

QUARTO LIVRO

A DECISÃO DO CASO

CAPÍTULO 1

A vinculação do juiz à lei

Os casos são produzidos e com isso eles podem ser decididos. Competente para a decisão, como também para a produção, é o juiz criminal. Ele está vinculado à lei. Portanto a lei decide através do juiz criminal.

Já nos ocupamos algumas vezes⁴²⁸ com a vinculação do juiz à lei (e ao Direito) – de modo compreensível, pois o juiz na produção do caso está tão vinculado às regras legais como na sua decisão. Mas para que o legislador deveria formular as regras? Além disso, a análise sobre o papel das descrições jurídico-materiais do delito na produção do caso mostrou que o Direito Penal material é duplamente funcional: o que as instruções de busca mantêm à disposição da fase de produção, o que como tipo “constitui” o fato e como elemento do tipo o elemento do fato, é, ao mesmo tempo, orientação para a decisão.

Entretanto, uma breve recordação mostra porque a vinculação do juiz à lei tem o seu ponto central e as suas maiores chances no *Direito Penal material* e ali junto aos pressupostos da punibilidade. Pode-se esclarecer isto de maneira prática. Uma norma com o conteúdo “quem

⁴²⁸ Comparar, por exemplo, *supra* § 17, I e também § 17, II, 3, as normas legais mencionadas e a literatura recomendada. Com mais detalhes do que aqui, sobre o ponto de vista teórico jurídico, *W. Hassemer*, *Rechtssystem*; sobre a história do postulado da vinculação *Naucke*, *Einführung*, p. 82-85.

se comporta de maneira inadequada, será punido adequadamente” pode ser considerada estrita e plena de sentido de justiça – ela mal poderá oferecer ao juiz uma orientação sobre o que ele tem que compreender como um caso jurídico-penal relevante e como deve decidi-lo. As chances de vincular o juiz à lei (e de controlar se ele se deixa vincular), dependem da lei mesma. Normas genéricas e imperfeitas podem esperar bem menos uma vinculação do juiz do que aquelas que dizem de modo pleno e preciso o que elas querem. Este é o problema do nosso Direito de determinação da pena (*Strafzumessungsrechts*).

No que diz respeito ao *Direito Processual Penal*, este dispõe sobre normas que, quanto à precisão, superam as do Direito material⁴²⁹ e até aqui podem contar com um alto grau de vinculação e controle. Sem dúvida o Direito Processual Penal tem outros problemas que o Direito Penal material. Estes problemas relacionam-se com a distinção entre compreensão cênica e compreensão textual e para o postulado da vinculação do juiz significam que: na organização exterior, no controle da atuação do juiz através da lei, a vinculação e o controle são igualmente possíveis como no Direito material; em todas as partes do processo que possibilitam a compreensão cênica, o legislador – que somente pode insistir no cumprimento do que é observável – pode apenas possibilitar e assegurar. Seu poder termina na compreensão do juiz; a partir destes limites ele pode apenas confiar.

Sobretudo em relação aos *pressupostos da punibilidade* o princípio da vinculação do juiz poderá ostentar seus efeitos benéficos: a uniformidade da jurisprudência, a previsibilidade do resultado da decisão, clareza e transparência dos fundamentos da decisão, possibilidades de controle e recurso, submissão do sistema de justiça como “*pouvoir neutre*” (*Montesquieu*) sob o domínio do legislador escolhido e controlado democraticamente.

O Direito Processual Penal mesmo não parece ser desta opinião. No lugar em que a fase de produção passa, sistemática e temporalmente, à fase de decisão, isto é, para a deliberação do Tribunal sobre a sentença (com cuja publicação termina a audiência principal, § 260 I

do StPO), o StPO e a GVG prescrevem um procedimento raro de decisão: a *votação*.⁴³⁰

Para os *resultados da fase de produção* isto é plausível. Qualquer juiz entrará na sala de deliberação – assim se espera – com um resultado distinto da compreensão cênica, e ele não poderá informar integralmente sobre o processo da sua compreensão e as razões que no seu relatório dissipam as dúvidas dos demais e produzem inevitavelmente no discurso de deliberação uma convicção comum. Se as diversas convicções sobre a verdade de um acontecimento resultam inevitáveis aos participantes em relação ao todo na decisão sobre a verdade do acontecimento, então a votação é o método de decisão mais adequado – com as garantias protetoras para os acusados afetados pelas dúvidas (§ 263 I do StPO), com a organização apropriada para o êxito do discurso de deliberação (§§ 194 até 196 da GVG) e de seu resultado (§ 197 da GVG), bem como com a possibilidade de formação cênica e aprendizagem cênica dos jovens juristas (§ 193 da GVG).

Mas para os *resultados da fase de decisão* o processo de votação parece ser à primeira vista tão absurdo como solicitar ao matemático para decidir entre nós sobre a exatidão de uma dedução formal. Os *matemáticos* conhecem seus axiomas e as regras com as quais eles deduzem. Estas regras são precisas. Portanto os matemáticos não decidem, senão comprovam. Se eles chegam a resultados distintos, isso se deve ao fato de que alguém cometeu um erro. O erro pode-se achar e corrigir.

O teor da lei, ao qual o juiz se refere na fase de decisão, de deliberação, é muito menos complexo que os teoremas dos matemáticos. Portanto a deliberação deveria transcorrer de modo que, em primeiro lugar se votasse sobre o resultado da fase de produção e que então talvez um dos juizes deduzisse a decisão da lei e os outros talvez atentassem para que não cometesse erros. Na fase de decisão uma votação é inoportuna quando se está certo de que a lei decide o caso através do juiz. Contudo: isto não está certo, e por isso o § 263, I do StPO dispõe, com razão, sobre o processo de votação *para a questão integral da culpabilidade* – exceto para as conseqüências jurídicas do ato – ou seja, tanto para o caso (o acusado era o autor?), como também para a qualificação jurídico-penal do caso (o fato é considerado como

⁴²⁹ Leia-se como exemplo o § 138c do StPO.

⁴³⁰ Leia-se o § 263 do StPO em relação com o Título 16 da GVG (§§ 192-197).

homicídio e o acusado agiu em legítima defesa?).⁴³¹ Mas o que há então com a vinculação do juiz à lei? As votações só possuem sentido pleno ali onde não há critérios de decisão seguros ou não há critérios de decisão vinculáveis para todos os participantes. Mas nós já vimos que a lei é vinculável para todos os participantes na deliberação da sentença.⁴³² O que ocorre então com a sua segurança?

Antes de nós verificarmos com exatidão a segurança da lei penal para a decisão do juiz, levaremos adiante em uma parte a comparação das descrições jurídico-penais dos delitos com as leis matemáticas. Nós qualificamos estes preceitos jurídico-penais como concisos, completos e artificiais; estes são exatamente os predicados que se atribuem aos preceitos da matemática. Existe, no entanto, uma distinção fundamental e ela surge quando se estuda a vinculação do juiz à lei e se a compara com a vinculação do matemático às leis da sua ciência: as leis do sistema jurídico referem-se também à *realidade*, as leis da matemática referem-se somente a si mesmas; as leis do sistema jurídico requerem uma ação (ou omissão) prática, as leis da matemática estão dispostas para o caso de que alguém jogue com elas de acordo com as regras da arte (*kunstgerecht*); as leis do sistema jurídico não podem se afastar da linguagem cotidiana, as leis da matemática constroem a sua própria linguagem, enfim: o sistema jurídico elabora experiências, o sistema matemático é vazio, formal, *tautológico*.

CAPÍTULO 2

Afastamento da vinculação: experiência e linguagem

Comparada com uma linguagem formal como a da matemática, a linguagem das leis penais é extremamente natural e menos artificial;

⁴³¹ O leitor observará: o StPO distribui de maneira diversa as seções: pressupostos processuais – caso de punibilidade – caso de determinação da pena – decisão de punibilidade – decisão de determinação da pena. O § 263 distingue-se aqui do § 267 ou do § 337 do StPO.

⁴³² Por exemplo, *supra* § 18, III.

artificial ela é somente em comparação com a nossa linguagem cotidiana. A proximidade da linguagem da lei à linguagem cotidiana se deve não só à tarefa do sistema do Direito Penal, que nós já mencionamos:⁴³³ intermediar lingüisticamente os afetados por ele. A proximidade da linguagem da lei com a linguagem que nós falamos, é antes a conseqüência imposta pela tarefa do sistema jurídico de elaborar experiências. Uma linguagem formal não expressa a experiência, a realidade, ela é sintaxe, e não semântica ou pragmática.

§ 19 Semiótica

Esta classificação da Semiótica – a teoria da linguagem e do emprego da linguagem – é útil quando se quer conhecer os limites até os quais a lei pode vincular a si o juiz. Na “sintaxe” ou “*sintática*” (*Syntaktik*), trata-se das relações dos signos lingüísticos uns com os outros, da gramática, da lógica, da forma, da estrutura. Na “*semântica*”, trata-se das relações dos signos lingüísticos com as coisas, do significado, da experiência, da realidade. Na “*pragmática*”, trata-se das relações dos signos lingüísticos com a sua aplicação nas situações concretas, trata-se da ação, da comunicação, da retórica, da narração.⁴³⁴

Somente a semântica e a pragmática compreendem aquilo que a linguagem converte nos fundamentos da nossa vida cotidiana: designar as coisas, as idéias e os sentimentos e comunicar com os demais. A sintática é somente o depósito de regras, a ordenação formal dos signos lingüísticos entre si. Nesse sentido a sintática está sempre contida e presente na semântica e na pragmática; pois pelas suas regras se compreende o significado, se atua lingüisticamente. A semântica, por sua vez, está sempre contida e presente na pragmática; pois a atuação lingüística nas situações pressupõe que se compreenda o significado das palavras empregadas. A pragmática é a parte mais rica da tríade semiótica. Pode-se relacionar a *compreensão textual* e o Direito Penal material ao âmbito da semântica e a *compreensão cênica* e o Direito Processual Penal ao âmbito da pragmática. Na primeira trata-se do

⁴³³ *Supra* § 17, *excursus* 1.

⁴³⁴ Informações mais abrangentes em *Herberger/Simon, Wissenschaftstheorie*, p. 222 e ss.

significado, da relação de um texto (de lei) com uma realidade produzida, dita (o caso); na segunda trata-se da transformação e do uso da linguagem em atuação, na comunicação, em cena.

A semântica – e até a pragmática – não pode descrever de modo integral e inequívoco os signos lingüísticos. Eles estão em uma inevitável relação com a realidade, com a experiência, e esta é sempre aberta e infinitamente rica em dados. As palavras, e inclusive as definições, que vão além de “A é idêntico a si mesmo” remetem à experiência (como “autoridade” ou como “remuneração (*Entgelt*) é toda retribuição consistente em uma vantagem patrimonial”), e com isso significam algo – tais palavras e frases nas quais elas estão contidas precisam ser compreendidas antes que elas possam ser empregadas corretamente. “Compreender” quer dizer que: elas precisam ser relacionadas com as partes da realidade às quais elas “se referem” (autoridade ou retribuição). Também a compreensão da palavra, a compreensão de textos, exige portanto um ato, um processo – naturalmente, de um outro tipo que o da compreensão cênica.

§ 20 A linguagem cotidiana

Qualquer um pode saber a partir da experiência cotidiana que as palavras não significam sempre e em todos os lugares o mesmo. O que está no dicionário é somente a moldura rudimentar das facetas da linguagem viva e do significado concreto das palavras. Quem no estrangeiro depende de um dicionário, não pode falar e anda de um mal-entendido ao outro. Ele não conhece as rotinas, as “*regras de aplicação*” (*Verwendungsregeln*), e pela “*margem semântica*” das palavras – isto é, pela quantidade de objetos à qual a palavra se refere – tem apenas uma representação aproximada e insegura. Para ele isto é lamentável; para a linguagem é irrenunciável: ela deve seguir atentamente e de modo flexível as mudanças emocionais, cognitivas, sociais e técnicas da sociedade da linguagem, se ela quiser expressá-las, se ela quiser continuar vivendo.⁴³⁵ (Por isso as línguas “mortas” e embalsamadas tem regras tão

⁴³⁵ Introdução aos problemas da linguagem cotidiana e as teorias sobre isso em *E. v. Savigny*. Normale Sprache.

claras e transparentes e podem ser utilizadas e exaltadas pelos professores como aparelho para exercitar o “pensamento lógico”).

Também a justiça necessita de tal tipo de linguagem. Ela tem a ver com as autoridades e as retribuições, com a vida cotidiana dos homens e com as dificuldades técnicas, sociais, cognitivas e emocionais. Nesse sentido os *problemas de interpretação*, com os quais a lei sobrecarrega a jurisprudência, não são casuais, mas intencionais; e as leis que os juristas utilizam como instruções de busca para a produção dos casos e como instruções de decisão, devem ser moldadas pela linguagem viva e flexível.

Uma frase que permita uma aplicação mais viva e flexível do Direito do que a já mencionada “quem se comporta de maneira inadequada, será punido adequadamente”, dificilmente se poderá encontrar. Esta frase foi introduzida como exemplo do necessário fracasso da vinculação judicial à lei. A linguagem viva e flexível da lei é portanto a inimiga natural de uma vinculação do juiz?

O que nós qualificamos acima⁴³⁶ como linguagem artificial ou como artificialidade dos critérios de seleção, é a tentativa de passar entre a Scylla de uma linguagem rígida da lei e a Charybdis^{NT3} das instruções vagas. O perigo de que a linguagem jurídica se afaste demasiadamente da linguagem cotidiana foi mostrado acima e descrito no excursus. O perigo do extremo oposto ameaça o postulado da vinculação. A arte da legislação consiste, em uma parte essencial, na formação de uma linguagem que uma precisão e flexibilidade; a arte da formação dos juristas consiste em uma boa parte em fazer o jurista dominar a linguagem profissional: de estar ao nível das diferenciações da sua linguagem profissional, mas também de poder revertê-la novamente em linguagem cotidiana. Não só o advogado, senão todo jurista atuante prática e cientificamente mostra-se aqui (ou não) como capaz de fazê-lo.

⁴³⁶ § 17.

^{NT3} *Scylla* e *Charybdis* são duas expressões que remontam à mitologia grega. *Scylla* designa o perigoso rochedo diante do qual surge *Charybdis*, o mostro do mar que devora os viajantes. Neste contexto *Scylla* e *Charybdis* refletem a situação de algo que se encontra diante de dois grandes perigos ou dificuldades.

§ 21. A linguagem da lei

Se os juristas não sabem de onde decorrem as linhas ideais entre a precisão e a flexibilidade, pelo menos os teóricos do Direito sabem com exatidão sobre os problema da precisão, sobre os tipos de linguagem imprecisa da lei, os *tipos de equívocos*.⁴³⁷ A longo prazo talvez seja possível melhorar com este conhecimento o trabalho da legislação e ampliar as chances de vinculação do juiz (ainda que atualmente os signos apontem antes para trás do que para frente). À curto prazo é possível compreender de modo mais preciso e completo os problemas da linguagem da lei, da compreensão da lei e da vinculação do juiz à lei.

Se se faz um simples acordo e compreende-se que “ \wedge ” = “e”, que “ \vee ” = “ou” e que “ \rightarrow ” = “então”,⁴³⁸ mantém-se em abreviaturas compreensíveis e pode-se formular o § 267, I do StGB^{NT4} em uma linguagem intimidante à primeira vista, mas que depois se torna transparente:

[prod. doc. fal. \wedge fal. doc. aut. \vee util. doc. (fal. \vee fal.^{ak}) \wedge int. fraud \vee dol.⁴³⁹ \rightarrow cons. jur.]

Nesta configuração pode-se reconhecer precisamente onde a lei (o tipo penal de falsificação de documentos) é precisa e onde ela contém margens semânticas. Ela é precisa nas *associações lógicas* de conjunções, disjunções e implicações, e semanticamente equívocas são todas as *abreviaturas* compreensíveis como a intenção de colocar em circulação a fraude ou a falsificação de um documento autêntico. Com isso esgota-se quase completamente a reserva de elementos precisos da linguagem da lei. Como nós já vimos,⁴⁴⁰ acabam em elementos racionais numéricos e inequívocos. Ao contrário, a reserva de elementos equívocos é praticamente inesgotável; eles povoam o acervo de normas do nosso Direito. As

⁴³⁷ Um quadro sinóptico destes tipos em Koch, Argumentieren im Staatsrecht, p. 41-55.

⁴³⁸ As expressões artificiais da lógica declarativa para tais vinculações seguem a seguinte série: conjunção, disjunção, implicação.

^{NT4} Dispõe o § 267, I do StGB: “Quem produz um documento falso, falsifica um documento autêntico ou utiliza um documento falso ou falsificado, para colocar em circulação a fraude, será punido com pena privativa de liberdade de até cinco anos ou pena de multa”

⁴³⁹ Do § 15 do StGB resulta que também deve ser realizado com dolo.

⁴⁴⁰ Para recordar *supra* § 18 na nota de rodapé 269.

associações lógicas advém da *sintaxe* da nossa linguagem, mas as abreviaturas substituem as palavras que pertencem à *semântica*, que remetem à realidade, que tem “significado”.

I. Conceitos vagos

Se se observa com maior precisão o elemento “documento”, verifica-se que todos têm uma representação – mesmo como leigo – sobre o que ele significa. Sabe-se, por exemplo, que a certidão de casamento ou a carteira de motorista, com certeza, é tal objeto e que a página 249 que exatamente agora nós lemos, com certeza, não é tal objeto. Diz-se que a carteira de motorista é um “*candidato positivo*” do elemento, a página do livro é um “*candidato negativo*”. Se o elemento “documento” tivesse somente estes candidatos, então seria inequívoco: o juiz precisaria apenas distribuir os predicados “positivo” e “negativo” e então decidiria seu caso em estrita vinculação à lei. Mas infelizmente há também “*candidatos neutros*”, objetos em relação aos quais não se sabe com certeza se eles são objetos comuns ao conceito de documento, se eles são “documentos”: o suporte para copo, com o qual o garçom marca o número de bebidas servidas e que ele observa no cômputo das despesas, a fotocópia não autenticada de um documento etc. Os comentários ao § 267, I do StGB (e a todas as normas do StGB) estão cheios de tais candidatos neutros: de objetos sobre cuja inclusão em um elemento do tipo (e com isso: sobre um tipo) se discute. Diz-se: se um conceito tem pelo menos um candidato neutro, então ele é um conceito vago.

II. Conceitos porosos

Continuemos com o exemplo do documento. Estabelecido que todos os candidatos neutros deste conceito foram qualificados através da amplitude do § 267, I do StGB como candidatos positivos ou negativos (a lei venceu a indeterminação do “documento” – um pressuposto ousado para a praxis): então o conceito de “documento” seria inequívoco? Seguramente não. Mal fosse publicada esta lei no Diário Oficial, ela já estaria antiquada. A vida é inesgotável, ela produz sem-

pre novos dados, uma constelação de dados e surpreende até mesmo os futurólogos. Assim seria possível, por exemplo, que alguém encontrasse uma nova forma de seleção ou de reprodução dos dados e surgiria o próximo candidato neutro. A lei não pode alcançar todos os casos. Diz-se: se um conceito está aberto para o futuro; se as mudanças sociais lhe produzem candidatos neutros, então o conceito é poroso.

Entretanto, pode-se observar que a porosidade é o *vago em potencial*; no tipo equívoco em razão da porosidade se expressa que jamais se pode confiar em um conceito que atualmente é inequívoco (caso ele não pertença ao distinto acervo de regras da sintaxe). Pergunta-se em relação ao elemento de algum tipo do StGB escolhido aleatoriamente, se a mudança social não lhe poderá arranjar com segurança candidatos neutros. A resposta seria sempre negativa. O vago e o poroso distinguem-se tão só nos limites do futuro desconhecido: o que o tipo equívoco vago apresenta em experiências com elementos do passado e do presente, é o que ao tipo equívoco poroso mais conta para o futuro.

E mais uma objeção. O arsenal conceptual da teoria do Direito para a descrição e diferenciação (não para eliminação!) dos tipos equívocos parece ser notavelmente preciso. Em relação ao vago e ao poroso só se deve questionar o que realmente é um “candidato neutro”. Um sobre cuja inclusão existe discussão? Mas esta discussão pode-se deixar para amanhã ou aqueles que discutem estarão sujeitos a erros. Um sobre cuja inclusão deveria existir realmente discussão ou “com razão” existe discussão? Mas quais são os critérios desta necessária discussão? Os limites entre os candidatos positivos e negativos por um lado e os candidatos neutros por outro (isto é: entre clareza e ambigüidade) não está determinado com precisão (e nem é determinável com precisão). Na *praxis da retórica jurídica*, sobretudo nas decisões dos Tribunais superiores, é uma tática em voga, não querer compreender *partout* ou reconhecer que sobre o resultado encontrado ou afirmado de qualquer maneira existe discussão: na verdade o candidato neutro é tratado, com astúcia, como um positivo (ou negativo) e com isto dispensa-se a responsabilidade de ter que argumentar sobre a inclusão destes candidatos (o que talvez não se possa de modo convincente). Os critérios de distinção oferecidos para a ambigüidade, portanto, não são mais do que a precisão e a elucidação das experiências nas relações com a linguagem da lei.

Também o terceiro tipo de equívoco pode-se compreender a partir do § 267, I do StGB. Com o elemento “colocar em circulação a fraude”, o tipo descreve uma intenção, a “intenção de fraudar” (*Täuschungsabsicht*), que se pode produzir em ou com um documento. Pergunta-se, como o juiz verifica tal intenção no processo, como ele pode produzir o dado “intenção de fraudar”. Ele pode observar os livros de comércio, as informações fiscais, os dados de computador (se necessário permitir que sejam observados por peritos ou certificar-se sobre as informações por testemunhas). Ninguém pode observar uma intenção de fraudar, que se pode apenas “imputar”, como formula ironicamente a moderna crítica do Direito Penal.⁴⁴¹

Tomados estritamente, conceitos como intenção, dolo, voluntário⁴⁴², boa-fé não são casos de ambigüidade, senão de *complicações quanto à verificação no processo*. Estas complicações baseiam-se na simples circunstância de que os objetos imaginados por tais conceitos estão escondidos atrás de uma parede – em regra por trás da mente de algum homem. Somente com o auxílio de um instrumentário, e não com olhos inermes, pode-se “conhecer” o que está atrás da parede. Tais conceitos denominam-se “conceitos de disposição” e com isto se quer dizer que eles caracterizam (não os objetos concretos do mundo exterior, como relógios, árvores, senão) as tendências, as aspirações humanas, o “lado interno do ato” na linguagem dos penalistas – mais precisamente as “*disposições*”.⁴⁴³ Também as “tendências lesivas” de

⁴⁴¹ O chamado “*labeling approach*” ou “teoria da definição” à qual o texto aqui alude, foi tratado sistematicamente no § 10, II. Como o texto mesmo mostrará, não é por acaso que os representantes do *labeling approach* se concentram no terceiro tipo de equívoco, embora na *praxis* do Direito Penal se dêem muitos outros pontos de partida – e mesmo aqueles em que os lados ainda estão abertos, como, por exemplo, a compreensão cênica. Mas a moderna Sociologia criminal ainda não se familiarizou suficientemente com as complicações do Direito Processual Penal.

⁴⁴² Leia-se o § 24 do StGB.

⁴⁴³ Quem quiser se ocupar mais detalhadamente com este problema (abordagem recomendada em *Stegmüller*, *Theorie und Erfahrung* 1, p. 213-238), verificará que os conceitos de disposição, na teoria da ciência e dos conceitos, caracterizam mais do que para os penalistas é de significação, como, por exemplo, as “tendências” dos objetos a determinadas “reações”.

Michael S que foram certificadas na decisão do Tribunal de menores de 28.06.1973 e que no Direito Penal de menores têm conseqüências sérias (§ 17, II da JGG), são disposições segundo este entendimento.

Mesmo quando o juiz que trata dos conceitos de disposição não observa os seus pormenores,⁴⁴⁴ ele emprega em sua busca de dados no processo e em suas conclusões na decisão um instrumentário complicado. Nós observamos isto no exemplo do conceito de disposição “*veracidade*”, que o juiz (e não só ele) utiliza diariamente; ele deve se perguntar se pode confiar no depoimento de uma testemunha ou na declaração do acusado ou dos cúmplices, e isto ele só pode responder quando ele está convicto da veracidade dos declarantes em relação às suas declarações.⁴⁴⁵

O juiz não pode observar a veracidade, ele pode apenas deduzir a veracidade (como o dolo, a intenção, etc). Mas para esta dedução ele precisa de dados nos quais ele possa se apoiar. Estes dados denominam-se “*indicadores*”: e dão indícios da existência da disposição, eles a anunciam, e possibilitam conclusões sobre as disposições. Tais indicadores da veracidade (como eles foram desenvolvidos pela psicologia dos depoimentos e como eles se acham aplicados nos laudos periciais sobre a autenticidade, mas também de modo rudimentar nas “teorias cotidianas” do juiz) são, por exemplo: a recordação por um longo período em relação à recordação por um curto período; o “relevo” (*Relief*) da lembrança, isto é a recordação do essencial; a proximidade emocional ao objeto da lembrança; a idade da pessoa; o decurso do tempo desde o acontecimento; a tendência da pessoa a se vangloriar; e

seus problemas psíquicos, os quais podem estar relacionados com o acontecimento.⁴⁴⁶

Os indicadores da disposição devem cumprir três pressupostos: de sua parte eles devem ser *observáveis*; se não o forem, não poderão contornar as dificuldades dos conceitos de disposição. Eles devem estar *completos*; se no círculo dos indicadores faltar um elemento importante (como, por exemplo, a proximidade emocional ao acontecimento) então os fatores restantes inevitavelmente indicarão de modo falso e distorcido a disposição. Eles devem ser *relevantes para a disposição*; se eles não são (se eles abrangem indicadores que não tem nada a ver com a veracidade, como, por exemplo, a cor dos cabelos), então eles indicarão tudo o que for possível, mas não o que se quer saber deles.

