo de jovens penalistas que elaborou o célebre Projeto Alternativo de Código Penal em 1966,<sup>5</sup> e, desde então, foi co-autor de vários outros projetos alternativos, como os dois sobre a eutanásia<sup>6</sup> e outros sobre a reforma do processo penal.<sup>7</sup> Roxin já havia publicado seu escrito programático “Política criminal e sistema jurídico-penal” (1970)<sup>8</sup> quando recebeu

3 Destaquem-se, sobretudo, os livros *Roxin, Política criminal e sistema jurídico-penal*, trad. Greco, Rio de Janeiro, 1ª ed., 2000; 2ª ed., 2002; 3ª ed., 2011 (no prelo); *Funcionalismo e imputação objetiva*, trad. Greco, Rio de Janeiro, 2002; e a compilação de artigos *Estudos de direito penal*, trad. Greco, Renovar, Rio de Janeiro, 1ª ed., 2006, 2ª ed., 2008; 3ª ed., 2011 (no prelo). Dentre os estudos mais recentes, não compilados no citado último volume, cf., especialmente, *Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências*, trad. Pinhão Coelho, RBCC 65 (2007), p. 9 e ss.; *Autoria mediata por meio do domínio da organização*, trad. Tavares Lobato, in: Greco/Tavares Lobato (coords.), *Temas de Direito Penal. Parte General*, Rio de Janeiro/São Paulo/Recife, 2008, p. 323 e ss.; *Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal*, trad. A. Leite, RBCC 82 (2010), p. 24 e ss. Também a Revista *Liberdades* teve a oportunidade de publicar um recente estudo de Roxin: *Por uma proibição de valorar a prova nos casos de omissão do dever de informação qualificada*, trad. A. Leite, in: Revista *Liberdades* 4 (2010), p. 44 e ss.

4 Sobre a vida de Roxin, cf., principalmente, a entrevista em: <http://www.forhistiur.de/zitat/0605duve-roxin.htm>; o estudo autobiográfico de Roxin, Claus Roxin. *Mein Leben und Streben*, in: Hilgendorf (coord.), *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen*, Berlin/New York, 2010, p. 449 e ss.; e o pequeno volume Schünemann (org.), Claus Roxin, *Person – Werke – Epoche*, Herbolzheim, 2003.

5 *Baumann et alii*, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1966.

6 *Baumann et alii*, *Alternativ-Entwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe (AE-Sterbehilfe)*, Stuttgart/New York, 1980; *Schöch et alii*, *Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (AE-StB)*, in: GA 2005, p. 553 e ss.

7 *Baumann et alii*, *Alternativ-Entwurf Novelle zur Strafprozeßordnung: Strafverfahren mit nichtöffentlicher Hauptverhandlung*, Tübingen, 1980; *Baumann et alii*, *Alternativ-Entwurf Novelle zur Strafprozeßordnung: Reform der Hauptverhandlung*, Tübingen, 1985; *Bannenberget alii*, *Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens (AE-EV)*, München, 2001. Voltaremos ao Projeto alternativo sobre a reparação do dano mais abaixo (III, 4, b).

8 *Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1ª ed., 1970; 2ª ed., 1973; para a trad. brasileira, cf. a nota 2.

o chamado para assumir a prestigiada cátedra da Universidade de Munique, em sucessão a Reinhardt Maurach.

A obra de Roxin experimentou notável sucesso internacional. Os anos subsequentes renderam a Roxin nada menos do que 19 doutorados *honoris causa* pelo mundo inteiro, desde a China até o Peru. Em 1999, após 36 anos de magistério, Roxin aposentou-se formalmente. Formalmente, pois a rica produção bibliográfica posterior a esta data, bem como a ida quinzenal à Universidade de Munique às sextas-feiras, para falar com a sua secretária, Marlies Kotting (que é quem, há décadas, digita os textos e livros que Roxin só escreve a mão, com sua caneta tinteiro), e receber em uma sala improvisada seus alunos, comprovam que, o que para muitos é o fim, para Roxin foi mais uma etapa da vida de um vigoroso e inesgotável penalista, como sua obra em constante reformulação o comprova.

É pela obra de Roxin – desde seu escrito de doutorado até artigos recentes que ainda sequer foram publicados – que convidamos o leitor a passear nos próximos parágrafos.

### III. OBRA

#### 1. TESES DE DOUTORADO E DE LIVRE-DOCÊNCIA (HABILITAÇÃO)

a) Roxin dedicou sua tese de doutorado ao tema das chamadas elementares de dever jurídico (*Rechtspflichtsmerkmale*).<sup>9</sup> Essas elementares, dentre as quais se encontram, para usar exemplos do direito brasileiro, o “indevidamente” (art. 151, CP: “Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem”) ou a qualidade de funcionário público em delitos próprios (art. 312 e ss., CP), apresentam um traço específico que as diferencia dos demais elementos normativos, como o caráter “alheio” da coisa em furto: nelas não é possível separar o conhecimento da existência da elementar do conhecimento da antijuridicidade.<sup>10</sup> Quem sabe que devassa correspondência “indevidamente” sabe que não tem o direito de fazê-lo, de modo que não há mais espaço conceitual para um erro de proibição. Contrariamente, quem sabe que a coisa é alheia, ainda assim pode, por ex., julgar que tem um direito de penhor sobre a

9 *Roxin, Offene Tatbestände und Rechtspflichtsmerkmale*, Berlin, 1ª ed., 1959; 2ª ed., 1970 (há trad. para o espanhol, *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, trad. Bacigalupo, Buenos Aires, 1979).

10 *Roxin, Offene Tatbestände*, p. 76.

coisa que a lei, contudo, não prevê, e com isso desconhecer o caráter ilícito do fato. O problema que se colocava, assim, era o de como tratar do erro sobre essas elementares de dever jurídico sem cair nos extremos da teoria do dolo, que, recusando-se a distinguir erro de tipo e erro de proibição, dizia que todo erro sobre elemento normativo ou de valoração global acabaria por excluir o dolo,<sup>11</sup> ou da chamada teoria estrita da culpabilidade, defendida pelos finalistas,<sup>12</sup> que queria tratar todo erro sobre elemento de valoração global como mero erro de proibição, irrelevante para o dolo.

A solução que apresenta Roxin é genial e até hoje geralmente aceita.<sup>13</sup> Entendendo os elementos de dever jurídico como “elementos de valoração global do fato”,<sup>14</sup> propõe ele que se diferencie entre os pressupostos fáticos da valoração e a valoração em si mesma. O erro sobre os pressupostos fáticos da valoração deverá ser entendido como erro de tipo, excludente do dolo. Já a valoração errônea configurará um mero erro de proibição, que deixa o dolo intacto.<sup>15</sup> Para dizê-lo com um exemplo: o vizinho de A sai de viagem por uma semana e pede a A que abra as cartas que porventura chegarem nesse ínterim. Uma semana depois, o vizinho retorna, mas A, que disso não se apercebe e não se lembra de que dia se trata, abre uma carta dirigida a seu vizinho. Aqui, A erra sobre um pressuposto fático da valoração, agindo, portanto, sem dolo. Se A, porém, sabendo do retorno do vizinho, supuser que nada há de indevido em continuar a abrir-lhe a correspondência - afinal, são grandes amigos! - ele agirá dolosamente, sendo de admitir-se mero erro de proibição (evitável).

Rechaçando as estruturas lógico-reais das quais os finalistas esperavam deduzir o conceito de dolo e a teoria do erro,<sup>16</sup> defende Roxin um conceito decidi-

11 Defendida, à época, por *Mezger*, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3ª ed., Berlin/München, 1949, p. 330 e ss.; *Arthur Kaufmann*, *Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, Mainz, 1949, p. 143 e ss.; mais referências em *Roxin*, *Offene Tatbestände*, p. 113 e ss.

12 Defendida por *Welzel*, *Das Deutsche Strafrecht*, 6ª ed., Berlin, 1958, p. 149 e s.; *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Berlin, 1969, p. 168, e seus discípulos, principalmente *Armin Kaufmann*, *Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung*, em: *JZ* 1955, p. 37 e ss.; *Hirsch*, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, Bonn, 1960, p. 331. Mais referências em *Roxin*, *Offene Tatbestände*, p. 121 e ss.

13 Cf., com referências *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke-Schröder*, *Strafgesetzbuch*, München, 28ª ed., 2010, § 15 nm. 22; *Puppe*, in: *Kindhäuser et alii* (coords.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3ª ed., 2010, § 16 nm. 30.

14 No original: “gesamttatbewertende Umstände” (*Roxin*, *Offene Tatbestände*, p. 82). Outra denominação que Roxin também propôs, mas que não se consolidou, foi a de “elementares compreensivas da antijuridicidade” (*rechtswidrigkeitsumschließende Umstände*).

15 *Roxin*, *Offene Tatbestände*, p. 135.

16 *Roxin*, *Offene Tatbestände*, p. 103 e s.

damente normativo de dolo.<sup>17</sup> Ele fundamenta essas conclusões na teoria dos elementos negativos do tipo, que unifica tipo e antijuridicidade sob a noção do tipo total de injusto (*Gesamtunrechtstatbestand*), o qual, para ele, é corolário da recusa à ideia de que há tipos abertos.<sup>18</sup>

b) A monumental tese de habilitação sobre “Autoria e domínio do fato”,<sup>19</sup> que foi republicada em 8ª edição – um fato histórico na Alemanha, país em que abundam boas bibliotecas, de modo que monografias dificilmente chegam a uma segunda edição – exigiria mais do que um artigo, que quer ser uma mera notícia, pode oferecer. É difícil exagerar a importância do livro, sua riqueza de ideias e a dimensão de sua influência na doutrina e na jurisprudência, alemã e estrangeira. O Autor retornou ao tema comentando os dispositivos da autoria e da participação em duas edições do mais renomado dos comentários ao *Strafgesetzbuch*, o *Leipziger Kommentar*,<sup>20</sup> e no segundo volume de seu *Tratado*.<sup>21</sup>

Roxin se propõe a construir o sistema da autoria no direito penal, levando adiante a ideia, até então meramente insinuada, de que autor é quem atua com o domínio do fato. Ponto de partida de Roxin é a ideia de que o autor é a *figura central do acontecer típico* (*Zentralgestalt des tatbestandsmäßigen Geschehens*).<sup>22</sup> O partícipe, por sua vez, é quem contribui para um fato típico em caráter meramente secundário.<sup>23</sup>

aa) Num primeiro grupo de delitos, a figura central é quem domina a realização do tipo. Esse domínio pode manifestar-se como um *domínio sobre a própria ação* (*Handlungsherrschaft*), que é o domínio próprio de quem realiza, em sua própria pessoa, todos os elementos de um tipo, isto é, do *autor imediato*.<sup>24</sup> Quem

17 Roxin, *Offene Tatbestände*, p. 112.

18 A teoria dos elementos negativos do tipo é o ponto de partida de Roxin, *Offene Tatbestände*, p. 132 e ss.; a crítica à teoria dos tipos abertos encontra-se a p. 86 e ss., 170 e ss. No manual, Roxin não defende mais a teoria dos elementos negativos do tipo: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. I, 4ª ed., 2006, § 10 nm. 19 e ss. A mudança de posicionamento, segundo vemos, ocorreu em *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, p. 16 e ss., 24 e ss. (= Política criminal, p. 29 e ss.), escrito em que Roxin atribui funções político-criminais diversas ao tipo e à antijuridicidade.

19 Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1ª ed., Hamburg, 1963; 8ª ed., Berlin, 2006; trad. espanhola da 7ª ed., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, por Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Madrid/Barcelona, 2000.

20 Roxin, in: Jescheck/Ruß/Willms (coords.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 10ª ed., Berlin, 1978, §§ 25-29; in: Jähne/Laufhütte/Odersky (coords.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 11ª ed., Berlin, 1993, §§ 25-29.

21 Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, vol. II, München, 2003, §§ 25-27.

22 Roxin, *Täterschaft*, p. 25 e ss.; AT II, § 25 nm. 10 e ss., 27.

23 Roxin, *Täterschaft*, p. 268.

24 Roxin, *Täterschaft*, p. 127 e ss.; AT II, § 25 nm. 38 e ss.

aperta o gatilho tem o domínio da ação e nunca poderá ser mero partícipe, ao contrário do que muitas vezes decidira a jurisprudência alemã, partindo de uma teoria subjetiva extrema.<sup>25</sup>

bb) A segunda maneira de dominar um fato está no *domínio da vontade* (*Willensherrschaft*) de um terceiro que, por alguma razão, é reduzido a mero instrumento.<sup>26</sup>

(1) As razões desse domínio, próprio do *autor mediato*, são, em primeiro lugar, a *coação* exercida sobre o homem da frente.<sup>27</sup> Aqui, propõe Roxin o por ele chamado *princípio da responsabilidade* (*Verantwortungsprinzip*): ao exculpar o homem da frente em casos de coação, o legislador dá por entender que quer responsabilizar por seus atos o homem de trás que provoca ou que se aproveita dessa situação.<sup>28</sup> O princípio da responsabilidade é, a seu ver, o único parâmetro viável nos casos de coação, uma vez que dominar alguém que sabe o que faz é algo, em princípio, excepcional, que só pode ser admitido com base nos parâmetros fixados pelo legislador.

(2) Um segundo grupo de razões para a autoria mediata está no *erro*.<sup>29</sup> Roxin desenvolve uma teoria escalonada dos vários erros fundamentadores de autoria mediata, que vão desde o erro de tipo até o erro de proibição evitável.<sup>30</sup> Também erros que não excluem nem diminuem o dolo ou a culpabilidade do homem da frente, como o *error in persona* (A diz a B: “pode atirar, é C”, mas, como sabia A, se tratava de D), ou mesmo erros sobre a quantidade do injusto (A diz a B: “destrua esse quadro, é uma mera cópia de um Rubens”, apesar de saber que se trata de um original), bastam para fundamentar uma autoria mediata, pois essa, para Roxin, encontra sua razão última no *conhecimento superior* (*überlegenes Sachwissen*) do homem de trás, que lhe permite controlar o homem da frente como se esse fosse uma marionete.<sup>31</sup>

.....  
25 Segundo a qual, simplificada, autor é quem age com *animus auctoris*, partícipe é quem age com *animus socii* (referências e ulteriores distinções em Roxin, *Täterschaft*, p. 51 e ss.). Com base nessas premissas, considerou-se que poderiam ser partícipes a mulher que afogou o bebê da irmã, se a sua atuação estava motivada por fazer um favor a esta (chamado caso da banheira, RGSt 74, 84 [1940]), e o agente do serviço secreto soviético que, a mando de um superior, assassinou uma pessoa em território alemão (caso Staschinsky, BGHSt 18, 87 [1962]).

26 Roxin, *Täterschaft*, p. 141 e ss.; AT II, § 25 nm. 45 e ss.

27 Roxin, *Täterschaft*, p. 143 e ss.; AT II, § 25 nm. 47 e ss.

28 Roxin, *Täterschaft*, p. 146 e s.; AT II, § 25 nm. 48. Observe-se que não vale para os casos de erro, que discutiremos a seguir, porque todo conhecimento superior do homem de trás significa que ele tem o domínio da vontade do homem frente (*Täterschaft*, p. 172).

29 Roxin, *Täterschaft*, p. 171 e ss.; AT II, § 25 nm. 61 e ss.

30 Roxin, *Täterschaft*, p. 197 e ss.; AT II, § 25 nm. 61.

31 Roxin, *Täterschaft*, p. 212 e ss.; AT II, § 25 nm. 94 e ss. Cf. também o estudo *Bemerkungen zum “Täter hinter dem Täter”*, em Warda et alii (coords.), *Festschrift für Lange*, Berlin/New York, 1976, p. 173 e ss.

Nesse segundo grupo de razões para uma autoria mediata, talvez se encontre uma das mais originais contribuições de Roxin para a dogmática da autoria e da participação. Além do domínio sobre a vontade de um terceiro por meio de erro ou de coação, propõe Roxin que se reconheça a possibilidade de domínio por meio de um *aparato organizado de poder*.<sup>32</sup> Aquele que, servindo-se de uma organização verticalmente estruturada e apartada da ordem jurídica, emite uma ordem cujo cumprimento é entregue a executores fungíveis, que funcionam como meras engrenagens de uma estrutura automática, não se limita a instigar, mas é verdadeiro autor mediato dos fatos realizados. Isso significa que pessoas em posições de comando em governos totalitários ou em organizações criminosas ou terroristas são autores mediatos, o que está em conformidade não apenas com os parâmetros de imputação da história como com o inegável fato de que, em estruturas verticalizadas, a responsabilidade tende não a diminuir, mas sim a aumentar em função da distância que se encontra um agente em relação ao acontecimento final.<sup>33</sup>

(3) A terceira maneira de dominar um fato está numa atuação coordenada, em divisão de tarefas, com pelo menos mais uma pessoa. Se duas ou mais pessoas, partindo de uma decisão conjunta de praticar o fato, contribuem para a sua realização com um ato relevante na fase de execução (e não na fase preparatória) de um delito, elas terão o *domínio funcional do fato* (*funktionale Tatherrschaft*), que fará de cada qual *coautor* do fato como um todo.<sup>34</sup>

(4) O critério do domínio do fato não é proposto com pretensões de universalidade. Há delitos cuja autoria se determina com base em outros critérios. O

.....

32 Roxin, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, in: GA 1963, p. 193 e ss.; Täterschaft, p. 242 e ss.; Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität, in: Samson et alii (coords.), Festschrift für Grünwald, Baden Baden, 1999, p. 549 e ss.; Anmerkungen zum Vortrag von Prof. Herzberg, in: Amelung (coord.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, Sinzheim, 2000, p. 55 e ss.; Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft, NSiZ Sonderheft für Schäfer, München, 2002, p. 52 e ss. (há tradução brasileira: Autoria mediata por meio do domínio da organização, trad. Tavares Lobato, in: L. Greco/Tavares Lobato [coords.], Temas de Direito Penal. Parte General, Rio de Janeiro/São Paulo/Recife, 2008, p. 323 e ss.); Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft, in: SchwZStr 125 (2007), p. 1 e ss. (há tradução brasileira: O domínio por organização como forma independente de autoria mediata, trad. Afien da Silva, Revista Panóptica, ano 3 vol. 17 [2009], p. 69 e ss.); Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit, in: Hoyer et alii (coords.), Festschrift für Schroeder, Heidelberg, 2006, p. 387 e ss.; AT II, § 25 nm. 105 e ss.; Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru, ZIS 2009, p. 565 e ss. (há tradução brasileira do artigo de Roxin no prelo: Observações sobre a decisão da Corte Suprema peruana no caso Fujimori, trad. A. Leite); Organisationssteuerung als Erscheinungsform mittelbarer Täterschaft in: Amelung et alii (coords.), Festschrift für Krey, Stuttgart, 2010, p. 449 e ss.

33 Roxin, Täterschaft, p. 247. Isso não significa, obviamente, que os executores sejam meros partícipes, como decidira a jurisprudência. Como já foi dito, quem realiza de mão própria todos os elementos de um tipo tem o domínio sobre a ação e, portanto, é sempre autor.