Não só a produção, mas também a utilização prática dos indicadores é complicada. Tão logo estejam completamente à disposição, pode ser percorrido o material da fase de produção e em conseqüência os indicadores que eles contêm. Mas isto ainda não é tudo. O resultado da busca será, com efeito, que os diferentes indicadores da disposição serão, comparativamente, mais ou menos cumpridos: a testemunha, na verdade, já é bastante idosa, mas apesar da sua idade ela ainda enxerga muito bem e além disso é bastante experiente profissionalmente, como detetive particular, para fazer observações relevantes; embora se deva observar restritivamente que ela exerce esta profissão apenas há 17 meses etc. Em todo caso, quando os indicadores não oferecem cem por cento, mas só mais ou menos, eles devem ser *hierarquizados*; deve-se saber qual indicador tem maior força indicativa e qual tem menos relevância. Se se quiser resolver isto com precisão: mesmo nas declarações mais inócuas, por mínimo que seja, obtém-se uma rede de relações abarcáveis pelos indicadores.

Naturalmente os tribunais não podem alcançar tal grau de precisão, e inclusive não devem nem tentar, pois precisam na verdade transmitir a sua atuação e os seus resultados ao acusado com clareza. Junto aos conceitos de disposição, portanto, eles se encontram diante da tarefa insolúvel de, ao mesmo tempo, proceder e justificar a todos com a máxima clareza e diferenciação científica. Não há outra saída que o caminho intermediário. A teoria do Direito Penal pode colocar em proteção a praxis

⁴⁴⁶ A análise da veracidade é tratada sistematicamente em *Lefrenz, Glaubwürdigkeit*.

⁴⁴⁴ A jurisprudência dos Tribunais Superiores em relação ao dolo, mais recentemente, parece tratar de um modo mais cuidadoso os conceitos de disposição e apreciar os indicadores de um modo mais preciso e consciente em relação aos métodos. Um exemplo interessante é a decisão do 3.º Senado em matéria criminal do *BGH, StV 1988, 328*. Consultar em relação a isso: *Herzberg, Vorsatzdelikt*, p. 638 e s.

⁴⁴⁵ Pode-se falar também, de um modo menos concreto, da veracidade da declaração (em vez da: pessoa declarante). Nas complicações de verificação naturalmente nada se modifica, pois também a veracidade da declaração só se pode deduzir da veracidade da pessoa declarante – só que esta designação soa algo mais objetivado, e por isso ela é menos correta: ela oculta o elemento dispositivo decisivo.

do Direito Penal contra a precipitada reprovação de empregar “teorias cotidianas”⁴⁴⁷ cientificamente injustificáveis. Todo o resto depende da soberania e da informação do juiz em relação ao saber extra-jurídico, da sua intuição e da sua capacidade de comunicação no processo.

Veja-se porque os conceitos de disposição são discutidos com uma certa razão sob o tema “ambigüidade da linguagem da lei”. Os seus pressupostos de aplicação são tão complexos e contêm tantas possibilidades de cometer erros, que só dificilmente pode ser assegurada a vinculação do juiz a tal conceito. É de temer antes uma vinculação do juiz aos peritos. Pois eles sabem de onde se pode deduzir a veracidade (*Glaubwürdigkeit*). De resto, vê-se também⁴⁴⁸ a esta altura das reflexões a dependência do Direito Penal do estado e do desenvolvimento das “ciências auxiliares” empíricas.

Excursus 1: A necessidade dos conceitos de disposição – o plano do autor na tentativa e na culpa

Entende-se que não se pode afastar as complicações quanto à verificação, as quais levam consigo os conceitos de disposição, através da eliminação destes conceitos do Código Penal. Em todo caso em nossa cultura jurídica eles são irrenunciáveis tornam-se cada vez mais importantes com a tendência do nosso sistema jurídico-penal de orientação pelo autor.⁴⁴⁹ Os “critérios de justiça”, de decisão “correta” de um caso – e com isto, naturalmente, as instruções de busca para a produção dos casos jurídico-penais – têm se subjetivado continuamente ao longo da História do Direito Penal dentro da nossa cultura. Isto se pode mostrar pela combinação precária das duas formas do fenômeno do comportamento punível, para as quais a disposição do autor é critério decisivo do tratamento correto: a tentativa e a culpa (*Fahrlässigkeit*).

⁴⁴⁷ Quem quiser estudar com maior profundidade, a partir das relações entre as ciências Sociais e o Direito Penal, a importante discussão acerca das “teorias cotidianas” judicialmente aplicadas, leia *Opp*, *Anwendbarkeit*, p. 40-43, e *W. Hassemer*, *Rücktritt vom Versuch*, p. 240-245.

⁴⁴⁸ Nós verificamos isto sob o ponto de vista da racionalidade empírica do direito de prova no Processo Penal: *supra* § 18, III, 3.

⁴⁴⁹ Já nos ocupamos com esta tendência *supra* no § 17, II, 1, e ali explicamos porque a exigência de divisão da audiência principal corresponde às atuais linhas de desenvolvimento do Direito Penal (e dali recebe também o seu impulso).

A tentativa e a culpa são os dois focos de uma elipse que circunscreve o sistema global do Direito Penal e que lhe dá a divisão fundamental de todos os seus objetos: a divisão entre ato e autor, entre lesão e causador da lesão, entre resultado e vontade, entre tipo objetivo e subjetivo, entre injusto e culpabilidade, entre externo e interno, entre realização e disposição. A tentativa de eliminar os conceitos de disposição, seria a tentativa de retirar esta divisão do sistema do Direito Penal e não só de dividir as instruções de busca e decisão do Direito Penal material, mas de modificá-las: do equilíbrio entre o ato e o autor, entre o interno e o externo ficaria o domínio exclusivo do externo. Não se conhece um sistema de Direito Penal que funcione assim (como também não se conhece um sistema de Direito Penal que seja dominado somente pelo interno); a divisão é fundamental.

A tentativa e a culpa não são os pontos finais de uma escala, elas são o foco de uma elipse. Entre ato e autor, entre externo e interno, e em suas modificações em um sistema de Direito Penal, pode-se estudar a tendência à objetivação (à orientação pelo ato) ou à subjetivação (à orientação pelo autor). Ambas representam ao mesmo tempo o externo e o interno – como isto poderia ser diferente nos institutos fundamentais de um sistema equilibrado! O que se torna tão relevante para a questão da tendência é a mistura em que elas representam o externo e o interno. Pode-se dizer também: a sua importância está na desigualdade específica entre o externo e o interno, que ela caracteriza, ou: em suas respectivas diferenças com a forma delitiva que produz de modo ideal o equilíbrio entre o externo e o interno, isto é com o delito consumado cometido dolosamente:

O delito doloso consumado (sob o impermeável pretexto da arte médica o cirurgião C corta seu rival N visando a sua morte) expressa o equilíbrio ideal entre o ato e o autor: realiza-se o resultado do ato⁴⁵⁰ previsto nos §§ 211 até 217, 221, III, bem como no 222 do StGB nos crimes contra a vida e ele corresponde exatamente ao que o autor queria produzir; o cirurgião, como se diz, acompanhou as etapas do seu fazer mortal (*tödlichen Tuns*) com conhecimento e vontade.⁴⁵¹ O delito tentado e

⁴⁵⁰ Só os penalistas particularmente sensíveis à linguagem se incomodam com a expressão tão genericamente adotada “resultado do ato” – ninguém, exceto o autor, poderia ver a morte de um homem ou o prejuízo patrimonial da vítima de fraude (§ 263, I do StGB) como um “resultado”. Mas antes deve-se desmascarar o modo irrefletido de expressar que o tipo “exige” o resultado do ato – quando um tipo, em geral, aspira justamente o contrário.

⁴⁵¹ Neste acompanhamento do dolo do ato estão pois, também, a única diferença entre “dolo” e “decisão” no delito tentado e a justificação para utilizar duas palavras distintas cujos elementos são aliás os mesmos.

o delito cometido culposamente, ao contrário, refletem a relação entre o ato e o autor de modo invertido:

O delito cometido culposamente (N morre com um corte cirúrgico que C efetuou erroneamente sem o devido cuidado) representa o peso do ato sem limitação e o peso do autor representado de um modo inferior; tem uma “tendência externa crescente”, como se diz sinteticamente: o resultado do ato dos crimes contra a vida se realizou, mas ele não corresponde ao que o autor queria produzir; ele queria curar e não matar. O crime tentado (N sobrevive ao corte efetuado por C com intuito mortal) representa o peso do autor sem limitação e o peso do ato de modo inferior; ele tem uma “tendência interna crescente”: o autor queria produzir o resultado do ato do crime contra a vida, mas conseguiu somente o resultado do ato do crime de lesão corporal (§§ 223 até 233 do StGB).

Do desequilíbrio entre o plano do ato e o do autor em relação ao crime tentado e ao crime culposo e da diferença entre estas duas formas delitivas em relação ao tipo normal do crime doloso consumado o legislador extraiu conseqüências que parecem técnicas, mas que se baseiam na logicidade sistemática e na justiça. Os modos de cometimento culposo e tentado não são puníveis em todos os delitos em geral, senão somente nos delitos mais graves.⁴⁵² Além disso o modo de cometimento culposo encontra-se sempre com uma cominação penal reduzida,⁴⁵³ na tentativa ela é facultativa⁴⁵⁴.

O fato de que o § 23, II do StGB deixa à escolha do juiz criminal, se ele deve punir a tentativa de modo mais atenuado do que se tivesse chegado à consumação do ato – considerado de um modo estrito – é inconseqüente e injusto. Qualquer autor de uma tentativa pode apontar uma diferença importante da sua conduta em relação ao tipo normal da conduta delitiva: que nada “ocorreu”. O legislador deveria extrair a partir disso a conseqüência e prescrever a redução obrigatória da pena na tentativa. Entretanto pergunta-se se o § 23, II do StGB, com toda a sua inconseqüência, não se adapta exatamente à tendência subjetivante do sistema do Direito Penal: o plano do autor, que é representado integralmente pelo delito tentado, em relação ao plano do ato, é essencialmente mais importante, portanto a afirmação de que nada “ocorreu” atinge os ouvidos mais surdos. Se se segue a

⁴⁵² Leia-se o § 15 do StGB bem como § 23, I em conjunto com o § 12 do StGB e compare a esse respeito, como exemplo, o § 223 e § 223a (II) do StGB.

⁴⁵³ Compare-se os §§ 223-225 com o § 230, tome o § 232, I do StGB e observe e interprete as diferenças entre o § 224 e 225 do StGB; compare-se também os §§ 211, 212 com o § 222 do StGB. Pode-se estudar com detalhes este mecanismo da justiça na prescrição do § 315 c I e III do StGB tão importante para a prática.

⁴⁵⁴ Leia-se o § 23, II do StGB.

história da legislação referente à punição da tentativa,⁴⁵⁵ ela estabelece o seguinte: originariamente a redução obrigatória da pena foi suprimida pelo § 4 da Lei dos crimes cometidos com violência de 5. 12.1939, com a justificativa de que a época exigia um Direito Penal da vontade – uma primeira referência, superficial, à problemática da tendência de subjetivação.

A culpa e a tentativa não anulam o equilíbrio fundamental entre o ato e o autor, somente o deslocam. Ambos os institutos acentuam também, respectivamente, os lados representados por eles com menor importância e marcam, com isso, ao mesmo tempo, os limites da punibilidade a estes lados representados com menor importância. A punibilidade devido à produção culposa de um resultado pressupõe também um elemento do autor: que o agente tivesse podido prever e evitar o resultado produzido faticamente por ele. Este é o limite à responsabilidade pelo caso fortuito (C faz todo o possível cirúrgico e humanamente, sem, no entanto, poder evitar a morte de N). A punibilidade da tentativa pressupõe também um elemento do ato: que o agente esteja preparado para a imediata realização do ato.⁴⁵⁶ Este é o limite à responsabilidade pela preparação do delito, por nada mais que a sórdida vontade (C pensa dia e noite no seu plano negro, sem chegar, porém, a esfaquear N). A impunidade pelo resultado causado, sobre o qual o autor não tinha o domínio, e a impunidade pela mera preparação do ato: nisso se expressa a racionalidade da nossa cultura jurídica.

Uma breve olhada na História do Direito Penal mostra que esta é a racionalidade somente da nossa cultura jurídica. Os ordenamentos jurídicos anteriores ultrapassaram claramente os limites do plano do autor e ainda se encontram resíduos disso em nossa época.

Para o Direito Penal germânico a diferença entre dolo e culpa não era algo fluente.⁴⁵⁷ Disso resultava a sua incapacidade de apreender sistematicamente a tentativa. Tal Direito Penal se decide pelo plano do ato, pela modificação do mundo exterior; o autor para ele não é mais que um ponto

⁴⁵⁵ Quem quiser fazer isso compare o RGBI de 1939 I, 2378; o § 44 da ordenação de 29.5.1943 (RGBI I, 341); o § 25, II, do AE com fundamentação, p. 62 e s.; o § 27, II, 2 E 1962 com fundamentação, p. 142 e ss. Os interessados contam com uma reprodução sutil em *Zaczyk*, *Unrecht*: p. 41e ss. sobre as teorias objetivas, p. 75 e ss. sobre as teorias subjetivas do injusto tentado (e p. 231 e ss. a própria reconstrução do autor).

⁴⁵⁶ Leia-se o § 22 do StGB.

⁴⁵⁷ De modo mais aprofundado em *Eb.Schmidt*, *Geschichte*, §§ 16 até 20; *Rüping*, *Grundriß*, p. 2 e s.

de imputação, o lugar no qual se manifesta o infortúnio e no qual, inclusive, ele é fixado.

Se o homem é golpeado pela árvore ou se a árvore caiu mortalmente porque um outro homem o fizera para o atingir, para qualquer sistema jurídico-penal há uma diferença decisiva: no primeiro caso não se pode imputar a lesão a um homem (jurídico-penalmente! Talvez mágica⁴⁵⁸ ou ritualmente). Mas o fato de que o homem retirou a vida do outro manejando a árvore cuidadosamente ou sem o cuidado devido, fundamenta então juridico-penalmente uma diferença essencial se em nossa cultura jurídica se questiona em geral pelo plano do autor. Se ela questiona somente pelo que ocorreu então a diferença não parecerá evidente, pois em ambos os casos ocorrerá o mesmo. Se o homem agiu com cuidado ao cortar a árvore, mas falhou, então uma cultura jurídica orientada pelo ato não julgará racional reagir (jurídico-penalmente) a isso; pois nada ocorreu. Um Direito Penal consequentemente orientado pelo ato trata com rigor o autor que age culposamente; não pode diferenciá-lo do que age dolosamente. Só a orientação pelo autor torna visível a diferença e só ela torna compreensível por que o Direito Penal deve se ocupar com a tentativa.

Os esquemas que direcionam as decisões diferenciadas e generalizadas entre a orientação pelo ato e pelo autor estão profundamente arraigados e escondidos na cultura e nos homens que as constituem. Eles têm sido chamados “imagens do homem”,⁴⁵⁹ pode-se chamá-los “critérios de justiça”⁴⁶⁰, porque eles nos indicam o que nos revolta como injusto ou o que nós aspiramos como justo – e quais observações nós temos que fazer na realidade. A história destes esquemas ainda não está escrita.⁴⁶¹ Mas pode-se dizer que eles se relacionam com as execuções existenciais cotidianas como justificar e exculpar, punir e perdoar, acusar e defender⁴⁶², que eles são expressão de nossas (também coletivas) esperanças e angústias as quais os submetem a uma morosa mudança histórica, que eles são históricos. Justamente a diferença entre o nosso sentimento de justiça (do qual resulta nosso poder conceptual

⁴⁵⁸ Exemplos históricos de tais imputações “mágicas” encontram-se em *Fauconnet, Verantwortlichkeit*.

⁴⁵⁹ *Jeschek, Menschenbild*; também *Radbruch, Mensch im Recht*, p. 9-22.

⁴⁶⁰ Assim o título de um dos interessantes livros de *Kriele*.

⁴⁶¹ O interessado encontra mais detalhes, sugestões e exposições do período entre a Idade Média e o início da Modernidade nos dois amplos volumes de *Elias, Zivilisation*.

⁴⁶² As estratégias exculpantes e justificantes no cotidiano estão descritas em *Scott/Lyman, Praktische Erklärungen*, e em *Schild, Rechtliche Verantwortungen*. *Schild* cria uma ponte para o problema da responsabilidade no Direito.

de diferenciação, não o contrário!) e o da cultura jurídica germânica pode tornar evidente esta mudança.⁴⁶³

Excursus 2: A necessidade dos conceitos de disposição – o plano do autor nos delitos qualificados pelo resultado, nas condições objetivas da punibilidade e na culpa inconsciente

O Direito canônico, com o seu “princípio-versari”⁴⁶⁴ fundamenta a responsabilidade pelas conseqüências que resultavam do fazer proibido, mas que, como tais, não eram domináveis (previsíveis ou evitáveis) pelo agente. O Direito Penal comum adotou este princípio sob diversos revestimentos (*Verkleidungen*) (especialmente através de amplas formulações do conceito de dolo) e o transportou inclusive ao nosso Código Penal na forma dos “delitos qualificados pelo resultado”.⁴⁶⁵ Até a introdução do § 56 na antiga edição do StGB (hoje § 18 do StGB) de 1953 determinados delitos eram “qualificados pelo resultado” e não pelo autor: quem praticasse lesão corporal a outrem teria que responder inclusive pela morte resultante da lesão, ainda que ele não “tivesse culpa” pela morte.⁴⁶⁶ O § 18 do StGB também representa

⁴⁶³ Talvez se possa perceber a modificação (*Wechsel*) do nosso sistema jurídico-penal para uma acentuada orientação pelo autor em relação com a mudança (*Wandel*) dos próprios critérios de justiça, se se fizer o seguinte experimento consigo mesmo:

Imagine-se que um motorista ignore o sinal vermelho e atravesse o cruzamento, sem que justamente no momento um outro carro passe pelo cruzamento. Agora coloque todas as informações, inclusive o tempo, espaço, pessoas, etc. exceto o fato de que o motorista colide no cruzamento com um carro cheio de passageiros, os quais morrem ou são lesionados gravemente. Tente então discutir a questão da justiça sob o ponto de vista do motorista que tivesse aguardado. Para o pensamento do Direito Penal germânico o caso seria claro. Para nós, eu acho, ele não é claro. Eis a questão: mas que culpa ele tem, que ... dificilmente se supera. Quem estiver disposto, oriente-se com detalhes sobre o papel do resultado na culpa em *Zielinski, Handlung – und Erfolgsunwert*, especialmente p. 152 e ss., ou em *Krauß, Erfolgsunwert*.

⁴⁶⁴ O referido princípio diz: “*Versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*” e analogamente assim pode ser traduzido: “Quem pratica algo proibido tem que responder pelas conseqüências resultantes disso” (é indiferente se podia dominá-las ou não). Uma breve exposição em *Rüping, Grundriß*, p. 28 e s.

⁴⁶⁵ Quem quiser se orientar com mais detalhes: *Schubarth, Erfolgsqualifizierte Delikte*.

⁴⁶⁶ Leia-se o § 18 do StGB e como exemplo de delito qualificado pelo resultado os §§ 224, 226, 177, III, 251 do StGB e observe que os tipos citados por último extraem do elemento “descuidado” o limite à punibilidade em relação ao plano do autor – e de forma mais acentuada que o § 18 do StGB, que exige somente a “culpa” (*Fahrlässigkeit*); o descuido é uma forma ampliada de culpa.

agora em relação a estas formas de delito o plano do autor; a consequência grave deve ser dominável pelo agente, aliás a ocorrência fática não pode pesar sobre ele; não basta que só a lesão corporal tenha causado a morte, o agente deve ter causado a morte ao menos culposamente.

Outros setores do nosso Direito Penal ainda não foram afetados pela tendência de subjetivação. Isto vale sobretudo para as atávicas “condições objetivas da punibilidade”. Comparáveis aos antigos delitos qualificados pelo resultado que encerram uma parte da conduta, na qual estão representados o plano do ato e o do autor, há uma segunda parte da conduta que abrange tão só o plano do ato. Assim como da lesão corporal cometida dolosamente resultou a morte (§ 226 do StGB), também da participação dolosa em uma briga, como condição (somente) objetiva (e não subjetiva) da punibilidade, resulta a morte de um homem (§ 227 do StGB), e o agente responde também pela segunda parte da conduta, pela qual ele “não tinha culpa”.

Pode-se pensar que prescrições como a do § 227 do StGB afligem os juristas. Aqui se estende a responsabilidade por uma lesão a alguém a qual de modo algum pode ser atribuída. O juiz criminal será breve em relação à produção de um caso como este do § 227 do StGB. Ele sequer precisa saber se era o acusado aquele que tinha praticado o golpe mortal. Basta descobrir que ele participou – tanto “externa” como “internamente” – da briga e que foi desferido o golpe mortal. Todavia o acusado terá que responder pelo golpe que lhe foi “imputado”.

Ainda que o § 227 do StGB represente insuficientemente a grave consequência da briga (a morte ou a lesão corporal grave) não só pelo plano do autor, mas também pelo plano do ato, ele, ainda assim, é aceito pelos penalistas. Isto ocorre provavelmente porque esta prescrição, estatisticamente, é menos freqüente e interessa aos juristas menos na atuação prática do que sob o aspecto sistemático e principiológico. Diferentemente ocorre com o § 323a do StGB que comina com pena a “embriaguez completa” e imputa o “ato de embriaguez” (Rauschtat) cometido em situação de inimputabilidade⁴⁶⁷ àquele que se colocou em embriaguez.⁴⁶⁸ Pela sua construção, esta prescrição é menos questionável que o § 227 do StGB – ela pressupõe que a condição objetiva da punibilidade, o ato de embriagar-se, tenha sido faticamente cometido por aquele ao qual ele é imputado; a sua problemática consiste na verdade em que o ato de embriagar-se representa somente o plano do ato; enquanto ele é cometido o autor não está em si.

⁴⁶⁷ Leia-se o § 20 do StGB.

⁴⁶⁸ Para aprofundamento recomenda-se *Arthur Kaufmann, Volltrunkenheit; Puppe, Vollrauschtatbestand.*

O § 323a do StGB preocupa porque vincula a condição objetiva da punibilidade (o ato de embriagar-se) não a um tipo de conduta socialmente desviante (como o § 227 do StGB com a briga), mas a um tipo de conduta socialmente tolerada ou até mesmo desejada: o consumo de álcool.⁴⁶⁹ O autor do delito pode objetar ao § 323a do StGB que: primeiro permite-se que se beba imoderadamente (em lugar algum é proibido se embriagar), e então pune-se alguém por algo pelo qual ele de modo algum é responsável, como eles mesmos dizem (§ 20 do StGB).⁴⁷⁰

As justificativas para o § 323a do StGB sob o ponto de vista jurídico e sistemático parecem, inclusive, ser bastante insuficientes. Elas oscilam entre duas posições insustentáveis: que o fundamento penal da embriaguez completa é o embriagar-se (ao contrário do que falam as normas sociais e todas as demais normas jurídicas) ou é o ato cometido em embriaguez (ao contrário fala o § 20 do StGB). Aduz-se o argumento caracterizado como “político-criminal”, que procura auxiliar sempre no fracasso ético-jurídico e sistemático: que de qualquer modo deve-se combater juridico-penalmente as lesões cometidas por pessoas embriagadas. Mas como pode admitir-se este argumento em face do desequilíbrio externo e interno da norma? Subsistirão as tendências subjetivantes, que favorecem o interno em face do externo? Não se pode combater as lesões proibidas pelo § 323a do StGB de um modo mais apropriado pelo Direito administrativo ou policial?

Junto aos delitos qualificados pelo resultado antes da introdução do § 18 do StGB em sua nova edição e junto às condições objetivas da punibilidade há ainda uma terceira forma de delito com o problema do plano deficiente representado pelo autor: a “culpa inconsciente”. A paráfrase do conceito de culpa: “previsibilidade e evitabilidade da ocorrência do resultado”, abrange ambas as formas de conduta culposa sem distinção, e tanto a praxis como o entendimento predominante na literatura jurídico-penal considera a culpa inconsciente (negligentia) como punível. No entanto, falta-lhe uma circunstância que realça de um modo especial o plano do autor na culpa

⁴⁶⁹ Quem leu o preceito sabe que ele abrange também outros meios que causam embriaguez, mas ele sabe também quais entre os outros meios que causam embriaguez tem a mesma importância do álcool.

⁴⁷⁰ A quem, nesta altura, surgir a questão se o fundamento da pena da embriaguez completa não é o fato de que o sujeito que bebe sabia exatamente do que ele era capaz em estado de embriaguez ou se ele podia pelo menos imaginar, pode orientar-se em qualquer Comentário de Direito Penal (por exemplo em *Schönke/Schröder/Cramer, StGB, § 323a número de margem 4, 31-31c*) sobre a relação do § 323a com a “actio libera in causa”. De modo geral e mais detalhado acerca das possibilidades de imputar uma “culpa”: *Neumann, Zurechnung.*

consciente (luxuria): uma mistura específica de atualidade e potencialidade de compreensão da realidade.⁴⁷¹

Quem age com culpa consciente (por fanfarrice conduz velozmente em uma rua movimentada e por isso não pode frear a tempo),⁴⁷² vê a possibilidade (potencial) de ocorrência do resultado mais tarde; mas durante a sua viagem ele vê a realidade do perigo criado para a vida e a saúde (atual). Quem, por outro lado, age com culpa inconsciente, (não se convence, como devia,⁴⁷³ antes do início da viagem, do perigo da segurança do tráfego, por isso não observa o desempenho reduzido do freio e consequentemente não pode frear a tempo), vê tanto o perigo criado pela sua condução e modo de conduzir como também a possibilidade de ocorrência do resultado mais tarde.

Esta diferença é importante. Aquele que age com culpa consciente vê o perigo de que se desenvolva mais tarde a lesão (quando ele confia que não se transformará em uma lesão).⁴⁷⁴ Aquele que age com culpa inconsciente não vê nada – mas ele deveria ver algo. Onde na culpa consciente se encontra uma percepção fática (a percepção do perigo), na culpa inconsciente se encontra simplesmente uma pretensão (normativa) (o dever de perceber o perigo). Desde o ponto de vista do ato esta distinção é insignificante (*belanglos*): em ambos os casos o perigo fático se desenvolve em resultado fático. Ele é insignificante também para as exigências normativas que o Direito estabelece a qualquer um que age perigosamente: em ambos os casos ele deve dominar o perigo, para que não se realize. Mas ele é da mais alta importância para o plano do autor: aquele que age com culpa inconsciente não alcança o apelo fático da situação na qual ele se encontra. A situação para ele é neutra, ela não se mostra a ele como concretamente perigosa, senão somente como abstratamente perigosa – dirigir carro, andar sempre pela rua,

⁴⁷¹ Para um aprofundamento recomenda-se: *Arthur Kaufmann*, Schuldprinzip, p. 156-165, 223-240; um introdução minuciosa aos problemas e à estrutura do delito culposo em *B. Schünemann*, Moderne Tendenzen; Abordagem e visão geral em *F.-C. Schroeder*, Fahrlässigkeit; sobre o tratamento da culpa em uma obra com questões de exames *Giehring*, Fahrlässigkeit.

⁴⁷² Leia-se o § 3 do StVO.

⁴⁷³ Leia-se o § 23 do StVO.

⁴⁷⁴ Nisso se situa a diferença com o agir doloso (eventual). O autor do delito doloso, como se diz, aceita a ocorrência do resultado visto por ele como possível. Exposição mais ampla e profundamente – mas também dificilmente – fundamentada em *M. Köhler*, Fahrlässigkeit (abordagem na p. 321 e ss., 334 e ss.); Uma visão geral sobre o limite entre o dolo e a culpa consciente em *Herzberg*, Abgrenzung.

de qualquer modo é perigoso. A inibição natural de se deixar colocar em perigo, a inclinação natural em ser cuidadoso com os perigos e encontrar medidas para que nada ocorra, são uma oportunidade que tem (e deixa inutilizada) aquele que age com culpa consciente, mas que aquele que age com culpa inconsciente não tem. Visto sob o plano do autor, a princípio, o tratamento igual da culpa consciente e da inconsciente é sistematicamente injusto e inconseqüente. O plano do autor deveria continuar ganhando significação como fornecedor de “critérios de justiça”, assim, a longo prazo, pode-se esperar que se elimine o tratamento igual inclusive sob o aspecto político-criminal e prático-jurídico.

IV. Conceitos que necessitam de complementação valorativa

Retornemos ao problema da vinculação do juiz e o perigo de uma linguagem equívoca da lei. O quarto e último tipo de conceito equívoco na lei não se pode exemplificar, como nos conceitos vagos, porosos e de disposição, pelo tipo penal da falsificação de documentos – felizmente conceitos desta espécie são raros no StGB: conceitos que necessitam de complementação valorativa. Um exemplo é o § 226a do StGB que concede força justificante ao consentimento da vítima de lesão corporal somente quando o ato não atenta contra os “bons costumes”.⁴⁷⁵ Onde está o problema?

Poderia-se manter a opinião de que o § 226a do StGB exigia ao juiz investigar os “bons costumes” e se orientar de acordo com os mesmos. Isto não seria estranho. Onde as leis sempre são deixadas ao exercício real dos homens e à opinião entre o certo e o errado, como, por exemplo, na prática comercial ou no Direito consuetudinário, elas exigem do juiz um esclarecimento sobre a extensão e a situação do exercício e da opinião.⁴⁷⁶ Assim, o juiz, pelo § 226a do StGB, deveria – com o auxílio técnico, observando a metodologia correspondente –

⁴⁷⁵ Leia-se também o § 216 do StGB e compare este preceito com o § 226a. A diferenciação que fazem os dois tipos referente às conseqüências de um consentimento é clara e necessita explicação. Quem quiser se ocupar mais intensamente com esta questão (qualquer comentário informa superficialmente sobre o fundamento da pena do § 216), leia *Marx*, Rechtsgut, p. 64 e ss., 82 e s. e *Geilen*, Euthanasie, p. 277, 287.

⁴⁷⁶ Também no Direito Penal isto ocorreu de modo esporádico. Leia-se *BGHSt* 4, 24 e ss.

levantar os dados empíricos e investigar, por exemplo, o que a comunidade jurídico-penal pensa das práticas sadomasoquistas. Abstraindo que à fase de produção falta tempo, dinheiro e pessoas⁴⁷⁷, ele não poderia chegar a um resultado tão dispendioso. Na prática parecerá que, por exemplo, a metade dos interrogados é da opinião X, trinta por cento representa a opinião Y e o resto não sabe o que quer dizer ou não imagina que haja algo assim. Dessa forma o juiz estaria diante de uma outra questão, sobre qual o grau de adesão que necessitam os bons costumes, de maneira que com isto eles sejam “bons” no sentido do § 226a do StGB. Esta questão ele pode decidir somente valorando – sem qualquer auxílio das ciências empíricas. Os “bons costumes” não são considerados como fenômenos empíricos.⁴⁷⁸

Disso pode-se extrair a consequência e manter a opinião de que o § 226a do StGB deixa o juiz livre da habitual vinculação à lei e lhe permite produzir sua própria decisão com base no seu juízo moral sobre o bem e o mal. Isto também não seria estranho.⁴⁷⁹ Pode-se decompor o juízo em uma parte *descritiva*, “escrita”, e em uma parte *atributiva* e em relação ao § 226a do StGB se observa a existência de uma lesão corporal ou de um consentimento do lesado como descritivo, e ao contrário a verificação da contrariedade à moral como atributiva. As descrições são as condições de partida da norma, os elementos que devem ser dados, com isso pode ocorrer a atribuição o núcleo real do juízo normativo, valorativo. Tal perspectiva evitaria o erro do modo de observação empírico e compreenderia de modo estritamente normativo os “bons costumes”.

Porém ela cometeria os erros refletidos. Para as atribuições não existe vinculação. O ato valorativo somente pode ser responsabilizado e produzido pela pessoa que valora. Tal modelo descreve a *linguagem da moral*, não a linguagem do Direito. Inclusive com a indicação de se ater aos “bons costumes”, o legislador não quis liberar e não liberou o juiz da vinculação à lei. O juiz criminal

⁴⁷⁷ Sobre o contexto: *supra* § 18, III, 4.

⁴⁷⁸ Quem quiser observar o papel de uma figura argumentativa análoga, ou seja do “sujeito pensante justo e correto” na jurisprudência dos Tribunais superiores, leia por exemplo *RG*, *JW* 1938, 30 e s.; *BGHSt* 4, 88 e ss. (91). Ampliação e aprofundamento teórico em *Teubner*, *Generalklauseln*.

⁴⁷⁹ Tal modelo pode-se estudar em *Hare*, *Sprache der Moral*, p. 109-161.

não age dentro da margem de discricionariedade que o legislador lhe concedeu – nos âmbitos do Direito como o Direito das construções (*Baurecht*) ou o Direito das obrigações, onde se trata da utilidade das soluções, isto é conveniente; o juiz criminal age estritamente debaixo da lei, ele “a interpreta”, e a questão acerca do conteúdo e da extensão (do “significado”) dos conceitos que necessitam de complementação valorativa não gira em torno da vontade do juiz criminal, mas da vontade do legislador e da lei penal.

Não obstante: como se pode realizar esta vinculação em conceitos desta espécie? Se se revisar os quatro tipos de linguagem equívoca da lei e perguntar quanto à isso, o número de vezes que tais conceitos são empregados pelo StGB, o problema da vinculação do juiz se tornará cada vez mais grave. As palavras que o juiz tem que interpretar e a cujo significado ele está “vinculado”, tem um amplo significado, elas tem, como se diz, uma “*margem de liberdade semântica*” e com isto abrem ao juiz, obrigatoriamente, margens de espaço de decisão, dentro do qual ele deve se movimentar sem a instrução da lei. Colocado diante da questão se ele deve considerar ou não⁴⁸⁰ a energia elétrica, a qual as pessoas, de outro modo, utilizam para conduzir a corrente para o próprio fogão, como uma “coisa” no sentido do § 242, I do StGB (com a consequência de que ele ou condene ou absolva), ele deve se decidir pelo sim ou pelo não. Não há adiamento e nem terceiros. Os critérios, as regras de acordo com as quais ele tem que encontrar a decisão, não estão na lei. Elas são denominadas “*regras de aplicação*” (*Verwendungsregeln*), porque determinam a utilização concreta de uma palavra (“coisa”).⁴⁸¹ Mesmo que o juiz não perceba isto: dentro do espaço vazio dos significados, ele, de maneira alguma

⁴⁸⁰ Compensa examinar com mais detalhes esta famosa etapa na Jurisprudência do *RG* e a reação do legislador (introdução do § 248c do StGB) e observar na argumentação do Tribunal a racionalidade empírica-jusnaturalista e a vontade de estrita obediência à lei: *RGS* 29, 111 e ss.; 32, 165 e ss. nós voltaremos outra vez à este problema *infra* § 27, nota de rodapé 659.

⁴⁸¹ Pode-se denominar também como regras de aplicação as chamadas “teorias da interpretação”. Porém, a esperança de que aqui se encontrem critérios que remetam o juiz a uma determinada utilização da palavra, engana. Pois para as teorias da interpretação vale o que nós trabalhamos *supra* no § 18, I: elas incidem no âmbito da apresentação, não da produção do resultado da decisão.

pode decidir de modo diferente do que pelo emprego de uma regra de aplicação, quer seja esta o princípio da casualidade.⁴⁸²

Outros âmbitos do Direito aceitam isto e reforçam o papel do juiz na criação do Direito, por esse motivo lhe estimulam a fazer o que ele de qualquer modo não pode evitar com a sua linguagem equívoca: o emprego de regras de aplicação.⁴⁸³ Eles se aproveitam do fato de que não existe vinculação do juiz à lei sem a liberdade do juiz perante a lei e desenvolvem o teor da lei judicialmente até chegar à construção de completos institutos do Direito que a lei não conhecia ou não conhece. A vinculação do juiz no caso ideal converte-se em um desenvolvimento cauteloso da lei e de sua adaptação progressiva às mudanças sociais. Mas como o Direito Penal se adapta às circunstâncias que reduzem a vinculação do juiz?

CAPÍTULO 3

As garantias de vinculação: os princípios do Direito Penal material

§ 22. Pontos referentes à vinculação do juiz

O Direito Penal também não pode se libertar da política judicial do Direito. O Direito Penal também está relacionado com o cotidiano, com a experiência e a mudança social e fala a linguagem viva, mutável e equívoca do sistema jurídico em geral; o Direito Penal também

⁴⁸² O espaço de liberdade semântica dos conceitos legais e a necessidade de regras de aplicação são apenas um outro lado, teórico-conceptual, da característica comunicativa do Direito. Por isso a piada *supra* § 17, nota de rodapé 211 se encaixa aqui também.

⁴⁸³ O famoso exemplo do art. 1 do Código Civil Suíço que formula de um modo bastante expressivo o pensamento da “Jurisprudência dos interesses”:

“I. A lei encontra aplicação a todas as questões jurídicas para as quais, de acordo com o teor ou a interpretação, contém uma norma.

II. Se não se pode extrair nenhum preceito da lei, então o juiz deve decidir de acordo com o Direito consuetudinário e também se este faltar, de acordo com as regras que ele estabeleceria se fosse legislador.

III. Ele observará quanto a isso as teorias confirmadas e a tradição.”

necessita de conceitos vagos.⁴⁸⁴ Porém, não pode contemplar estas circunstâncias de modo tão tranqüilo como os outros âmbitos do Direito, que devem decidir os conflitos entre os cidadãos. O *Direito Penal* exerce a *violência* contra os indivíduos. O *Processo Penal* não é levado no interesse de um demandante particular – dá-se por um “processo de ação privada”⁴⁸⁵ e também pela denúncia⁴⁸⁶ –, mas no *interesse de todos*. Ainda que o *Processo Civil*, em um conflito formalizado pelo interesse privado, finalmente sirva ao interesse geral, suas regras de conflito forense, seu conceito de verdade, suas determinações sobre preservação dos prazos, sobre os deveres de assistência e sobre a execução das decisões são, no entanto, antes símbolos do diálogo do que da violência. O Processo Penal e a Execução Penal obrigam os afetados a sacrificar tempo, dinheiro e liberdade. Por isso deve interessar ao sistema jurídico-penal não só como é possível garantir a fase de produção diante da lesão dos participantes,⁴⁸⁷ mas também se coloca em questão a garantia do acusado diante da decisão espontânea e arbitrária para o caso.

A vinculação do juiz à lei significa, portanto, para o sistema do Direito Penal, não só a garantia de uma jurisprudência consistente e a previsibilidade da decisão – estes são interesses de todos que também devem ser satisfeitos por outros âmbitos do Direito –, mas sobretudo a proteção do indivíduo acusado ante a intervenção desvinculada (e portanto descontrolada) nos seus direitos à liberdade e ao patrimônio. *Franz v. Liszt*, que caracterizou em seu “*Programa de Marburgo*”,⁴⁸⁸ sua aula inaugural em Marburg em 1882, a idéia de uma “*ciência global do Direito Penal*” e ali destinou à política criminal uma posição eminente dentro dos sistemas parciais do Direito Penal, em outro lugar⁴⁸⁹ extraiu os limites aos quais aqui chegamos: ele caracterizou o

⁴⁸⁴ Em relação à isso *supra* § 17.

⁴⁸⁵ Leia-se os §§ 374, 376, 379, 385, 388 do StPO.

⁴⁸⁶ Leia-se o § 77, I do StGB e como exemplo o § 194 do StGB. Observe os §§ 171, 172 do StPO. – Quem quiser continuar seguindo esta linha, oriente-se sobre a *co-autoria* (§§ 395-402 do StPO) e o chamado “*processo de adesão*” (§§ 403-406c do StPO), que carece de significado prático (entre outras pelas razões mencionadas no texto).

⁴⁸⁷ *Supra* § 18.

⁴⁸⁸ Recomenda-se a leitura de: *v. Liszt*, Zweckgedanke.

⁴⁸⁹ Para consulta em relação ao contexto: *v. Liszt*, Einfluß, especialmente a p. 80.

Direito Penal como “o limite intransponível da política criminal”, como a *“Carta Magna do delinqüente”* e com esta vigorosa expressão queria dizer que a intenção político-criminal e a vontade jurídico-penal encontram na lei os seus limites. A lei não é, para o afetado, apenas o fundamento da sua condenação, mas também a proteção contra o excesso, a garantia da proporcionalidade e do controle.

A lei penal evidentemente só pode cumprir esta tarefa na medida em que se a exige na realidade da decisão. Mas como nós já vimos, justamente em relação a isso, que a situação parece estar mal. Nós vimos o correto, porém ainda não vimos tudo. O sistema do Direito Penal assimilou os problemas da lei penal e elaborou princípios que pelo menos deveriam tornar estes problemas contornáveis; além disso, mais ou menos como nos outros âmbitos do Direito, pode-se confiar na suavização que experimenta o problema da vinculação em uma cultura jurídica com um Direito judicial consistente e diferenciado.

Começemos pelo último. Franz von Liszt fala no lugar citado, não da lei penal, mas do Direito Penal como o limite da Política criminal. O Art. 20, III da GG vincula o poder judicial não só à lei, mas também ao Direito: é correto não restringir a vinculação do juiz à lei, mas também em relação ao Direito.

Com isto se observa um problema realmente difícil: a questão acerca do que é o “Direito” ao qual o juiz está vinculado. Em relação à “lei” como objeto de vinculação do juiz a questão é fácil de responder: ali pode-se contar as palavras e observar, no conjunto, em quais o juiz deve se fixar. Em relação ao Direito, ao contrário, há outras questões complicadas para a teoria do Direito e a Metodologia; ali o objeto da vinculação do juiz é vago no conteúdo e pouco nítido em seus limites.

Depois dos conhecimentos que nós obtivemos acerca do *Direito Natural*,⁴⁹⁰ é claro que com “Direito”, como objeto de vinculação do juiz, não se está falando de normas jusnaturalistas. Estas não são apreensíveis. Normas que sejam ao mesmo tempo supra-históricas e substanciais não existem; a vinculação do juiz aqui não teria sentido. O que fica portanto como sendo “Direito”? A jurisprudência (dos tribunais superiores)? O “entendimento predominante”? A doutrina jurídico-científica? À primeira vista se percebe que estes fenômenos –

⁴⁹⁰ *Supra* § 18, III, 4.

quando eles são considerados sob o conceito de “Direito” como objeto de vinculação do juiz – não podem vincular o juiz da mesma forma em todos os casos, do mesmo modo como se espera isto da “lei”. A *doutrina jurídico-científica* não está constitucionalmente legitimada para criar o Direito ou para encontrar as decisões jurídicas. O “*entendimento predominante*” não pode ser a norma à qual o juiz é vinculado em sua decisão; na sentença do juiz ela deve estar antes na discussão, pode ser um auxílio para ele, mas não um comando. E a *jurisprudência (dos tribunais superiores)* também não garantem as qualidades que tem a lei como objeto de vinculação do juiz:

Em primeiro lugar só pode ser objeto de vinculação judicial o que – como a lei – é dito de modo singular; uma “vinculação” à orientações de decisão contraditórias anularia a si mesma. Portanto a jurisprudência dos tribunais superiores só pode ser levada em consideração contanto que ela esteja *permanentemente consolidada*.

Em segundo lugar a jurisprudência não tem a *aprovação* pelo legislador democrático, o que caracteriza a lei. Na verdade pode-se objetar que o legislador se apropria das declarações fundamentais do Direito judicial, enquanto ele não intervém modificando o processo de desenvolvimento judicial do Direito. Porém em relação a esta objeção deve-se ter em conta que o legislador na lei “regula” atuando, no Direito judicial somente omitindo – uma importante diferença para um legislador atarefado, que trabalha sob conflitos e geralmente com pressa.

A teoria do Direito e a Metodologia ainda não conseguiram solucionar de modo satisfatório os problemas abordados. Isto se deve ao fato de que ainda não se conseguiu criar uma *Teoria da Argumentação jurídica*,⁴⁹¹ que leve em conta não só a distinção entre a produção e a apresentação dos resultados da decisão, não só o problema da divisão de poderes no moderno Estado de Direito, não só os conceitos de “lei” e “Direito”, mas sobretudo os problemas da praxis judicial, até a estrutura organizacional dos Tribunais, o pensamento dos juizes ou seu acesso fático à biblioteca. Enquanto não se souber com detalhes quais regras segue realmente a jurisprudência

⁴⁹¹ Indicação de literatura introdutória e de aprofundamento em *Schneider/Schroth, Sichtweisen*. Vasta documentação com abordagens e investigações teórico-argumentativas em *W Hassemer/Kaufmann/Neumann, Argumentation*.

no trato com a lei, o direito judicial e a literatura, não se poderá chegar a uma conclusão sobre a questão de uma vinculação do juiz ao "Direito".

Com o cuidado necessário pode-se reconhecer antes da elaboração de uma teoria da argumentação jurídica que a vinculação do juiz em sua decisão vai além da sua relação com a lei. Entre a indicação abstrata da lei para a decisão e o problema concreto da decisão do caso, o juiz encontra uma variedade de indicações normativas e normativizantes, que na verdade não têm a dignidade constitucional da lei que, entretanto, lhe "vincula" amplamente e com conseqüências sérias.

§ 23. Referências e adaptações dos Tribunais penais

A vinculação do juiz refere-se não só à "lei", mas também ao "Direito", assim amplia-se o círculo de normas vinculantes e amplia-se também o *conceito de vinculação*. Se aos objetos de referência da vinculação do juiz pertence mais do que apenas a totalidade de leis, então o estrito conceito de vinculação constitucional é extremamente limitado. Ao Direito, que não tem a forma de lei, o juiz encontra apenas uma vinculação menos articulada do que à lei deliberada e aprovada de acordo com o ordenamento da Lei Fundamental e publicada no Diário Oficial. À vinculação ao Direito, que não é lei, falta a coação normativa.⁴⁹²

Porém não lhe falta a força fática. Por baixo dos preceitos legais, que impõem uma uniformização recíproca à jurisprudência dos Tribunais superiores no interesse de uma justiça homogênea,⁴⁹³ encontra-se um entrelaçamento cerrado de referências fáticas e dependências dos Tribunais penais uns dos outros. Os Tribunais inferiores seguem as *diretrizes de decisão dos seus Tribunais superiores*, porque os Tribunais superiores, pelos meios jurídicos, podem corrigir as decisões e inclusive o fazem no caso. Isto consiste não só em uma tendência de adaptação à opinião jurídica do Tribunal superior que decide o caso

⁴⁹² Nós deixamos fora de consideração neste contexto o problema do Direito consuetudinário, que tem uma significação especificamente restrita no Direito Penal (comparar *infra* § 27, IV).

⁴⁹³ Leia-se o § 121, II e §§ 136, 137 da GVG.

em última instância. Pertence inclusive à ética judicial não manter a própria opinião jurídica desviante em detrimento do acusado, quando é visível que ela será corrigida em outra instância e quando ela não pertence ao patrimônio irrenunciável da convicção jurídica dos Tribunais inferiores. Não só o juiz, mas também o promotor ou o defensor, em muitos casos, podem prognosticar a opinião do Tribunal superior (e orientar sua atuação nos Tribunais inferiores, o que, contudo, o juiz criminal sabe). Deste modo resulta uma *formação e uma estruturação das opiniões jurídicas através da praxis*. Por baixo do plano da abstração que a lei regula, surge através das referências fáticas e das adaptações um preenchimento (*Ausfüllung*) dos espaços de liberdade semântica e um emprego de regras de aplicação pelo Direito judicial.

Uma segunda coisa é acrescentada. Já tivemos antes⁴⁹⁴ a oportunidade de elogiar a sistemática e a transparência da *literatura dogmática do Direito Penal*, a qual possibilita um acesso mais rápido e preciso ao material de trabalho do penalista. Se se observa, por exemplo, este material de trabalho com mais atenção, a problemática da vinculação se apresenta sob uma nova luz.

§ 24. A dogmática do Direito Penal

O material de trabalho é composto pela lei e por aquilo que se denomina "dogmática do Direito Penal".⁴⁹⁵ A dogmática jurídico-penal, com a qual trabalham tanto a jurisprudência do Direito Penal como também a ciência do Direito Penal, formula regras de decisão jurídico-penal de um caso em um nível médio de abstração entre a lei e o caso: ela concretiza as instruções da lei; ela ilustra, por exemplo, a figura do "autor mediato" que o § 25, I do StGB, com uma formulação lacônica, coloca ao lado do "autor imediato", ele comete o fato punível "através do outro". Ela busca a decisão dos casos concretos

⁴⁹⁴ *Supra*, § 17.

⁴⁹⁵ Quem quiser se ocupar de modo mais amplo e detalhado com as tarefas e os resultados da dogmática do Direito Penal encontra uma abordagem em *W. Hassemer*, *Strafrechtsdogmatik*, p. 146-153. Interessante a introdução mais concreta ao trabalho da dogmática em *Arzt*, *Fremdnützige Hehlerei*.

nas regras de decisão que podem se generalizar, enquanto, por exemplo, extrai do “caso da máquina de ordenhar”⁴⁹⁶ o chamado “impacto individual do dano”, que fundamenta uma compreensão mais nova e mais precisa do dano patrimonial, de acordo com o § 263, I do StGB, e que se estende mais tarde às decisões dos casos semelhantes. Ela trabalha campos que o legislador ainda não cultivou, quando, por exemplo, vincula a punibilidade da omissão aos pressupostos sistematizados e diferenciados de uma “posição de garante” que mais tarde o legislador pode antepor na lei com a formulação “se ele juridicamente tem que evitar que o resultado se produza” (§ 13, I do StGB). O que ela produz, ela apresenta de modo transparente no ordenamento. Ela deixa seu material de conhecimento disponível para aquele que quer preencher os marcos formulados abstratamente pela lei, da qual ele parte, e para aquele que, partindo do caso, procura a regra mais geral que tenha validade para “casos desta espécie”.

Se fosse visto o trabalho da dogmática do Direito Penal simplesmente como instrumento *de coleta e elaboração de dados*, este seria compreendido somente em uma pequena parte. A profundidade dos seus efeitos só é visível quando ela é vista *em ação*. Ela não está apenas à disposição da atividade prática de decisão dos Tribunais penais mas também a orienta.

A dogmática do Direito, do mesmo modo que a lei, contém e determina *estruturas de relevância*. Ela escolhe o importante e põe de lado o irrelevante, ela reduz a complexidade,⁴⁹⁷ reduz o mercado de opiniões jurídicas e teoremas e canaliza a literatura jurídico-penal – não as exposições teóricas de teóricos e práticos, mas também as jurisprudenciais. Somente o que fica preso em suas redes pode ter influência na atividade decisória dos Tribunais penais.

A dogmática jurídico-penal domina a apresentação dos resultados da decisão e provavelmente também sua produção.⁴⁹⁸ Ela indica aos Tribunais penais em que posição de sua fundamentação eles têm que tratar, quais os argumentos e qual a extensão.