34 Roxin, Täterschaft, p. 277 e ss.; AT II, § 25 nm. 188 e ss.

primeiro e mais importante desses delitos é o grupo dos chamados delitos de dever ou, como preferem os espanhóis, *delitos de violação de dever (Pflichtdelikte)*. Neles, autor é quem viola um dever especial, de caráter extrapenal, pouco importando o domínio que tenha sobre o fato.<sup>35</sup> Entre os delitos de dever, encontram-se, principalmente, os delitos próprios (delitos de funcionário público, por ex.) e os delitos omissivos impróprios (em razão da posição de garantidor). Outro importante grupo de delitos cuja autoria é regida por critérios distintos do domínio do fato é o dos *delitos de mão própria*: neles, autor é exclusivamente quem pratica, em sua própria pessoa, a ação típica, sendo impossível a autoria mediata.<sup>36</sup> Por fim, os, que inicialmente foram entendidos por Roxin como delitos de dever, são regidos pelo conceito unitário de autor.<sup>37</sup>

(5) Como foi dito, a *influência* do livro mal pode ser exagerada. As ideias nele contidas estão no centro da discussão até os dias de hoje. Na presente sede, limitar-nos-emos a referir a duas delas: a dos delitos de dever e a da autoria mediata por domínio de organização. A figura dos *delitos de dever* não só encontrou acolhida em grande parte da doutrina,<sup>38</sup> como também foi erigida por Jakobs e sua escola em um dos pilares de sua teoria estritamente normativista do injusto penal.<sup>39</sup> E a possibilidade de uma *autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder*, depois de tornar-se doutrina majoritária,<sup>40</sup> foi admitida não

35 Roxin, Täterschaft, p. 352 e ss., p. 353; AT II, § 25 nm. 14, 267 e ss.

36 Roxin, Täterschaft, p. 399 e ss.; AT II § 25 nm. 15, 288 e ss.

37 Até a segunda edição, Täterschaft und Täterschaft, 2ª ed., Berlin/New York, 1967, p. 527 e ss.; esse capítulo 11º sobre “Autoria e participação nos delitos culposos” foi retirado das edições seguintes, cf. 3ª ed., Berlin/New York, 1975, p. 527 e ss.

38 Joecks in: Joecks/Miebach (coords.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, München, 2003, § 25 nm. 43; Heine, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 28ª ed., München, 2010, vor 25 nm. 84; Pariona, Täterschaft und Pflichtverletzung, Baden Baden, 2010, p. 71 e ss.; todos com ulteriores referências. Críticos Schönemann, Leipziger Kommentar § 25 nm. 43 e s.; J.H. Chen, Das Garantensonderdelikt, Berlin, 2006, p. 68 e ss., 108 e ss.; Pizarro Beleza, Die Täterschaftsstruktur bei Pflichtdelikten – Pflichtträgerschaft versus Tatherrschaft, in: Schönemann/Figueiredo Dias, Bausteine eines europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für Claus Roxin, Köln etc., 1995, p. 267 e ss. (p. 271 e ss.); Hoyer in: Rudolphi et alii (coords.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7ª ed., Köln, 2000, § 25 nm. 22 e ss.

39 Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2ª ed., Berlin/New York, 1993, § 1 nm. 7, § 7 nm. 70 e s., § 21 nm. 115 e ss., § 29 nm. 57 e ss.; Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, Opladen, 1996, p. 19 e ss.; La normativización del derecho penal en el ejemplo de la participación, trad. Cancio Meliá, in: Modemas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología, Madrid, 2001, p. 619 e ss.; Sánchez Vera, Pflichtdelikt und Beteiligung, Berlin, 1999, p. 51 e ss. (= Delito de infracción de deber y participación, Madrid, 2002); Delito de infracción de deber, in: Montealegre Lynett (coord.), El funcionalismo en derecho penal, vol. I, Bogotá, 2003, p. 273 e ss.; Perdomo Torres, El concepto de deber jurídico, no mesmo volume, p. 231 e ss. (248 e ss.); Piña Rochefort, Rol social y sistema jurídico-penal, in: Montealegre Lynett (coord.), El funcionalismo en derecho penal, vol. I, Bogotá, 2003, p. 271 e ss. e ss. (p. 54 e ss.); Montealegre Lynett/Perdomo Torres, Funcionalismo y normativismo penal, Bogotá, 2006, p. 49 e ss.

40 Com ulteriores referências Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 27ª ed., München, 2011, § 25 nm. 2; Heine, in Schönke/Schröder (nota 12), § 25 nm. 25a; em língua portuguesa, por ex. Figueiredo Dias, Autoria e participação no domínio da criminalidade organizada: alguns problemas, in: Questões fundamentais de direito penal revisitadas, São Paulo, 1999, p. 355 e ss. (p. 365 e ss.).

apenas pela jurisprudência alemã,<sup>41</sup> como também pela de outros países, como Argentina e Peru,<sup>42</sup> e encontrou reconhecimento no direito penal internacional.<sup>43</sup> A figura originou uma das mais intensas discussões da atualidade, em que se debate, principalmente, se a figura sequer deve ser reconhecida<sup>44</sup> e, num plano mais concreto, se ela deve ser aplicada também a organizações não dissociadas do direito, isto é, a empresas.<sup>45</sup>

## 2. OUTRAS CONTRIBUIÇÕES CLÁSSICAS<sup>46</sup>

a) No início da década de 60, o debate alemão era dominado por aqueles que atribuíam ao direito penal uma função moralizadora e justificavam a pena como uma exigência de retribuição, entendimento que encontrou guarida especialmente no chamado Projeto Governamental de Código Penal (*Entwurf 1962*).<sup>47</sup> Um grupo de jovens professores, dentre os quais se destacava Roxin, redigiu o famoso *Projeto Alternativo de Código Penal, de 1966*, que, sob o lema da pro-  
.....

41 BGHSt 40, 218, 236 s.; 307, 316 s.; 42, 65, 69; 44, 204, 206; 45, 270, 296 e ss.; síntese em *Schünemann* in: Tiedemann et alii (coord.), *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 12ª ed., Berlin/New York, 2007 § 25 nm. 124 e s.

42 Sobre a situação argentina, com várias informações, ver *Ambos*, *Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*, GA 1998, p. 226 e ss. (p. 238). Sobre o caso Fujimori no Peru, ver os estudos publicados na ZIS 2009: *Rotsch* (Von Eichmann bis Fujimori – Zur Rezeption der Organisationsherrschaft nach dem Urteil des Obersten Strafgerichtshofs Perus, p. 549 e ss.), *Ambos* (Politische und rechtliche Hintergründe des Urteils gegen den ehem. Peruanischen Präsidenten Alberto Fujimori, p. 552 e ss.), *Roxin* (Bemerkungen zum Fujimori-Urteil des Obersten Gerichtshofs in Peru, p. 565 e ss.), *Schroeder* (Tatbereitschaft gegen Fungibilität, p. 569 e ss.), *Jakobs* (Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori Fujimori, p. 572 e ss.), *Herzberg* (Das Fujimori-Urteil: Zur Beteiligung des Befehlsgebers an den Verbrechen seines Machtapparates, p. 576 e ss.), *Caro Coria* (Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal, p. 581 e ss.), *García Caveró* (La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados: El caso de Alberto Fujimori Fujimori, p. 596 e ss.), *Meini* (La autoría mediata por dominio de la organización en el caso Fujimori. Comentario a la sentencia de fecha 7.4.2009 (Exp. a.v. 19 - 2001) emitida por la Sala Penal especial de la Corte Suprema, p. 603 e ss.), *Pariona* (La autoría mediata por organización en la Sentencia contra Fujimori, p. 609 e ss.) e *van der Wilt* (On Functional Perpetration in Dutch Criminal Law. Some reflections sparked off by the Case against the former Peruvian president Alberto Fujimori, p. 615 e ss.).

43 Referências em *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 2ª ed., 2008, § 7 nm. 25; ZIS 2009, p. 564, nota 127.

44 O que é recusado, principalmente, por *Köhler*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin, 1997, p. 510 e s.; *Jakobs*, *Anmerkung zu BGHSt 40, 228*, in: *NStZ* 1995, p. 26 e s.; *Jescheck/Weigend*, *Strafrecht AT*, 5ª ed., Berlin, 1996, § 62 II 8 (p. 664 e s., 670); *Murmann*, *Tatherrschaft durch Weisungsmacht*, in: GA 1996, p. 269 e ss. (p. 273 e ss., 275); *Rotsch*, *Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen*, in: *NStZ* 1998, p. 491 e ss.; *Otto* *Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates*, *Jura* 2001, p. 753 e ss. (p. 756, 757); *Renzikowski* *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen, 1997, p. 89.

45 A favor BGHSt 40, 218, 237; no mesmo sentido *Hefendehl*, *Tatherrschaft im Unternehmen aus kriminologischer Perspektive*, GA 2004, p. 575 e ss. (586); *Nack*, *Mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung regelhafter Abläufe*, GA 2006, p. 342 e ss.; em sentido contrário *Roxin* AT II § 25 nm. 129 e ss.

46 Grande parte dos primeiros trabalhos fundamentais de Roxin foi colecionada no volume *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin/New York, 1973, do qual há tradução portuguesa, *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, trad. Natscheradetz/A. I. Figueiredo/M. F. Palma, 3ª ed., Lisboa, 1998.

47 Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962, Bundestagsdrucksache IV/650, em especial p. 96 e s.

teção subsidiária de bens jurídicos, rechaçava tanto o moralismo como a retribuição. “As penas servem à proteção de bens jurídicos e à reintegração do autor na sociedade”, dizia o projeto em seu programático § 2 I.<sup>48</sup>

b) O direito penal tem por finalidade a *proteção de bens jurídicos* e não a proteção da moral.<sup>49</sup> “... ao legislador não assiste direito algum de punir um comportamento não lesivo de bens jurídicos, apenas por ser ele imoral. (...) O estado tem de garantir a ordem externa; ele não está legitimado a ser patrono moral dos indivíduos”.<sup>50</sup> Isso significava, especialmente, que proibições, como a do homossexualismo entre adultos, ainda contidas no Projeto Governamental sob o argumento da proteção da moral<sup>51</sup> tornar-se-iam ilegítimas.

c) Da mesma forma, em lugar de uma concepção retributivista de pena, propõe Roxin o que ele chama de *teoria unificadora dialética*: uma teoria que pretende fundamentar a pena em razões exclusivamente de prevenção, tanto geral (de intimidação ou negativa e também de integração ou positiva) como especial (com ênfase em sua componente positiva, de ressocialização), dentro de um limite máximo imposto pelo princípio da culpabilidade.<sup>52</sup> A culpabilidade não opera, a seu ver, como fundamento da pena, mas somente como seu limite.<sup>53</sup> Roxin .....

48 *Baumann et alii*, Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches – Allgemeiner Teil, Tübingen, 1966, p. 7; cf. também *Roxin*, Strafzweck und Strafrechtsreform, in: Baumann (coord.), Programm für ein neues Strafgesetzbuch, Frankfurt a. M., 1968, p. 75 e ss.; Franz v. Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs, in: Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlin/New York, 1973 (publicado originalmente em 1969), p. 32 e ss. (em português, no volume Problemas Fundamentais).

49 *Roxin*, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, in: Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlin/New York, (publicado originalmente em 1966), 1973, p. 1 e ss. (p. 15; em português, no citado volume Problemas Fundamentais); Franz v. Liszt, p. 42 e ss.; dentre os trabalhos mais recentes, Strafrecht AT I § 2 nm. 1 e ss.; Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?, in: Hefendehl (coord.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, Köln etc., 2005, p. 135 e ss.; Que comportamentos pode o estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais, trad. Greco, in: Roxin, Estudos de direito penal, Renovar, Rio de Janeiro, 2006, p. 31 e ss.; Zur neueren Entwicklung der Rechtsgütersdebatte, in: Neumann/Herzog (coords.), Festschrift für Hassemer, 2010, p. 561 e ss. (= Sobre o recente debate em torno do bem jurídico, trad. Greco, in: Greco/ Tórtima [coords.], O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?, Rio de Janeiro, 2011, p. 179 e ss.).

50 Sinn und Grenzen, p. 15.

51 E 1962, p. 375.

52 *Roxin*, Sinn und Grenzen, p. 16 e ss.; Franz v. Liszt, p. 36 e ss.; Wandlungen der Strafrechtswissenschaft, in: JA 1980, p. 221 e ss. (p. 223 e ss.); mais recentemente AT I § 3 nm. 37 e ss.; Wandlungen der Strafzwecklehre, in: Britz et alii (coords.), Festschrift für Müller-Dietz, München, 2001, p. 701 e ss.

53 *Roxin*, Sinn und Grenzen, p. 20 e ss.; Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip, em: MSchrKrim 56 (1973), p. 316 ff. (p. 318 e s.); Wandlungen, p. 225; Zur jüngsten Diskussion über Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, in: Art. Kaufmann et alii (coord.), Festschrift für Bockelmann, München, 1979, p. 279 ff., 284; Zur Entwicklung der Kriminalpolitik seit den Alternativ-Entwürfen, in: JA 1980, p. 545 e ss. (p. 548); Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?, in: SchwZStr 104 (1987), p. 356 e ss. (p. 372); Das Schuldprinzip im Wandel, in: Haft et alii (coord.), Festschrift für Arthur Kaufmann, Heidelberg, 1993, p. 519 e ss. (p. 522). De acordo *Amelung*, Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin, in: Schünemann (Hrsg.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, Berlin/New York, 1984, p. 85 e ss. (p. 98); *Cavaliere*, Errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale, Napoli 2000, p. 327 e ss.; *Figueiredo Dias*, Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal, in: Questões fundamentais de direito penal revisitadas, São Paulo, 1999, p. 87 e ss. (p. 95, 134 e s.); *Greco*, Lebendiges und

propõe, noutras palavras, o abandono de uma concepção bilateral do princípio da culpabilidade, própria de uma teoria retributivista, em favor de uma concepção unilateral,<sup>54</sup> com isso evitando tanto penas inúteis, porque preventivamente ineficazes, como instrumentalizadoras, porque dissociadas da culpabilidade.

d) Nos anos 50-60, teve seu auge a discussão sobre os fundamentos do sistema da teoria do delito. O jovem Roxin logo assume o papel de um dos protagonistas desse debate, formulando duras críticas à concepção finalista, desenvolvida especialmente por Welzel, segundo a qual a teoria do delito tinha de fundar-se em dados ontológicos, como a estrutura da ação humana.<sup>55</sup> Para Roxin, não é possível extrair de dados pré-jurídicos soluções para problemas jurídicos,<sup>56</sup> de modo que a teoria do delito tem de ser construída sobre fundamentos normativos, referidos aos fins da pena e aos fins do direito penal, isto é, a política criminal.<sup>57</sup> “O caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal...”.<sup>58</sup> Com isso, Roxin delineia as bases de sua *concepção funcional ou teleológico-racional da teoria do delito*, que obteve vários adeptos dentro e fora da Alemanha<sup>59</sup> e encontrou, em seu posterior *Tratado*, sua versão mais elaborada.

---

Totes in Feuerbachs Strafrecht, Berlin, 2009, p. 248 e ss.; C. Jäger, Jugend zwischen Schuld und Verantwortung, in: GA 2003, p. 469 e ss. (p. 471); Rudolphi in: Rudolphi et alii (coords.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6ª ed., Neuwied, 1997 § 19 nm. 1; Schönemann, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, in: Grundfragen, p. 153 ss. (p. 169); Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld, in: Schönemann/Figueiredo Dias (coords.), Bausteine des europäischen Strafrechts, Köln etc., 1995, p. 149 e ss. (p. 151); Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von der Strafrechtsschuld, in: Dölling et alii (coords.), Festschrift für Lampe, Berlin, 2003, p. 537 e ss. (p. 550, 554); Zugaldía Espinar, Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad, in: Libro Homenaje a Anton Oneca, Salamanca, 1982, p. 565 e ss. (p. 579).

54 Expressões em Was bleibt (nota 52), p. 372.

55 Por ex., Welzel, Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre, Karlsruhe, 1953, p. 4 e ss.; Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 2ª ed., Göttingen, 1988, especialmente p. 16 e ss.

56 Roxin Zur Kritik der finalen Handlungslehre, in: ZStW 74 (1962), p. 515 e ss. (em português, no volume Problemas fundamentais, trad. Natscheradetz); mais recentemente Vorzüge und Defizite des Finalismus. Eine Bilanz in: Karras et alii (coords.), Festschrift für Androulakis, Atenas, 2003, p. 573 e ss. (= Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências, trad. Pinhão Coelho, RBCC 65 [2007], p. 9 e ss.).

57 Fundamental Roxin, Kriminalpolitik, p. 15 e ss. (= Política criminal [nota 2], p. 20 e ss.); AT I § 7 nm. 57 e ss. (= Funcionalismo e imputação objetiva [nota 2], § 7 nm. 51 e ss., p. 230 e ss.); Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems, in: Albrecht et alii (coords.), Festschrift für Kaiser, Berlin, 1998, p. 885 e ss. (= Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico penal, in: RBCC 35 [2001], p. 13 e ss., e in: Estudos de Direito Penal [nota 2], p. 78 e ss.); Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik heute, in: Schönemann (coord.), Strafrechtssystem und Betrug, Herbolzheim, 2002, p. 21 e ss. (31 e ss.); Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik, in: Dölling (coord.), Festschrift für Lampe, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, p. 423 e ss. (= Normativismo, política criminal e dados empíricos na dogmática do direito penal, in: Estudos de direito penal [nota 2], p. 55 e ss.); Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal, trad. A. Leite, RBCC 82 (2010), p. 24 e ss. A respeito cf., ademais, Greco, Introdução à dogmática funcionalista do delito, in: RBCC 32 (2000), p. 120 e ss.