Já o estudante, mais tarde, nos exercícios para iniciantes, experimenta em um processo de aprendizagem freqüentemente doloroso, o que em si mesmo tem “*relevância*” em um parecer jurídico-penal: que a arte da argumentação jurídica profissional consiste menos em encontrar o resultado “correto” e equipá-lo com razões corretas, mas muito mais em suprimir o irrelevante, verificar laconicamente o evidente e expor o controvertido com argumentos justificáveis na dose correta. O fenômeno cintilante da “*opinião dominante*”⁴⁹⁹ desenvolve aqui seus efeitos benéficos e ao mesmo tempo perigosos: sobre o evidente não é preciso discutir mais, em relação a que, sobre o que os especialistas estão de acordo, pode-se (deve-se) poupar tempo e dinheiro (quanto mais moderados procedem os Tribunais e os estudantes, maiores são as chances de uma boa incidência e de uma evolução da praxis decisória).

O que é evidente, o que é irrelevante, como o que é controvertido, somente de modo esquematizado pode deduzir-se da lei. Os critérios de relevância e correção estão expostos e concretizados na dogmática jurídico-penal.

As referências recíprocas e as adaptações dos Tribunais penais uns aos outros e a capacidade da dogmática jurídico-penal concretizam o teor da lei e produzem de fato o efeito de vinculação. Esta espécie de vinculação não tem a qualidade e nem a categoria constitucional de vinculação à lei; ela é apreensível de modo preciso apenas em seus limites. Porém, esta espécie de efeito para a atividade prática de decisão do juiz criminal e para o acusado atingido é de grande alcance.

Os efeitos benéficos que se espera do controle judicial e da tradicional vinculação e que há pouco classificaram os textos⁵⁰⁰, podem se acentuar imensamente em sua intensidade através da sincronização (*Abstimmung*) dos Tribunais entre si (mediante a publicação, conhecimento e também citação da respectiva jurisprudência) e através da dogmática jurídico-penal atuante e adaptar a vinculação à lei a sua qualidade. Isto evidentemente não vale quanto à *divisão de poderes*. Pois através da sincronização e da dogmática jurídico-penal vincula-se a jurisprudência não à opinião do legislador, mas à atividade de decisão. Mas a uniformidade da jurisprudência, a previsibili-

⁴⁹⁶ BGHSr 16, 321 e ss.

⁴⁹⁷ Quem quiser se ocupar com o contexto desta alusão: *supra* § 17.

⁴⁹⁸ Sobre este contexto: *supra* § 18, I.

⁴⁹⁹ Uma crítica fundamental ao fenômeno da “opinião dominante” encontra-se em *Wesel, Herrschende Meinung*.

⁵⁰⁰ *Supra*, Quarto Livro Capítulo I.

dade da decisão, a transparência dos fundamentos da decisão, as oportunidades de controle, podem (na verdade, não realizar integralmente, mas) melhorar intensamente com os instrumentos mencionados, e torná-los extremamente importantes para a praxis.

Deve-se observar uma importante diferença em relação a vinculação à lei. As leis são (relativamente) *concisas* e são *publicadas* no Diário Oficial. Isto facilita – de acordo com a idéia – o acesso dos afetados e seu entendimento. A jurisprudência penal e a dogmática jurídico-penal são extensas, e estão expostas em uma literatura esotérica que normalmente para o acusado é incompreensível. Isto reduz as suas possibilidades de controle e de recurso.

Porém na praxis as diferenças não são tão grandes como parecem na teoria. O Diário Oficial está tão distante das pessoas como um Comentário de Direito Penal, a concisão e a compreensão das leis é cada vez mais reduzida e no Direito Penal seu conteúdo é intermediado à população não pelo estudo de textos, mas pela vida cotidiana e pelas normas (sociais) que atuam nela, que falam a respeito do roubo, da injúria e da rixa. Não a lei, mas a sua utilização pelos Tribunais penais é o foco da instância mediadora que leva o Direito Penal e seu conteúdo de maneira mais eficaz à população (embora nem sempre com uma representação fiel): *os meios de comunicação*. Não só a imprensa diária, rádio e televisão, mas inclusive os órgãos de orientação profissional ou das estradas informam o comerciante de gêneros alimentícios e o condutor sobre o Direito Penal que lhes diz respeito. Mas isto tudo ainda é muito pouco. Para que o cidadão afetado pela lei e pelo Direito, ao qual o juiz está vinculado, fique informado e possa avaliar e exercer as possibilidades de controle dos mesmos, atualmente o *defensor penal*, sobretudo, deve cumprir as tarefas de tradução e informação; a longo prazo devem ser desenvolvidas *assessorias jurídicas para os cidadãos*, para facilitar o acesso a uma defesa no Processo Penal e ampliar o conhecimento da população sobre a lei penal e o Direito Penal, especialmente sobre os *conhecimento jurídicos* nas escolas de ensino fundamental.

§ 25. O sistema do fato punível

Igualmente em um nível médio de abstração entre a lei e o caso, atua um instituto jurídico-penal que, como a dogmática do Direito Penal, não é formulado pelo próprio legislador: o sistema do fato punível, isto é, a teoria geral do delito. Ela também quer estender a lei à realidade, conciliá-la com o caso, e ela impõe esta conciliação. Diferentemente da dogmática jurídico-penal, a teoria do fato punível é antes produto do trabalho teórico do Direito Penal do que prático – entretanto, analogamente ela domina de modo insistente a praxis do Direito Penal, como o faz a dogmática jurídico-penal. Ela é muito mais uma *coletânea de indicações metódicas de procedimento* do que uma coletânea de regras materiais de decisão. Ela não explica o que o jurista tem que entender amiúde como, por exemplo, a defesa necessária na legítima defesa (§ 32 do StGB), mas como ele deve proceder detalhadamente em relação à produção e à apresentação da sua decisão, quando se trata de um caso de legítima defesa.⁵⁰¹

O sistema do fato punível vincula o juiz criminal a uma ordem de passos que ele deve seguir quando ele tem que verificar a punibilidade de uma conduta humana. Diferentemente do leigo, que é inclinado a julgar uma conduta “como um todo” ou em todo caso a dirigir-se rapidamente ao “essencial”, o jurista é obrigado a discutir as relações e a analisá-las comprovadamente com passos moderados, antes que ele as julgue em sua totalidade. Ele tem que verificar gradativamente se um homem “agiu” (*infra* I), porque senão faltaria o destinatário da norma penal; se esta conduta adapta-se a um tipo penal (II), porque senão não teria relevância jurídico-penal; se à conduta jurídico-penalmente relevante está excepcionalmente justificada (III), porque então não seria um injusto; se a conduta antijurídica pode ser atribuída subjetivamente a uma determinada pessoa (IV), porque senão seria injusto atribuir uma consequência jurídica a esta pessoa; se excepcionalmente se pode

⁵⁰¹ Para aprofundamento e ampliação disso comparar o pequeno escrito de *Naucke*, Straftatlehre. Quem se interessa por uma reconstrução dos métodos teóricos da estrutura do crime, estude *Rödig*, Verbrechensaufbau. Uma análise interessante do sistema do fato punível, argumentando desde os fundamentos do Direito Penal, até às particularidades dogmáticas do Direito Processual Penal oferece *Marxen*, Straftatsystem.

ou deve prescindir da imposição de pena (V, VI), porque senão seria absurda ou até mesmo prejudicial. Estas distinções entre o juízo de um profissional e o de um leigo não são fáceis de entender.

O estudo do Direito Penal decompõe-se tradicionalmente em dois grandes âmbitos de aprendizagem, que atualmente são determinados novamente pela tentativa de integrar um ao outro: na aula teórica e na prática, no conteúdo da lei e na aplicação da lei, no saber e no poder, na (lei e) dogmática jurídico-penal e na teoria do delito. Os iniciantes experimentam esta divisão como uma separação entre o saber próprio que se necessita para decidir os casos e o formalismo que impede os estudantes de construir adequadamente o seu saber, o qual lhes abre uma série de chances de cometer erros e cujas regras estão disponíveis: elas poderiam simplesmente ordenar o contrário e, apesar disso, elas seriam igualmente boas ou igualmente más.

É certo que algumas das regras do sistema do fato punível estão disponíveis no mesmo sentido que o mandato do § 2, I do StVO, de conduzir pela direita. Este mandato não exige o ponto de vista ético-jurídico; o StVO poderia do mesmo modo exigir que se conduza pela esquerda e contaria então somente com problemas com conseqüências puramente técnicas. O (grande) valor ético-jurídico do § 2 do StVO consiste no fato de que esta norma existe: sua mera existência e sua imposição permite fluir o trânsito e protege a vida, a saúde e as coisas. O resto da impressão é falso.

O sistema do fato punível é o complemento necessário de uma dogmática jurídico-penal diferenciada e mais ampla. Sem a “estrutura do delito” (como é denominado também o sistema do fato punível ou a teoria do delito, porque fornece o esquema de estrutura para a investigação das condutas delitivas) nossa dogmática jurídico-penal não seria tão complexa; ela não poderia existir, porque a sua complexidade não poderia ser produzida pela praxis. A teoria do fato punível é um meio de aumentar a capacidade da praxis jurídico-penal para a elaboração sistemática das regras complexas de decisão.

Na resposta à questão de quais características fazem do sistema do fato punível um meio apropriado para a elaboração de tais regras, situa-se, ao mesmo tempo, o conhecimento do caráter principal deste instituto, que é mais do que um esquema que prescreve a seqüência de etapas nas quais se deve verificar a punibilidade de uma conduta. São

três características, as quais fazem da teoria do fato punível o principal instituto do Direito Penal: ela é esquemática, ela é geral e ela é justa.

O sistema do fato punível é *geral* (*allgemein*). A lei penal e a dogmática jurídico-penal contêm não só um conjunto visível de instruções de decisão, mas também uma grande quantidade de sistemas cuja relação recíproca pode ser exposta apenas sistematicamente. Isto começa com a relação entre o Direito Penal material e o formal, segue com a distinção entre a parte geral e a especial do Direito Penal material, as justificantes, as exculpantes e as causas de exclusão da punibilidade, até os crimes contra o patrimônio e os cometidos com violência, os crimes que se procedem de ofício e mediante requerimento, os crimes com vítima e sem vítima, os crimes (*Verbrechen*) e os delitos (*Vergehen*) etc. – apenas para escolher indiscriminadamente algumas poucas questões sistemáticas que devem ser observadas em relação à decisão da questão da punibilidade.

A teoria do fato punível pretende oferecer um procedimento para verificação da punibilidade, que se situa antes de todas as sistemáticas e que não as descuida. A definição segundo a qual o fato punível é uma ação típica, antijurídica e culpável,⁵⁰² reclama validade para todas as formas de delitos. A teoria do fato punível serve de base a estas formas, expressando o que é comum nelas. Neste sentido a teoria do fato punível situa-se antes da lei; uma modificação da lei penal não leva a uma modificação imediata da teoria do fato punível (mas sim a uma modificação da dogmática jurídico-penal).

O comum às formas de delitos, que vem expresso na teoria do fato punível, não é o mínimo denominador comum das formas de delito, isto é, um produto artificial abstraído e espiritualizado que de algum modo está contido em todas elas e por isso pode ser retirado dos parênteses (*Klammer*). Na estrutura do crime da teoria do fato punível expressa-se muito mais um aspecto comum que abrange as

⁵⁰² Inclui-se na estrutura do crime habitualmente pelo elemento culpabilidade ainda outros dois elementos da punibilidade que nos casos normais não são incluídos e por isso, em regra, também não são mencionados. A teoria do fato punível tem então a seguinte estrutura: (1) ação; (2) tipicidade; (3) antijuridicidade; (4) culpabilidade; (5) causas pessoais de exclusão e anulação da pena; (6) pressupostos processuais e obstáculos à punição. – Comparar sobre a totalidade desta estrutura também *infra* § 25, VI.

finalidades concretas, os pressupostos e as limitações da nossa cultura jurídico-penal. As etapas da estrutura do crime dizem mais do que todas as formas de delito juntas. Elas constituem etapas conjugadas de imputação de um resultado delitivo a um indivíduo. Como tais eles são *critérios de justiça*:

I. Ação

O primeiro elemento da teoria do fato punível é a ação⁵⁰³ (ou como também se diz, a *conduta*, para não deixar de observar, em todo caso, a omissão, o deixar morrer de fome, o deixar afogar-se). Com a exigência aos juristas de começar sempre com a verificação da punibilidade pela ação, a teoria do fato punível expressa vários princípios que caracterizam a auto-compreensão da nossa cultura jurídico-penal e a sua racionalidade.

Em primeiro lugar: somente a *conduta humana* pode ser objeto de comprovação jurídico-penal. Os animais e as coisas não “atuam”. Isto não é algo trivial; os ordenamentos jurídicos anteriores levaram adiante processos penais contra animais – para nós isto não é motivo para risos, mas para reflexão sobre a relação do homem com o animal, como um esquema que caracteriza uma cultura e o cotidiano dos homens determinado por ela; na República Federal no ano de 1990 – através de um projeto de lei visando melhorar a posição jurídica dos animais no Direito civil, BT-Dr 380/89 – chegou-se à conclusão de que os animais devem ser percebidos e tratados juridicamente como “coisas”.⁵⁰⁴ Os ordenamentos jurídicos anteriores admitiam inclusive a prisão por atos de terceiros, por exemplo do tutor pelo pupilo, do senhor pelo servo.

A versão moderna deste problema é a responsabilidade do indivíduo pela da empresa, da sociedade ou de um órgão que a pertença, e o princípio de que as

⁵⁰³ Para um aprofundamento e ampliação do tema, recomenda-se: *E. A. Wolff, Handlung*.

⁵⁰⁴ Observe a esse respeito em *Karsten Schmidt*, *Hunde* e pense em seguida na situação em que o *penalista* igualmente compreenda os animais como coisas (§§ 242, 246, 303 do StGB), mas, por outro lado, na lei de proteção aos animais ele trate como algo completamente distinto – mas como?

instituições não são responsabilizadas penalmente, senão os homens que atuam nelas ou através delas.⁵⁰⁵ As formas anteriores do Direito Penal estatal conheciam vítimas humanas e a vingança de sangue: formas de responsabilização que desconheciam o princípio da imputação (e por isso também a “pena”?), culturas jurídicas que não pensavam nos indivíduos, mas em grupos, clãs ou tribos.⁵⁰⁶

Logo: a referência da teoria do fato punível à conduta humana como a primeira prova da punibilidade é expressão de que o mero caso fortuito não tem que interessar ao penalista. Um terremoto, o ataque de um animal, uma inundação são acontecimentos que produzem “resultados típicos”: homicídio, lesão corporal, danos materiais. Porém, lesões de tais espécies o sistema jurídico-penal só leva em consideração se elas estiverem vinculadas a uma falha humana: prognóstico incorreto de que não haverá desabamento; a construção deficiente de uma casa em uma região perigosa;⁵⁰⁷ omissão de socorro em um desastre;⁵⁰⁸ a falta de vigilância de um animal perigoso; o defeito na estrutura de um dique; o atraso das medidas de salvamento.

Estes exemplos mostram que a *delimitação entre a ação e o caso fortuito* é precária. Até que ponto eu “atuo” quando vejo um afogamento em relação ao qual nada faço, porque não posso nadar e ele me é absolutamente indiferente? Eu “atuo” quando percebo que a máquina que tenho que utilizar é complicada demais para minha cabeça, mas não quero perder meu emprego e por isso aceito o fato de que talvez algo ocorra? Eu “atuo” quando uma mosca que, pela janela aberta, me entra no olho e faz com que em uma curva eu automaticamente perca a direção?

De acordo com os elementos do conceito jurídico-penal de ação todos os três “agiram”.

A discussão dentro da ciência do Direito Penal alemã de que se a *omissão* em geral pode ser considerada como uma conduta penalmente relevante – o sujeito que omitiu não colocou em andamento o fatídico curso causal, no entanto, ele deve responder como alguém que

⁵⁰⁵ Leia-se o § 14 StGB. No “Direito Penal complementar” há exceções a este princípio (leia-se os §§ 9, 30, 130 da OwiG).

⁵⁰⁶ Aprofundamento em *Eb. Schmidt*, *Geschichte*, §§ 3-5.

⁵⁰⁷ Leia-se o § 323 do StGB.

⁵⁰⁸ Leia-se o § 323c do StGB.

causou o motivo – acabou,⁵⁰⁹ pois o § 13 do StGB estabeleceu expressamente a punibilidade do autor da omissão e se precaveu com pressupostos limitadores: o acontecimento que resulta em uma lesão deve ser “dominável” pelo sujeito inativo (ele deve ser capaz de salvar a pessoa que está se afogando pela natação ou pela busca de auxílio); o sujeito inativo (*Untätig*) deve estar em uma relação especialmente próxima à vítima (“*posição de garante*”, por exemplo, pelo parentesco ou pela profissão de salva-vidas), da qual resulte o dever específico de evitar o resultado ameaçador (“*dever de garante*”); além disso a omissão de evitar o resultado deve corresponder no caso concreto à produção do resultado pelo fazer (positivo), lhe deve ser “*equivalente*”. Para dispersar as dúvidas sobre a inclusão da omissão na punibilidade da ação, o legislador concedeu ao juiz no § 13, II do StGB a possibilidade de *atenuação da pena*.

O conceito jurídico-penal de ação é extremamente restritivo em relação à *delimitação do caso fortuito*. Aqui existem praticamente apenas três casos aos quais se recusa o predicado “ação”: a perda dos sentidos, os atos sob “vis absoluta” (alguém de repente me empurra contra uma vitrine) e as reações corporais reflexivas aos estímulos externos.⁵¹⁰ Esta restrição tem duas boas razões:

A conduta humana, a ação, é o primeiro ponto pelo qual se começa a verificação da punibilidade. Se a conduta é punível, se é imputável objetiva e subjetivamente, ela será levada à discussão por outros níveis de estrutura do delito sob pontos de vista variados e em uma estrutura altamente sutil. Por conseguinte o *rude sistema de elementos* da ação pode excluir somente muito pouco. Concretamente a estrutura sutil de imputabilidade nos limites do caso fortuito é formulada pela culpabilidade (*Schuld*) e pela culpa (*Fahrlässigkeit*), quando se questiona se a produção (ou o não impedimento) do resultado era previsível e evitável de um modo geral e individual por este autor. Os crité-

rios do “poder-para isso”^{NT5} não são critérios da ação, mas da culpabilidade. O conceito de ação cria muitas elementares e separa da verificação, considerando desde o princípio como jurídico-penalmente irrelevante, o que sob nenhum ponto de vista possível é controlável pelo homem; e que são os três casos mencionados.

Também a distinção (e não só) das normas jurídico-penais em “*normas de determinação*” e “*normas de valoração*”⁵¹¹ é um auxílio para compreender a restrição do conceito de ação quanto à delimitação do caso fortuito. Certamente as leis penais são normas de valoração no sentido de que elas valoram (negativamente) as condutas nelas descritas e exigem do juiz uma valoração análoga. Mas ao mesmo tempo elas também são normas de determinação quando exigem de todos uma conduta que se afaste do injusto descrito. A norma jurídico-penal é compreendida somente quando seu caráter de determinação e de valoração são mantidos juntos.⁵¹²

A norma jurídico-penal pode cumprir completamente a função de determinação quanto menor e mais preciso for o círculo do que ela quer considerar como “caso fortuito”. O Direito Penal amplia o arco da sua exigência de conduta conforme a norma, ele tenta abarcar todos os casos dos quais não pode excluir-se uma possibilidade de determinação do homem atuante e está decidido a considerar ainda como “ação” (e por isso jurídico-penalmente relevante) o que, sob condições ideais, pode ser entendido por conduta conforme a norma. No entanto, deve evitar dois erros em relação a isso: não pode apresentar mandatos evidentemente absurdos (deve afastar do conceito de ação todos os casos nos quais o controle humano não é possível) e não pode ser injusto (deve cuidar para que a sistemática rudimentar do conceito de ação seja corrigida com uma adaptação mais sutil por outros níveis da estrutura do delito).

Finalmente: os pensamentos são livres. Para o sistema jurídico-penal eles não são assim, simplesmente, porque nenhum caçador pode matá-los com um tiro, mas porque este sistema é compreendido como um Direito Penal do fato. Isto vem expresso em vários textos da lei penal e da dogmática jurídico-penal (naturalmente também do Direito Processual); e

⁵⁰⁹ Para os interessados nos fundamentos do Direito Penal vale a pena tomar conhecimento dos argumentos que os opositores a uma punibilidade da omissão alegaram. Leia-se *H. Mayer*, AT, p. 80 e s.

⁵¹⁰ Vale a pena ler e estudar na decisão do *OLG Hamm*, JuS 1975, 189, Nr. 9, como a jurisprudência utiliza de modo restritivo o elemento do movimento corporal reflexivo.

^{NT5} A expressão “*Dafür-Können*”, “poder-para isso”, como foi empregada, tem o sentido de “responsabilização”, ou “*ser culpado* ou *responsabilizado por*”

⁵¹¹ Sobre a discussão acerca das normas de valoração e de determinação: *Engisch*, Einführung, p. 22-33.

⁵¹² Discussão sobre a distinção entre normas de determinação e de valoração em *Otto*, Personales Unrecht, p. 545 e ss.

é inclusive fundamento do sistema do fato punível e ali da primeira etapa de imputação da ação. O fato de que a verificação da punibilidade só pode começar quando um homem agiu, exclui a possibilidade de converter o prognóstico de uma futura lesão ou o diagnóstico de uma periculosidade atual no único pressuposto de uma reação jurídico-penal.

II. Tipicidade

Certamente o princípio do Direito Penal do fato só obtém resultado pleno na segunda etapa de imputação no sistema do fato punível, isto é, na *tipicidade* da conduta, e ali especialmente se se produziu o *resultado do ato*. Na verdade, no plano da ação algumas hipóteses já foram excluídas da reação jurídico-penal, e o conceito de ação demonstrou-se a esse respeito como um conceito crítico. Todavia ele permanece em completa palidez; somente um minúsculo fragmento da realidade humana pode eliminar-se do âmbito da possível punibilidade pela incompatibilidade com o conceito de ação.

No plano da tipicidade da conduta humana intensifica-se imensamente a função crítica do sistema do fato punível. Este plano (que naturalmente pressupõe a primeira etapa da ação; somente a conduta humana pode ser tipificada) determina os limites da punibilidade – como o fazem todas as etapas do sistema do fato punível sucessivamente. A tarefa específica da etapa do tipo é indicar o *relevo* (*Relief*) da proteção de bens jurídicos, que constitui a especificidade de toda cultura jurídico-penal. No plano da tipicidade pode-se reconhecer as grandes linhas que o sistema jurídico-penal traça entre a liberdade de um e de outro cidadão.⁵¹³

A questão que o penalista tem que responder nesta etapa da estrutura do delito, diz: a conduta preenche todos os elementos de algum tipo do StGB (ou do Direito Penal complementar)? Nesta questão se compreende como tipo o conjunto de elementos que descrevem um determinado delito (por exemplo, a subtração de coisa alheia móvel com a intenção de lucro, § 242 do StGB, ou a morte de uma pessoa, § 212 do StGB) ou que

⁵¹³ Quem quiser se ocupar com esta questão com maior profundidade e exatidão e verificar na filosofia política do Iluminismo sobre a tarefa do Direito, leia em *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, §§ A até E, a Introdução à Teoria do Direito, p. 336-341, ou os capítulos terceiro ao sétimo da *Idee*, p. 36-45.

descreve as formas especiais de manifestação de uma conduta delitativa (por exemplo, o auxílio, § 27 do StGB, ou a tentativa, §§ 22 e s. do StGB). A tipicidade da conduta significa, portanto, que a conduta corresponde à descrição legal do delito.

Mas com isso não se sabe muito ainda sobre o ato, como se mostrará na apresentação da antijuridicidade. Mas o que se pode verificar no plano da tipicidade, será especificado brevemente.

Sabe-se que determinada conduta não é *jurídico-penalmente relevante*: tomar café, passear, colher flores somente em condições especialmente adversas tem algo a ver com a punibilidade. Este saber é *definitivo* (*endgültig*); o que no plano da tipicidade (como também no plano da ação) se exclui do âmbito do jurídico-penalmente relevante, fica de fora. As informações negativas do sistema do fato punível constituem em qualquer etapa a última palavra. Elas caracterizam, no plano da tipicidade, o âmbito de liberdade de ação jurídico-penal.

Sabe-se que determinada conduta é *jurídico-penalmente relevante*: passear enquanto a criança teimosa fica presa em casa no porão, colher flores no jardim do vizinho. Este saber é *provisório* (*vorläufig*); o que no plano da tipicidade (como também no plano da ação) é deixado no âmbito do jurídico-penalmente relevante, encontra-se ainda diante de outras verificações dentro da estrutura do delito, isto é, nos planos posteriores pode fracassar. As informações positivas no plano da tipicidade caracterizam o setor da conduta humana para o qual o Direito Penal é competente. Elas caracterizam os interesses humanos e os *bens jurídicos* que têm a proteção do Direito Penal: a vida, a liberdade, a saúde, a propriedade, a autodeterminação sexual, um quadro de funcionários incorruptíveis ou um ambiente limpo. E elas caracterizam o tipo e a forma de lesão ao bem jurídico que o Direito Penal persegue; como, por exemplo, lesões ao patrimônio pela subtração, dano, destruição ou apropriação da coisa, mas não pela demora na devolução de uma coisa emprestada.⁵¹⁴

Comparado com o plano da ação, o plano da tipicidade é mais rico em informações e mais crítico. Comparado com o conjunto de informações que se necessita para responder a questão acerca da punibilidade de uma conduta, o plano da tipicidade é insuficiente. Suas descrições são abstratas, gerais. Elas traçam limites de livre

⁵¹⁴ Leia-se quanto à isso os §§ 242, I; 303, I e 246, I do StGB.

atuação, constróem limites protetores para os interesses humanos e estabelecem proibições. Mas em relação à questão de que se uma determinada conduta era, no caso concreto, também um injusto no sentido do Direito Penal, elas oferecem apenas informações provisórias.