58 Roxin, Kriminalpolitik, p. 10 (= Política criminal [nota 2], p. 20).

59 Na doutrina alemã Schönemann, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, em: Schönemann (ed.), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, Berlin/New York, 1984, p. 1 e ss. (p. 45 e ss.); Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, in: Schönemann et alii (coords.), Festschrift für Roxin, Berlin/New York, 2001, p. 1 e ss., 23 e ss.; Rudolphi, Der Zweck staatlichen Strafens und die strafrechtlichen Zurechnungsformen, in: Grundfragen, p. 69 ff.; Amelung, Zur Kritik des kriminalpolitischen Strafrechtssystems von Roxin, in: Grundfragen, p. 85 e ss.; Achenbach, Individuelle Zurechnung, Verantwortlichkeit, Schuld, in: Grundfragen, p. 135, 140; Stein, Die strafrechtliche Beteiligungformenlehre, Berlin, 1988, p. 56 e ss.; Wolter, Menschenrechte und Rechtsgüterschutz in einem

e) *A teoria da imputação objetiva* talvez seja, dentre os muitos êxitos científicos de Roxin, o seu maior, tendo em vista a ampla aceitação da teoria nas doutrinas alemã, espanhola, italiana e inclusive brasileira.<sup>60-61</sup> Se dados pré-jurídicos não são, por si sós, decisivos para resolver problemas jurídicos, o tipo penal não pode ser fundamentado nem sobre a categoria da causalidade, nem sobre a da finalidade. Partindo da consideração político-criminal de que a finalidade do direito penal é proteger bens jurídicos, deriva Roxin que os tipos apenas proíbem ações perigosas para esses bens,<sup>62</sup> o que inexistirá especialmente nos casos de chamados riscos juridicamente irrelevantes (como no famoso exemplo do sobrinho que manda o tio à floresta, na esperança de que este morra atingido por um raio, o que acaba ocorrendo)<sup>63</sup> e nas situações de diminuição do ris-

---

europäischen Strafrechtssystem, in: Schünemann/Figueiredo Dias (coords.), Bausteine, p. 3 e ss. (p. 31). Na doutrina espanhola, *Muñoz Conde*, Introducción al derecho penal, Barcelona, 1975, p. 182 e ss.; *Mir Puig*, Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho, in: El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho, Barcelona, 1994, p. 30 e ss. (p. 45); Das Strafrechtssystem im heutigen Europa, in: Schünemann/Figueiredo Dias, Bausteine, p. 35, 36; *Silva-Sánchez*, Aproximación al derecho penal contemporáneo, Barcelona, 1992, p. 362 e ss. Na doutrina italiana, *Moccia*, Il diritto penale tra essere e valore, Napoli, 1992, p. 26 e ss.; *Cavaliere*, L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale, 2000, p. 349ff. Na doutrina portuguesa, *Costa Andrade*, Strafwürdigkeit und Straferbürtigkeit als Referenzen einer zweckrationalen Verbrechenslehre, in: Schünemann/Figueiredo Dias, Bausteine, p. 121 e ss.; *Sousa e Brito*, Etabliering des Strafrechtssystems zwischen formaler Begriffsjurisprudenz und funktionalistischer Auflösung, no mesmo volume, p. 71 e ss. (p. 72). Na doutrina brasileira, *Greco*, Introdução à dogmática funcionalista, p. 132 e ss.; *Guedes de Paula*, Prescrição penal – Prescrição funcionalista, São Paulo, 2000, p. 180 e ss.; *P. Queiroz*, Direito Penal, Introdução crítica, São Paulo, 2001, p. 86 e ss.

60 *Roxin*, Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, in: ZStW 74 (1962), p. 411 e ss. (também em Problemas Fundamentais, trad. Natscheradetz); Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, in: Festschrift für Honig, Göttingen, 1970, p. 133 e ss. (também no volume Problemas Fundamentais, trad. Natscheradetz); Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, em: Lackner et alii (coords.), Festschrift für Gallas, Berlin, 1973, p. 241 e ss.; Bemerkungen zum Regressverbot, em: Jescheck/Vogler (coords.), Festschrift für Tröndle, Berlin/New York, 1989, p. 178 e ss.; Finalität und objektive Zurechnung, em: Dornseifer et alii (coords.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln etc., 1989, p. 237 e ss.; Die Lehre von der objektiven Zurechnung, in: Chengchi Law Review, vol. 50 (1994), p. 219 e ss. (= A teoria da imputação objetiva, trad. Greco, in: RBCC 38 [2002], p. 11 e ss.; e também in: Estudos de direito penal, p. 101 e ss.); Strafrecht AT I, § 11 nm. 44 e ss. (tradução da 3ª edição em *Roxin*, Funcionalismo e imputação objetiva, p. 259 e ss.); Streitfragen bei der objektiven Zurechnung, in: Bloy et alii (coords.), Festschrift für Maiwald Berlin, 2010, p. 715 e ss.; Der Verunglückte und Unglück bewirkende Retter im Strafrecht, em: Paefgen et alii (coords.), Festschrift für Puppe, Berlin, 2011, p. 909 e ss.

61 Destaquem-se, sobretudo: na doutrina alemã, *Frisch*, Tatbestandmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, Heidelberg, 1988; Objektive Zurechnung des Erfolgs – Entwicklung, Grundlinien und offene Fragen der Lehre von der Erfolgsszurechnung, in: JuS 2001, p. 19 e ss., 116 e ss., 205 e ss.; *Jakobs*, La imputación objetiva en derecho penal, trad. Cancio Meliá/Suaréz González, Madrid, 1996; *Puppe*, Die Erfolgsszurechnung im Strafrecht, Baden Baden, 2000; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, Berlin, 1981; na doutrina espanhola, *Cancio Meliá*, Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva, Mendoza, 2004; *Feijoo Sánchez*, Resultado lesivo e imprudencia, Barcelona, 2001; na doutrina portuguesa, *Curado Neves*, Comportamento lícito alternativo e concurso de riscos, Lisboa, 1989; *Figueiredo Dias*, Direito penal, Parte Geral, Tomo I, 2ª ed., Coimbra, 2007, p. 322 e ss.; na doutrina italiana, *Donini*, Imputazione oggettiva dell'evento, Torino, 2006; na doutrina colombiana, *Reyes Alvarado*, Imputación objetiva, 2ª ed., Bogotá, 1996; na doutrina brasileira, *Tavares*, Teoria do crime culposos, 3ª ed., Rio de Janeiro, 2009, p. 317 e ss.; *Greco*, Imputação objetiva: uma introdução, in: *Roxin*, Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal, Rio de Janeiro, 2002, p. 1 e ss. (em especial p. 57 e ss.); Um panorama da teoria da imputação objetiva, 3ª ed., Rio de Janeiro, 2011.

62 Por ex., *Roxin*, Política criminal, p. XI; Sobre a fundamentação político-criminal, in: Estudos, p. 80.

63 *Roxin*, Gedanken, p. 136 e ss.; Funcionalismo, § 11 nm. 49 e ss. (p. 315 e ss.); AT I § 11 nm. 55 e ss.

co.<sup>64</sup> O risco criado deve, ademais, ser juridicamente desaprovado, o que estará excluído especialmente nas hipóteses de riscos permitidos (dirigir respeitando todas as regras de trânsito).<sup>65</sup> Além disso, a imputação de um injusto completo depende de que a conduta proibida aumente o risco de produção do resultado, se comparada com a conduta hipotética conforme ao direito,<sup>66</sup> e que o resultado produzido se encontre compreendido no chamado fim de proteção da norma,<sup>67</sup> do qual Roxin, depois, destacou algumas situações que posicionou num plano por ele denominado de alcance do tipo, em especial as das chamadas autocolocações em perigo responsáveis e heterocolocações em perigo consentidas, ou seja, casos em que um comportamento de vítimas ou terceiros pode excluir a imputação do resultado ao autor.<sup>68</sup>

f) No debate sobre a distinção entre dolo eventual e culpa consciente, Roxin propôs que se entendesse o dolo como decisão contrária ao bem jurídico, dando-lhe, assim, conteúdo claramente volitivo.<sup>69</sup>

g) Outra ideia fundamental de Roxin é a de que o terceiro plano da teoria do delito, a culpabilidade, tem de ser reconstruído com base na teoria dos fins da pena. Se a pena não se justifica por exigências de retribuição, mas essas só marcam o limite máximo, do qual a pena, que é fundamentada por razões de prevenção, não pode passar, aquilo que tradicionalmente se entende por culpabilidade – e que Roxin precisa, sem se posicionar na discussão sobre o livre-arbítrio, como a capacidade para ser destinatário de normas<sup>70</sup> – não pode ser uma condição suficiente para punir. É preciso que, além dela, estejam presentes necessidades de prevenção geral e especial, com o que Roxin propõe uma ex-  
.....

64 *Roxin*, Gedanken, p. 136; Funcionalismo, § 11 nm. 47 e ss. (p. 313 e ss.); AT I § 11 nm. 53 e ss.

65 *Roxin*, Funcionalismo, § 11 nm. 59 e ss. (p. 323 e ss.); AT I § 11 nm. 65 e ss.

66 *Roxin*, Pflichtwidrigkeit und Erfolg, p. 430 e ss.; Gedanken, p. 138 e ss.; Funcionalismo, § 11 nm. 76 e ss. (p. 339 e ss.); AT I § 11 nm. 88 e ss.

67 *Roxin*, Gedanken, p. 140 e ss.; Schutzzweck, p. 241 e ss.; Funcionalismo, § 11 nm. 72 e ss. (p. 335 e ss.); AT I § 11 nm. 84 e ss.

68 *Roxin*, Funcionalismo, § 11 nm. 90 e ss. (p. 352 e ss.); AT I § 11 nm. 106 e ss.; sobre essa categoria *Greco*, in: Funcionalismo, p. 116 e ss.

69 *Roxin*, Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit, in: JuS 1964, p. 53 e ss. (p. 58); AT I § 12 nm. 21 e ss.; de acordo *Rudolphi*, in: Rudolphi et alii (coords.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7ª ed., Köln, 2002, § 15 nm. 1 e s., 43. Crítica à teoria cognitivista de Puppe em: *Roxin*, Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr, in: Rogall et alii (coords.), Festschrift für Rudolphi, Neuwied, 2004, p. 243 e ss.

70 *Roxin*, Zur Problematik des Schuldstrafrechts, ZStW 96 (1984), p. 641 e ss. (p. 652); Was bleibt, p. 369; Schuld und Schuldausschluß im Strafrecht, in: Bemann/Spinellis (coords.), Festschrift für Mangakis, Atenas/Komotini, 1999, p. 237 e ss. (p. 240); (= A culpabilidade e sua exclusão no direito penal, trad. Greco, in: RBCC 46 (2004), p. 46 e ss., e in: Estudos, p. 133 e ss.); AT I § 19 nm. 36 e ss.

pansão do terceiro nível de valoração da teoria do delito, que passa a integrar, além da culpabilidade, necessidades de prevenção, e que por isso é rebatizado de responsabilidade (Verantwortlichkeit).<sup>71</sup> Com base nessa reconstrução funcional, Roxin revisita as diversas causas de exculpação e de exclusão da culpabilidade e tenta entendê-las não apenas como casos em que falta a capacidade de ser motivado por uma norma. O decisivo nesses casos seria, no mais das vezes, que a punição é preventivamente contraindicada. Roxin tenta derivar dessas considerações também algumas causas supralegais de exclusão da responsabilidade, entre as quais se encontram, principalmente, certas hipóteses dos chamados fatos de consciência.<sup>72</sup> Essas ideias, apesar de nos parecerem fundamentalmente corretas,<sup>73</sup> encontraram acolhida apenas em pequena parte da doutrina,<sup>74</sup> sendo, no geral, bastante criticadas.<sup>75</sup> Elas foram levadas adiante especialmente por Jakobs e sua escola, que optam por abandonar de todo o conceito tradicional de culpabilidade em favor de uma concepção para a qual a culpabilidade é um derivado da prevenção geral.<sup>76</sup>

h) Na dogmática da tentativa, deu Roxin duas contribuições decisivas para o

.....

71 Roxin, *Política criminal*, p. 67 e ss.; “Schuld” und “Verantwortlichkeit” als strafrechtliche Systemkategorien, in: Roxin et alii (coords.), *Festschrift für Henkel*, Berlin/New York, 1974, p. 171 e ss. (p. 181 e ss.); *Problematik des Schuldstrafrechts*, p. 654 e ss.; *Was bleibt*, p. 374; *Schuld und Schuldausschluß*, p. 250; *Funcionalismo*, § 7 nm. 27, 65 e s. (p. 207 e s., 241 e s.); AT I § 7 nm. 29, 71 e s., § 19 nm. 1 e ss.

72 Roxin, *Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund*, in: Art. Kaufmann et alii (coords.), *Festschrift für Maihofer*, Frankfurt a.M., 1988, p. 389 e ss.; *Schuld und Schuldausschluß*, p. 254; AT I § 22 nm. 100 e ss.; e, por último, *Mais uma vez: Sobre a valoração jurídico-penal do fato de consciência*, trad. Greco, in: Costa Andrade et alii (coords.), *Estudos em Homenagem a Figueiredo Dias*, Bd. II, Coimbra, 2010, p. 863 e ss.

73 Cf. Greco, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, Berlin, 2008, p. 247 e ss.; Leite, *Der Unrecht Zweifel im Strafrecht. Eine Untersuchung über die Abgrenzung zwischen Unrechtsbewusstsein und Verbotsirrtum*, Tese de Mestrado, Universidade Ludwig Maximilian, Munique, 2011, p. 6 e ss., 52 e ss., 76 e ss.

74 Cf. os autores citados acima, nota 52.

75 Essas críticas nos parecem, em geral, injustificadas, pois ou elas atribuem a Roxin uma posição defendida não por ele, e sim por Jakobs (assim Hirsch, *Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht*, in: ZStW 106 (1994), p. 746 e ss. [p. 757]; Neumann/Schroth, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Darmstadt, 1980 p. 49 e ss.; contracrítica em Schünemann, *Strafrechtsschuld*, p. 550: essas objeções “baseiam-se sobretudo em mal-entendidos”), ou elas se dirigem mais contra palavras do que contra a substância da teoria, alegando-se que o que limita, fundamenta (Arthur Kaufmann, *Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht*, in: JZ 1967, p. 553 e ss. [p. 555]; *Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht*, in: Jura 1986, p. 225 e ss. [p. 228]; Lenckner, *Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit*, in: Göppinger/Witter [coords.], *Handbuch der forensischen Psychiatrie*, vol. I, Berlin etc., 1972, p. 3 e ss. [p. 18]; Otto, *Personales Unrecht, Schuld und Strafe*, in: ZStW 87 [1975], p. 539 e ss. [p. 585 e s.]; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5ª ed., Berlin, 1996, § 39 II 2; Hirsch, *Schuldprinzip*, p. 756, 757; contracrítica em Greco, *Lebendiges*, p. 249).

76 Jakobs, *Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976, p. 3 e ss.; *Das Schuldprinzip*, Opladen, 1993, p. 7 e ss.; AT § 17 nm. 18 e ss.; Timpe, *Normatives und Psychisches im Begriff der Vermeidbarkeit eines Verbotsirrtums*, in: GA 1984, p. 51 e ss. (p. 61 e ss.); similar Achenbach, *Individuelle Zurechnung*, p. 140 e ss., 144; Gómez-Jara Díez, *Die Strafe: Eine systemtheoretische Beobachtung*, in: *Rechtstheorie* 36 (2005), p. 321 e ss. (p. 330); Manso Porto, *Normunkenntnis aus belastenden Gründen*, Baden Baden, 2009, p. 107 e ss.; Streng, *Schuld, Vergeltung, Generalprävention*, in: ZStW 92 (1980), S. 637 ff. (p. 656 e s.); *Schuld ohne Freiheit?*, in: ZStW 101 (1989), 273 ff. (p. 286 e ss.).

ulterior desenrolar do debate. Num primeiro estudo, propôs ele que, nas tentativas “acabadas”, isto é, naquelas em que o autor crê ter feito o suficiente para realizar o tipo, a tentativa inicie ou no momento em que o autor “libera” o curso causal de sua esfera de domínio (o autor envia a carta-bomba pelo correio), ou no momento em que a vítima é exposta a perigo direto.<sup>77</sup> A segunda contribuição diz respeito às tentativas inacabadas, isto é, àquelas em que o autor crê ser necessário continuar atuando para que se realize o tipo. Aqui, propõe Roxin que o início da tentativa seja fixado com base nos critérios de uma conexão temporal e de uma intervenção na esfera da vítima ou do tipo, os quais são concretizados num número de grupos casos.<sup>78</sup>

i) Também a dogmática da desistência da tentativa recebeu uma contribuição de Claus Roxin que é das mais originais e famosas, ainda que não tenha encontrado grande acolhida. Roxin propôs normativizar a própria noção de voluntariedade, que é entendida, pela opinião dominante, como uma categoria psicológica.<sup>79</sup> Roxin parte de uma concepção da desistência da tentativa como uma causa de exclusão não da punibilidade, como diz a doutrina dominante,<sup>80</sup> e sim da culpabilidade, ou melhor, da responsabilidade por falta de necessidades de prevenção geral e especial. A seu ver, o autor só ficará isento de pena se desaparecerem as necessidades de prevenção geral e especial que fundamentam a sua punição, e isso só poderá ser afirmado se os motivos que levaram o autor a desistir de sua tentativa forem contrários aos padrões da racionalidade criminosa (chamada “teoria da racionalidade criminosa” – *Lehre von der Verbrechervernunft*).<sup>81</sup> Se o autor deixa de consumir um delito apenas porque prefere aguardar uma oportunidade melhor, ele está se comportando segundo a .....

77 Roxin, *Der Anfang des beendeten Versuchs*, in: Schroeder/Zipf (coords.), *Festschrift für Maurach*, Karlsruhe, 1972, p. 213 e ss. (p. 218); *Tatenschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch*, in: JuS 1979, p. 1 e ss. (p. 10 e s.); AT II § 29 nm. 195 (agora chamada “fórmula alternativa”).

78 Roxin, *Tatenschluß*, p. 4 e ss.; AT II § 29 nm. 139 e ss., 145 e ss.

79 A doutrina dominante distingue, especialmente, motivos chamados autônomos de heterônomos, dizendo voluntária a desistência fundada em motivos autônomos, cf., por todos, *Wessels/Beulke*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 40ª ed., Heidelberg etc., 2010, nm. 651 e s.

80 Por todos *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke-Schröder, *Vorbem §§ 32 ff. nm. 133*. Um comentário: no Brasil, ainda domina a compreensão de que há exclusão do tipo, fundada numa interpretação literal do art. 14, II, do CP, cf., por todos: “Concluindo, entendemos que a desistência voluntária e o arrependimento eficaz são causas que conduzem à atipicidade do fato, uma vez que o legislador nos retirou a possibilidade de ampliarmos o tipo penal com a norma de extensão relativa à tentativa (art. 14, II)”, *Rogério Greco*, *Curso de direito penal, parte geral*. Vol. I. 12. ed. Niterói, 2010, p. 262.

81 Roxin, *Literaturbericht Strafrecht Allgemeiner Teil*, in: ZStW 77 (1965), p. 60 e ss. (p. 97 e ss.); *Literaturbericht Strafrecht Allgemeiner Teil*, in: ZStW 80 (1968), p. 694 e ss. (p. 708); *Kriminalpolitik*, p. 36 e s. (= *Política criminal*, p. 72 e ss.); *Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch*, in: Lüttger (coord.), *Festschrift für Heintz*, Berlin, 1972, p. 251 e ss. (p. 256 e ss.); AT II § 30 nm. 383 e ss.

racionalidade criminosa, ainda estando presentes, portanto, razões de prevenção geral e especial para puni-lo. Se ele deixa de consumir o delito por pena da vítima ou arrependimento, seu comportamento é, da perspectiva de um criminoso, irracional, o que significa que se deve considerar voluntária a desistência, de modo que o ordenamento jurídico pode renunciar à punição.

j) A proposta de Roxin para solucionar o problema da cumplicidade por meio de ações neutras foi coroada com maior êxito imaginável para um doutrinador alemão: o de ser substancialmente acolhida pelo Bundesgerichtshof, o tribunal alemão equivalente ao nosso STJ (BGHSt 46, 107, 112). Roxin distingue os casos em que o partícipe tem conhecimento seguro das intenções do autor principal do caso em que se limita a delas suspeitar. Na primeira hipótese, a contribuição será punível se dotada de sentido delitivo, o que, em regra, será de admitir-se.<sup>82</sup> Já aquelas contribuições prestadas não na certeza de que o resultado ocorrerá, mas sim em estado de dúvida, estarão, em regra, acobertadas pelo princípio da confiança. Contudo, os casos de dúvida estão isentos de pena somente em princípio: se o partícipe estiver diante de uma pessoa reconhecivelmente inclinada a praticar o fato, se houver indícios concretos de que o fato será cometido, então teremos uma participação punível.<sup>83</sup>

h) Roxin contribuiu para reavivar a discussão em torno da então quase esquecida categoria da omissão por comissão.<sup>84</sup> Há casos em que o autor provoca ativamente o resultado e, ainda assim, não parece justo tratá-lo como um autor de delito comissivo. Se o autor recolhe (comissão) a boia que lançara em direção à vítima que está a ponto de afogar-se, não parece correto puni-lo de modo mais severo do que aquele que, desde o início, permanecera inativo, e que, no máximo, responderá pelo delito omissivo próprio da omissão de socorro. Roxin propõe que, em tais casos de desistências de próprias ações de salvamento (ao lado dos casos de omissio libera in causa, dos desligamentos de aparelhos de doentes terminais sem qualquer chance de sobrevivência e das contribuições ativas a delitos omissivos), o autor responda, apesar de sua conduta positiva,

82 *Roxin, Was ist Beihilfe?*, in: Kühne (coord.), Festschrift für Miyazawa, Baden Baden, 1995, p. 501 e ss. (p. 513 e ss.); AT II, § 26 nm. 221 e ss. Antigamente, recorria Roxin unicamente ao dado de o partícipe saber do plano do autor principal, sem propor complementá-lo com o critério do sentido delitivo: Bemerkungen zum Regressverbot, em: Jescheck/Vogler (coords.), Festschrift für Tröndle, Berlin/New York, 1989, p. 178 e ss. (p. 197). Sobre a teoria de Roxin, em mais detalhes, Greco, Cumplicidade através de ações neutras, Rio de Janeiro, 2004, p. 81 e ss.

83 *Roxin*, AT II, § 26/241; Regressverbot, p. 190 e ss.; *Was ist Beihilfe?*, p. 516.

84 *Roxin*, An der Grenze von Begehung und Unterlassung, in: Bockelmann et alii (coords.), Festschrift für Engisch, Frankfurt a.M., 1969, p. 380 e ss.; atualmente AT II § 31 nm. 99 e ss.

segundo as regras de responsabilização do delito omissivo.

### 3. PARTE ESPECIAL

A parte especial do Direito Penal não foi objeto de muitos estudos específicos de Roxin. Seu Tratado – como a maioria dos tratados e manuais da atualidade na Alemanha – se limita à parte geral, e é mesmo possível dizer que os estudos sobre a parte especial são bastante pontuais. Destacaremos dois dentre os temas estudados.

a) Roxin defendeu a tese, originariamente formulada por Hellmuth Mayer e recusada pela doutrina e jurisprudência dominantes, segundo a qual, nos delitos contra a propriedade, o dinheiro deve ser tratado não como objeto corpóreo (“coisa”), e sim como unidade de valor. Assim, enquanto a opinião dominante na Alemanha entende que abrir a carteira da vítima e trocar duas notas de cinquenta por uma de cem é furto, podendo no máximo haver justificação (em geral, pelo consentimento presumido), Roxin propõe que, aqui, o tipo não estará realizado porque o valor da propriedade não foi afetado.<sup>85</sup>

b) Outra relevante contribuição se referiu à cláusula geral de reprovabilidade (Verwerflichkeit) existente no direito positivo alemão no crime de constrangimento ilegal (Nötigung, § 240 StGB). Segundo a redação do Strafgesetzbuch, o constrangimento ilegal tipificado no § 240 I StGB só é antijurídico se ele for “de considerar-se reprovável em relação ao fim almejado” (§ 240 II StGB), o que torna nebulosa a separação entre tipo e antijuridicidade e dificulta a distinção entre erro de tipo e erro de proibição.<sup>86</sup> Roxin esforçava-se no sentido de afastar as dimensões moralistas desta cláusula, interpretando-a com referência ao caráter antissocial da ação, e ofereceu parâmetros interpretativos que pudessem ser manejados mais concretamente pelos tribunais. Essa proposta salvaria a inconstitucionalidade do dispositivo, defendida há tempos por Hellmuth Mayer, em razão de uma possível violação do mandato de determinação.<sup>87</sup> Roxin oferece, então, seis princípios - o que ele mesmo chamou de “doutrina dos princípios”<sup>88</sup>

85 .....  
*Roxin*, Geld als Objekt von Eigentums- und Vermögensdelikten, in: Geerds/Naucke (coords.), Festschrift für Hellmuth Mayer, Berlin, 1966, p. 467 e ss. Roxin esforça-se, no entanto, para dizer que sua concepção não afeta em nenhum momento a compreensão civilista do caráter alheio da coisa (p. 484).

86 *Roxin*, Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, in: Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlin, 1972 (primeiramente publicado em 1964), p. 184 e ss.

87 *Roxin*, Verwerflichkeit, p. 192.

88 *Roxin*, Verwerflichkeit, p. 208.

– que seriam os padrões interpretativos da cláusula de reprovabilidade. Não nos cabe discorrer sobre todos, e o mais interessante é notar que é nesse contexto que surge o princípio da insignificância.<sup>89</sup> Este princípio figura na obra de Roxin humildemente ao lado de outros e não possuía, no momento de sua formulação, pretensões de generalização, servindo apenas, por uma contingência do direito positivo alemão, para limitar o dispositivo que prevê o constrangimento ilegal.<sup>90</sup>

#### 4. SANÇÕES

Aqui merecem destaque dois temas:

a) Roxin esforçou-se por levar a sua teoria da pena, a chamada teoria unificadora dialética (cf. 2, c, acima), para o âmbito da aplicação judicial da pena. Sua principal proposta é a de que a pena pode, sim, ser imposta em quantidade inferior à que corresponderia à culpabilidade do agente se inexistirem exigências de prevenção em sentido contrário. A culpabilidade, ao contrário do que sustenta a teoria dominante (a chamada Spielraumtheorie), é, na opinião de Roxin, apenas limite máximo, mas não limite mínimo da pena a ser imposta pelo juiz.<sup>91</sup>

b) Roxin defende de modo enfático a incorporação de medidas de reparação do dano entre as consequências jurídicas do delito, tendo, inclusive, participado da elaboração de um projeto alternativo sobre a reparação do dano no direito penal (Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung).<sup>92</sup> A seu ver, a reparação do dano há de ser entendida como verdadeira terceira via, ao lado das tradicionais penas e medidas de segurança.<sup>93</sup>

89 *Roxin, Verwerflichkeit*, p. 193 e ss.

90 *Roxin, Verwerflichkeit*, p. 194 e ss. É duvidoso, portanto, que o princípio da insignificância, que tanto êxito encontrou no Brasil, seja de atribuir-se a Roxin, que não cuidou aqui da criminalidade de bagatela como um problema geral, e sim apenas de um delito da parte especial. Na Alemanha, o problema da criminalidade de bagatela foi objeto de uma discussão independente desse estudo de Roxin e recebeu uma solução principalmente processual, isto é, através de uma aplicação do princípio da oportunidade (§§ 153 e ss. StPO – Código de Processo Penal alemão).

91 *Roxin, Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke*, in: Walder/Trechsel (coords.), *Festschrift für H. Schulz*, Bern, 1977, p. 463 e ss.; *Prävention und Strafzumessung*, in: Frisch/Schmid (coords.), *Festschrift für Bruns*, Köln etc., 1978, p. 183 e ss. Para evitar mal-entendidos: essa tese nada tem a ver com a discussão brasileira sobre a possibilidade de fixar a pena abaixo do mínimo legal.

92 *Baumann et alii, Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*, München, 1992; a respeito, *Roxin, Grundzüge des Alternativ-Entwurfs Wiedergutmachung*, in: Eser et alii (coords.), *Vom totalitären zum rechtsstaatlichen Strafrecht*, Freiburg i. Br., 1993, p. 389 e ss.

93 *Roxin, Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, in: Schöch (coord.), *Wiedergutmachung und Strafrecht*, München, 1987, p. 37 e ss.; *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht. Schlußbericht*, in: Eser et alii (coords.), *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, Freiburg i. Br., 1990, p. 367 e ss.; *Zur Wiedergutmachung als einer "dritten Spur" im Sanktionensystem*, in: Arzt et alii (coords.), *Festschrift für Baumann*, 1992, p. 243 e ss.; *Die Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionensystem*, in: Badura/Scholz (coords.), *Festschrift für Lerche*, Beck, 1993, p. 301 e ss.; *AT I § 3 nm. 72 e ss.*; *Strafe und Wiedergutmachung*, in: Rauscher/Mansel (coords.), *Festschrift für W. Lorenz*, Sellier, 2001, p. 51 e ss.

## 5. PROCESSO PENAL

As reflexões de Roxin sobre o Processo Penal são menos conhecidas fora da Alemanha. Elas tiveram como impulso inicial a influência de seu professor e reconhecido processualista alemão, Heinrich Henkel, e foram motivadas pela necessidade de reconstruir um Processo Penal sob as bases de um Estado de Direito que recém começara a ser erigido na Alemanha depois de tempos sombrios. Entre os primeiros trabalhos de sua produção processual está um claramente direcionado a estudantes: Roxin escreveu, em 1967, um livro com resoluções de casos de Processo Penal. Este livro encontra-se hoje em sua 16ª edição e, a partir de 2006, começou a ser atualizado por um ex-aluno seu, Hans Achenbach.<sup>94</sup> A grande obra processual de Roxin, no entanto, é o seu Curso de Processo Penal. Roxin herdou essa tarefa de Eduard Kern, em 1969, e comandou a confecção do Curso por 25 edições – a última das quais está traduzida para o espanhol<sup>95</sup> – até repassar a atualização recentemente para seu também ex-aluno Bernd Schünemann. O Curso encontra-se hoje em sua 26ª edição, assinada em coautoria por Roxin e Schünemann.<sup>96</sup> Também o desenvolvimento da jurisprudência das Cortes Superiores sempre preocupou Roxin, e seus escritos processuais não raro têm a forma de observações a respeito de decisões judiciais.<sup>97</sup> Voltaremos nossos olhos especialmente a quatro dos temas processuais objeto de reflexões de Roxin.

a) Roxin foi dos primeiros a observar que o princípio da publicidade, idealizado no séc. XIX como garantia de uma justiça penal imparcial, pode tornar-se, numa sociedade de comunicação de massa, um dos maiores perigos para essa imparcialidade. As relações entre processo penal e mídia estiveram sempre no centro de suas atenções,<sup>98</sup> tendo recentemente participado da confecção de um

94 *Roxin/Achenbach*, Strafprozessrecht, 16ª ed., München, 2006.

95 *Roxin*, Derecho procesal penal, trad. G. Córdoba/D. Pastor, Buenos Aires, 2000; em alemão Strafverfahrensrecht, Strafverfahrensrecht, 25ª ed., München, 1998.

96 *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 26ª ed., München, 2009.

97 Um posicionamento geral sobre o desenvolvimento da jurisprudência do BGH, o “STJ” alemão, em *Roxin*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht – Ein Rückblick auf 40 Jahren, in: Jauernig/*Roxin* (coords.), 40 Jahre Bundesgerichtshof, Heidelberg, 1990, p. 66 e ss.

98 *Roxin*, Aktuelle Probleme der Öffentlichkeit im Strafverfahren, in: Baumann/Tiedemann (coords.), Festschrift für Peters, Tübingen, 1974, p. 393 e ss.; Strafrechtliche und strafprozessuale Probleme der Vorverurteilung, NSTZ 1991, p. 153 e ss.; Strafprozeß und Medien, in: Festschrift zum 30jährigen Bestehen der Münchener Juristischen Gesellschaft, München, 1996, p. 97 e ss.;

## Projeto Alternativo sobre Justiça Penal e Mídia.<sup>99</sup>

b) Um dos focos da reflexão processual de Roxin diz respeito à reforma da audiência de instrução e julgamento: ele propôs uma divisão da audiência em duas partes, mediada por uma decisão interlocutória sobre a questão da culpa (Schuldinterlokut). Com isso, a audiência versaria, no primeiro momento, exclusivamente sobre o fato, e as circunstâncias referidas à personalidade do acusado, relevantes para a imposição da pena, só passariam a ser tematizadas no segundo momento.<sup>100</sup>

c) Sobre o conceito e a posição do indiciado (Beschuldiger) no Processo Penal, defende Roxin posição bastante original. A pergunta fundamental que o anima é: a partir de quando se pode considerar uma mera testemunha um verdadeiro indiciado? Dessa pergunta emana uma importante consideração, a saber, a partir de quando o sujeito deve, por exemplo, ser informado sobre seu direito ao silêncio (§ 136 I StPO). Ao contrário da doutrina e da jurisprudência dominantes, Roxin evita a construção unitária de um conceito de indiciado, e procura condicionar o nascimento da condição de acusado à necessidade de proteção do sujeito: o sujeito será acusado a partir do momento que necessite das proteções e garantias que esta condição o oferece. Nosso autor constrói, a partir de grupos de casos relevantes, um conceito teleológico de indiciado.<sup>101</sup>

d) A teoria da proibição de valorar a prova,<sup>102</sup> segundo Roxin, deve permanecer alheia às ponderações tão em voga no direito constitucional e na jurisprudên-

99 *Bannenberg et alii*, *Alternativ-Entwurf Strafjustiz und Medien (AE-StuM)*, München, 2004.

100 *Roxin*, *Die Reform der Hauptverhandlung im deutschen Strafprozeß*, in: Lüttger (coord.), *Probleme der Strafprozeßreform*, Berlin/New York, 1975, p. 52 e ss.; *Fragen der Hauptverhandlungsreform im Strafprozeß*, in: Hamm/Matzke (coords.), *Festschrift für Schmidt-Leichner*, München, 1977, p. 145 e ss.; *Strafverfahrensrecht*, § 42 nm. 60 e ss.

101 *Roxin*, *Zur Beschuldigteneigenschaft im Strafprozess*, in: Dölling et alii (coords.), *Festschrift für Schöch*, Berlin/New York, 2010, p. 823 e ss. (há tradução, no prelo, deste artigo para o português: *Sobre o status de indiciado no Processo Penal*, trad. A. Leite). Cf. anteriormente *Nemo tenetur: Die Rechtsprechung am Schweideweg*, *NStZ* 1995, p. 465 e ss.; *Zum Hörfallen-Beschluß des Großen Senats für Strafsachen*, in: *NStZ* 1997, p. 18 e ss.; *Beschuldigtenstatus und qualifizierte Belehrung*, *JR* 2008, p. 16 e ss.; *Für ein Beweisverwertungsverbot bei unterlassener qualifizierter Belehrung*, *HRRS* 2009, p. 186 e ss. (= Por uma proibição de valorar a prova nos casos de omissão do dever de informação qualificada, trad. A. Leite, in: *Revista Liberdades* 4 [2010], p. 44 e ss.).

102 Um esclarecimento: o processo penal alemão não trabalha, em matéria de prova, com as nossas categorias da nulidade ou invalidade, e sim com a noção da possibilidade de valorar uma prova, isso é, de que o juiz se reporte a ela para fundamentar o seu convencimento. O ato cognitivo de valoração da prova realizado pelo julgador pode ser definido como a utilização do conhecimento trazido pela prova para a configuração jurídica do caso concreto em análise. Negativamente, extrai-se que a proibição de valorar a prova é a proibição de utilização daquele conhecimento obtido pela análise da prova na configuração e no delineamento jurídicos do caso concreto (Cf. *Löffelmann*, *Die normativen Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafverfahren*, Berlin, 2007, p. 165-166).

cia do Bundesgerichtshof. Vale dizer: os métodos proibidos de colheita de provas e a omissão de informação ao acusado de seus direitos e garantias ensejam sempre, e sem nenhuma exceção, uma proibição de valorar a prova, independentemente de supostos “grandes interesses no esclarecimento dos fatos por parte da investigação”.<sup>103</sup>

## 6. TRABALHOS MAIS RECENTES

### A) TRATADO

Em 2003, foi publicado o segundo tomo do Tratado de Direito Penal de Roxin, consolidando todas as suas reflexões em torno da parte geral do Direito Penal e completando um trabalho exaustivo que começara em 1991, com a primeira edição do primeiro tomo de seu Tratado (há tradução espanhola da 2ª edição). O segundo tomo, ainda não traduzido para as línguas espanhola ou portuguesa, trata de temas como a autoria e a participação,<sup>104</sup> a tentativa e a desistência,<sup>105</sup> os crimes omissivos<sup>106</sup> e o concurso de crimes e de leis penais.<sup>107</sup> O primeiro tomo encontra-se na 4ª edição (2006) e, além dos temas clássicos da parte geral já anteriormente tratados, cuida de tópicos que ocuparam a atenção da doutrina recente. No âmbito mais fundamental, toma Roxin nota da teoria do harm principle, entendida como alternativa à teoria do bem jurídico,<sup>108</sup> e recusa a ideia do direito penal do inimigo, no que ele adota o posicionamento formulado por um autor brasileiro.<sup>109</sup> No campo da causalidade, Roxin reflete quanto a se seria possível recorrer a considerações probabilísticas, sem tomar posição definitiva.<sup>110</sup> Na teoria do injusto, Roxin cuida da nova causa de justificação do chamado consentimento hipotético, tentando integrá-la em sua teoria do aumento do risco,<sup>111</sup> e registra os novos esforços de levar a imputação objetiva para as causas de jus-

103 *Roxin, Anmerkungen zu BGH 3 StR 45/08 (LG Lüneberg), StV 2009, p. 115 e ss.*

104 *Roxin, AT II, §§ 25-28.*

105 *Roxin, AT II, §§ 29-30.*

106 *Roxin, AT II, §§ 31-32.*

107 *Roxin, AT II, § 33.*

108 *Roxin, AT I, § 2 nm. 123 e ss.*

109 *Roxin, AT I § 2 nm. 126 e ss., seguindo expressamente Greco, Über das so genannte Feindstrafrecht in: GA 2006, p. 96 e ss. (= Sobre o chamado direito penal do inimigo, in: RBCC 56 [2005], p. 80 e ss.).*

110 *Roxin, AT I § 11 nm. 35 e ss.*

111 *Roxin, AT I § 13 nm. 119 e ss., 124 e ss.*

tificação.<sup>112</sup> Ele também rechaça, de modo decidido, certos recentes esforços em aplicar o estado de necessidade ou a legítima defesa à tortura, quando ela seja o único meio para salvar vidas ameaçadas, e releva que, no máximo, pode-se cogitar de uma exculpação.<sup>113</sup> No âmbito da culpabilidade, ele rebate o desafio das neurociências ao conceito tradicional de culpabilidade, afirmando que a culpabilidade independe de uma livre vontade em sentido filosófico, mas simplesmente consiste na capacidade de ser destinatário de normas.<sup>114</sup>

## B) ALGUNS DOS ÚLTIMOS ESTUDOS

aa) Depois da 4ª edição do Tratado, Roxin retornou a uma série de temas clássicos, e a teoria do bem jurídico foi um deles: “A ideia do conceito de bem jurídico crítico à legislação continua viva!”<sup>115</sup> Roxin traz um extenso panorama de toda a discussão sobre a teoria do bem jurídico, responde aos inimigos declarados do potencial crítico desta concepção – como Stratenwerth, Hirsch e Jakobs – e reafirma sua própria posição em defesa de um conceito pessoal de bem jurídico, alicerçado numa teoria do contrato social e na própria Constituição.

bb) Também a recente decisão da Corte Suprema alemã, que declarou constitucional o crime de incesto (§ 173 StGB) e expressamente ignorou a teoria do bem jurídico como topos argumentativo, deu ensejo a uma nova manifestação em favor da teoria do bem jurídico como critério de avaliação da legitimidade de tipos penais.<sup>116</sup> Segundo Roxin, ao lado do princípio da proteção de bens jurídicos, também o respeito ao núcleo da vida privada dos cidadãos deve servir como limite à intervenção por meio do Direito Penal.<sup>117</sup> Esse segundo aspecto, que, diferentemente da teoria do bem jurídico, é, em regra, tratado em alta conta pela Corte alemã, foi, segundo Roxin, estranhamente jogado para escanteio na de-

112 Roxin, AT I § 14 nm. 113 e ss.

113 Roxin AT I § 15 nm. 103 e ss., § 16 nm. 97 e ss., 22 nm. 166 e ss.; Kann staatliche Folter in Ausnahmefällen zulässig oder wenigstens straflos sein?, in: J. Arnold et alii (coords.), Festschrift für Eser, München, 2005, p. 461 e ss.; Rettungsfolter?, in: Griesbaum et alii (coords.), Festschrift für Nehm, Berlin, 2006, p. 205 e ss.