III. Antijuridicidade

A resposta definitiva à questão é elaborada no plano da “antijuridicidade”. Ali estão tipificadas situações nas quais, excepcionalmente, o Direito Penal não converte em um juízo definitivo o seu juízo provisório sobre o caráter injusto da conduta que havia sido admitida no plano do tipo:

Quem se defende de um cão (§ 228 do BGB) ou de outra pessoa que lhe agride injustamente, não comete um injusto, ainda que lesione os direitos do dono do cão ou do agressor e por isso preencha o tipo do § 303 do StGB, do § 223 do StGB ou do § 212 do StGB (§ 32 do StGB).⁵¹⁵ Quem pega alguém “em flagrante”, ao segurar e impedir a fuga, age licitamente, ainda que tenha que coagi-lo (§ 340, I, II do StGB) e privá-lo da liberdade (§ 239, I, StGB); pois tem o direito de detê-lo provisoriamente (§ 127, I, III do StPO).⁵¹⁶ Quem dirige velozmente pela cidade acionando a buzina e as luzes de modo desenfreado para levar sua mulher a tempo a uma sala de partos infringe as disposições do código de trânsito somente no plano do tipo, porque ele colocou terceiros em perigo; o ordenamento jurídico-penal o considera em “estado de necessidade justificante” (§ 34 do StGB),⁵¹⁷ porque ele

⁵¹⁵ Um bom panorama sobre o conteúdo e a extensão do direito à legítima defesa acha-se em Roxin, “Sozialethische Einschränkungen”.

⁵¹⁶ Sobre os pressupostos legais e a limitação jurídico-política do direito do particular de efetuar a prisão: Arzt, Festnahmerecht.

⁵¹⁷ Recomenda-se ler oportunamente a decisão do RG de 11.3.1927 (RGSt 61, 242), na qual são apresentados os fundamentos de um novo instituto jurídico: o “estado de necessidade supralegal”, aceito e diferenciado pela dogmática jurídico-penal e que foi acolhido pelo legislador da reforma da 2. StrRG do StGB; desde 1975 há apenas o “estado de necessidade legal”; o problema do RG, a interrupção da gravidez para salvar a vida ou a saúde da mulher (“indicação médica”), foi regulado pelo legislador no § 218a, I, n. 2 do StGB – no mesmo sentido do RG. Uma introdução ao problema do estado de necessidade, a partir dos limites do estado de necessidade justificante em Grebung, Grenzen.

faz prevalecer um interesse humano central em iminente perigo (a vida e a saúde de sua mulher e seu filho) em face dos interesses alheios que, ou são de menor valor ou são colocados em um perigo de intensidade muito menor, e ele não tinha outra alternativa naquela situação. Quem, como a autoridade policial ou o juiz, por incumbência oficial inconstestável ou legal intervem nos direitos dos demais e observa quanto a isso os limites dados à intervenção, não se torna punível, porque a lei não pode ordenar ou autorizar a conduta e ao mesmo tempo considerá-la como punível.

Veja-se já aqui, que a separação entre a tipicidade e a antijuridicidade não é tão evidente como a separação entre a ação e a tipicidade. Nesta pode-se recorrer à distinção entre valoração jurídica (tipicidade) e objeto da valoração (conduta humana). No entanto, naquela ela não auxilia; a tipicidade e a antijuridicidade formulam critérios visíveis de valoração jurídica. Certamente com graus e aspectos distintos.

Há uma concepção segundo a qual os critérios de valoração jurídica que são de interesse no plano da antijuridicidade, denominam-se “elementos negativos do tipo”.⁵¹⁸ Esta teoria expressa o cruzamento (“*Verschränkung*”) entre tipicidade e antijuridicidade. Ela diz que os elementos dos quais resulta a justificação (isto é a incumbência oficial ou a intervenção ilícita) teriam sido elevados a um determinado plano por razões de sistematização legal ou estilísticas – os fatos de acordo com o tipo a que pertencem e isto porque da tipicidade e da antijuridicidade conjuntamente, só se podem deduzir as dimensões do injusto penal. Portanto se deveria ler, por exemplo, o § 185 do StGB, referindo-se ao “elemento negativo do tipo” no § 193 do StGB: “A injúria será punida com ... a não ser que ela ocorra em defesa de interesse legítimo.”

⁵¹⁸ A discussão acerca dos “elementos negativos do tipo” gira em torno dos fundamentos do erro jurídico-penal, do conceito de injusto e das possibilidades legais de uma sistemática penal. Por isso ela é especialmente relevante, mas também especialmente difícil. A discussão não acabou, mas nos últimos tempos se manteve em silêncio. Quem quiser analisar esta discussão, informe-se em qualquer Tratado sobre a Parte Geral ou em algum comentário na literatura mais recente e analise a controvérsia entre Arthur Kaufmann, Negative Tatbestandsmerkmale bem como, do mesmo, Tatbestand e Armin Kaufmann, Tatbestandseinschränkung.

Porém, esta concepção não expressa a diferença entre o plano da tipicidade e da antijuridicidade. A diferença mais importante é a “negatividade” (*Negativität*) dos elementos que caracterizam o plano da antijuridicidade não só pela linguagem, mas pelos fatos. O objeto do plano do tipo é a fundamentação do injusto. O objeto da antijuridicidade é a exclusão do injusto. Isto condiciona, inclusive para os juristas que verificam a punibilidade, uma *modificação radical de perspectiva*. Não se pode ao mesmo tempo censurar (“positivamente”) e justificar (“negativamente”). O jurista deve trocar os planos de maneira clara, se ele procura pela fundamentação ou pela exclusão do injusto.

Além disso, deve ater-se, através da distinção dos dois planos da estrutura do delito, ao fato de que uma conduta que simplesmente preenche o tipo, mas também não é antijurídica, não é o mesmo que a conduta jurídico-penalmente irrelevante, que não satisfaz o plano do tipo. Matar alguém em legítima defesa não é o mesmo que tomar um café, apesar de que em seu resultado nenhum dos dois é um injusto penal. Matar alguém em legítima defesa é uma lesão a um homem, é uma invasão a um campo proibido (ainda que com autorização especial), é uma transgressão à *barreira do tabu* (*Tabuschanke*) que co-determina a nossa cultura jurídica. A pena privativa de liberdade é uma privação da liberdade, ainda que autorizada ou ordenada, e a distinção clara e conseqüente entre os planos do tipo e da antijuridicidade é um dos meios de manter a sensibilidade dos profissionais da área do Direito Penal para o fato de que mesmo a lesão justificada é uma lesão – inclusive as lesões justificadas que estes mesmos profissionais infligem.⁵¹⁹

IV. Culpabilidade

Superados os planos da antijuridicidade e da justificação, é pronunciado então o juízo sobre o ato. É estabelecido se a conduta hu-

⁵¹⁹ Os iniciantes ou mesmo os estudantes mais avançados que são instruídos prematuramente por repetições e repetições, quando superam o plano da tipicidade nos pareceres, repetem, como um estereótipo, a frase: “a tipicidade é indício de antijuridicidade” – com a esperança de, com isto, inserir no texto uma frase à qual ninguém pode contestar. A frase naturalmente não está errada. Mas talvez as reflexões sobre a antijuridicidade mostrem inclusive que a reiteração desta afirmação revela não só a pobreza da linguagem, como também de conhecimentos jurídicos.

mana, que foi verificada pelos critérios de decisão do Direito Penal material, ultrapassou os limites de liberdade que vigem para todos: se a conduta era um “injusto”. Sobre o autor sabe-se, até o momento, somente casualidades e incoerências, assim, por exemplo, se ele tinha a intenção de apropriar-se da coisa subtraída (§ 242, I do StGB) ou de extrair alguma vantagem do prejuízo patrimonial de outrem (§ 263, I do StGB), se ele matou cruel ou traiçoeiramente (§ 211, II do StGB), se ele atuou profissionalmente (§ 302a, II, n. 2 do StGB), por hábito (§ 292, III do StGB) ou por ocupação (§ 144 do StGB). Estas certamente são informações sobre o sujeito atuante. Porém, não foram colhidas com interesse no autor, mas com interesse no ato e por isso também, sob o ponto de vista da pessoa atuante, elas são fragmentárias; são “*elementos subjetivos do injusto*” que só qualificam o ato (no entanto, para isso precisam informar-se junto ao autor).

A intenção de se apropriar no roubo e a intenção de enriquecimento na fraude são indagadas a alguém, porque estes “delitos incompletos de duas ações” ou “*delitos de resultado cortado* (*kupierten*)” não esperam que o resultado criminologicamente esperado ocorra (que o ladrão também utilize e gaste a coisa subtraída; que o fraudador gaste a soma defraudada), mas vêem a consumação do delito já na prova da intenção correspondente. A profissão e a habitualidade são questionadas em relação ao ilícito porque o legislador fez deste elemento subjetivo do injusto uma causa especial de agravamento.⁵²⁰

Como os elementos subjetivos do injusto – quando eles exigem também conhecimentos sobre o autor – somente qualificam o ato, deve-se localizá-los conseqüentemente no plano da tipicidade.⁵²¹ O plano da culpabilidade é aquele no qual se reúne o saber sistemático sobre o autor. Quem chega a este plano sabe, de acordo com as etapas precedentes de verificação, que uma conduta humana realizou um injusto penal. O que ainda não se sabe é se a conduta verificada pode ser “imputada” a um determinado homem; se um determinado homem pode ser considerado “responsável” por esta conduta. Nesta quarta

⁵²⁰ Os elementos subjetivos do injusto são algo assim como uma “descoberta” jurídica. Quem quiser seguir este processo de descoberta, leia *Hegler*, Merkmale des Verbrechens, e *Mezger*, Subjektive Unrechtselemente.

⁵²¹ Sobre o desenvolvimento do conceito dogmático de crime e a classificação dos seus elementos: *Jescheck*: Entwicklung des Verbrechensbegriffs.

etapa da estrutura do delito discute-se e decide-se a “imputação subjetiva” do injusto a um determinado homem.

Os planos da culpabilidade e da tipicidade assemelham-se um ao outro em vários aspectos e diferenciam-se completamente dos dois outros planos do sistema do fato punível que nós vimos. Enquanto no plano da *ação*, isto é, da conduta, a *grasso modo* são excluídas as situações que sob nenhum ponto de vista imaginável podem ter relevância para o Direito Penal, no plano da *antijuridicidade* são excluídas as ações tipificadas que excepcionalmente não contrariam a ordem de valoração do Direito Penal. Enquanto, em ambos, portanto, trata-se da exclusão, da eliminação da imputação, nos planos da *tipicidade* e da *culpabilidade* trata-se do contrário: da inclusão, da fundamentação da imputação – no aspecto objetivo e no aspecto subjetivo.

Conseqüentemente deve-se esperar que os planos da ação e da antijuridicidade trabalhem com elementos negativos (excludentes) e os planos da tipicidade e da culpabilidade com elementos positivos (justificadores). Isto também está certo. O plano da ação contém a descrição de três situações para as quais desde o princípio nega-se relevância jurídico-penal; o plano da antijuridicidade formula causas (de justificação) que excepcionalmente eliminam o caráter de injusto de uma conduta tipificada. Na etapa da tipicidade, ao contrário, encontram-se os elementos que justificam a relevância penal de uma conduta: a qualidade de autor (“quem” ou “quem como autoridade”), a ação (“subtrair uma coisa alheia”), o resultado do ato (“prejuízo patrimonial”). Estes elementos abrem a possibilidade da imputação objetiva. Então a etapa da culpabilidade tem à disposição aqueles elementos que abrem a possibilidade da imputação subjetiva?

Sim e não. Tais elementos existem realmente no plano da culpabilidade. Mas ao mesmo tempo a etapa da culpabilidade contém também elementos negativos (excludentes) e além disso os elementos positivos não são completos – diferentemente que no plano da tipicidade –; em seu círculo falta um importante elemento que fundamenta a imputação subjetiva.

O dolo e a culpa são os dois elementos de uma conduta humana, dos quais resulta positivamente a possibilidade de imputação subjetiva.⁵²² Eles expressam que aquele que age objetivamente e causa um

⁵²² No início do *excursus* 2, logo a seguir, mostrar-se-á na discussão acerca do conceito de ação, que a localização destes elementos na etapa da culpabilidade é avaliada

resultado (ou insucesso) objetivo deve ter participado também internamente nesta sua conduta, quando então a conduta lhe deve ser imputada subjetivamente: que ele sabia e também queria o que fazia, ou que, se não queria e não previa os resultados causados por ele, pelo menos podia tê-los previsto e evitado (*culpa*).⁵²³

O dolo e a culpa decidem positivamente sobre a possibilidade de uma imputação subjetiva. Somente quando se apresentam estes pressupostos, um acontecimento objetivo (como a morte de um homem) pode fundamentar uma conseqüência jurídico-penal para uma pessoa (como a pena privativa de liberdade devido a um homicídio). O elemento culpa, em nosso Direito Penal, decide sempre sobre os limites da punibilidade e da impunidade: um resultado que não é causado pelo menos culposamente é caso fortuito; por caso fortuito ninguém é responsabilizado em um Direito Penal da culpabilidade. O elemento dolo, em todo caso, decide sobre os limites da punibilidade e impunidade quando o resultado em questão era um dos chamados “*crimes dolosos*”, no qual o agente deveria ter participado com vontade e consciência.⁵²⁴ Se o delito cometido é punível também como culposo, então o elemento dolo decide sobre o grau de punibilidade.⁵²⁵

Quem atua pelo menos culposamente tem participado internamente em um resultado objetivamente causado por ele de modo tão intenso que uma imputação subjetiva deste resultado tem interesse para o Direito Penal. Se o delito cometido é punível somente na forma dolosa então os pressupostos da imputação subjetiva são ainda mais exigentes. Mas em ambos a imputação jurídico-penal é fundamentada no plano da culpabilidade: subjetivamente.

diferentemente. A *teoria final da ação* considera o dolo e a culpa como elementos da ação típica, ela os agrega por conseguinte ao plano da tipicidade e esvazia o plano da culpabilidade de modo que retira os seus elementos positivos de imputação.

⁵²³ Abordagem e síntese sobre o dolo: *supra* § 21, nota de rodapé 474. Importante também para este contexto a leitura da decisão do BGH sobre a punibilidade de uma contaminação com Aids pelo § 223a do StGB, NJW 1989, 781/783 e s. A culpa nós vimos de modo um pouco mais detalhado *supra* § 21.

⁵²⁴ Leia-se o § 15 do StGB e como exemplo os §§ 185 e 246 do StGB.

⁵²⁵ Compare-se os §§ 223, 230 do StGB; 212 e 222 do StGB.

Todavia, o dolo ou pelo menos a culpa não são suficientes como fundamentos da imputação subjetiva. São igualmente elementares outros três pressupostos: com base no seu desenvolvimento (§ 19 do StGB) e na sua saúde espiritual e corporal (§ 20 do StGB), o agente deve ser *capaz de culpabilidade*, isto é, de compreender o injusto do seu ato e de orientar sua conduta de acordo com este entendimento. Ele deve estar em condições *de conhecer* (§ 17 do StGB)⁵²⁶ a proibição ou o mandato que sua conduta infringiu. Finalmente, deve lhe ser *exigível* a conduta reclamada pelo Direito (exemplos: §§ 33, 35 do StGB).⁵²⁷

Estes pressupostos são razoáveis: a quem falta a capacidade de orientação ou de entendimento em razão da pouca idade ou de defeitos graves; a quem absolutamente não podia perceber que fazia algo proibido; a quem em excitação ou aflição reagiu de modo compreensível lesionando a outrem – um Direito Penal cautelosamente ponderado não pode imputar um fazer injusto. A capacidade de culpabilidade, o conhecimento da proibição e a exigibilidade da conduta em conformidade com a norma são pressupostos positivos da imputação subjetiva.

Isto está teoricamente correto apenas por duas razões. Uma olhada na lei mostra que não se pode estar seguro ante conseqüências jurídico-penais, quando um pressuposto positivo da imputação subjetiva falta no plano da culpabilidade e que o sistema jurídico-penal não trata positivamente os três pressupostos, mas negativamente.

De acordo com o StGB de 1871 a verificação da possível punibilidade terminava quando um dos três pressupostos positivos da imputação subjetiva não era preenchido pelo plano da culpabilidade: quem por exemplo agia em situação de incapacidade de culpabilidade, era absolvido e estava livre de todas as conseqüências jurídico-penais. Hoje ele também é absolvido; não pode lhe ser imposta uma pena. Porém, desde a introdução das *medidas* de correção e segurança no StGB em 1933 pode lhe ser imposta uma das conseqüências que estão enumeradas no § 61 do StGB: ele na verdade não é “culpável”, mas possivelmente – e justamente em razão da sua

⁵²⁶ Nós já nos ocupamos expressamente com o erro de proibição *supra* (§ 17) sob um ponto de vista completamente diferente.

⁵²⁷ Sistemáticamente acerca da incapacidade de culpabilidade: *Lackner*, Prävention; críticas sob o ponto de vista das ciências empíricas: *Wegener*, Seelische Abartigkeit. Claramente sobre a combinação de excesso na legítima defesa: *Saven*, Überschreitung. Uma exposição do estado de necessidade exculpante orientada por casos em *Timpe*, Grundfälle.

incapacidade de culpabilidade – “perigoso”. A execução da medida em face da execução da pena é apenas teoricamente o mal menor.⁵²⁸ Sob o ponto de vista do afetado uma absolvição devido à incapacidade de culpabilidade, hoje pode ser, teoricamente, apenas uma saída oportuna do processo, e também o defensor avalia a estratégia de defesa no marco das alternativas entre “criminalização” e “psiquiatrização”.

Embora os três pressupostos da imputação subjetiva, do mesmo modo que o dolo ou a culpa, sejam de natureza positiva, eles são formulados pela lei de forma *negativa*; fala-se da incapacidade de culpabilidade, do erro de proibição e da inexigibilidade de conduta em conformidade com a norma. A praxis se orienta de acordo com isso. Ela não verifica a capacidade de culpabilidade e o conhecimento (ou o dever de conhecimento) da norma de proibição, mas questiona sobre as circunstâncias que excluem a capacidade de culpabilidade ou o conhecimento da proibição. Se tais circunstâncias (negativas) não existem (por exemplo, o acusado não padece de um transtorno mental patológico, § 20 do StGB), então a praxis se vê legalmente legitimada a partir da capacidade de culpabilidade ou do conhecimento da proibição: da dupla negação, uma afirmação. Por que este complicado rodeio (*Umweg*)?

Este rodeio é só aparentemente complicado, e além disso ele tem um profundo sentido. A lei não exige do juiz, como um pressuposto da imputação subjetiva, a demonstração positiva da capacidade de culpabilidade, mas a demonstração negativa da inexistência da exclusão da culpabilidade. Ela expressa com isto que não se pode esperar uma fundamentação “real”, “positiva” da culpabilidade no Processo Penal; é preciso haver um contentamento com o pouco que está comprovado: com os indicadores de deficiência. A culpabilidade, a capacidade de culpabilidade, o conhecimento da proibição, a exigibilidade, não se demonstram nesta construção, mas se pressupõem. Passíveis de prova são simplesmente os indicadores da falta excepcional do pressuposto. A razoabilidade, a responsabilidade, a capacidade de culpabilidade, como pressupostos da imputação subjetiva – diferentemente dos pressupostos da imputação objetiva – são retiradas da responsabilidade de

⁵²⁸ Compare-se em geral os §§ 1, 2 e ss. e 123 e ss. da StVollzG. Um panorama conciso e informativo sobre o sistema de medidas em *Frisch*, Maßregeln, e em *Müller*, Maßregeln, p. 22-35.

fundamentação pelo juiz penal. Até que haja indícios do contrário ele pode basear-se na capacidade de culpabilidade do acusado.

Isto significa que a própria fundamentação da culpabilidade é subtraída ao processo e a suas constatações e é *reconduzida* a ele: se o acusado, por exemplo, “era responsável” pelo resultado produzido por ele, no processo se tratará apenas pelos indicadores negativos, mas não se fundamentará. Para o juiz este é um processo relativamente simples. Para a Teoria do Direito Penal é um fardo muito pesado. O conceito de culpabilidade é uma exceção entre os pressupostos da punibilidade. Ele pertence a um dos instrumentos mais difíceis e obscuros do sistema jurídico-penal. Ele é discutido em seus princípios e em seus pormenores, e atualmente é difícil avistar onde realmente estão as linhas frontais da discussão. O conceito de culpabilidade alcança o mais profundo da nossa experiência cotidiana e pertence aos conceitos jurídico-penais que mais tem se afastado da mesma. Qualquer discussão acerca do conceito de culpabilidade deve, por isso, hoje, começar com especificações.

“*Nulla poena sine culpa*” – “não há pena sem culpabilidade” – é um dos grandes lemas do moderno Direito Penal ilustrado. Hoje, provavelmente, não há ninguém que não siga este lema. Porém, nem todos que o seguem, perseguem os mesmos objetivos. Nós gostaríamos de tentar expor as idéias que hoje se vinculam com o conceito de culpabilidade.

Excursus 1: Concordâncias no conceito de culpabilidade: a) imputação subjetiva; b) responsabilidade pelo resultado; c) graus de participação interna e d) de avaliação; e) proporcionalidade

Por trás de todas as diferenças hoje (ainda?) existem cinco concordâncias fundamentais evidentes. Estas concordâncias estendem-se ao objeto e não só ao emprego igualmente acidental da mesma palavra “culpabilidade”.

a) A primeira concordância parte de que deve haver uma quarta etapa na estrutura do delito, na qual se possa tratar a imputação subjetiva do ato ilícito de um determinado homem. Mesmo autores, cuja crítica mordaz ao Direito Penal já é anunciada no colorido da encadernação de seus livros,⁵²⁹

⁵²⁹ Compara-se *Plack*, *Abschaffung des Strafrechts*, especialmente p. 207-289, p. 395-400; *Ostermeyer*, *Bestrafe Gesellschaft*, p. 81-107, 147-154, 215-222. Nós nos ocuparemos sistematicamente com a crítica do abolicionismo ao Direito Penal no Capítulo 3 do Quinto livro.

não exigem no final que, de qualquer forma, se abandone, se esqueça, o crime, o injusto, o ato lesivo, para responsabilizar a “sociedade” – ainda que eles sejam da opinião de que a sociedade tem que se responsabilizar por este ato, eles vêem, porém, que há um “autor” responsável com o qual deve acontecer alguma coisa: pelo menos deve-se mantê-lo sob proteção diante da reação da vítima e daqueles que se vêem como vítima, e talvez inclusive auxílio técnico pelos fatores que se manifestaram particularmente neste homem pela pressão social geral ao desvio criminal.

A renúncia ao plano da imputação subjetiva – além de toda crítica ao Direito Penal – seria hoje a política do avestruz, a política do desvio do olhar (*Wegsehens*). Existem lesões que as pessoas causam a outras intencionalmente ou por negligência; existem pessoas que sofrem estas lesões; existem pessoas que observam isto tudo. E existem padrões socialmente configurados de reação individual e social à criminalidade. A melhor crítica ao Direito Penal não pode modificar nenhuma destas circunstâncias. Ela pode simplesmente agir de modo que a Política criminal e a Justiça penal usem racionalmente estas circunstâncias. Um dos instrumentos irrenunciáveis para tal uso é a quarta etapa da estrutura do delito, onde deve ser respondida a questão sobre o que tem que acontecer com o ato antijurídico em relação àquele que, em todo caso, o produziu externamente: se ele realmente era o “seu” ato, se pode lhe ser “imputado subjetivamente”.

b) A segunda concordância parte de que o plano da imputação subjetiva, em todo caso, tem que garantir uma coisa: a exclusão da responsabilidade pelo resultado. Com isto se elabora e concretiza uma primeira declaração substancial sobre as tarefas da verificação da culpabilidade; ao mesmo tempo se revela um importante – e completamente aceito – elemento do conceito de “culpabilidade”:

A exclusão da responsabilidade pelo resultado, significa a introdução de um critério de imputação subjetiva que – ainda que em um entendimento vago e provisório – pressupõe a responsabilidade do sujeito atuante pela sua ação, a “responsabilidade”. Os representantes do determinismo negarão que predomina uma concordância à esse respeito, porque eles defendem justamente a afirmação de que o homem é conduzido pelos fatores causais atuantes, o ser determinado que, por conseguinte, é incapaz de decidir livremente e portanto se mantém livre de qualquer suspeita de “responsabilidade”. Tanto quanto é evidente, os representantes do determinismo ainda não se manifestaram sobre a questão da responsabilidade pelo resultado. Se alguma vez o fizerem, então deverão traçar os limites entre a culpa e o caso fortuito

(isto é, os limites da responsabilidade pelo resultado).⁵³⁰ Eles não podem traçar estes limites sem aceitar um critério de “responsabilidade”. Este critério não precisa corresponder àquilo que se compreende como “culpabilidade” na linguagem cotidiana; no entanto ele deve ter como conteúdo e expressar que existem resultados que não são produzidos exclusivamente através de fatores causais atuantes, mas através de pessoas que os controlam. Se não se aceita tal critério, então a responsabilidade pelo resultado não pode mais ser excluída do Direito Penal – com todas as consequências para a racionalidade da nossa cultura jurídica que aqui⁵³¹ se fez alusão.

c) A terceira concordância parte de que existem graus de “responsabilidade”, graus de controle de um resultado por um homem, graus de participação interna no acontecimento exterior. Este é um passo adiante na direção que já estava confirmada com a segunda concordância. Para os penalistas trata-se da distinção entre dolo e culpa.⁵³² Mais tarde com esta distinção surgem no Direito Penal os conceitos de disposição.