114 Roxin, AT I § 19 nm. 43 e ss.

115 Roxin, Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte, in: Herzog/Neumann (coords.), in: Festschrift für Hassemer, Heidelberg, 2010, p. 573 e ss. (há tradução para o português: Sobre o recente debate em torno do bem jurídico, in: Greco/ Tórtima [coords.], O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?, Rio de Janeiro, 2011, p. 179 e ss.).

116 Roxin, Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests, StV 2009, p. 544 e ss.

117 Roxin, Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests, p. 545 e ss.

ção do incesto.<sup>118</sup> Esse caso demonstra bem que a teoria do bem jurídico, constante objeto das reflexões de Roxin, não é mero utensílio de luxo da dogmática, pois, se observada, poderia ter significado a declaração de inconstitucionalidade de uma proibição moralista.

cc) Roxin retornou há pouco à problemática da teoria da pena, agora de uma perspectiva exegético-constitucional. Em um estudo sobre a teoria da pena na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, tenta ele demonstrar uma substancial coincidência entre o próprio ponto de vista e o do Tribunal, que, a seu ver, também defenderia uma teoria preventiva limitada pela culpabilidade.<sup>119</sup>

dd) A teoria da imputação objetiva também tem sido objeto de trabalhos recentes. Em um primeiro trabalho, ocupa-se Roxin de defender a teoria contra várias das objeções ainda contra ela formuladas.<sup>120</sup> Em outro estudo, volta Roxin a discutir se é possível imputar ao criador de uma situação de perigo (por ex., quem provoca um incêndio) a morte ou as lesões que o salvador (ex.: o bombeiro) porventura venha a sofrer. A sua antiga posição, no sentido de excluir sempre a imputação em tais casos, permanecera isolada na Alemanha e foi agora modificada. Antes argumentava Roxin principalmente que, se o salvador fosse responsável, haveria uma autocolocação em perigo e, se o salvador tivesse um dever jurídico de realizar a ação de salvamento, o resultado seria imputável à ordem jurídica e não ao agente.<sup>121</sup> Roxin propõe agora, com um grupo relativamente grande de autores, que a imputação deve ser excluída apenas no caso de condutas não livres do salvador.<sup>122</sup> Essa liberdade faltará especialmente em duas situações: quando a ação de salvamento for praticada em cumprimento de um dever jurídico<sup>123</sup> e quando ela for praticada em uma situação excludente de culpabilidade (inimputabilidade, estado de necessidade exculpante).<sup>124</sup> A antiga ideia de imputar o dever de salvamento à ordem jurídica é abandonada porque

118 *Roxin*, Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests, p. 548.

119 *Roxin*, Strafe und Strafzwecke in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Hassemer et alii (coords.), Festschrift für Volk; München: C. H. Beck, 2009, S. 601 e ss.

120 *Roxin*, Streitfragen bei der objektiven Zurechnung, in: Bloy et alii (coords.), Festschrift für Maiwald, Berlin, 2010, p. 715 e ss.

121 *Roxin*, Schutzzweck, p. 246 e ss.; Funcionalismo, § 11/99, 113; AT I § 11 nm. 139.

122 *Roxin*, Verunglückte und Unglück bewirkende Retter im Strafrecht, em: Paeffgen et alii. (coords.), Festschrift für Puppe, Berlin, 2011, p. 909 e ss.

123 *Roxin*, Verunglückte, p. 912.

124 *Roxin*, Verunglückte, p. 923.

ao Estado assistem deveres de proteção, de modo que ele tampouco é livre para negar proteção à pessoa que se encontra em perigo.<sup>125</sup>

ee) A respeito do controvertido tema dos erros excludentes do dolo no chamado direito penal secundário (isto é, no direito penal fundado essencialmente em leis penais extravagantes), Roxin acabou cedendo bastante recentemente e parece ter, em parte, aceito os antigos argumentos de Tiedemann.<sup>126</sup> Concretamente, a discussão se refere a se a chamada teoria da culpabilidade – aquela segundo a qual erros de proibição deixam o dolo intacto – é de aplicar-se também ao direito penal secundário, uma vez que neste âmbito as proibições penais não se baseiam em normas sociais elementares, já cristalizadas. Tiedemann sempre defendeu uma teoria próxima da chamada teoria do dolo para o direito penal secundário,<sup>127</sup> enquanto Roxin afirmava que uma teoria da culpabilidade “suavizada” era capaz de dar conta de todos os problemas. Embora mantenha suas afirmações anteriores, busca Roxin agora um caminho conciliador, afirmando que ambos dizem, no fundo, a mesma coisa: os erros no direito penal secundário são quase sempre excludentes do dolo. A única divergência clara é que, para Tiedemann, os erros sobre a proibição sempre excluem o dolo no direito penal secundário, enquanto Roxin defende uma análise diferenciada, dependente das características dos tipos penais.<sup>128</sup>

ff) A autoria mediata por domínio de aparatos organizados de poder é tema recorrente nas últimas publicações de Roxin,<sup>129</sup> muito em razão da repercussão da teoria, acima apontada. O já mencionado caso Fujimori é o mais recente exemplo das realizações concretas desta teoria.<sup>130</sup> O interessante é que o ensejo imediato, que conduziu Roxin às primeiras formulações da ideia de domínio da organização como forma de autoria mediata, foi igualmente um caso efetivamente ocorrido: o julgamento de Adolf Eichmann.<sup>131</sup> Esta teoria, longe de ser uma abstração de uma mente brilhante, nasceu e cresceu no campo de batalha

.....  
125      *Roxin*, *Verunglückte*, p. 914.

126      *Roxin*, *Über Tatbestand- und Verbotsirrtum*, in: Sieber et alii (coords.), *Festschrift für Tiedemann*, Köln etc., 2008, p. 375 e ss.

127      *Tiedemann*, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen, p. 401 e ss.

128      *Roxin*, *Über Tatbestand- und Verbotsirrtum*, p. 378 e ss.

129      Cf., acima, nota 31.

130      *Roxin*, *Bemerkungen zum Fujimori-Urteil* (nota 31).

131      *Roxin*, *Organisationssteuerung*, p. 450.

de casos concretos bastante delicados. Um dado histórico curioso a respeito da biografia desta teoria é que sua primeira formulação (1963) foi recusada pela *Juristenzeitung* (JZ), prestigiada revista alemã existente até os dias de hoje, por ser “excessivamente política”, sendo aceita, posteriormente, pelo *Goldammer’s Archiv* (GA).<sup>132</sup> Em seus últimos trabalhos, Roxin acrescentou um quarto requisito para a afirmação da autoria mediata do homem de trás: a disposição consideravelmente alta para o fato do executor imediato.<sup>133</sup> Roxin deixa claro, no entanto, que este requisito tem, mais do que tudo, um potencial confirmador daquilo que a afirmação dos três requisitos anteriores já praticamente demonstrava: o domínio do fato do homem de trás.<sup>134</sup>

gg) Mas Roxin não se limita a revisitar temas “seus”. Mesmo às vésperas do octagésimo aniversário, não deixa ele de expandir seus horizontes de interesse e escrever sobre novos tópicos. Um desses novos tópicos é o doping.<sup>135</sup> Por razões dogmáticas e empíricas, Roxin constata, inicialmente, que o Direito Penal é instrumento inidôneo para combater o doping nos esportes.<sup>136</sup> Ocorre que, caso se queira fazer uso do Direito Penal, deve-se abandonar a perspectiva, até hoje dominante, segundo a qual o doping é um delito contra a saúde dos atletas, e entender o doping como um delito contra a concorrência.<sup>137</sup>

hh) Outro tema novo é a reforma legislativa do delito de homicídio qualificado (Mord, § 211 StGB). Roxin, que participou da elaboração do recente Projeto Alternativo sobre o Delito de Homicídio,<sup>138</sup> dá, em seus estudos, especial ênfase à exclusão do elemento “Heimtücke” do rol de qualificadoras.<sup>139</sup> Na Alemanha, comina-se a pena de prisão perpétua ao homicídio qualificado, sem qualquer espaço de discricionariedade judicial, e a Heimtücke – elementar de difícil tradução, que bastante se assemelha à nossa qualificadora do art. 121,

132 *Roxin*, Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit, p. 387.

133 *Roxin*, Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit, p. 397; Organisationssteuerung, p. 462 e ss.

134 *Roxin*, Organisationssteuerung, p. 464.

135 *Roxin*, Doping und Strafrecht, in: Joecks et alii (coords.), Festschrift für Samson, Heidelberg, 2010, p. 445 e ss. (há tradução brasileira: Doping e direito penal, in: Roxin/Greco/Leite, Doping e Direito Penal, trad. A. Leite, São Paulo, 2011, p. 31 e ss.).

136 *Roxin/Greco/Leite*, Doping, p. 36 e ss.

137 *Roxin/Greco/Leite*, Doping, p. 44 e ss.

138 *Heine et alii*, Alternativ-Entwurf Leben (AE-Leben), in: GA 2008, p. 193 e ss.

139 *Roxin*, Das systematische Verhältnis von Mord und Totschlag – Folgerungen aus dem Fehlen einer einheitlichen Mordkonzeption für die Reform der Tötungsdelikte, in: Jahn/Nack (coords.), Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelt das Strafrecht, Köln, 2009, p. 21 e ss.

§ 2º, IV, do CP, a saber, “traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido”<sup>140</sup> – é uma das qualificadoras diante da qual essa consequência jurídica severa e inflexível menos parece adequada. De lege lata, Roxin propõe um conceito normativizado de Heimtücke como forma de limitar a incidência da pena perpétua. Seu conceito parte da premissa de que a Heimtücke só pode ser afirmada se as circunstâncias existentes: a) não forem de nenhuma forma imputáveis à vítima e b) não forem similares àquelas que reduzem ou excluem o injusto ou a culpabilidade, como a situação de legítima defesa.<sup>141</sup>

ii) Ainda no prelo, mas a ponto de ser publicada em um dos próximos fascículos da revista eletrônica ZIS, é a manifestação de Roxin sobre os raros, porém trágicos, casos de abate de aviões sequestrados, com a consequente morte de inocentes.<sup>142</sup> Será possível considerar justificado o abate, ou ao menos exculpá-lo? Roxin, após negar expressamente a existência de um dever de sacrificar a própria vida para o salvamento de outras pessoas, afasta também a existência de qualquer exceção a essa regra e, com isso, a possibilidade de qualquer causa de justificação para esses casos: o ingresso do Estado na liberdade dos cidadãos deve respeitar sempre “barreiras deontológicas”. Outras construções, como a “doutrina do espaço livre de direito” e a apreciação de uma causa suprallegal de exculpação, são igualmente afastadas. A única possibilidade de não aplicação de pena em casos trágicos e extremos seria, segundo Roxin, o recurso à categoria da exclusão de responsabilidade por desnecessidade preventiva de pena por ele próprio cunhada, porém apenas nos casos em que - e para tanto há de se averiguar o contexto que culminou com a decisão pelo abate - os autores do abate agiram comprovadamente motivados pela manutenção do maior número de vidas e não por outros móveis políticos.

.....  
140 A definição clássica da elementar da *Heimtücke* é a de que age *heimtückisch* aquele que, “animado por uma vontade hostil, aproveita-se conscientemente de que a vítima não espera ataque algum e de que por isso esteja indefesa” (cf. com referências *Schneider*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, München, 2003, § 211 nm. 122).

141 *Roxin*, Zur normativen Einschränkung des Heimtückemerkmals beim Mord, in: Schöch et alii (coords.), Festschrift für Widmaier, Köln etc., 2008, p. 741 e ss, p. 749, p. 756 e s.

142 *Roxin*, Der Abschuss gekappter Flugzeuge zur Rettung von Menschenleben, in: ZIS 2011, no prelo. Sobre esse debate, em língua acessível, *Robles Planas*, En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y otros casos trágicos, in: Luzón Peña (coord.), Libro homenaje a Mir Puig, Madrid, p. 445 e ss.

#### IV. CONCLUSÃO

Claus Roxin, 80 anos! Como concluir um texto sobre um autor cuja obra não está perto de ter encontrado sua conclusão, mas que permanece em constante desenvolvimento? Cremos que a melhor conclusão será a de desejar a nosso octagenário saúde e vigor para continuar enriquecendo a ciência do direito penal e inspirando – tanto com a sua criatividade enquanto cientista como com a sua generosidade enquanto pessoa – as novas gerações de penalistas.

#### Luís Greco / Alaor Leite

Luís Greco é doutor e mestre em Direito pela Universidade Ludwig Maximilian, Munique, sob a orientação de Claus Roxin;

Alaor Leite é mestre em Direito pela Universidade Ludwig Maximilian, Munique, sob a orientação de Claus Roxin, e doutorando na mesma instituição, sob o mesmo orientador.

# RESENHA

## A MAGISTRATURA PARA ALÉM DA DOGMÁTICA PENAL

*Clarissa de Baumont*

*Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade  
Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.*

*DIVAN, Gabriel Antinolfi.*

**Decisão judicial nos crimes sexuais – o julgador e o réu interior.**

*Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.*

*E o poder eleva a arrogância a status de dogma: ao juiz é vedado o não-julgar, a recusa, o reconhecimento de sua incapacidade (o não sei). Julgarás, não importa se bem ou mal. Julgarás!<sup>1</sup>*

*Mas não teria sido, em vez de raiva, apenas profunda inveja de sua capacidade sexual? Quem pode afirmar diferente? Ou há outra hipótese que ainda não vislumbrei? Afinal, de onde me veio tanto e incontrolável desconforto a ponto de não conseguir julgar (ou me julgar)? Ainda hoje não sei (se é que quero sabê-lo e se é que me é possível sabê-lo).<sup>2</sup>*

Subiu as escadarias intermináveis que conduziam ao interior do Templo da Justiça. Protegido pelas paredes sólidas do auditório, vestiu a Toga com a tranquilidade de quem é aclamado a representar todos os homens a fim de condená-los ou absolvê-los, nenhuma preocupação externa penetrando o espaço sagrado das normas e sua existência. Seguindo o Rito, folheou o processo conduzido pela dignidade própria dos juízes, repudiando a imoralidade que emergia evidente da narrativa, e sentenciou com a neutralidade que a divindade de sua figura evoca. Terminada a tarefa, olhou para o réu à sua frente, as mãos para trás algemadas, e estremeceu: a visão nublada não lhe permitia distinguir as feições de um rosto - olhos, nariz, boca, nada. Segurou-se sutilmente na cadeira .....

1 CARVALHO, Amilton Bueno de. *O (im)possível julgar penal*

2 CARVALHO, Amilton Bueno de. *As majorantes nos crimes sexuais violentos.*

atrás de si, a solidez do chão esvaindo-se, ao mesmo tempo em que tentava esconder as mãos úmidas, o corpo liquefeito sob a Toga: o desconhecido à frente, de quem tentava inutilmente fugir e desviar o olhar, tão surpreendentemente distante quanto o homem que, por baixo das vestes, julgava.

Essa fragilidade inerente ao modelo racionalista de julgador e seus consequentes conflitos insolúveis, provocados pelo reducionismo afeito à lógica moderna, são demonstrados por Gabriel Divan<sup>3</sup> no livro “*Decisão Judicial nos Crimes Sexuais – o julgador e o réu interior*”. A decisão judicial, com foco nos crimes sexuais, nos é apresentada de modo diverso ao circunscrito à matriz jurídica em si mesma, ultrapassando o Direito Penal e Processual Penal através de reflexões que mobilizam conhecimentos de diversas áreas como Filosofia, Antropologia, Sociologia e Psicologia. A ideia da falibilidade do modelo de julgador eminentemente técnico-legalista e incólume a qualquer espécie de interferência subjetiva na atividade decisória perpassa a obra como núcleo de discussão, fundamental para se repensar a atividade da magistratura e a necessária preparação acadêmica ao seu exercício.

A exposição organiza-se sobre três capítulos, as premissas dispostas nos dois primeiros e o terceiro como uma síntese dos pensamentos apresentados. No primeiro capítulo, o autor discorre sobre a ciência moderna, representada pelo pensamento de Descartes, cuja base está sobre a Razão humana, através da qual se chegaria à verdade e à certeza. Desse racionalismo derivou o paradigma cartesiano, para o qual há verdades eternas que constituem leis absolutas do Ser e da Razão: “assim, a Razão, sinal distintivo da humanidade, começa a impor-se como a aptidão que o homem possui para calcular e fornecer justificações relativas à exatidão do que é calculado”<sup>4</sup>

Metodologicamente, o paradigma cartesiano propõe a decomposição do todo em partes como forma de conhecê-lo. A investigação das partes e a posterior soma dos conhecimentos adquiridos sobre cada uma delas proporcionaria a

.....  
3 Advogado. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor de Direito Processual Penal e Criminologia na Universidade de Passo Fundo/RS, onde lidera o GPCrim – Grupo de Pesquisa em Ciências Criminais. Conselheiro do Instituto de Criminologia e Alteridade.

4 JAPIASSU, Hilton. *A crise da Razão e do Saber Objetivo. ondas do irracional*. As Apud: DIVAN, Gabriel. *Decisão judicial nos crimes sexuais*, p.19.

apreensão da totalidade do objeto, simplesmente<sup>5</sup>. O sujeito desse paradigma, absolutamente consciente, encontra-se num universo plenamente cognoscível e inteligível: “com Descartes emergiria a ideia de que a natureza não é permeada por forças invisíveis, sendo mera matéria-prima e podendo, assim, ser perfeitamente dominada pela razão (tudo é suscetível de ser conhecido) e pela vontade (a totalidade do real é utilizável pelo homem que visa à realização de seus fins)”<sup>6</sup>.

O propósito de questionar o racionalismo cartesiano e sua crença na possibilidade de um discurso neutro não significa, contudo, uma refutação completa à filosofia em evidência, negação de seu papel na história do pensamento ocidental e apontamento de sua completa derrocada. Ao invés disso, é apresentada uma crítica aos conceitos que penetraram o modo moderno de pensar, largamente estendido aos dias atuais. As categorias imbricadas à concepção moderna de ciência acarretam uma série de incongruências ignoradas que são essenciais para a análise da visão comum, instrumentalizada, do operador do direito enquanto técnico-legalista.

No segundo capítulo, a supremacia racional cartesiana é contrastada com a psicologia do inconsciente: por meio da psicanálise de Sigmund Freud, passou-se a perceber que o sujeito existe além da razão, onde não há consciência pensante. A grande inovação da Teoria Psicanalítica de Freud foi lançar a noção de *inconsciente*, fragilizando o centro consciente inabalável do sujeito cartesiano. Tais considerações, de acordo com Carvalho (2008), atingem a seara da Criminologia e do Direito Penal, possibilitando, respectivamente, a despatologização do criminoso e a crítica à culpabilidade.

No âmbito da Criminologia, o texto de Freud intitulado *Os Vários Tipos de Caráter Descobertos no Trabalho Analítico* (1916) apresenta reflexão sobre os motivos que levavam pessoas honradas e de elevada moralidade a revelar, nas sessões psicanalíticas, terem cometido delitos em seu passado. Sugeriu que .....

5 O paradigma moderno tem sido vastamente questionado por outras propostas epistemológicas. Destaca-se a do paradigma da complexidade, representado por Edgar Morin, o qual inclui a subjetividade ao processo de conhecimento. Contraposta à lógica da causalidade linear, esta abordagem vê o mundo como totalidade orgânica e propõe a construção multidisciplinar do conhecimento. A realidade é complexa, possui elementos indissociáveis, que não meramente se agregam, mas que necessariamente se inter-relacionam, e por isso, requer um pensamento sistêmico: “não se pode pensar senão a partir de uma práxis cognitiva (anel ativo) que faz interagirem, produtivamente, noções que são estéreis quando disjuntadas ou somente antagonistas. Significa que toda explicitação, ao invés de ser reducionista/simplificadora, deve passar por um jogo retroativo/recursivo que se torna gerador de saber”. MORIN, Edgar. *O método 1: a natureza da natureza*. Porto Alegre: Sulina, 2002.

6 RENAULT, Alain. *O indivíduo. Reflexão acerca da filosofia do sujeito*. Trad: Elena Gaidano. Apud: DIVAN, Gabriel, op.cit., p. 21.

esta prática relacionava-se com o fato de a conduta ser proibida e sua execução produzir alívio na ordem psíquica, diagnosticando um sentimento de culpa antecedente ao crime (negava, contudo, a universalização do crime por sentimento de culpa, mas acreditava que esta poderia ser a motivação para a maioria dos crimes)<sup>7</sup>. Assim, “a psicanálise criminal, ao indagar sobre a etiologia delitiva *de pessoas honradíssimas e de elevada moralidade* (Freud), contribui significativamente no fundamental processo de despatologização do crime e do criminoso”<sup>8</sup>.

Quanto ao Direito Penal, a noção do inconsciente permite que se questionem fundamentalmente os modelos teóricos da teoria do delito contemporânea, uma vez que prevê duas características cernes do comportamento humano, pressupostas à atribuição da responsabilidade penal: *consciência* e *vontade*. Além disso, Freud<sup>9</sup> demonstrou preocupação com a produção da verdade nos processos criminais, particularmente no que diz respeito à prova testemunhal<sup>10</sup>.

Não é a psicanálise, entretanto, a fonte conceitual do trabalho. É a Psicologia Analítica de Carl Gustav Jung, discípulo dissidente de Freud, não absolutamente contrária aos postulados do mestre, mas com desdobramentos conceituais distintos, a teoria apresentada como incurso à vastidão desconhecida do homem. A noção de inconsciente, como propunha Freud, de acordo com Divan (2010), permanece na Psicologia Analítica.

No entanto, segundo o autor, Jung ultrapassa a noção do inconsciente individual: os arquétipos, heranças arcaicas como estruturas-padrão do universo psíquico eivadas de carga mítica, inundam nosso modo de ser e manifestam o que seria representação dos conteúdos do Inconsciente Coletivo como forma de

7 CARVALHO, Salo de. *Anti-manual de criminologia*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; p. 202-203.

8 CARVALHO, Salo de. Op.cit. p. 204.

9 *A Psicanálise e o Diagnóstico dos Fatos nos Processos Criminais*, Conferência pronunciada na Universidade de Viena, em 1906, em: FREUD, *El Psicoanálisis y el Diagnostico de los Hechos en los Procedimientos Judiciales*, apud: CARVALHO, op. cit., p. 206-207.

10 “O que os pacientes diziam era verídico, com efeito, mas a verdade não remetia a um acontecimento real, mas algo que se forjava no registro psíquico. O psiquismo, como objeto teórico autônomo, se constitui somente aqui, de fato e de direito, passando a ser concebido, pois, de maneira descolada dos acontecimentos reais. O que Freud queria dizer com isso? Antes de mais nada, que existia uma realidade psíquica ao lado da realidade material (...). o acontecimento continuava sendo real para o sujeito, é claro, mas o registro da experiência era a realidade psíquica e não mais a material. Enunciar isso seria formular que a verdade dos acontecimentos se fundaria apenas no registro dos signos e não mais no das coisas”. BIRMAN, Freud e a Filosofia, apud: CARVALHO, Salo de, op.cit., p. 208.

incidência de uma imagem a um padrão. Elementos como o poder, a ordem e a justiça estariam ligados a padrões arquetípicos com apelo energético influente.

Um dos conceitos *jungianos* fundamentais, a Persona, exemplificada pelo alferes de Machado de Assis em seu conto O Espelho<sup>11</sup>, seria o rosto usado por nós para o encontro com o mundo social, a adaptação a este mundo. Uma imagem voltada ao exterior, máscara usada pela *psique* para corresponder ao que externamente se espera do indivíduo, idealização de uma adequação. No pólo oposto, encontra-se a Sombra: metade indesejável de nós, corresponderia aos aspectos psíquicos que procuram ser exterminados ou ocultados pelo Ego, devido à condição obscura e misteriosa de seus conteúdos eminentemente emocionais, não racionais. O Ego, síntese da identidade pessoal “real”, mantém relação íntima com a Sombra e a Persona, identificando-se com esta e rejeitando aquela na maior parte das vezes. O contato com a Sombra provoca sofrimento e, por isso, é mais fácil enxergá-la nos outros que em si mesmo, o que caracteriza o fenômeno da projeção – que, para Jung, é necessário para fazer o indivíduo entrar em contato com conteúdos interiores através de um posterior processo de recolhimento dessa projeção, o qual é capaz de proporcionar autoconhecimento.<sup>12</sup>

O terceiro capítulo provoca tensão entre a concepção de neutralidade do Magistrado e o poder dos conteúdos inconscientes. A ideia de imparcialidade judicial torna-se implausível quando se percebe a impossibilidade de existência do homem racional moderno. Dominado ainda pela lógica racionalista, o tribunal torna-se um campo fértil à exacerbação da Persona incorporada pelo Ego, com a idealização do julgador de si próprio como instituído de uma dignidade sobre-humana e tutor de uma moralidade resultante da suposição de uma média social pela qual deve zelar, macro conceitos abstratos distantes da realidade concreta. Ao mesmo tempo, fértil à projeção da Sombra indesejável sobre o réu, só que sem o movimento de interiorização do conteúdo projetado, apenas como expiação inconsciente de si através do outro. A identificação do Ego com a Persona impede o juiz de ver que possui o réu dentro de si, mesmo que de modo latente, ou seja, impede-o de perceber a própria sombra. Oculto pela máscara

.....  
11 “O alferes eliminou o homem. Durante alguns dias, as duas naturezas equilibraram-se; mas não tardou que a primitiva cedesse à outra; ficou-me uma parte mínima de humanidade. (...) as dores humanas, as alegrias humanas, se eram só isso, mal obtinham de mim uma compaixão apática ou um sorriso de favor. No fim de três semanas, era outro, totalmente outro”. ASSIS, Machado de. O Espelho. In: *Contos Escolhidos*. Coleção Clássicos da Literatura. Barueri: Donneley Cochrane, 19\_\_?, p. 24-25.

12 DIVAN, Gabriel. Op. cit., subcapítulos 2.3.2 e 2.3.4.

representada pela toga <sup>13</sup>, imbuído do poder arquetípico da justiça, e assim, incapaz de trazer à consciência as próprias contradições instintivas (sentidas como culpáveis), o julgador acaba por proferir decisões judiciais que ultrapassam a prestação jurisdicional, com o discurso moralista de repúdio violento bastante comum nos crimes sexuais:

*Nos jogos inerentes aos “julgamentos” cotidianos, na polaridade entre a condescendência e o rigor, entre a compreensão acolhedora e a intolerância ríspida, uma Persona dominante e voltada aos valores sócio-morais pode vislumbrar projetada na tensão sexual extremamente delicada dos autos a ilustração própria do cabedal de horrores que negaceia quanto a si própria. E essa reação será, presumivelmente, de rejeição. (...) Não se pode esquecer que o discurso moralista da Persona tem trânsito livre em meio ao discurso da Toga: a violência (discursiva) de quem está (in) vestido na Toga é autorizada e não pode ser objetada, pelo fato de que ali não fala um ser humano qualquer, mas alguém que integra uma função maior, dentre uma ritualística mítica <sup>14</sup>.*

O ambiente do desenrolar dos atos jurisdicionais e seu cerimonial remetem ao próprio arquétipo de poder, justiça, superioridade do direito, de onde emana uma aura de divindade: “o homem reage arquetipicamente a alguma coisa ou a alguém quando se defronta com uma situação recorrente e típica. A mãe reage arquetipicamente ao filho, o homem reage arquetipicamente à mulher, o juiz reage arquetipicamente àquele que está sendo julgado”<sup>15</sup>

O pensamento técnico-legalista, derivado da consideração exclusiva da esfera consciente do homem, crê na racionalidade do julgador como impassível

.....  
13 “(...) a Toga pode agir como o uniforme do alferes e absorver o Magistrado. E não há metáfora nem símbolo mais perfeito para discutir a questão da *Persona* no ofício jurisdicional do que a própria Toga: essa marca “*sumptuária*”, esse revestimento “*talár*” (que cobre o corpo inteiro de quem usa), que denuncia a “*aristocracia de quem a veste*”. A Toga que pode ser tida como emblema da pertença ao mundo “autorizado” de quem opera ao (ritual do) processo e trafega dentre sua linguagem própria. A Toga é por excelência o símbolo do *status* do julgador, uma vez que evidencia (mais, ainda) a separação entre quem integra efetivamente o ritual (e nele dispõe de fala, *poder*) e aqueles que não: ela é um prolongamento da *cancellà* que separa os atores processuais do público ordinário que assiste ao evento tribunalício” (DIVAN, op. cit., p. 160-161).

14 DIVAN, op.cit., p.161-162.

15 PRADO, Lídia Reis. *O Juiz e a Emoção: Aspectos da lógica da decisão judicial*. Apud: DIVAN, op.cit., p.171

de equívocos. Essa tentativa moderna que perdura de afastamento da subjetividade e do mítico, para um mundo sem sombras e mistérios, na realidade, “não substituiu um universo dividido entre o humano e o divino por um mundo racionalizado; de maneira diretamente inversa, ela quebrou o mundo encantado da magia e dos sacramentos substituindo-o por duas forças cujos relacionamentos tempestuosos desenham a história dramática da modernidade: a razão e o sujeito (...)”<sup>16</sup>.

A carga subjetiva que acompanha o conteúdo decisório não deixará de existir pela mera crença em sua inexistência e pelo apego infrutífero ao racionalismo obsoleto. A obra ora apresentada salienta a fundamental necessidade de, ao invés de ignorar a humanidade do julgador e fugir com medo do desconhecido, pensar em alternativas a partir de sua aceitação. A aversão àquilo que pareça irracional, emotivo e intuitivo, ao que não seja raciocínio empírico e que se afaste do Logos, tem mais ou menos o efeito de um muro construído em meio ao rio para, ingenuamente, bloquear-lhe o curso: romperá, e a força será impetuosa, transbordando mais que outrora. A perspectiva reducionista atrelada ao magistrado como ao meio jurídico em geral é nociva não apenas aos réus como aos operadores jurídicos mesmos, fadados a ignorar a própria complexidade, fadados ao risco de desfazerem-se vertiginosamente sob as togas, involuntariamente.

## REFERÊNCIAS:

ASSIS, Machado de. O Espelho. In: *Contos Escolhidos*. Coleção Clássicos da *Literatura*. Barueri: Donneley Cochrane, 19---(?)

BIRMAN, Joel. *Freud e a Filosofia*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CARVALHO, Amilton Bueno de. As majorantes nos crimes sexuais violentos. In: -----; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da Pena e Garantismo*, 3ª. Ed. Ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

----- . O (im)possível julgar penal. *Revista de Estudos Criminais*, Sapucaia do Sul: Notadez, ano VII, n.24, 2007.

CARVALHO, Salo de. *Anti-Manual de Criminologia*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FREUD, Sigmund. El Psicoanálisis y el Diagnostico de los Hechos em los Procedimientos Ju-  
.....

diciales. In: *Obras Completas (II)*. Madrid: Biblioteca Nueva, 1996.

JAPIASSU, Hilton. *A crise da Razão e do Saber Objetivo*. As ondas do irracional. São Paulo: Letras & Letras, 1996.

MORIN, Edgar. *O método 1: a natureza da natureza*. Porto Alegre: Sulina, 2002.

PRADO, Lídia Reis. *O Juiz e a Emoção: Aspectos da lógica da decisão judicial*. 2ª. Ed. Campinas: Millennium, 2003.

RENAULT, Alain. *O indivíduo*. Reflexão acerca da filosofia do sujeito. Trad. de Helena Gaidano. Rio de Janeiro: Difel, 1998.

# FILME: *Estômago*

Danilo Cymrot e João Paulo Orsini Martinelli<sup>1\*</sup>

## PARA ENCARAR A VIDA, SÓ COM MUITO ESTÔMAGO

“Estômago”, de Marcos Jorge,<sup>2</sup> é, antes de tudo, um filme que nos fala sobre a lei do mais forte, da selva, e os artifícios que o ser humano é capaz de adotar para conseguir sobreviver nesse meio, onde “o homem é o lobo do homem”. Quem não se adapta, é devorado. E no processo de adaptação, valores e códigos de conduta são abandonados em detrimento de outros que emergem e são assumidos. A sobrevivência na lei da selva é, portanto, aquilo o que Julio Cabrera chamaria de conceito-chave do filme.<sup>3</sup> É em torno dele que a narrativa gira.

A personagem principal Nonato/Alecrim e sua surpreendente metamorfose, ao longo do filme, simbolizam muito bem o que é a sobrevivência na lei da selva, evidenciando que muitas vezes a violência se exerce de forma bastante sutil, não só em ambientes considerados tradicionalmente violentos, como o cárcere, mas na sociedade como um todo. Por outro lado, a esperteza para lidar com os diversos, antagônicos, circunstanciais e transitórios códigos sociais e manipulá-los conforme as conveniências é fundamental, uma vez que, de acordo com Mara Regina de Oliveira, não existe uma equivalência entre poder e força física.<sup>4</sup>

.....

1 \* **Danilo Cymrot** é mestrando pelo Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo e bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq. **João Paulo Orsini Martinelli** é advogado, mestre e doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo.

2 Ficha técnica do filme:

Direção: Marcos Jorge

Produção: Cláudia de Natividade

Consultor de comportamento no cárcere: Luiz Mendes Jr.

Elenco: João Miguel, Fabíula Nascimento, Babu Santana, Carlo Briani, Zeca Cenovicz, Alexander Sil, Paulo Niklos, Jean Pierre Noher.

Ano: 2008.

3 CABRERA, Julio. *O cinema pensa, uma introdução à filosofia através dos filmes*. Trad. Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Rocco, 2006, p. 20 e ss. Nesta obra, Cabrera afirma que certas dimensões da realidade devem ser apresentadas de forma racional e afetiva para ser impactante. Por meio da apresentação sensível e impactante “são alcançadas certas realidades que podem ser defendidas com pretensões de verdade universal, sem se tratar, portanto, de meras impressões psicológicas, mas de experiências fundamentais ligadas à condição humana, isto é, relacionadas a toda a humanidade e que possuem, portanto, um sentido cognitivo” (CABRERA, op. cit., p. 20).

4 A autora, aludindo a Luhmann, afirma que “o poder não se confunde com o exercício da coação, na medida em que pressupõe certa possibilidade de escolha entre os comunicadores. O poder do ‘poderoso’ será tanto maior na medida em que ele puder escolher entre diferentes alternativas. Ele também é maior quando o poderoso pode efetivá-lo diante de um parceiro que possua alternativas mais numerosas e diversas. Na coação, quando se reduz as possibilidades de escolha do coagido, também se diminui o poder. O poder não surge da coação. Ao contrário, a utilização da coação pressupõe a existência do poder, que decidirá sobre o seu emprego” (OLIVEIRA, Mara Regina de. *O desafio à autoridade da lei: a relação existente entre poder, obediência e subversão*. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006, p. 88).

Nonato/Alecrim pode ser, desta forma, incluído no rol de tipos como o de João Grilo, de “O Auto da Compadecida”.<sup>5</sup> Assim como Nonato/Alecrim, João Grilo é um sertanejo miserável que, para sobreviver à exploração e à violência simbólica que sofre por parte dos poderosos – seus patrões, as autoridades eclesiásticas, os coronéis, a polícia, os cangaceiros – utiliza sua esperteza para ludibriar a todos, ainda que acabe cometendo condutas extremamente antiéticas, como o estelionato e até o induzimento ao suicídio. Os motivos que levam João Grilo a cometer tamanhos pecados não são ignorados pela Compadecida.

A Santa intercede no julgamento de João para defendê-lo, quando sua condenação ao Inferno já era praticamente certa. Ela lembra a seu filho, o juiz, que João Grilo é mais um daqueles miseráveis que sofrem como ele sofreu, lutam desesperadamente para sobreviver e que, em momentos de desespero, se apegam à sua fé. A Compadecida consegue, assim, que João receba uma segunda chance e volte à Terra.

De certa forma, João Grilo, assim como o cangaceiro assassino de “O Auto da Compadecida”, também absolvido no julgamento divino, situa-se na linhagem daqueles bandidos sociais a que Ismail Xavier atribui uma violência justiceira, em contraposição àqueles bandidos, mais retratados no cinema brasileiro recente, aos quais atribui uma violência ressentida.<sup>6</sup> O bandido social, embora não tenha consciência de classe, é considerado um protorrevolucionário, pois se rebela, ainda que de forma apolítica, individual, irracional, intuitiva, contra as estruturas de poder que o oprimem. Já o bandido retratado atualmente no cinema brasileiro contemporâneo não busca a transformação das relações de poder na sociedade, mas, muito pelo contrário, representa sua agudização, na medida em que ele age de forma egoísta e sua violência é exercida para alcançar bens materiais.