A distinção de graus de participação interna no acontecimento externo não é uma consequência sistemática obrigatória da segunda concordância. Também quem quer excluir do Direito Penal a responsabilidade pelo resultado, aceita, conseqüentemente, um critério de imputação subjetiva que expressa uma participação interna, mas nem por isso deve distinguir também as formas e graus de participação interna. Ele pode, simplesmente, uma vez se limitar a imputar subjetivamente um acontecimento exterior (no caso de “responsabilidade”) e outra vez não (no caso fortuito). A distinção em graus de participação interna na verdade é evidente, se se aceita a participação interna como critério de imputação; ela constitui uma adaptação deste critério, uma diferenciação. Esta diferenciação corresponde aos “critérios de justiça”, aos esquemas de racionalidade que dominam no nosso cotidiano e determinam a nossa cultura. Ela não é sistemática, ela é obrigatoriamente histórica.

⁵³⁰ Sobre este contexto: *supra*, § 21.

⁵³¹ *Supra*, § 21.

⁵³² O dolo e a culpa são só os pontos intermediários mais marcantes de uma longa escala de graus de participação interna no acontecimento exterior. Esta escala alcança a culpa inconsciente, a consciente, a imprudência, o dolo indireto (*dolus eventualis*) e o direto (*dolus directus*), até a intenção. Compare-se por um lado a proposta de graduação do dolo de *Spendel*, Begriff, e por outro a discussão crítica sobre os critérios de graduação entre dolo e culpa em *Schmidhäuser*, Grenze.

Sobretudo Piaget e Kohlberg mostraram,⁵³³ que o juízo moral está profundamente enraizado em nossa cultura. A experiência cotidiana, de qualquer um, que se desculpa e se torna imputável, que faz reprovações e se defende com o argumento de que não é responsável por isso, tem – esta experiência cotidiana – o seu início já na infância. Quase se pode dizer que as linhas de desenvolvimento da imputação subjetiva, como nós as encontramos na História do Direito, são observadas na história da vida dos homens. Até mais ou menos os sete anos a criança não conhece os graus de imputação subjetiva; só depois ela julga se a ação é uma infração a uma regra ou não, julga os graus de contrariedade à norma; de “antijuridicidade”. E só depois a criança aprende com base no seu próprio desenvolvimento cognitivo e na experiência social cotidiana a incluir nos fundamentos do seu juízo o plano da imputação subjetiva, a “culpabilidade”, a reconhecer as intenções, as “disposições” do agente.

Na mesma direção a “Teoria da atribuição”, isto é, a Teoria da atribuição de responsabilidade, tem indagado e descoberto em dados empíricos que a imputação subjetiva não é apenas um meio profundamente consolidado, socializado prematuramente, mas sobretudo um meio de atuação social empregado externamente de maneira diferenciada na vida cotidiana. Na exposição resumida de Bierbrauer/Haffke lêem-se cinco interpretações para a questão: “o agente é responsável pelo resultado da conduta?”, da seguinte maneira:

“No primeiro plano (association) o agente se torna responsável por todos os resultados que, de qualquer modo, estão associados com ele (A é responsável, se B atropela um ciclista com o seu automóvel);

No segundo plano (comission) o agente se torna responsável por um resultado, em cuja realização ele teve participação direta, mesmo quando não podia prever o resultado (A se torna responsável pelo acidente, ainda que o ciclista, em razão de vertigens, tenha caído de repente diante do automóvel).

No terceiro plano (forseeability) o agente se torna responsável apenas por um resultado, contanto que tenha podido prever as consequências, mesmo que não tivesse pretendido causá-las (A então é responsável pelo acidente se ele não tinha observado cuidadosamente o que se passava na rua diante dele).

⁵³³ Outras informações e indicação de literatura sobre isso e sobre a breve exposição acerca das relações cotidianas com os graus de participação interna no acontecimento exterior encontram-se em *Bierbrauer/Haffke*, Schuld, p. 138-144; interessante também a leitura do breve excerto do livro de *Fauconnet*, Verantwortlichkeit, do ano de 1920, que mais tarde influenciou a investigação empírica à qual o texto se refere. Quem quiser ler nas fontes: *Piaget*, Urteil beim Kinde; *Kohlberg*, Entwicklung des Kindes.

No quarto plano (intentionality) o agente se torna responsável pelos resultados que tanto tinha previsto como também pretendido (A é responsável pelo acidente se ele tinha pretendido derrubar o ciclista.)

No quinto plano (justification) o agente, finalmente, não se torna responsável por uma conduta, mesmo que ele tenha pretendido, mas cujo resultado ocorreu devido a circunstâncias que estavam além do seu controle (por exemplo, no Direito de guerra de alguns países um soldado não se torna responsável por crimes de guerra, quando estes foram ordenados por um superior sob ameaça de morte) – brevemente, quando “anybody would have felt and acted as he did under the circumstances”.

Como em um velho espelho – distorcido, mas bem perceptível – são encontrados na vida cotidiana os graus de imputação subjetiva, como os dispõe o Direito Penal. O primeiro plano é o do grau de imputação mágica (vingança de sangue, sacrifício), tecnicamente dito: o grau de causalidade da equivalência, que ainda não foi delimitado e iluminado pelas idéias de causalidade adequada.⁵³⁴ O segundo plano é o do grau de responsabilidade pelo resultado ou pelo acaso, ao qual os critérios de “responsabilidade”, de participação interna no acontecimento exterior, ainda são desconhecidos. O terceiro plano incorpora tal critério, enquanto ele assinala o limite mínimo de participação interna, dito tecnicamente: a culpa. Até agora foi estabelecido aquele plano da estrutura do delito que nós denominamos “culpabilidade” e que justamente nós discutimos. O quarto plano é o caso da nossa “terceira concordância”;⁵³⁵ ali distinguem-se os graus de participação interna no acontecimento exterior. Acima do limite mínimo da imputação subjetiva surge o dolo como forma intensificada de participação. Também o plano da “intentionality” é conhecido em nosso Direito Penal. Ele se acha realizado nos delitos dolosos, isto é, nas formas de ação que somente são puníveis com a participação mais intensificada (como, por exemplo, a fraude, o roubo ou a sonegação).⁵³⁶ O quinto plano é o das exculpantes: da inexigibilidade de conduta conforme a norma, do estado de necessidade exculpante,⁵³⁷ do estado

⁵³⁴ Exposição concentrada e crítica das teorias da equivalência e da adequação da causalidade em *Stratenwerth*, AT I, número de margem 218-225.

⁵³⁵ *Supra* neste §.

⁵³⁶ Leia-se o § 246 do StGB em relação com o § 15 do StGB.

⁵³⁷ Leia-se o § 35 do StGB e compare seus pressupostos com aqueles do já conhecido § 34 do StGB tendo em vista por que o § 34 do StGB “já” justifica e o § 35 do StGB “apenas” exculpa. Quanto à isso se pode observar a distinção entre justificante e exculpante na estrutura do delito. O interessado encontra material jurídico comparado em abundância, artigos teóricos e construções dogmáticas em *Eser/Fletcher*, *Rechtfertigung*.

de necessidade supra-legal excludente da culpabilidade, do erro de proibição inevitável⁵³⁸ ou do excesso na legítima defesa.⁵³⁹

Naturalmente não se pode dizer que o Direito Penal tinha, por sua vez, a tarefa de aceitar em seu cotidiano atribuições de responsabilidade, munindo-as com gravidade jurídica e conseqüências jurídico-penais. O que o Direito Penal admite, deve-se admitir como “justo”, como “correto”; o Direito Penal deve valorar as instituições e os instrumentos da vida cotidiana e na verdade não só uma vez, mas sempre. Os padrões e os conteúdos das relações entre os homens estão sob a suspeita de perigo e irracionalidade – particularmente os padrões que se relacionam com a “atribuição de responsabilidade”.

Entretanto o Direito Penal não deve – e também nem pode – se afastar dos padrões culturais de ação, ainda que os considere irracionais. Isto se deve ao fato de que os padrões básicos (a relação com a causalidade,⁵⁴⁰ a relação com a responsabilidade) determinam as instituições, e não o contrário. A instituição do sistema jurídico-penal, por si só, não está em condições de modificar tais padrões. O que se baseia no que, o que deve ser explicado através do que, quem cometeu o que, quem é culpado pelo que – é preciso voltar mais atrás ou ir mais adiante, para encontrar outros padrões alternativos.

O Direito Penal, portanto, não pode afastar-se demasiadamente das atribuições da culpabilidade no seu cotidiano. Mas também não pode querer tal afastamento. Uma Política criminal racional deve contar com as irracionalidades sociais, ela deve elaborá-las, modificá-las a longo prazo, mas não pode simplesmente negá-las. Uma Política criminal que está muito adiante do seu tempo, perde a ligação com o seu tempo e, por sua vez, se torna irracional, alheia à realidade, perigosa.⁵⁴¹

De resto, não há fundamento racional para afastar do pensamento jurídico-penal justamente isto que nós caracterizamos como grau de participação interna no acontecimento exterior e encontramos na vida cotidiana. É correto e justo que se façam as distinções que elas exigem: não considerar a lesão

⁵³⁸ Nós já analisamos o § 17 do StGB *supra* § 17.

⁵³⁹ Leia-se o § 33 do StGB em relação com o § 32 do StGB e estabeleça a mesma questão que ao § 35 em relação com o § 34 do StGB.

⁵⁴⁰ Nós já discutimos uma vez esta questão, *supra* § 18, III, 3, sob um outro ponto de vista, junto à racionalidade do Direito probatório.

⁵⁴¹ Quem quiser se ocupar mais detidamente com estas idéias, encontra mais sobre a relação da Política Criminal racional com a irracionalidade social em *W. Hassemer*, *Theorie*, p. 240-246, e em *Haffke*, *Tiefenpsychologie*, p. 165-172.

causada por distração (imprudência) do mesmo modo que a por desleixo (negligência) e que a intencional (dolo). Por trás destas distinções existem atitudes que determinam fundamentalmente a relação dos homens uns com os outros, sem estas não haveria sensibilidade, diferenciação, cautela e atenção perante os demais, sem estas não haveria comunicação e regulamentação argumentativa dos conflitos, mas tão só indicações grotescas. Um cotidiano e um sistema jurídico-penal que não sabem distinguir os graus de participação interna no acontecimento exterior, possibilitam apenas uma convivência humana deficiente e atávica.

d) Com isto nós chegamos à quarta concordância. Ela trata não só de distinguir os graus de participação interna no acontecimento exterior, mas também de valorá-los. O dolo e a culpa não são apenas fenômenos descritivos, eles são também fenômenos normativos. Isto também constitui o conteúdo da nossa experiência cotidiana. A vida cotidiana distingue os graus de participação interna não no interesse teórico, mas para atuar com eles. A reprovação, a defesa, as exculpantes naturalmente pressupõem partes escritas, descritivas (por exemplo, o ato e as suas particularidades, que se reprova); porém, o que o distingue, como ato lingüístico, dos demais é o seu caráter normativo, valorativo. Nós mensuramos a reprovação (também) de acordo com o grau de participação interna que nós vemos ou supomos no acontecimento exterior. Do mesmo modo o Direito Penal. O dolo, em relação com a culpa, é a forma mais grave de culpabilidade; os graus de participação interna seguem mutuamente em uma escala normativa desde a culpa inconsciente até à intenção. É difícil descobrir e denominar precisamente os fundamentos que produzem a normatividade da escala. Qual é o plus normativo que o dolo tem em face da culpa? Em todo caso podem ser enumeradas suposições plausíveis.

Ainda que considerada externamente, a lesão é a mesma em todos os casos, é indiferente se o pneu passou sobre o pé da vítima por descuido ou por vingança – ela não será percebida do mesmo modo pela vítima, e também não por todos os outros que observam e avaliam o caso desde o ponto de vista da vítima. O indivíduo que atua dolosamente lesiona – mesmo pelo seu ponto de vista – mais intensamente do que o que atua culposamente, naturalmente não sob o aspecto empírico-medicinal, mas antes pelo entendimento social-pessoal. Além da lesão empírica é inserida uma marca na vítima e na totalidade das vítimas potenciais. Esta marca também lesiona (às vezes, de modo mais grave do que o ato lesivo).

É evidente que o tipo de marca lesiva, que é causada pelo ato doloso, depende de dois fatores: do tipo de delito e da relação entre autor e vítima

antes e durante o ato. O fraudador age de modo diferente do rixoso e do estuprador. A vítima de fraude sente-se prejudicada, talvez comprometida ou até mesmo humilhada – porém, em um sentido mais cognitivo, externo. A vítima de lesão corporal dolosa ou até mesmo de estupro sente-se aviltada e lesionada no núcleo da sua personalidade. O autor do delito doloso conhece esta perspectiva da vítima, e a vítima sabe que ele a conhece, e é nisto que consiste a marca lesiva: sobretudo em relação aos delitos que necessariamente são consumados na presença do autor e da vítima, o autor do delito doloso executa um ato de submissão pessoal e social da vítima, do qual está muito distante o autor de um delito culposo.

Mas isto ainda não explica tudo. Nosso Direito Penal conhece também os “delitos sem vítimas”, que são regulados com uma distinção valorativa entre o modo de cometimento doloso e o culposo – isto é, as formas delitivas cuja lesão descrita tipicamente não é causada a uma determinada vítima isolada, senão, de certo modo, a todos nós.⁵⁴² Nos exemplos destes delitos mostra-se um segundo “plus” normativo do dolo (que nos delitos com vítima, naturalmente, também é eficaz):

O autor de um delito doloso aparece em uma outra relação com a norma que ele infringe, que o autor de um delito culposo. Naturalmente o autor de um delito culposo também “lesiona” a norma, que ele infringe – porém em um sentido mais sofisticado, que permite falar também que ele “cumpre” a norma (sua conduta “preenche” o tipo). O autor de um delito doloso faz mais. Pois ele sabe e quer que ocorra o resultado proibido, ele também quer a violação do mandato que está por trás da norma e que esta expressa. Em qualquer caso, aos olhos dos demais, ele é muito mais ameaçador do que o autor do delito culposo. Sob o ponto de vista empírico e atual, ele pratica a mesma lesão, mas potencial e normativamente ele faz muito mais; ele ameaça ao mesmo tempo a norma, a ordem jurídica.

Isto pode-se compreender melhor quando se pergunta qual a “desculpa” que pode alegar em dado momento o autor de um delito doloso e o de um delito culposo, tecnicamente falando: quais as indicações que eles podem dar de que se obteve ou se obterá êxito na socialização ou ressocialização. O autor de um delito culposo pode prometer futuramente prestar atenção ou se precaver. O autor de um delito doloso, ao contrário, deve prestar contas sobre uma “inversão normativa”, sobre sua relação alterada ou que se altera às normas. Uma parte da intensa reação social ao terrorismo motivado pela política ou pela crítica social, aparentemente, também se explica com o “in-

⁵⁴² Leia-se os §§ 154-156 e § 163 do StGB.

tensificado dolo” dos autores; eles não ameaçam “expressis verbis” apenas as pessoas e o abastecimento de água, mas também as normas que para nós constituem o Direito e a Ordem.

Embora estas sejam apenas hipóteses que necessitam de esclarecimento empírico, elas apoiam o conhecimento do que é justo e correto, não só para distinguir os graus de participação interna no acontecimento exterior, mas também para valorá-los.

e) Isto conduz a uma quinta concordância, que, no entanto, é apenas preparada no plano da imputação da culpabilidade, cuja realização plena compete a uma etapa posterior da atividade jurídico-penal de decisão, ou seja da determinação da pena. Esta concordância consiste em que a valoração dos graus de participação interna deve ter conseqüências para a reação jurídico-penal à conduta delitiva: a reação deve estar relacionada com o grau de participação interna.

O acordo de extrair diferentes conseqüências dos diferentes graus normativos de participação interna, corresponde em primeiro lugar ao princípio da igualdade (Art. 3 da GG), que manda tratar desigualmente o desigual na medida da sua desigualdade. Por isso esta concordância constitui um mandato constitucional. Porém, os diferentes graus de participação interna como critérios de desigualdade de condutas devem ser apreciados ainda em um outro princípio constitucional. A conduta humana que qualifica desigualmente é motivo para uma reação penal (pena). Conseqüentemente para esta reação, a sua duração e a sua gravidade devem ser inseridas em uma relação. Em nossa cultura jurídica esta relação é pensada não só como algo exterior, como algo formal; o princípio da proporcionalidade, da proibição do excesso ou da igualdade no sacrifício, que está formulado expressamente somente em um lugar no texto da lei,⁵⁴³ como princípio geral do Direito mas que também serve de base ao Direito Penal,⁵⁴⁴ exige mais. Ele exige uma concordância substancial entre ação e reação, entre causa e conseqüência, entre delito e reação jurídico-penal. Ele é parte do postulado de justiça: ninguém pode ser sobrecarregado ou lesionado por medidas jurídicas desproporcionais. O dolo e a culpa como graus desiguais de participação interna, exigem, portanto, a distinção na incidência das conseqüências jurídico-penais nos participantes.

⁵⁴³ Leia-se os §§ 62 e 74b do StGB.

⁵⁴⁴ Expressamente: *BverfGE* 45, 187 e ss. (259 e ss.). De modo abrangente e fundamental em relação ao significado da proporcionalidade no Direito Penal *Bae*, *Verhältnismäßigkeit*, especialmente p. 72-81.

“Desmesurado” – este elemento vago constitui um fardo para o princípio da proporcionalidade. Este princípio – como o da justiça e o da igualdade – não é mais que um quadro que deve ser preenchido pelas experiências concretas e pelos instrumentos do âmbito jurídico para o qual ele vale. Mesmo com o princípio da justiça ou o postulado da igualdade ainda não se sabe o que, no caso isolado, é “justo”, e o que é “igual”. O que se sabe é muito pouco. Sabe-se em geral qual a direção que se deve seguir na busca pelos critérios de justiça e igualdade; e sabe-se negativamente o que, em qualquer caso, é injusto e desigual: a condenação de um homem que não tinha nenhuma chance de se defender; a transferência do direito de cuidado dos filhos em uma família somente à esposa. Quando se trata de formular critérios positivos de justiça, igualdade ou proporcionalidade, a Filosofia jurídica mais recente, que tem elaborado estes princípios em níveis gerais, curiosamente permanece calada. Com isto ela se torna uma “philosophia negativa”, uma Filosofia da indignação e acusação em face da injustiça concreta, não uma Filosofia da indicação do Direito positivo justo.⁵⁴⁵

Pode-se compreender porque isto é assim. O que leva aos princípios da justiça, da igualdade e da proporcionalidade são os critérios destes princípios: sob quais aspectos (idade, sexo, cor dos cabelos, renda?) os dados devem ser tratados como iguais e como desiguais, sob quais aspectos deve-se determinar a proporcionalidade entre o delito e a conseqüência jurídica (intensidade do resultado, idade do autor e da vítima, graus de participação interna no acontecimento exterior, a probabilidade de bom comportamento no futuro?). Somente o Direito positivo sabe com precisão algo sobre estes critérios, a Filosofia do Direito sabe o fundamental. E sobretudo: o Direito positivo sabe as diferenças. Assim, por exemplo, no Direito Fiscal a renda desempenha um papel preponderante como critério de igualdade, mas no Direito Penal apenas um papel secundário.⁵⁴⁶ Assim, por exemplo, no direito à indenização por um dano do BGB, a diferença entre a lesão dolosa e a culposa desempenha um papel secundário como critério de indenização proporcional pelo prejuízo causado, nas conseqüências jurídicas do StGB esta distinção, como nós vimos, é de fundamental importância.

Nos critérios que praticamente determinam e completam a proporcionalidade como princípio, entram as respectivas experiências do Direito positivo, onde elas são elaboradas.

⁵⁴⁵ Quem quiser analisar este fenômeno da “philosophia negativa”, encontra referências e sugestões em *Arthur Kaufmann*, *Schuldprinzip*, p. 16 e *Radbruch*, *Rechtsphilosophie*, p. 352-355.

⁵⁴⁶ Leia-se o § 40 do StGB e concentre-se nas alíneas II e III.

Crítérios de proporcionalidade entre delito e conseqüência jurídica são por exemplo: a categoria do bem jurídico lesionado (vida versus propriedade); a intensidade da lesão ao bem jurídico (dano versus destruição de alguma coisa; a destruição de uma bicicleta versus a destruição de uma casa); os diferentes modos de cometer o fato (ocasional ou habitual); o comportamento da vítima diante do ato;⁵⁴⁷ a relação entre o autor e a vítima;⁵⁴⁸ os graus de participação interna no autor (intenção versus culpa inconsciente); os efeitos que uma pena terá na vida futura do autor.⁵⁴⁹ Desde a intenção do autor, de através do homicídio de um homem possibilitar ou ocultar um outro fato punível (§ 211, II do StGB), até o seu ingresso em uma quadrilha (§§ 244, I, n. 3; 250, I, n. 4), desde a sua especial situação social e psíquica (§ 217 do StGB) até à especial proteção de objetos religiosos (§§ 243, I, n. 4; 306, n. 1 do StGB) a lei inclui uma quantidade diferenciada de critérios de proporcionalidade entre o delito e a conseqüência jurídica. A isso pertence a distinção entre os graus de participação interna no acontecimento exterior.

Excursus 2: Pontos controvertidos no conceito de culpabilidade: a) teorias da ação; b) reprovação da culpabilidade; c) livre arbítrio; d) fundamentos da pena e limites da pena; e) o “poder geral de agir de outro modo”; f) conceito de culpabilidade e fins da pena; g) pressupostos e conseqüências da reprovação

Com isso estão enumeradas as concordâncias. A impressão que elas passam perde-se quando se observa diante dos olhos o aspecto fundamental do problema em relação ao qual predomina a discussão.

a) O primeiro ponto de conflito se refere à localização dos graus de participação interna na estrutura do delito. Por trás desta questão que soa inofensiva surge uma discussão fundamental com a qual a Ciência do Direito Penal alemão se ocupou intensamente desde os anos cinquenta até mais ou menos a metade dos anos setenta e desde então ficou paralisada, sem resultados: a discussão em torno do conceito jurídico-penal de ação.

Ao leitor chamará a atenção o fato de que nós já nos referimos ao grau de imputação da “ação” na estrutura do delito⁵⁵⁰ e agora nos deteremos nele no plano da imputação da “culpabilidade”. Ele viu portanto o ponto mais importante. A discussão

⁵⁴⁷ Leia-se o § 213 do StGB.

⁵⁴⁸ Leia-se o § 247 do StGB.

⁵⁴⁹ Leia-se outra vez o § 46 do StGB e concentre-se na alínea I, frase 2.

⁵⁵⁰ § 25, I.

trata ou tratava da questão de que se a participação interna já qualifica a ação (e por isso deve ser verificada já no tipo) ou se a participação interna é um elemento do grau de culpabilidade, assim como ela é compreendida aqui.

Nós não seguiremos esta discussão acerca do conceito jurídico-penal de ação em seus pormenores por duas razões.⁵⁵¹ Por um lado porque, de longe, ela pertence à história da dogmática; todos se preparam para uma determinada estrutura do delito e para a localização dos graus de participação interna e em geral não se vêem obrigados a fundamentar a sua localização. Por outro lado ele pertence com razão à história da dogmática; raras vezes foi produzida uma perspicácia jurídico-científica e uma profundidade filosófica tão intensa na discussão jurídico-penal fundamental, com um resultado político-criminal e prático-judicial tão reduzido. Na discussão acerca do conceito de ação e o abandono dos seus problemas fundamentais, deve-se estudar, sob o aspecto científico-sociológico, o resultado da transição da ciência do Direito Penal, na metade dos anos sessenta, do interesse espiritual científico-dogmático para o político-criminal-empírico.

O sistema do fato punível, até esta data, tinha ocultado a sua “philosophy”, sua auto-compreensão e os modos de sua intervenção na realidade, como foram expostos aqui, atrás de uma linguagem objetiva e da modesta pretensão de fornecer um esquema de verificação claro e integral das ações puníveis, assim apresentava Welzel, o fundador e mentor da “Teoria final da ação”, desde a Segunda Guerra Mundial, a sua artilharia pesada (schwereres Geschütz). Invocando a Filosofia fenomenológica (Hartmann, Scheler) ele baseou o sistema do fato punível na Ontologia, isto é, em uma estrutura compreensível do existente, do mundo. Esta estrutura não é resultado de uma “constituição da realidade”, nem resultado da intervenção humana, nem é constituída por pré-compreensões⁵⁵²; ela está além do conhecimento humano e é acessível a este, e a verdade do conhecimento humano, conseqüentemente, pode ser determinada nela.

⁵⁵¹ Uma exposição concentrada encontra-se em *Naucke*, Einführung, p. 252-264; quem quiser alcançar a dimensão fundamental da discussão, leia *Arthur Kaufmann*, Handlung, que oferece um esquema fundamentado jurídico-filosoficamente para a classificação sistemática das partes litigantes e seus pontos de vista. Um exame dos mais recentes Tratados sobre a Parte Geral por *Schmidhäuser*, Finale Handlungslehre, fundamentando o entendimento (na p. 116) de que a teoria final da ação decompôs-se em diversas variantes.

⁵⁵² Observe outra vez este contexto *supra* § 15.

Assim, fortemente armado, Welzel determina a estrutura ontológica da ação como realização dos fins propostos, como o estabelecimento final (de determinados fins) das relações causais naturais, objetivas, como direção dos processos causais.⁵⁵³ Com isso a antiga Teoria “causal” da ação apresentava-se como uma coletânea de superficialidades e trivialidades (ação como modificação voluntária do mundo exterior). Quase paralelamente à teoria final da ação desenvolveram-se as teorias “sociais” e “pessoais” da ação, as quais queriam ter a chance para aproveitar o que havia de correto nas concepções causal e final e evitar o excesso; elas podiam perfilar-se entre as grandes alternativas.