Cabe salientar, todavia, que a análise de Ismail Xavier recai menos sobre os “tipos de bandidos” e mais sobre a sua representação no cinema brasileiro, tanto é que ele mostra que os mesmos cangaceiros retratados como bandidos sociais no Cinema Novo, em virtude do contexto político da época, são retratados como bandidos egoístas e ambiciosos em “Baile Perfumado”. Não há, ademais, como

.....  
5 “O Auto da Compadecida” é uma obra de Ariano Suassuna originariamente elaborada para ser uma peça de teatro e que, mais tarde, acabaria por ser adaptada para o cinema e a televisão.

6 XAVIER, Ismail. Da violência justiceira à violência ressentida. In: *Revista Ilha do Desterro*, n. 51. Florianópolis, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/desterro/article/viewFile/9777/9009>>. Acesso em: 05 maio 2010.

retratar a violência de um bandido como exclusivamente justiceira ou ressentida. Ambos os aspectos estão sempre presentes, apenas prevalecendo um em detrimento do outro, conforme a intenção do diretor.

No caso de “Estômago”, a ambiguidade de Nonato/Alecrim é ainda maior. Embora os motivos de seus crimes não pareçam racionalmente muito nobres, a edição do filme, que nos leva a conhecer e compreender aos poucos o que levou o marginalizado e oprimido Nonato/Alecrim à prisão, faz com que sintamos uma grande simpatia pela personagem, a ponto de nos depararmos torcendo por ele. Essa simpatia é ainda mais acentuada pela brilhante atuação de João Miguel, que foge da caricatura grosseira, e até pela água na boca que sentimos ao assistir ao filme. “Estômago”, antes de tudo, é um filme que seduz a plateia, prendendo-a, inclusive, pelo estômago. Não são somente, portanto, as personagens do filme que Nonato/Alecrim conquista com seu dom. Os closes da câmera na preparação das comidas, as cores fortes dos alimentos e o barulho do refogado abrem o apetite da plateia. Também se faz presente a mesma música de fundo quando o destaque é a comida, o que leva o espectador a sentir o prazer da personagem que prepara ou consome o alimento. “Estômago” é um filme que tem “cheiro e gosto”, o que potencializa a chamada experiência do cinema.<sup>7</sup>

## A LEI DO MAIS FORTE

A riqueza de “Estômago” está no fato de não haver mocinhos e bandidos. Todos são ao mesmo tempo oprimidos e opressores. Nonato/Alecrim, que vem de uma região brasileira tradicionalmente identificada com a violência do cangaço, dos pistoleiros, da terra sem lei, é profundamente estigmatizado por causa de sua origem. Em diversos momentos é xingado de “Paraíba” por várias personagens. Ainda que aparentemente a origem de Nonato/Alecrim seja indiferente para algumas delas, que o tratam com respeito, em momentos de fúria, a xenofobia vem à tona. Mais sutil é a violência simbólica quando alguma personagem menciona que Nonato/Alecrim vem do Ceará, mesmo tendo Nonato/Alecrim alertado previamente que não é proveniente daquele Estado. Não há uma preocupação de fato em precisar a origem de Nonato/Alecrim, tanto porque “Ceará,  
.....

7 O uso da imagem e do som como forma de aguçar o apetite do telespectador torna-se uma ilusão da verdade, pois parece que o alimento está próximo de quem assiste ao filme, não apenas pela imagem e pelo som, mas também pelo cheiro e pelo sabor. É a “impressão da realidade”, denominação criada por Bernardet para referir-se à experiência de sentir como verdade aquilo que se passa na tela (BERNARDET, Jean-Claude. *O que é cinema?* São Paulo: Editora Brasiliense, 2006, p. 12). No mesmo sentido, o entendimento de Cabrera, pelo qual podemos entender cada cena dos alimentos como um conceito-imagem que pretende despertar os processos psicológicos internos do telespectador (CABRERA, op. cit., p. 29-30).

Paraíba, tudo é a mesma coisa” quanto pela pouca importância do migrante e seu baixo *status* social, que o deixa vulnerável a humilhações sem que seu autor sofra qualquer tipo de sanção social, uma vez que Nonato/Alecrim não tem poder algum quando chega a São Paulo. Isso fica muito claro no tratamento com as pessoas. Desde que chega a São Paulo, Nonato/Alecrim chama a todos pelo pronome “senhor” ou “senhora”. Em alguns momentos, esse tratamento de submissão é motivo de chacota. Basta assistirmos às cenas em que Nonato/Alecrim conhece Íria e é satirizado por chamá-la de “senhora” ou quando não aceita ser chamado por “cliente” na boate, pois prefere o termo “amigo”.

### A - A LEI DO MERCADO: NONATO E ZULMIRO

A condição hipossuficiente de Nonato/Alecrim fica muito evidente no seu primeiro encontro com Zulmiro. Humilhado por não ter dinheiro para comer e por causa de sua origem, Nonato se vê obrigado a trabalhar de graça, como um escravo. Em um primeiro momento, utilizando a lei do mais forte e apelando para a ameaça da violência física, Zulmiro exerce o seu poder, obrigando Nonato a lavar toda a louça do bar e a limpar toda a cozinha, embora todo esse trabalho seja flagrantemente desproporcional ao custo das coxinhas, por sinal ruins, que Nonato comeu porque estava com fome. Além de não se sensibilizar com a condição de Nonato, que o Direito Penal classificaria de estado de necessidade, excludente de ilicitude, Zulmiro ainda se aproveita para tirar vantagem dela, seguindo a conhecida “Lei de Gérson”. A precariedade da condição de Nonato se destaca quando Zulmiro pergunta seu nome e responde em tom de plena submissão: “Nonato, às suas ordens”.<sup>8</sup> Bastava dizer o nome, mas aquele sujeito fraco e perdido na cidade grande coloca-se à disposição do mais forte como um servo.

A edição do filme é muito feliz quando insere a cena na qual Nonato é encarcerado logo após Zulmiro fechar a porta do quartinho dos fundos do bar, associando o quartinho dos fundos, a que tantas empregadas domésticas brasileiras estão submetidas, a uma senzala ou prisão. A associação, todavia, transcende o quartinho e se comunica com a própria vida de Nonato, que, embora formalmente livre, vive preso às relações de poder, opressão e exploração. É num segundo momento, todavia, que Zulmiro exerce de fato o seu poder, já desvinculado da .....

<sup>8</sup> Nesta cena, logo no início do filme, aparece um Nonato de cabeça baixa, submisso, que compreende sua situação de retirante na cidade grande, muito distante de sua terra natal. Mesmo sem existir ainda uma relação formal de superioridade entre Zulmiro e Nonato, este “coloca-se às ordens” de quem exerce o poder informalmente por ter o que oferecer ao pobre migrante.

ameaça pela força física. Aproveitando-se das forças econômicas desfavoráveis a Nonato, cuja coerção é invisível, o convida para continuar trabalhando no bar, já que não poderia mais o manter preso lá. Não teria salário nem benefícios, mas sim comida e hospedagem, que, embora extremamente precárias, são oferecidas como um grande negócio.

Quando Nonato esboça uma reação diante da injustiça, Zulmiro o relembra de sua situação social de extrema vulnerabilidade, humilhando-o ainda mais. Como Nonato neste momento ainda não tem nenhum poder de barganha, por ser apenas mais um nordestino descartável como milhares de outros por aí, aceita a proposta, resignado. Zulmiro, portanto, mesmo sem prender fisicamente Nonato, utilizou a lei do mercado, a oferta e demanda, para prendê-lo de uma forma mais capitalista (a mesma lei de mercado que, mais tarde, libertaria Nonato de Zulmiro, ao receber melhor proposta de trabalho de Giovanni). Cabe frisar, no entanto, que, no Brasil, convivem ainda formas capitalistas e pré-capitalistas de trabalho, principalmente em terras sem lei, locais onde o Estado se omite abusivamente. A prática de escravizar pessoas através do endividamento perpétuo dos trabalhadores, obrigados a pagarem com seu trabalho a alimentação e hospedagem precárias que recebem de fazendeiros por preços exorbitantes, é recorrente. Apesar do direito reconhecer infração do direito à liberdade de trabalho, prevendo os crimes contra a organização do trabalho (artigos 197 e seguintes do Código Penal), percebe-se que o mercado quer a submissão do mais fraco e o Estado pouco faz para impedir este hábito.

A informalidade das relações trabalhistas é apenas outra faceta da omissão abusiva do Estado. O poder econômico dos empregadores, informal, consegue, devido à posição privilegiada que alcança, graças à lei da oferta e da procura, se sobrepôr ao poder político e formal do Estado. As normas da CLT são, desta forma, negadas e, em alguns casos extremos, desconfirmadas pelas regras impostas pelos próprios empregadores, seja porque o poder político não quer se indispor com o poder econômico dos empregadores, seja porque os empregadores recorrem à ação de pistoleiros, outro poder informal, para ameaçar fiscais, promotores, religiosos e outros agentes que buscam combater essa prática.

Um aspecto interessante da informalidade nas relações trabalhistas, principalmente no que toca ao trabalho doméstico, é a ambiguidade que cerca a relação empregado-empregador e casa-local de trabalho. Assim como as antigas

mucamas e amas de leite, as empregadas domésticas, desprotegidas por parte do Estado no que concerne aos seus direitos, ficam completamente à mercê da boa vontade dos empregadores.<sup>9</sup> Essas empregadas não possuem jornada de trabalho limitada e possuem uma relação muito mais próxima com seus empregadores, compartilhando de suas intimidades, ao ponto de serem consideradas cinicamente “como se fossem da família”. Moram na mesma casa que seus patrões, cuidam de seus filhos e *preparam sua comida*, o que pode representar uma grande ameaça à segurança e saúde dos patrões. É conveniente, assim, que, enquanto a empregada não for colocada no meio da rua com uma mão na frente e outra atrás, seja tratada “como se fosse da família”.

Vale lembrar que, embora haja outros motivos mais relevantes, como o ciúme doentio e a ambição de ascender na hierarquia da prisão, Nonato comete seus crimes contra duas pessoas, seu chefe no restaurante e seu “chefe” na prisão, que o haviam humilhado algumas vezes, ainda que inconscientemente, o que poderia ter gerado um ressentimento. Para cometer os dois assassinatos, Nonato se utiliza da confiança que havia sido depositada nele como empregado “especial”. No caso de Giovanni, ele tem a chave do restaurante. No caso de Bujú, ele é quem prepara a sua comida.

A resistência da elite brasileira a se submeter às normas trabalhistas impostas pelo Estado fez com que as relações entre patrões e empregados, principalmente domésticos, fossem sempre permeadas por uma grande pessoalidade. Assim, o mesmo patrão que explora é o amigo confidente. No caso de Nonato, isso fica claro quando ele convida o seu patrão explorador Zulmiro para ser seu padrinho de casamento. Naquela cena, percebe-se um carinho mútuo existente entre ambos. Percebe-se também que Zulmiro ficou magoado com a saída de Nonato do bar. Como um amigo traído, joga em sua cara que o colocou em sua casa, “deu-lhe casa e comida”, esquecendo, porém, de que não fez nenhum favor ao “ingrato” Nonato, muitíssimo pelo contrário. O argumento poderia soar cínico se não parecesse, talvez, verdadeiro para o magoado Zulmiro, que foi criado nessa cultura da informalidade. Nesta cena, Nonato mostra-se um pouco menos submisso e busca conversar de igual para igual com Zulmiro. Ao final, Nonato faz piada com as coxinhas de Zulmiro, que voltaram a ser de péssima

9 A ineficácia do ordenamento jurídico não é exclusividade do Brasil. Bittar adverte que “o problema da erosão dos modos tradicionais de regência jurídica das relações sociais não é uma questão que afeta somente o ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de um fenômeno que encontra eco em diversas sociedades, com contextos semelhantes, como ocorre com as sociedades que vivem o colapso ocidental pós-moderno nos diversos planos de convívio social” (BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. São Paulo: Forense Universitária, 2005, p. 223).

qualidade. Ou seja, Nonato, naquele momento, sabe que tem algum valor, pelo menos na cozinha. Sua coxinha trazia clientes e dinheiro ao bar, que, no momento, encontrava-se vazio.

A ambiguidade entre o local de trabalho e a casa do empregado, por sua vez, é exposta na cena em que Nonato usa o quartinho dos fundos onde mora para fazer sexo com Íria. Naquele momento, já não há problema se Íria pega algumas coxinhas na geladeira sem pagar, uma vez que a exploração que Nonato sofre compensa essas eventuais apropriações indébitas, encaradas como riscos permitidos e toleráveis pelo empregador (falar de Outsiders), mas o barulho que ela faz incomoda Zulmiro, mostrando que Nonato nunca poderá de fato considerar aquele quartinho a sua casa, pois não possui qualquer intimidade. Ele pode até negar a norma de Zulmiro, pegando algumas coxinhas escondidas e trazendo mulheres para dormir no quartinho dos fundos, mas nunca a desconfirmar, fazendo barulho como se estivesse em sua casa.

A postura de Nonato em relação à lei do mercado, ou seja, a do mais forte, é bastante interessante. Aprendendo na prática o que ela significa, ele soube como um mestre manipulá-la ao seu favor quando as circunstâncias se alteraram e ele, por meio das suas coxinhas, que faziam sucesso, as mesmas que o fizeram trabalhar à força no bar de Zulmiro, ganhou valor de mercado. Nonato toma consciência de seu novo poder de barganha e de como agora Zulmiro é que é dependente dele, e não mais o contrário, quando diz que, no bar do seu Zulmiro, “quem manda agora são as minhas coxinhas”. Ele dá suas primeiras mostras de sagacidade quando, percebendo o interesse de Giovanni em contratá-lo, mente, dizendo que possui salário e benefícios no bar do seu Zulmiro, que está muito bem lá, forçando Giovanni a fazer uma oferta provavelmente muito melhor do que faria para contratá-lo. Nonato, assim, quando ganhou poder de barganha, não quis acabar com a lei do mercado, como faria um bandido social, mas se aproveita dela para atingir suas ambições pessoais. Fato muito curioso na cena é o jornal que Giovanni lê enquanto come no bar de Zulmiro. Após seu primeiro diálogo com Nonato, a câmera dá um close na manchete do periódico, na qual se noticia a maior rebelião penitenciária da história do Estado de São Paulo. Enfim, parece que a notícia seria o anúncio do final da relação entre Nonato e Giovanni, que começou naquele diálogo sobre comida e terminou com um crime passionai (crime que levou Nonato à penitenciária). Na mesma cena temos o início e o fim da exploração de Giovanni sobre Nonato.

## O PODER DA PALAVRA E DO CONHECIMENTO: NONATO E GIOVANNI

Se a relação entre Nonato e Zulmiro começa a partir da ameaça da violência física e vai adquirindo uma feição violenta mais sutil, ocorre o inverso na relação entre Nonato e Giovanni. Este, da mesma forma como Zulmiro, exerce um papel um tanto quanto ambíguo em relação a Nonato. Ao mesmo tempo em que Giovanni adota Nonato como um discípulo, confiando nele e transmitindo-lhe com paixão o que de mais precioso possuía, o conhecimento, não deixa de humilhá-lo sempre que Nonato não entende alguma explicação ou faz alguma pergunta estúpida. Cabe salientar que Giovanni sempre associa a origem de Nonato à sua ignorância. Arrogante e carinhoso ao mesmo tempo, considera o universo e o vocabulário de Nonato inferiores. Não deixa de assumir, assim, o papel superior de resgatar “um pobre Cearense ignorante”. Por trás das explicações de Giovanni e da sua boa vontade de ensinar Nonato, há, na realidade, um discurso de poder. Esbanjando conhecimento e um vocabulário até então inacessível e incompreensível para Nonato, Giovanni zomba do aprendiz e reafirma quem é o criador e quem é a criatura, quem é o pai e quem é o filho. Não é à toa que Nonato edipianamente matará Giovanni. Da mesma forma, na prisão, é Bujú que apresenta o agora Alecrim a um mundo até então desconhecido, com palavras, gírias, valores e toda uma subcultura carcerária. Ele é o novo criador que será morto para que a criatura tome o seu lugar. Os dois morrem de barriga cheia, traídos.

Nonato, assim como qualquer filho em relação ao pai, nutre por Giovanni sentimentos bastante ambíguos. Apesar de Giovanni trair o discípulo e, ainda que inconscientemente, relembrar o tempo todo a ignorância de Nonato e, portanto, quem é o chefe e quem deve obedecer, é Giovanni quem dá as armas pra Nonato vir a ser o que é. O ensinamento de fazer arte na cozinha transformando lixo em luxo, que Nonato intuitivamente já colocara em prática no bar de Zulmiro, é indispensável na prisão para que Alecrim sobreviva. Nonato não afirma uma cultura paralela, mas sonha em reproduzir o conhecimento de Giovanni, em ser Giovanni, tanto que o imita na prisão, mesmo depois de tê-lo matado. Em suma, apesar da cólera da traição, que fez com que Nonato matasse Giovanni, ainda subsiste a admiração pelo mestre ou, pelo menos, por sua cultura. Da mesma forma, vem de Giovanni a informação que selará o destino do corpo de Íria, e de

sua cozinha, a faca que o executará.

## CAMA, MESA E BANHO DE SANGUE: NONATO E ÍRIA

A aproximação entre Nonato e Íria se dá muito por causa da identificação de universos marginais: ele, um migrante pobre. Ela, uma prostituta faminta. Não se sabe, nessa relação, quem é que explora e quem é o explorado, quem é oprimido, quem é opressor. Se Íria se aproveita da carência de Nonato para se empanturrar, Nonato se aproveita da fome de Íria para ter sexo. A cena na qual Íria come ao mesmo tempo em que faz sexo com Nonato é animalesca. Talvez mostre bem o que há de mais profundo e primário na natureza humana e que a cultura busca esconder atrás de convenções sociais. A cena mostra bem a busca pela sobrevivência da prostituta pobre. Sexo e comida são os meios de sobreviver em meio à exploração da cidade. A comida sacia o prazer e abastece o corpo, enquanto o sexo proporciona o dinheiro. Para Nonato, é o contrário. A comida proporciona o dinheiro e o sexo sacia sua libido.

A abordagem inicial de Íria é violenta. É uma mulher que intimida, que fala palavras, que sabe o que quer, que debocha da ingenuidade de Nonato, que o humilha por sua origem nordestina, que o repreende desproporcionalmente por se sentir atingida quando este, na sua ignorância, confunde a palavra “putanesca” com “puta vesga”. Por outro lado, Nonato se mostra um homem extremamente machista, embora enfrente o preconceito de querer casar com uma prostituta. No episódio do *dancing*, no qual Íria faz um *streak tease* sensual, inclusive comendo, Nonato dá sinais de que pode ser violento e possessivo por causa de seu ciúme. A cena do *dancing*, em que corpos de mulheres nuas são expostos, sucede, não por acaso, a cena do açougue do Mercado.