As conseqüências da teoria final da ação são obrigatórias, se se aceita a sua base; a assim determinada “estrutura ontológica” da ação. Se esta consiste na orientação final do processo causal, então a participação interna no acontecimento exterior pertence não ao plano da culpabilidade, mas da ação. Pois esta participação é o núcleo da ação. O lugar de verificação deste elemento logicamente não é a primeira etapa da imputação, a conduta humana (nós denominamos também “ação”), mas a posição na estrutura do delito onde está em discussão a ação concreta (homicídio, fraude, injúria). Entretanto, para o grau de culpabilidade na estrutura do delito isto significa uma grave perda. Se os graus de participação interna são transferidos ao tipo como sua parte “subjéctiva”, para os graus de culpabilidade fica, juntamente com a incapacidade de culpabilidade e as exculpantes, apenas uma imagem vazia de conteúdo: a “reprovabilidade” do fato antijurídico.

O que em todo caso permanece da discussão acerca do conceito de ação são os dois sistemas de estrutura do delito. Entre eles é preciso decidir se já se conhecem os problemas fundamentais que eles produzem, ou não. É bastante justificável que por razões práticas (por exemplo, porque se aprendeu esta estrutura ou porque parece mais compreensível) se eleja ou o sistema final (os graus de participação interna no “tipo subjéctivo”) ou o sistema causal (os graus de participação interna na “culpabilidade”). Quem elabora a estrutura de acordo com o sistema final verifica, portanto, o dolo no plano da tipicidade, com referência aos elementos exteriores do tipo; quem elabora a estrutura de acordo com o sistema causal, trata o dolo, como ocorre aqui, como elemento do plano da culpabilidade.⁵⁵⁴

⁵⁵³ Convém ler e refletir sobre as passagens que se concentram no conceito de ação no Lehrbuch zum Strafrecht de Welzel, § 8, p. 33-42.

⁵⁵⁴ Bastante instrutivo sobre a estrutura do delito em relação ao delito cometido dolosamente, Werle, Straftatlehre; sinopse dos diversos esquemas de estrutura em Wessels, AT, § 18, II.

b) O segundo ponto de conflito refere-se à questão, sob quais pressupostos pode ser feito a um homem uma reprovação da culpabilidade e se estes pressupostos já são fornecidos pelo Direito Penal.

c) Esta é ao mesmo tempo a questão do livre arbítrio humano. A cadeia de pensamentos parece não apresentar lacunas: o conteúdo de uma reprovação da culpabilidade implica sempre na constatação de que o culpável tinha uma alternativa para a conduta em relação à qual se faz a reprovação a ele, que ele podia agir de outro modo. Se ele não tinha uma alternativa, não há nenhum substrato, nenhuma parte da conduta no tempo e no espaço, em relação à qual ele poderia ter cometido um erro. Conseqüentemente, ele mesmo deve ter conduzido a conduta que lhe é reprovada, ela não pode ter sido conduzida (integralmente) por outro. Isto é, ele deve ter tido a possibilidade de formar livremente a vontade e de agir livremente. Sem o livre arbítrio não há alternativa à conduta, sem alternativa à conduta não há reprovação da culpabilidade.

Esta cadeia de pensamentos desde há muito tem preocupado a Ciência jurídico-penal e ela tem se movimentado em busca de conselhos em outras ciências. Principalmente a Filosofia, mas também a Psicologia e a Fisiologia eram suas conselheiras e, como era de se esperar, a confusão acerca da reprovação da culpabilidade tem aumentado em vez de ser eliminada. Por um lado, tampouco estas ciências chegam a um acordo sobre como se encontra o poder de agir de outro modo do homem. Por outro lado, os penalistas tem sido sobrecarregados com os problemas que sempre trazem consigo a integração de dogmáticas alheias ao Direito Penal e como elas sobrevivem hoje, do mesmo modo, em face das ciências sociais: pode-se negar que as outras ciências em geral tenham alguma coisa a dizer (“juridicamente a culpa é algo totalmente diferente da culpa moral”), e quem, menos radical, participa de tentativas de integração, encontra-se diante de uma montanha de dificuldades na transposição (“quais partes da concepção psicológica de culpabilidade são aplicáveis, com quais modificações e em quais posições da dogmática jurídico-penal da culpabilidade?”).⁵⁵⁵

A discussão na Ciência jurídico-penal acerca da reprovação da culpabilidade une estes problemas a grandes confusões. Um esclarecimento ou até mesmo uma solução não é previsível, ao contrário: atualmente existem tendências em aumentar o

⁵⁵⁵ Ilustrativa é a discussão entre o ponto de vista psiquiátrico e o jurídico-penal que Schröder (Willensfreiheit) e Bockelmann (Erwiderung) têm mantido, as concepções filosóficas e jurídicas de culpabilidade e de responsabilidade encontram-se – todavia, desvinculadas – em Baumgartner/Eser, Schuld.

círculo de pontos de vista relevantes, e descarregar novos aspectos críticos e concepções na discussão da culpabilidade, sem que se faça a tentativa de levá-la adiante em vinculação com os aspectos discutidos até o momento.⁵⁵⁶

Uma parte da discussão pode ser introduzida na interminável polêmica da Antropologia filosófica: se o homem age de modo determinado ou indeterminado, se sua conduta, portanto, é o resultado de uma lei causal ou se ele mesmo conduz estas leis.⁵⁵⁷ Para os deterministas, a sua concepção de mundo é uma arma contra a reprovação da culpabilidade; pois se o homem é guiado pelos seus impulsos, suas emoções e medos, então ele não tem a possibilidade de agir de outro modo na situação real de ação, mas somente na cabeça dos demais. Os indeterministas aceitam o conflito e se remetem aos filósofos reconhecidos, que igualmente eram deterministas, à experiência segundo a qual o homem se vê em oposição à natureza como um “ser espiritual”, que é dotado com uma consciência e tem, por exemplo, sentimentos de culpa ou sente satisfação com as ações moralmente valiosas. Porém os deterministas só esperavam por isto. Eles negaram a experiência pessoal da culpabilidade como resultado da repressão socializada dos impulsos e o Direito Penal da culpabilidade como excelente instrumento da repressão social e estatal. Mas os deterministas se calam diante da questão de como se configura e como deve se configurar o seu mundo de seres humanos instituído deterministicamente em face do crime, da reação ao crime, da Política criminal determinada e da Política jurídico-penal determinada.

Por isso, a polêmica entre determinismo e indeterminismo será eternamente impossível de decidir, porque ela absolutamente não existe. Os oponentes não discutem entre si, mas dialogam uns com os outros sem se entenderem e por isso encontram-se nesta posição. Os argumentos a favor e contra o livre arbítrio não são tratados nesta discussão, mas servem de base a ela. Logo que iniciou a discussão, a questão do livre arbítrio já estava decidida. Esta questão se decide de acordo com o âmbito no qual se procura a resposta. Quem argumenta empiricamente, isto é, argumenta, por exemplo, sobre os resultados da liberdade ou os impulsos reprimidos, jamais poderá fundamentar a liberdade; ele poderá apenas discuti-la ou – quando os seus argumentos ainda não são suficientes – limitá-la. Isso se deve ao fato de que ele observa o

fenômeno da liberdade através de um microscópio, com o qual ele pode reconhecer somente o contrário: o mundo das sucessões causais.

Isto leva, à primeira vista, a um resultado surpreendente, o de que nós estamos inclinados a admitir a liberdade de um homem quanto menos nós sabemos sobre os impulsos sob os quais ele atua. Dito de outro modo, neste aspecto o progresso das ciências empíricas dos homens seria o processo progressivo de limitação da liberdade humana: quanto mais fatores causais atuantes nós conhecemos, que nos mostram uma determinada conduta em determinada situação como condicionada por eles, menor é o ângulo no qual pode se alojar a liberdade. E não é uma das piores formas de defesa penal cercar o Tribunal com explicações técnicas sobre a necessidade e a inevitabilidade das sucessões causais que “condicionaram” o ato, de modo que o juiz não possa falar mais da liberdade e do poder agir de outro modo diante desta bateria de conhecimentos científicos sobre a determinação do acusado, que justamente não comprovam o poder agir de outro modo, senão ter que agir deste modo. Sob o microscópio da questão empírica estabelecida encontram-se dependências causais, determinações e outras coisas mais. E com isto se tem buscado justamente o contrário, a liberdade da dependência causal.

Com a liberdade ocorre o mesmo que com a verdade ou com a situação lingüística ideal.⁵⁵⁸ No mundo das experiências existem apenas modos deficientes, mentiras e meias verdades, uma comunicação mais ou menos distorcida. Contudo, permanentemente nós antecipamos estas condições transcendentais de possibilidade de nossa experiência e nos referimos a ela. A vida humana é inimaginável sem a antecipação da liberdade do outro e da minha liberdade. O homem somente pode falar, pensar, amar e alegrar-se porque ele se sente como dirigente e não só como dirigido. Eu posso me mover em atenção aos demais e em defesa da sua dignidade, quando eu antecipo a sua liberdade e percebo que eles também procedem assim em relação a mim. Portanto, o que eu posso perceber são aproximações à liberdade e a antecipação dos demais seres humanos à sua e à minha liberdade. No Direito Penal deve-se discutir sobre como podem ser produzidas as aproximações à liberdade, e não sobre o determinismo e o indeterminismo.

Entretanto, a maior parte dos participantes da discussão entre determinismo e indeterminismo consideram-na inútil ou em todo caso infecunda para o Direito Penal. Isto dito superficialmente. As coisas não escapam da inexorabilidade da crítica do determinismo, ou pelos menos não sem algum sacrifício.

⁵⁵⁸ *Supra* § 18 e nota de rodapé 308.

⁵⁵⁶ Um exemplo de uma posição indeterminista em *Jescheck*, AT, p. 366-371; exemplo de uma posição determinista em *Danner*, *Freier Wille*, especialmente as pp. 68-87.

⁵⁵⁷ Um panorama sobre as modernas posições filosóficas encontra-se em *Pothast*, *Freies Handeln*.

β) Primeiramente, aí está o problema de que, uma vez aceito o dado da “culpabilidade” de um homem, só se pode empregá-la como limitação das conseqüências jurídicas,⁵⁵⁹ porém, prescindindo da sua fundamentação – para escapar da conseqüência hoje dificilmente compreensível de que não só qualquer pena pressupõe culpabilidade, mas também que qualquer culpabilidade exige pena. Em relação a isso aponta-se que a questão, sobre se uma dada culpabilidade também deve ser punida, é uma decisão político-criminal do legislador e que não é decidida previamente pelo princípio da culpabilidade. Porém, o argumento é sutil: o legislador não deve estar vinculado ao princípio da culpabilidade, já que este é um princípio jurídico tão fundamental como se afirma? E como se pode limitar as conseqüências jurídico-penais com um princípio que não serve para a sua fundamentação?

Estas questões podem ser respondidas satisfatoriamente com uma concepção político-criminal.⁵⁶⁰ Preocupante é o problema do que permanece, ademais, como base para uma reprovação da culpabilidade, se se evacua a fortaleza do indeterminismo, a qual deveria manter-se duramente contra os ataques do determinismo.

Se se afasta da afirmação de que o homem no momento da atuação se decidiu livremente pelo crime e de que se pode perceber e medir a diferença entre a decisão real criminosa e o poder ideal de agir de outro modo, adequado à norma, então deve-se abandonar mais um outro baluarte, o da pretensão de fundamentar a reprovação da culpabilidade no “poder individual de agir de outro modo” do autor. Pois não se sabe nada sobre as suas possibilidades individuais de uma alternativa de ação; tal conhecimento pressupõe que existe a liberdade real e que é possível perceber e medir a sua diferença em relação à conduta realmente escolhida. Conseqüentemente permanece como regra para o juízo de culpabilidade apenas um critério rarefeito: o “poder médio (*durchschnittliche*) para agir de outro modo”.⁵⁶¹

⁵⁵⁹ Esta é, por exemplo, a posição de *Roxin*, *Sinn und Grenze*, especialmente a p. 384.

⁵⁶⁰ Nós voltaremos à este problema em seguida neste §.

⁵⁶¹ Um exemplo é a concepção de *Bockelmann/Volk*, AT, p. 110 e s. Também *Jescheck*, AT, p. 385 e s., apesar de sua posição indeterminista, se decide pela figura do “homem médio”.

γ) Com o abandono progressivo de um conceito “psicológico” de culpabilidade, que se baseia nos fenômenos psíquicos empíricos do dolo e da culpa, por um conceito “normativo” de culpabilidade, que se recolhe em puros processos valorativos,⁵⁶² produz-se também uma “normativização” no critério de reprovação da culpabilidade, uma redução dos substratos empíricos da dogmática da culpabilidade – um fenômeno surpreendente face à orientação da Ciência jurídico-penal ao empírico, à Política criminal, às ciências empíricas da Sociedade e do homem. Talvez um fenômeno que já há muito anos corra atrás da metódica científico-espiritual da dogmática do Direito Penal dos anos cinquenta e sessenta.

O fenômeno da normativização não só é sociologicamente interessante, mas também – e isto aqui nos interessa – de grande importância, ainda que não seja visível, para os fundamentos do juízo de culpabilidade jurídico-penal. Com a mudança de um critério individual para um critério geral para a fundamentação e a medição da reprovação da culpabilidade não se modifica apenas o instrumentário metódico, mas também substancialmente a base na qual assenta a reprovação da culpabilidade.

O objeto da reprovação da culpabilidade modifica-se de um dado evidente e mensurável em uma construção. O poder individual de agir de outro modo é uma afirmação empírica. O fato de que alguém tenha perdido a possibilidade de proceder de modo distinto de como agiu, pressupõe que ele tinha faticamente uma possibilidade alternativa. A prova da perda individual não se deve apresentar sem o esclarecimento e a designação das alternativas reais que o agente concreto tinha em aberto na concreta situação de ação. A “vantagem” da normativização consiste exatamente no fato de que se renuncia tal esclarecimento e tal designação. Pois, naturalmente, não se pode dizer que, para preparar a reprovação da culpabilidade, o juiz criminal tinha que examinar as possibilidades do poder médio para agir de outro modo com a sonda do esclarecimento empírico, real. O “homem médio”, com cujas capacidades se mede o acusado na reprovação da culpabilidade, não é homo, mas um homunculus, ele é uma figura da imaginação, um “fenômeno” somente no sentido metafísico.⁵⁶³

⁵⁶² Referências importantes e crítica a esta distinção em *Stratenwerth*, AT, I, número de margem 502-504. O desenvolvimento histórico da distinção é apresentado em *Achenbach*, *Schuldlehre*, p. 56 e s., 97-112. Nós ainda voltaremos a esta distinção na p. 232. Uma análise crítica e fundamental, começando com os padrões jurídico-penais de argumentação e analisando as teorias funcionais da culpabilidade, encontra-se em *U. Neumann*, *Entwicklungen*, especialmente p. 577 e ss.

⁵⁶³ Nós já encontramos um fenômeno desta espécie nos conceitos que necessitam de complementação valorativa, os “bons costumes”, *supra* § 21, IV.

Esta mudança, naturalmente, facilita a tarefa de esclarecimento e fundamentação do juiz criminal, pois ela torna possível uma reprovação da culpabilidade. O critério do homem médio no lugar do homem real é consequência obrigatória do conhecimento correto de que, com os meios do Processo Penal, não se pode verificar a alternativa de ação que realmente poderia ser escolhida. Pois ali se trata da produção de um caso, isto é, de um acontecimento real, com auxílio dos instrumentos de observação empírica: a impressão, o depoimento de testemunhas e peritos sobre aquelas observações. A alternativa de ação que realmente poderia ser escolhida, o poder individual de agir de outro modo, como nós vimos, não está acessível à observação; acessíveis a ela são somente os modos deficientes de liberdade: as limitações pelos fatores causais atuantes. O poder individual de agir de outro modo é uma letra de câmbio (Wechsel) que jamais se poderá sacar em um Processo Penal. Por isso a normatização do critério de reprovação é o modelo apropriado para a realidade inalterável do Processo Penal.

Ela também coincide com a lei. O StGB – por boas razões, como agora nós sabemos – não exige em lugar algum a prova de uma alternativa de ação que realmente poderia ser escolhida. Ao contrário, ele segue o modelo que também orienta as relações cotidianas com a liberdade do homem: se se antecipa a liberdade ela é mantida até prova em contrário. As normas legais que se ocupam com a culpabilidade não tem nada a ver com a fundamentação da culpabilidade, mas com a exclusão da culpabilidade, com as exculpantes: a exclusão (§§ 19, 20) ou a redução da capacidade de culpabilidade (§ 21), o erro de proibição (§ 17), o estado de necessidade (§ 35), o excesso na legítima defesa (§ 33), a insolúvel colisão de deveres e a inexigibilidade de conduta conforme à norma. A lei oferece ao juiz criminal, no âmbito da culpabilidade, somente instruções de busca, de modo que, com os meios que ele tem à disposição no Processo Penal, possa encontrar algo e o dispensa da busca pelo que é empiricamente invisível. A falsa idéia do acusado sobre o Direito, a idade da criança ou uma perturbação psíquica patológica – as limitações à liberdade – ele pode verificar e graduar, mais ou menos bem, ao seu caso. Ele pode especificar no caso concreto a construção dogmática do poder geral de agir de outro modo, com o auxílio da dogmática da culpabilidade e conseqüentemente para ele este problema estará resolvido.

Não resolvido, mas antes acentuado, porque eles se tornam possíveis de serem formulados de modo mais preciso. Particularmente duas grandes questões que estão associadas à normatização do critério de reprovação dominam a controvérsia da

moderna dogmática da culpabilidade: o conteúdo do critério do “poder geral” e o caráter de reprovação do juízo de culpabilidade jurídico-penal.⁵⁶⁴

Enquanto se puder acreditar em um poder individual de agir de outro modo, o conteúdo do critério da reprovação não terá problemas. Constitui-se das possibilidades alternativas de ação que existiam para o acusado concreto em sua situação. Elas deveriam ser esclarecidas com o auxílio dos meios do Processo Penal. Não é necessário uma teoria para isso. Mas a constatação de que as alternativas individuais não estão à disposição como critério e a mudança para um critério geral exige a estruturação de uma teoria para a aplicação deste elemento. Esta teoria deve indicar o que importa na determinação do “poder geral”; sem uma teoria concretizante o critério fica vazio e por isso é perigoso e inaceitável no Direito Penal. O juiz não observa isso tão facilmente, porque ele tem que se preocupar muito pouco com a fundamentação da culpabilidade, ele pode se apoiar muito mais na concretização da exculpante que a lei lhe oferece. Entretanto é evidente que a exculpante está inseparavelmente ligada à fundamentação da culpabilidade, e que, portanto, a interpretação das exculpantes é obrigatoriamente dirigida pelas representações materiais que o intérprete tem da fundamentação da culpabilidade – por exemplo os limites do § 20 do StGB e ali o elemento “outra anomalia psíquica grave”.

δ) A moderna dogmática da culpabilidade busca critérios do poder geral em um campo mais próximo: nos fins da pena.⁵⁶⁵ Os fins da pena, como as teorias que indicam quais as tarefas que a pena estatal possui, são evidentemente um meio adequado para a concretização do juízo de culpabilidade. Pois dão sentido à pena, e podem também tornar razoável o juízo de culpabilidade; além disso, uma concretização da culpabilidade a partir dos fins da pena promete uma harmonização do sistema jurídico-penal, uma vinculação material de dois âmbitos fundamentais que hoje estão sob o forte bombardeio dos críticos do Direito Penal.

No entanto, somente as chamadas “modernas” teorias da pena são consideradas como fontes de orientações, isto é, as teorias da prevenção especial, que vêem o sentido da pena em uma melhora do autor individual, em sua ressocialização ou sua socialização e da prevenção geral, que esperam da ameaça e da execução da pena uma intimidação dos potenciais criminosos e em geral uma estabilização da consciência social da norma. Somente estas mo-

⁵⁶⁴ Leitura recomendada para acompanhamento do que segue: *Stratenwerth*, *Zukunft*.

⁵⁶⁵ Concretizações e aprofundamentos em *Roxin*, *Schuld*, e *Jakobs*, *Schuld*, bem como – um panorama – em *Jakobs*, *AT*, 17, Capítulo III, IV.

deras teorias preventivas afirmam algo sobre os fins que a pena deve perseguir, e por isso elas também são chamadas teorias “relativas”: referidas aos fins.

Ao contrário, as teorias “clássicas” da retribuição e da expiação são inadequadas para circunscrever o poder geral de agir de outro modo e para concretizar o juízo de culpabilidade. Elas são teorias “absolutas”: desapegadas da persecução de fins. A teoria da prevenção especial pode ser frustrada quando a ressocialização não obtiver êxito (pois as cotas de reincidência são e continuam sendo elevadas); a teoria da prevenção geral pode ser frustrada quando os potenciais autores não se preocupam com a ameaça de pena, mas somente com a probabilidade de que eles sejam apanhados – a teoria da retribuição está segura diante de frustrações de tal espécie, porque de qualquer forma ela não espera os efeitos fáticos da pena ou em todo caso não se adapta a tais efeitos. Se o injusto e a culpabilidade são retribuídos justa, uniforme e proporcionalmente pela pena, a idéia do Direito foi satisfeita, e o autor expiou (objetivamente) pelo seu ato. Com isto as teorias absolutas da pena estão satisfeitas.⁵⁶⁶

A ligação entre o juízo de culpabilidade e os fins da pena pode-se produzir do seguinte modo: somente ali onde o Direito Penal pode esperar que um fim penal preventivo (a ressocialização do autor, a intimidação do potencial autor, a estabilização da consciência normativa da população) seja possível de se alcançar é que pode ser razoável reprovar ao autor o seu desvio de um poder geral de agir de outro modo: de pronunciar um juízo de culpabilidade. Onde é previsível que de modo algum se pode realizar o fim da pena, é absurdo (e injusto) construir regras de um poder geral; pois estas regras não seriam mais fiéis à realidade, porque ou a realidade deste autor concreto (a possibilidade de sua ressocialização) ou a realidade dos outros homens (as possibilidades de intimidação e estabilização da norma) estaria incorreta. Deste modo, como já se tem feito,⁵⁶⁷ podem se tornar plausíveis e compreensíveis as exculpantes, as quais a lei e a dogmática jurídico-penal colocam à disposição, como conseqüências de uma compreensão da culpabilidade orientada pelos fins preventivos da pena.

Atrás destas concepções, na verdade, está algo mais do que somente um bom empenho em elaborar critérios de poder geral de agir de outro modo e de concretizar o juízo de culpabilidade. Enquanto o concretizam deste modo, eles tomam ao mesmo tempo uma boa parte do seu caráter anterior. Isto se

⁵⁶⁶ Nós voltaremos ao problema das teorias da pena nos §§ 28 até 30. Já se pode produzir agora a relação e voltar ao problema do juízo de culpabilidade.

⁵⁶⁷ Comparar em *Roxin*, Schuld, especialmente as pp. 182 e ss., e *do mesmo*, Diskussion, especialmente as pp. 282 e ss.

indica já no estilo da linguagem: “responsabilidade” em vez de “culpabilidade”. Em face do tradicional caráter de censura do juízo penal de culpabilidade alega-se a racionalidade da sensata persecução de fins. O juízo de culpabilidade não expressa mais que o autor “infringiu”, senão, sobretudo, que se pode fazer algo razoável com ele na execução penal (ressocialização) ou que a pena executada por ele tenha um sentido razoável para os demais (intimidação, estabilização da norma).

Estas concepções estão à altura da sua época. Não por acaso as suas declarações mais amplas baseiam-se na teoria funcional sistêmica de Luhmann, com a qual já nos ocupamos antes.⁵⁶⁸ O juízo de culpabilidade adapta-se – de maneira considerável –, sem fendas, a todo o sistema do Direito Penal, torna-se na verdade um “subsistema” e recebe um papel criativo face aos fins que o Direito pretende alcançar. Estes fins, os fins da pena, só são admitidos na medida em que refletem a racionalidade da nossa cultura jurídica, em que são dirigidas à resultados empiricamente comprováveis, em que elas são preventivas; o (antigo) fim retributivo da pena continua de fora.

No entanto, pergunta-se se com isto não se tem dado demais à modernidade. Recordemos das palavras de Franz v. Liszt, que designou o Direito Penal como “Carta Magna do delinqüente” e como “limite intransponível da Política criminal”,⁵⁶⁹ e observemos mais detidamente estas palavras. Por trás disso está a idéia de que se atesta ao criminoso algo ao qual ele pode invocar eficazmente em face do poder punitivo do Estado. O Direito Penal somente pode ser “Carta Magna” quando os seus limites realmente não puderem ser ultrapassados pela Política Criminal; neste ponto as duas determinações estão necessariamente juntas. Traduzida à linguagem da teoria dos sistemas, v. Liszt leva o Direito Penal e a Política Criminal em uma relação disfuncional: o Direito Penal não tem que se adaptar à Política Criminal, não pode ser seu subsistema (funcional), mas tem que opor-se a ela, ele tem que freá-la e caso necessário impedi-la. Esta é uma concepção de Política e Direito própria de um Estado de Direito e da divisão de poderes. Se o Direito Penal cai como limite entre o criminoso e a Política criminal, isto é, se se funcionaliza o Direito Penal pela Política criminal, atrelado aos fins desta, então o delinqüente encontra-se sem uma proteção formalizada aos interesses políticos que pretendem tratá-lo e melhorá-lo e intimidar os demais através da sua pessoa. O Direito Penal é a única proteção que o criminoso tem não só face aos interesses político-criminais, mas também em face da vítima e de todos aqueles que se vêem como vítimas; esta proteção é tanto mais

⁵⁶⁸ *Supra* § 17, I, *excursus* 2.

⁵⁶⁹ *Supra* § 22.

necessária, quanto o fato do delinqüente não poder expressar seus interesses políticos e conflitivos como os conselhos governamentais, os trabalhadores e os ambientalistas.⁵⁷⁰ Um dos fins mais importantes da política interna é tornar estes limites intransponíveis por ninguém.

As concepções que desenvolvem o critério do poder geral de agir de outro modo pelos fins penais preventivos, correm o perigo de tornar o Direito Penal suscetível à Política criminal.