Quando diz, no *dancing*, que é ruim de beber, Íria desconfia que Nonato está sendo pão duro e não quer pagar pela bebida, uma importante fonte de renda dessas casas e em cujo consumo as prostitutas têm um papel decisivo. Percebe-se, entretanto, que Nonato precisa beber para deixar aflorar toda a sua violência. Assim foi no *dancing* e assim foi na noite em que matou Íria e Giovanni. O machismo atinge o seu ponto máximo no homicídio passional. Íria, como mulher, é vítima duplamente. Apesar de brava, Íria mostra carinho por Nonato ao cuidar dos ferimentos causados pelos seguranças do *dancing*. Contudo, não deixa Nonato beijá-la na boca por não ser ético, segundo a ética das prostitutas. Em

um mundo no qual as pessoas fazem as piores coisas para se afirmarem, é irônico que, no filme, um beijo seja considerado a coisa mais antiética. E mais irônico ainda que um beijo na boca, o que Nonato mais desejava e que Ihe foi interdito, é que desencadeará os trágicos acontecimentos que levarão Nonato à prisão e a se tornar Alecrim. O beijo na boca pode ser interpretado como consequência da lei de mercado. Giovanni é rico, bem sucedido, proprietário do restaurante, portanto, poderia oferecer bem mais comida a Íria, pois Nonato era mero empregado. Na visita de Íria a Nonato no restaurante, ela comeu apenas azeitonas. No jantar com Giovanni, comeu muito mais, foi melhor servida, terminando a noite com a sobremesa que o próprio proprietário considera uma de suas grandes invenções: “Anita e Garibaldi”, versão sofisticada de “Romeu e Julieta”. Quer dizer, Giovanni conseguiu o beijo por apresentar a melhor oferta a Íria e, nestas horas, a ética fica para trás.

### A LEI DO CÁRCERE: ALECRIM E BUJIÚ

A edição de “Estômago” é preciosa em mostrar a transformação de Nonato e sua ascensão meteórica. De migrante pé rapado perdido na cidade grande, passou a ser um cozinheiro com prestígio no Mercado Municipal, conhecido de todos, com domínio sobre o espaço. Paralelamente a essa ascensão, a edição do filme intercala cenas da ascensão do bandido Alecrim. Tal ascensão, tanto fora quanto dentro do cárcere, deve, todavia, ser relativizada. Nonato cometeu um crime brutal, mas a prática de crimes não explica a prisão na nossa sociedade. O sistema penal é seletivo. A esmagadora maioria dos crimes, especialmente aqueles envolvendo autores de grande poder financeiro, como os Crimes contra a Administração Pública, permanece impune, quando não desconhecidos pelo Estado (cifra negra). Sendo assim, a parcela da população que é punida, insignificante, apesar de ser suficiente para superlotar as cadeias, é, na realidade, um bode expiatório. A mesma vulnerabilidade social e psíquica que contribui para que o agente pratique o crime faz com que seja selecionado pelo sistema penal. Se Nonato fosse de fato poderoso, não seria preso, e se Alecrim, mesmo no final do filme, fosse de fato poderoso, não estaria na prisão, como tantos outros que cometem crimes e restam impunes. Basta dar uma olhada na cela de Alecrim e no jogo de futebol entre os presos e verificar que, aparentemente, são todos provenientes de classes mais baixas. Não há autores de crimes do “colarinho branco”, pois estes são os mais fortes na sociedade.

Segundo Alessandro Baratta, o preso já sofrera anteriormente, ao longo de sua vida, a marginalização primária. Quando preso, passou a sofrer a marginalização secundária. O Estado, ao decretar, através da sentença do juiz, a pena de prisão, reforça uma relação de antagonismo entre a sociedade e o condenado, que geralmente se estende desde sua infância.<sup>10</sup> Na prisão, Nonato terá que se preocupar em aprender a lidar com as leis impostas formalmente pela instituição, mas também com as leis impostas informalmente e de forma abusiva pelos agentes estatais. Nonato, todavia, é perspicaz e aprende rápido a se adaptar, tanto que em pouco tempo já estará negociando com os funcionários corruptos da prisão os ingredientes de que precisa para fazer os pratos que agradam a todos e lhe conferem cada vez mais poder. Da mesma forma, são funcionários corruptos que, ilegalmente, conseguem a cozinha para que Alecrim prepare o grande banquete e até dele participam, comendo escondidos, portanto, negando a lei e não a desconfirmando. A negação da norma por agentes do Estado enfraquece ainda mais a distinção entre o lícito e o ilícito. Alecrim chega a comentar, sobre os agentes penitenciários: “Depois os ladrão é nós!” Muito interessante, e proposital, a aparente ingenuidade de Nonato nas negociações dentro da penitenciária. Normalmente os presos negociam drogas, cigarro, celular, mas Nonato adquire queijos, temperos e outros ingredientes para cozinhar. Apesar dos negócios não envolverem drogas ou outros objetos reprováveis, deles provém o poder que Alecrim vai adquirindo dentro da prisão, graças aos seus dotes culinários.

Será, entretanto, principalmente com o poder informal dos próprios presos que Nonato precisará lidar para sobreviver na cadeia. As chamadas facções criminosas surgiram originalmente para proteger os presos dos abusos do Estado, porém, com o tempo, foram se desvirtuando e se transformando elas mesmas em instrumentos de opressão e controle dos próprios presos, impondo um código de conduta próprio, mantido com base na violência ressentida. Por causa disso, as facções se mostraram extremamente funcionais para o funcionamento pacífico da cadeia, pois controlam os presos. O poder formal, assim, tolera a existência desse poder informal e com ele nutre relações promíscuas, apesar de não reconhecer isso abertamente.

Exatamente a fim de se garantir, perante a sociedade e a opinião pública a tranquilidade da prisão, ainda que aparente, é que se constrói um verdadeiro

.....  
<sup>10</sup> SÁ, Alvino Augusto. Sugestão de um esboço de bases conceituais para um sistema penitenciário. *Manual de Projetos de Reintegração Social*. São Paulo: SAP – Secretaria de Assistência Penitenciária, 2005, p. 16.

pacto latente entre o sistema de poder formal e o informal, que está nas mãos dos próprios presos e dos agentes penitenciários. Estes, contraditoriamente, oferecem assistência aos presos e os reprimem, fomentando um clima permanente de hostilidade e desconfiança.<sup>11</sup> Verifica-se, mais uma vez, a negação e não a desconfirmação da regra.

No ideal de ressocialização propagado, o condenado é encarado como um objeto a ser transformado e prega-se sua recuperação perante a sociedade através de uma readequação ética, readequação de conduta, reflexão, conscientização sobre os erros do passado.<sup>12</sup> Contudo, pode-se perceber, pela simples análise dos valores subjacentes à cultura carcerária, que existe no cárcere uma verdadeira reprodução e ampliação das características negativas da sociedade capitalista, tais como o egoísmo, o individualismo, o consumismo, a violência ilegal e a exploração. Esta é a razão pela qual Alessandro Baratta sustenta que a verdadeira reeducação deveria começar pela sociedade, antes que pelo condenado.<sup>13</sup>

Os delitos contra a propriedade são atos individuais de revolta e não atos políticos contra as contradições do sistema de distribuição de riqueza e das gratificações sociais da sociedade capitalista, o que é encarado pelos radicais como um dispêndio gratuito de energias que importa canalizar para a revolução.<sup>14</sup> A verdadeira reeducação do condenado, portanto, seria transformar uma reação individual e egoísta, que não transforma a estrutura social, em consciência e ação política dentro do movimento de classe. A abertura do cárcere para a sociedade deve acontecer mediante a reinserção do condenado na sua classe e, através do antagonismo de classe, na sociedade.<sup>15</sup> Aí residiria a violência justa, e não a ressentida.

Em “Estômago”, a subcultura carcerária é percebida, por exemplo, em gírias, no uso da Maria Louca e na adoção do cigarro como moeda de troca na prisão. Na hierarquia carcerária, há marginalizados entre os marginalizados. A dis-

.....  
11 SÁ, op. cit., p. 17.

12 Idem, p. 19.

13 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do Direito Penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 186.

14 DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*: o homem delinqüente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 62.

15 BARATTA, op. cit., p. 204.

tribuição das camas na cela de Alecrim reflete essa hierarquia. Ao chegar na cadeia, Nonato era novamente o migrante perdido, ameaçado, com medo do desconhecido, o mais miserável entre os miseráveis. Após sofrer com a cama no chão do quartinho dos fundos do bar de Zulmiro, Nonato terá que aguentar a pior cama da cela, novamente no chão. Conforme Alecrim vai ganhando poder, através de seu conhecimento culinário e talento para tirar vantagens dele, vai subindo na hierarquia do beliche, até atingir a cama mais alta, a do chefe, que possui diversos privilégios. O ângulo da câmera focalizando Bujiú, inclusive, dá a impressão de que o olhamos de baixo, transmitindo de maneira logopática a ideia de hierarquia de poder na cela.

De acordo com Erving Goffman, um teórico do *labelling approach*, por se tratar de uma instituição total, a prisão provoca a “mortificação do eu” do preso, uma vez que é despojado de toda a sua história pessoal anterior à internação. Desfigura-se o preso, evita-se que se apegue a qualquer objeto que possa afirmar sua identidade e recorre-se a castigos em razão de qualquer reação natural a uma agressão anterior. O preso é exposto a situações humilhantes públicas próprias ou de outrem, trabalhos inúteis e desmotivadores, condições de alimentação e alojamento degradantes, marcas físicas no corpo, vigilância total e falta de privacidade. Da mesma forma, ridiculariza-se qualquer relação que ele possa travar, seja com suas visitas, seja com outros presos, a fim de que se concretize a “contaminação do eu”.<sup>16</sup> A cena do conforto físico e sentimental da cama de Íria, por exemplo, é sucedida de forma contrastante pela cena das camas desconfortáveis e impessoais da prisão.

O preso é sujeito a uma desculturação, ou seja, a uma desadaptação à vida em liberdade. Sofre uma perda de *status* ao se transformar, de um golpe, numa figura anônima de um grupo subordinado. A vida carcerária é uma vida em massa, em que a conduta de cada um é objeto de constante escrutínio por parte dos outros. A convivência forçada no meio ambiente delinquente e nas subculturas carcerárias, por sua vez, gera um processo de aculturação ou prisionização, consistente na adoção, em maior ou menor grau, do modo de pensar, dos costumes, dos hábitos, da cultura geral da penitenciária.<sup>17</sup>

.....  
16 GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1996, p. 24 e 31.

17 THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária: de acordo com a Constituição de 1988*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 23.

A estigmatização da criminalização secundária e o conseqüente processo de prisionização constituem uma população criminosa, pois fazem com que o preso altere sua identidade social, assuma o papel de desviante que lhe foi imposto e assuma uma carreira criminal, conforme o princípio do *self-fulfilling prophecy*, segundo o qual a expectativa do ambiente circunstante determina, em medida notável, o comportamento do indivíduo.<sup>18</sup> No processo de prisionização, o preso é educado para ser criminoso e/ou bom preso, cultuando a violência legal e respeitando a hierarquia e a organização informal da comunidade, ainda que de forma coercitiva, cínica, oportunista ou conformista.<sup>19</sup> Percebe-se claramente esse novo mundo na vida de Nonato quando ele começa sua vida carcerária dormindo no chão e, com o tempo, passa ao beliche de baixo e do meio para, ao final, ficar com o de cima. É a manifestação de uma hierarquia informal que deve ser obedecida por quem está no sistema carcerário.

Nesse contexto é que Nonato assumirá uma nova identidade, a do bandido Alecrim, e que, de homicida passional, se transformará, no meio carcerário, em um homicida frio e calculista. Conta a personagem principal que recebeu o nome de Raimundo Nonato por seu parto ter sido difícil. O novo parto traumático, o que insere Nonato dentro do mundo da prisão, exigirá uma nova identidade, um novo nome. Ciente de que na prisão só sobrevivem os mais fortes e a ameaça de violência é constante, tenta assumir um novo nome que coloque medo e intimide: Nonato Canivete. A alcunha, todavia, é ridicularizada pelos colegas de cela, que preferem apelidá-lo de “Alecrim”, aquela palavra estranha que não fazia parte do mundo dos detentos, nem quando estavam livres.

Na prisão, não estão interessados em compreender a arte da culinária. As mesmas histórias e palavras de Giovanni, que escondiam um discurso de poder e causavam fascínio no arguto Nonato, não são compreendidas pelo rude e grosseiro Bujjú. Este debocha da sofisticação e do luxo de Alecrim, chegando a partir para a violência física no episódio das formigas. O mesmo discurso que Giovanni empregou com Nonato como forma de dominação pela cultura, seja explicando o vinho, seja explicando o queijo, não funcionou quando o dominado tentou aplicá-lo aos companheiros de cela. Nas duas vezes em que Nonato tentou explicar o queijo gorgonzola e o vinho (inclusive na presença de Etecetara), foi abruptamente interrompido por aqueles que não entendiam o que se dizia. Os .....

18 BARATTA, op. cit., p. 174.

19 Idem, p. 185.

presos eram mais diretos e não tinham interesse em adquirir conhecimentos, ao contrário do próprio Nonato, que atentamente ouvia as explicações de Giovanni. Talvez essa vontade de aprender possa ter sido fundamental para Nonato ser o “vencedor” dentro de sua cela.

A admiração, que sustentava a relação de poder entre Giovanni e Nonato, é substituída pela força bruta, que sustenta a relação de poder entre Bujjú e Alecrim, o qual o despreza. Se ao beber a garrafa guardada a sete chaves por Giovanni, Nonato assina a sentença de morte do mestre, ao bater em Alecrim ou xingá-lo por não entender a sofisticação de seus pratos, é Bujjú que assina a própria sentença de morte.

Na cena do banquete, vemos reproduzida a cena da Última Ceia. De fato, aquela será a última ceia de Bujjú, traído pelo “Judas” Alecrim. Naquele momento, Alecrim sabe que Bujjú depende dele para agradar Etecétera. A relação de dependência e, portanto, de poder, mais uma vez se inverteu. A cabeça do cozinheiro, entretanto, também está em jogo e, em um momento de tensão, Alecrim mostra que já assumiu o gestual e a entonação de um chefe de facção, dando ordens de forma violenta aos outros presos. Elogia a tatuagem CRUEL, um etiquetamento internalizado por um outro preso. Já em um momento de descontração, sente-se à vontade agora para gozar da ignorância dos outros presos. Após ser aprovado por Etecétera, dá enfim cabo ao plano de matar Bujjú, o obstáculo que o separava do novo grande chefe.

Alecrim sabe quando agrada e sente prazer em se sentir útil proporcionando àqueles presos um prazer que sequer tiveram fora da prisão. Por outro lado, tem consciência de que do prazer que causa aos outros pode tirar vantagens. Como qualquer discurso de poder, o discurso de Alecrim é frágil, tenso e a qualquer momento pode causar consequências imprevisíveis. Quando acha que vai agradar, apanha. Quando fica como um bicho acuado depois de ter apanhado, é chamado por quem o bateu para se integrar a uma divertida jogatina. Na cadeia, Alecrim deve se adaptar a novos valores. As noções de lixo e de luxo são repensadas. A formiga volta a ser lixo, assim como o carpaccio e o vinho sofisticado, que perde espaço para a Maria Louca, a pinga da prisão. Por outro lado, quando Alecrim acerta os ingredientes e consegue agradar, usando toda a sua criatividade para contornar a precariedade, como sempre fez na vida, galga posições na nova hierarquia.

Se os valores que constituem a rede de poder do mundo dos restaurantes finos são uns, no mundo da prisão são outros e é isso que Alecrim aprenderá. Não basta ter conhecimentos culinários. Para obter poder na prisão, é preciso saber aplicá-los segundo uma nova lógica, ou seja, adaptá-los. O Alecrim do beliche de cima é, assim, filho de Giovanni com Bujiú. Fuma um cigarro, símbolo de *status* na cadeia, e já pensa em servir um macarrão a putasca, o prato predileto de Íria, para envenenar Etecétera e tomar o seu lugar. As nádegas de Alecrim, que aparecem na última cena do filme, porém, poderão ser o filé mignon de amanhã. Como diria a protagonista: “uns morre, outros pega o beliche dele. Quem vai ter as manhas agora de me peitar?”

Os dois crimes praticados por Nonato/Alecrim são bastante distintos. O primeiro crime, duplo homicídio, foi praticado por Nonato, sujeito simples que precisou beber para criar coragem e matar. O segundo delito foi premeditado por Alecrim, sujeito acostumado às mazelas da prisão e à lei do mais forte. A morte soava como algo natural a Alecrim, diferentemente de Nonato, que, em seu estado normal, não teria coragem de ir adiante no duplo homicídio. Mostra-se, no desenvolvimento da história, um novo sujeito, que passa do Nonato com alguma moralidade ao Alecrim amoral.<sup>20</sup>

## CONCLUSÃO

A essência do filme é demonstrar a necessidade de adaptação do ser humano ao ambiente em que vive. Dentro ou fora da prisão, o protagonista Nonato/Alecrim vê-se obrigado a assimilar as leis da sobrevivência dentro de um jogo de poder. No caso, o poder está na comida, que alimenta os lucros do restaurante e sacia o prazer dos companheiros de prisão. A lei do Estado não é capaz de proteger o protagonista da exploração das leis de mercado e da lei paralela do sistema prisional, mas o mesmo adapta-se às exigências por meio da habilidade gastronômica. Enfim, o filme retrata, de uma forma bastante criativa, a metamor-

.....  
20 Talvez seja esse fenômeno que Costa denomina de modelo de individualização ou subjetivização, segundo o qual os pobres e miseráveis são vistos cada vez menos percebidos como pessoas morais. Mais adiante, o autor evoca Hanna Arendt e sua descrição do “mundo agonizante”, no qual “os homens aprendem que são supérfluos através de um modo de vida em que o castigo nada tem a ver com o crime, em que a exploração é praticada sem lucro e em que o trabalho é realizado sem proveito” (COSTA, Jurandir Freire. *Ética*. Rio de Janeiro: Garamond, 1997, p. 71 e ss.). Talvez seja essa a figura de Alecrim, o novo Nonato.

fosse de um sujeito inicialmente vulnerável que se torna cruel, a ponto de matar alguém, como se fosse engolido pelos sistemas capitalista e prisional.

## BIBLIOGRAFIA

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

BERNARDET, Jean-Claude. *O que é cinema?* São Paulo: Editora Brasiliense, 2006.

BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. São Paulo: Forense Universitária, 2005.

CABRERA, JULIO. *O cinema pensa – uma introdução à filosofia através dos filmes*. Rio de Janeiro: Rocco, 2006.

DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1992.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1996.

OLIVEIRA, Mara Regina de. *O desafio à autoridade da lei: a relação existente entre poder, obediência e subversão*. Rio de Janeiro: Corifeu, 2006.

SÁ, Alvino Augusto. Sugestão de um esboço de bases conceituais para um sistema penitenciário. *Manual de Projetos de Reintegração Social*. São Paulo: SAP-Secretaria de Assistência Penitenciária, 2005.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária: de acordo com a Constituição de 1988*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

XAVIER, Ismail. Da violência justiceira à violência ressentida. In: *Revista Ilha do Desterro*, n. 51. Florianópolis, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/desterro/article/viewFile/9777/9009>>. Acesso em: 05 maio 2010.