Este perigo, no entanto, já se deu com o conceito normativo de culpabilidade.⁵⁷¹ Ele retirou do Direito Penal a arma que o tornava um adversário forte e mordaz face aos interesses Político criminais no âmbito da culpabilidade: os dados psíquicos empíricos, cuja existência ou falta não se poderia superar simplesmente “valorando”, mas que deveria extenuar um interesse político criminal até o possível fracasso. O conceito normativo de culpabilidade, com os seus critérios condensados e rarefeitos, não restringe e não impede mais ninguém, nem mesmo o interesse político criminal no tratamento e na intimidação.

Existe prova da potência do Direito Penal para impedir a intervenção do interesse político criminal na pessoa do delinqüente. São os casos nos quais a necessidade evidente de tratamento do autor punível se depara com a “culpabilidade” reduzida do mesmo e o tratamento, no entanto, não se realiza devido à falta de tempo da pena: os casos de “tendência do autor em cometer pequenos delitos”. Desde a eliminação do estabelecimento de trabalho⁵⁷², estes casos diariamente trazem perante a jurisdição penal o conflito lisztiano entre Direito Penal e Política Criminal. O caminho correto para a solução do conflito, como o tinha indicado v. Liszt, consiste em compreender e sustentar que o conflito é jurídico-penalmente impossível de solucionar, que o interesse político criminal na neutralização da pessoa que após a expiação da pena

⁵⁷⁰ A relação (possível e real) dos sindicatos com a execução penal e os presidiários é elucidada na obra conjunta de *Lüderssen/Schumann/Weiss*, *Gewerkschaften*.

⁵⁷¹ Nós caracterizamos brevemente a oposição entre o conceito psicológico e o normativo de culpabilidade *supra* neste §.

⁵⁷² Até 1969 o juiz tinha a possibilidade legal (§ 42a, n.º 3 da antiga edição do StGB) de internar os delinqüentes habituais de pequenos crimes em um “estabelecimento de trabalho” para cumprimento da pena e assim satisfazer o interesse político criminal na neutralização desta pessoa e na segurança da sociedade contra ela através de uma medida, uma vez que o conceito de culpabilidade tinha fracassado. O legislador felizmente anulou esta medida levando em consideração o princípio da proporcionalidade e com isto colocou o juiz, em tais casos, diante do conflito descrito no texto.

com grande probabilidade buscará novas vítimas, fracassa no “Direito Penal”.⁵⁷³

Finalmente, deve-se observar também que o legislador acompanha com simpatia as tendências de reduzir os limites do Direito Penal em favor da Política criminal, enquanto ele mesmo sobrecarrega o juiz, que no entanto tem que zelar pelos limites do Direito Penal, com a persecução de fins políticos criminais – assim, se ele amplia os marcos penais dos tipos delitivos, dá ao juiz várias possibilidades de suspender o processo sem resultado,⁵⁷⁴ de reservar a pena⁵⁷⁵ ou de prescindir dela,⁵⁷⁶ ou até mesmo quando ele exige ao juiz “defender” a “ordem jurídica”, sem lhe indicar precisamente como deve fazer isto.^{577, 578}

A estas tendências modernas corresponde também a idéia de concretizar um conceito de culpabilidade pelos fins da pena e de lhe dar uma orientação. Esta orientação é político criminal, e nela encontram-se todos os interesses político criminais que o Direito Penal deveria realmente limitar. É evidente o perigo de que esta concepção de culpabilidade exceda a problemática do conceito normativo de culpabilidade. Se este, de certo modo, tinha aberto o plano da culpabilidade, com hesitação e sob oposições às valorações que também deixavam entrar interesses político criminais, então da parte da dogmática da culpabilidade concebida pelos fins da pena resulta um convite formal à

⁵⁷³ Deve-se indicar que a oposição entre “Política criminal” e “Direito Penal”, como v. *Liszt* a formulou e como é aceita no texto, não é forçosa e também não é moderna. É possível e hoje usual utilizar um conceito mais abstrato de Política criminal que está acima da oposição estabelecida por *Liszt* e que não se opõe ao “Direito Penal”, mas elabora a discussão em si mesmo. Quem quiser se ocupar com isso encontra mais em *W. Hassemer*, *Strafrechtsdogmatik*, p. 133-142.

⁵⁷⁴ Leia-se o § 153a do StPO.

⁵⁷⁵ Leia-se os §§ 59 e 59a StGB.

⁵⁷⁶ Leia-se o § 60 do StGB.

⁵⁷⁷ Leia-se os §§ 47 e 56, III do StGB e observe quais as alternativas de decisão se favorecem com a exigência de “defesa da ordem jurídica” e quais se excluem. Quem quiser se ocupar detalhadamente com a origem deste conceito e a sua problemática encontra várias informações (aliás, inclusive de um seminário que se ocupou com esta idéia) em *Naucke et alii*, *Verteidigung der Rechtsordnung*. O fato de que este instituto também pode ser objeto dos exercícios jurídico-penais para estudantes avançados e como o estudante tem que lidar com isto mostra *Müller-Dietz*, *Verteidigung der Rechtsordnung*. Nós voltaremos a esta idéia mais uma vez *infra* § 29.

⁵⁷⁸ Isto pode ter conseqüências para o sistema do fato punível em geral; quanto a isso *infra* o texto no § 25, VI.

Política criminal para se inserir no âmbito do Direito Penal e a não prestar atenção nos limites eventualmente existentes.

Sem dúvida esta concepção ainda não pronunciou a última palavra e é de se esperar que ela possa elaborar e absorver o conflito necessário entre o Direito Penal e a Política criminal. Uma questão completamente diferente é que tal concepção realmente deixa algo da reprovação da culpabilidade, que é realizada ao autor. Evidentemente não em excesso.⁵⁷⁹

O regresso ao poder geral de agir de outro modo (a normatização do critério da culpabilidade) por sua vez já colocou em dúvida a possibilidade de uma reprovação da culpabilidade face ao autor. A concepção da dogmática da culpabilidade orientada pelos fins da pena é somente o ajuste desta dúvida à construção ideal e conceptual de uma moderna ciência do Direito Penal orientada e interessada político criminalmente.

ε) O que realmente se reprova ao autor com a verificação de que ele faltou aos critérios do “poder geral”, de que ele se encontra em contradição com o “homem médio”? Em um diálogo socrático este homem responderia que é trivial que um homem real esteja em contradição com um “homem médio”, e que não se pode ver nenhuma reprovação nisso. Porém, pode-se responder a ele que esta contradição seja negativa, contrária aos valores e grande. Ele replicará, que vê esta diferença e também a lastima, mas gostaria de saber, por sua vez, porque ela lhe causa reprovação, que culpa ele tem por isso e o que deveria fazer realmente. O que se responderá a ele? Se não se sabe nada sobre o poder individual de agir de outro modo, mas só se pode operar com o “homem médio”, honestamente não se poderá responder a ele nada diferente do que: o que tu deverias fazer, nós sabemos. Mas se tu realmente poderias fazer nesta situação, nós não sabemos. Nós também não sabemos portanto se tu és responsável pela diferença. Para o tipo de reprovação que nós te faremos, também não precisamos saber absolutamente nada disso tudo, basta a diferença objetiva com o “homem médio”, e nós já medimos isto com precisão. O homem real considerará isto como uma espécie rara de reprovação, talvez como uma “reprovação forense”. Na vida cotidiana este homem está acostumado a considerar reprovações desta espécie como imorais e a contestá-las: tu não tens idéia de como algo me

⁵⁷⁹ O texto repete neste local, com alguma precisão, as idéias de *Ellscheid/W. Hassemer*, Strafe ohne Vorwurf. Esta concepção foi criticada principalmente por *Arthur Kaufmann*, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; recomenda-se, por isso, ler concomitantemente esta crítica.

parece e o que se passa comigo; portanto, de preferência ouça primeiro uma vez, antes que tu julgues precipitadamente.

No Processo Penal, como nós já vimos, as coisas ocorrem de modo diferente do que na socrática vida cotidiana. As instruções de busca que o juiz recebe da lei material e da dogmática da culpabilidade lhe ordenam, por boas razões, terminar exatamente no lugar, no qual também termina o diálogo do texto: não se pode explicar o poder individual de agir de outro modo no Processo Penal, mesmo – e de modo algum – com um acusado disposto ao diálogo. O juiz criminal que parte da escola da dogmática da culpabilidade orientada pelos fins da pena, teria terminado antes. O seu problema central não é a comprovação orientada ao passado pelas diferenças de conduta; o seu programa é o do esclarecimento orientado para o futuro pelas possibilidades de prevenção e o engajamento da culpabilidade e da pena a esta concepção empírica; os temas referidos estão à margem do seu interesse.

A reprovação jurídico-penal é portanto uma reprovação de tipo especial. As bases de conhecimento e intuição nas quais ela pode se apoiar para sua justificação são sistematicamente reduzidas diante das possibilidades de ação cotidiana. As pessoas aprendem a ser cautelosas com as reprovações aos demais, a se conterem, se já o fizeram, a se manterem abertas a um melhor conhecimento, porque ninguém pode conhecer com exatidão as outras pessoas para formular a elas uma reprovação definitiva. O Direito Penal, por sua vez, atua de modo diferente. Na verdade, a base de legitimação de suas reprovações da culpabilidade é estreita; porém, isto não impede de formular e também de cimentar uma reprovação: de declará-la como “válida” e de inscrevê-la no registro de apenados (ainda que este último tenha a abençoada virtude de ser esquecido).⁵⁸⁰

Como há uma “verdade forense”,⁵⁸¹ também pode haver uma “reprovação forense” – a esta expressão não interessa se predomina somente a clareza sobre a matéria que é caracterizada por ela. Não se deve discutir aqui se o conceito de “reprovação” deve ser retirado da dogmática da culpabilidade (e substituí-lo, por exemplo, por “responsabilização” ou “responsa-

⁵⁸⁰ O § 43, I e II da BZRG diz:

“I. Os registros de condenações são cancelados após o decurso de um determinado prazo.

II. Uma inscrição que deve ser cancelada será eliminada do registro seis meses após a ocorrência do cancelamento. Durante este período nenhuma informação poderá ser fornecida sobre o registro.”

⁵⁸¹ *Supra* § 18, III, 4.

bilidade”). Nós apresentaremos neste contexto apenas algumas reflexões e indagações que estão em estreito contato com os fundamentos do Direito Penal.

O fato de que se faz uma reprovação ao acusado justifica uma das mais importantes instituições do nosso sistema jurídico-penal: a da “dupla via” (*Zweispurigkeit*). Isto significa que desde 1933, como foram adaptadas ao Código Penal as medidas de correção e segurança,⁵⁸² as conseqüências jurídico-penais andam em duas vias: a pena, que pressupõe culpabilidade (e reprovação da culpabilidade) e as medidas, que pressupõem um perigo específico por parte do autor.⁵⁸³ “Culpabilidade” e “periculosidade” são as duas qualidades distintivas do desviante, nas quais se baseia o nosso sistema de conseqüências jurídico-penais de dupla via. Se se elimina a reprovação da culpabilidade, então se ameaça a clara diferenciação deste sistema e a possibilidade de uma imposição de pena; enfim, se ameaça a idéia de um aparato tecnocrático, com o qual se endireita o delinqüente ou, se isto não é mais possível, se o mantém paralizado.

Estes temores são pelo menos exagerados. Na praxis não existe mais esta diferença tão acentuada descrita teoricamente entre penas e medidas e paralelamente recebe um desenvolvimento contínuo que leva a uma oferta cada vez maior de medidas mais adequadas e a uma melhora e uma diferenciação da execução da pena. A execução de penas e a execução de medidas há um longo espaço de tempo movem-se uma em direção à outra.⁵⁸⁴ As ofertas terapêuticas na Execução penal assumem os fins de melhoramento do sistema de medidas; as diferenças entre a execução de medidas e a execução de penas são muitas vezes menores que as diferenças de execução em determinados estabelecimentos prisionais. Nos estabelecimentos sócio-terapêuticos⁵⁸⁵ a relação entre os sistemas de penas e o de medidas é ainda maior. O legislador aumentou esta relação através do princípio “vicariante”, que ordena a execução de uma medida de segurança e melhoramento antes da pena e o cômputo do tempo de

execução da medida no tempo de pena (isto é, a execução de medida em vez da execução de pena):⁵⁸⁶

A maior tarefa político criminal e jurídico-constitucional face ao desenvolvimento da execução da pena e da execução da medida hoje não consiste mais na reativação da oposição entre culpabilidade e periculosidade, mas no desenvolvimento de instrumentos que façam com que o delinqüente se depare com uma conseqüência jurídico-penal, que seja a resposta mais precisa possível para o seu ato e a sua personalidade, e que, por outro lado, garanta que o delinqüente – tanto em relação à medida como também à pena – será protegido contra intervenções desproporcionais aos seus direitos. Diante desta tarefa a diferença entre penas e medidas é secundária.

Não se pode dizer que esta tarefa seria resolvida ou também empreendida amplamente. A ciência da execução penal é recente, o interesse da ciência jurídico-penal nas conseqüências jurídico-penais está cada vez mais à sombra do interesse nos pressupostos da punibilidade; as ligações entre o Direito Penal e o Direito Constitucional, no que diz respeito à sincronização dos desenvolvimentos científicos, estão abertas; o conhecimento empírico necessário que esta tarefa exige em sua maior parte não está disponível.⁵⁸⁷ Porém, uma coisa já é certa: o fato de que o sistema jurídico-penal impõe uma reprovação da culpabilidade, não facilita a solução, mas a dificulta:

A reprovação da culpabilidade desvia a atenção. Ela desvia a atenção das limitações mais importantes às quais necessariamente ela está submetida e que a tornam um fenômeno “forense”. Como se viu, as reflexões jurídicas sobre as possibilidades de uma reprovação da culpabilidade exigem uma paciência considerável, esforço e capacidade de diferenciação antes de se ver o que realmente pode ser conteúdo de tal reprovação – e isto vale muito mais para o público, ao qual se quer e se deve transmitir o Direito Penal. Ele entenderá por “reprovação” no sentido jurídico-penal, o que se entende por “reprovação” na vida cotidiana – isto é de modo excessivo. O sistema jurídico-penal não pode se dar por satisfeito com esta correta exigência que se coloca ao autor, da categoria do “poder geral de agir de outro modo”; deve preocupar-se também se o seu emprego lingüístico da palavra “reprovação” não insinua nada diferente em relação a algumas poucas informações, isto é, o poder individual de agir de outro modo.

⁵⁸⁶ Leia-se o § 67 do StGB.

⁵⁸⁷ Os particularmente interessados encontram no livro de *Müller-Dietz*, *Grundfragen*, agora, uma série de informações e idéias que levam adiante esta discussão.

⁵⁸² Elas foram introduzidas pela lei dos delinqüentes habituais de 24.11.1933, mas não se baseiam nas concepções jurídicas do Nazismo, mas naquelas do período de Weimar; elas já estão incluídas no E 1930 (§§ 55 e ss).

⁵⁸³ Leia-se o § 61 do StGB.

⁵⁸⁴ Referências com aprofundamento e mais detalhes sobre isso e o que segue em *Müller-Dietz*, *Grundfragen*, p. 67-79.

⁵⁸⁵ Na 1.ª edição desta obra, em 1981, eu formulei desse modo: “leia-se o § 65 do StGB e ali em uma nota de rodapé ou na indicação estabelecida como de costume, que o dispositivo entrará em vigência somente em 1.1.1985 – assim se espera”. Mas a esperança não se cumpriu: ao final de 1984 o legislador (BGBl. I 1654) cancelou, sem substituição, do § 65 do StGB o “término das medidas” e manteve simplesmente apenas o “término da execução”. Com críticas e informações sobre isso *Böhm*, *Stravollzug*, C, I, 2, b, dd.

No entanto, a reprovação da culpabilidade desvia a atenção do conhecido fato de que um delito jamais é obra apenas do ato de um indivíduo, mas o resultado de uma rede de fatores internos e externos, que vai desde o desenvolvimento do número de desemprego até às lesões prematuras nas relações maternas. Nós vimos que o Direito Penal não pode renunciar a imputar a conduta antijurídica a um indivíduo,⁵⁸⁸ isto é, de fazer de um homem individual responsável pelo “seu” ato. Porém, disso não resulta, ao mesmo tempo, que se deve aprofundar moralmente esta imputação através de uma reprovação que, de qualquer forma, se pode responder somente de forma geral. Não sem razão a denominada “teoria do bode expiatório” chamou a atenção para um perigoso mecanismo psicossocial, que “depura” os demais fatores intervenientes no fato punível, de modo que fixam este fato punível a um indivíduo, no qual se manifesta um problema de todos:⁵⁸⁹ a agressiva competitividade e a pressão do resultado na divisão social do trabalho ou as formas das relações no “broken home”. Se uma cultura mais sensível e diferenciada do cotidiano se esforça em deixar as reprovações pelo menos em suspenso, para continuar tornando possível a convivência humana, inclusive em relação às lesões de uns aos outros, então o sistema jurídico-penal não deveria desaprovar estes desenvolvimentos, mas apoiá-los com os seus meios. Isto não é assim, pois o Direito Penal não necessita do aprofundamento moral da imputação subjetiva para alcançar os seus fins e para justificar a sua atuação:

A justificação da consequência jurídico-penal não resulta da culpa reprovável do autor, mas da tarefa do Direito Penal como uma instituição social e estatal; a “culpabilidade” do autor, isto é, a imputabilidade subjetiva, não é fundamento, mas somente o meio de limitação da consequência jurídico-penal. Uma frase patética perpassa há muito tempo a literatura jurídico-penal: que a pena é uma “amarga necessidade”. Este pensamento devia ser levado a sério. Traduzido para uma linguagem mais precisa, significa que o motivo e o fundamento da atividade jurídico-penal não é que um homem se tornou culpável, mas antes que surgiu um conflito social que não pode ser elaborado com meios menos intensos que aqueles do Direito Penal. A justificação ético-social da consequência jurídico-penal não reside no âmbito individual – na “culpabilidade” de um indivíduo – mas sempre no âmbito social. Por isso o sistema jurídico-penal, orientado

⁵⁸⁸ *Supra* neste §.

⁵⁸⁹ A “teoria do bode expiatório” é tratada expressamente em *Mechler, Sündenbock*, e *Ostermeyer, Sündenbockprojektion*. Uma visão geral sobre a abordagem psicossocial na “sociedade punitiva” em *Streng, Schuld*.

por suas normas materiais e por suas normas constitucionais, prescinde com razão, inclusive em relação à culpabilidade humana grave, de intervenções, quando o conflito surgido através desta culpa não tem relevância social ou não pode ser elaborado racionalmente pelo Direito Penal com os seus meios – pense-se nas deformações dos homens através da educação ou as “mentiras vitais” nas relações íntimas. A justiça penal justifica-se pela formalização da elaboração do conflito, isto é, através de sua capacidade de elaborar e desenvolver os conflitos mais graves entre os homens com uma relativa tranquilidade, distância e em defesa dos direitos dos participantes. A “culpabilidade” dos participantes é necessária para a justiça penal somente como limite da imputação subjetiva, não como fundamentação de sua atuação.

A proporcionalidade da consequência jurídico-penal continua sendo um problema aberto – mas não, por exemplo, porque se renunciaria à reprovação da culpabilidade, mas porque (ainda) não existe uma teoria da pena e da medida que possa colocar em uma relação mensurável a gravidade da ação e a intensidade da sanção. Tal teoria deveria fazer declarações úteis sobre a intensidade da lesão do bem jurídico, sobre a hierarquia gradual dos bens jurídicos (vida-saúde-patrimônio, etc.), sobre os graus normativos das etapas de participação interna no acontecimento exterior (dolo-culpa), sobre a suscetibilidade e a sensibilidade à pena dos indivíduos condenados. E ela deveria considerar corrigíveis estas declarações porque justamente estes conteúdos estão sujeitos a uma contínua modificação histórica (mas dificilmente mensurável). A reprovação da culpabilidade mesma não contribui nenhum pouco para o desenvolvimento de tal teoria, e não garante a proporcionalidade das consequências jurídico-penais.

Enquanto não se tiver um conhecimento mais exato sobre a gravidade do fato (externa e internamente) e sobre os efeitos das consequências jurídico-penais, nada mais restará do que trabalhar e aperfeiçoar os critérios diferenciados da proporcionalidade, que o direito positivo oferece em abundância e que nós já observamos.⁵⁹⁰ Ademais, com as suas disposições sobre a culpabilidade o legislador traçou um caminho viável para a teoria do Direito Penal. Ele tem se preocupado com o fato de que a ninguém possa ser imputado subjetivamente um ato, no qual não tenha participado com conhecimento normativo (§ 17 do StGB), com participação interna (§ 18 do StGB: pelo menos com culpa), com conhecimento fático e possibilidade de orientação (§§ 19, 20 do StGB), com colisão de deveres e inexigibilidade de conduta conforme a norma (§ 35 do StGB) e as subsequentes ampliações da dog-

⁵⁹⁰ *Supra* neste §.

mática jurídico-penal: o fato de que alguém se torna responsável por um ato em relação ao qual ele “nada podia”, não se deve tratar na prática; para os penalistas que trabalham assim a “culpabilidade” não é nada mais do que a ausência de causas de exclusão da culpabilidade.⁵⁹¹

V. Causas pessoais de exclusão e anulação da pena. Pressupostos processuais e obstáculos à punição

Com a etapa de verificação da culpabilidade na estrutura do delito foi apreciada integralmente a conduta humana, tanto no seu plano objetivo como no subjetivo. A reflexão jurídico-penal fechou seu círculo. Sob o ponto de vista da punibilidade ela imputou um ato ao autor em etapas concretas e em todas estas etapas da imputação colocou criticamente em discussão e sob pontos de vista variáveis a responsabilidade de um homem por sua conduta. Com a imputação subjetiva deveria ter chegado ao fim a verificação jurídico-penal na estrutura do delito.

O fato de que ela ainda não chegou ao fim, de que ainda há (pelo menos)⁵⁹² outros dois planos de verificação, representa uma posição determinada do Direito Penal e não é, como as etapas anteriores de verificação da imputação, um elemento necessário de toda a estrutura do delito. Nos dois últimos planos da estrutura do delito se expressa a vontade do legislador de não reagir a qualquer conduta com pena, senão de se reservar à decisão se tem sentido a imposição de uma pena a todos os casos de conduta culpável. Os planos nos quais são discutidas as causas pessoais de exclusão da pena e de anulação da pena, bem como os pressupostos processuais e os obstáculos à punição, descrevem as situações nas quais o legislador – apesar da conduta antijurídica e culpável – considera oportuno prescindir de uma punição ou

até mesmo da realização de um processo penal. Estas situações baseiam-se em *decisões político-criminais*, nas quais se pode estudar bem o clima de um ordenamento jurídico-penal. Elas são ao mesmo tempo uma prova de que o princípio “nulla poena sine culpa” não vale em sua forma inversa, mas que entre a culpabilidade e a consequência jurídico-penal é inserido um plano de decisão político-criminal.

As considerações político-criminais que são válidas nestes planos são variadas. Assim, por exemplo, por trás da *imunidade (Indemnität) dos deputados*⁵⁹³ como uma causa pessoal de exclusão da pena⁵⁹⁴ está o interesse em manter os conflitos nos parlamentos – mas não aqueles em campanha eleitoral! – livre da ameaça do Direito Penal. Assim, como causa pessoal de anulação da pena do § 24 do StGB⁵⁹⁵ leva-se em consideração três explicações igualmente plausíveis: ou o legislador queria construir para o autor uma “ponte dourada”, com a qual ele volta a uma vida ordenada, antes que tente algo pior (teoria político criminal); ou ele queria gratificar o indivíduo que desiste antes da consumação do delito, porque, com isto, anula a “impressão comovente” do seu fazer (teoria do prêmio ou da graça); ou ele entendeu que nos casos de desistência da tentativa nenhum dos fins da pena exige uma punição (teoria dos fins da pena).⁵⁹⁶

Como causa de anulação, ou também como obstáculo processual, pode-se considerar a *prescrição da persecução (Verfolgungsverjährung)*⁵⁹⁷, conforme se justifique (jurídico-materialmente) pela extinção da necessidade da pena pelo decurso do tempo ou (jurídico-processualmente) pela deterioração das condições probatórias e pelo perigo de decisões incorretas.⁵⁹⁸ Pressuposto processual, ao contrário, é o que estabeleceu a queixa-crime em relação aos chamados “delitos mediante queixa”.⁵⁹⁹ Ao qual serviu de base a avaliação legal da relevância social dos conflitos humanos. Em

⁵⁹³ Leia-se o § 36 do StGB, Art. 46, I da GG.

⁵⁹⁴ As causas de exclusão da pena distinguem-se das causas de anulação da pena pelo simples fato de que as primeiras existem à época do cometimento do fato, as últimas surgem apenas quando o fato foi cometido e então a punibilidade é anulada.

⁵⁹⁵ Leia-se também os §§ 31, 159 do StGB e compare com o § 310 do StGB.

⁵⁹⁶ Com uma abordagem mais ampla e com indicações claras *Jescheck*, AT, p. 485-487.

⁵⁹⁷ Leia-se o § 78 do StGB e tome em comparação a prescrição da execução (*Vollstreckungsverjährung*) do § 79 do StGB.

⁵⁹⁸ Esta questão foi política e sistematicamente relevante em relação à modificação (retroativa) das regras de prescrição para os delitos cometidos com violência. Nós voltaremos à isso.

⁵⁹⁹ Leia-se (outra vez) o § 77 do StGB.

⁵⁹¹ Compare-se quanto a isso também *Stratenwerth*, AT I, número de margem 29 e *supra* neste §.

⁵⁹² Além dos planos das causas pessoais de exclusão da pena e de anulação da pena, bem como dos pressupostos processuais e dos obstáculos à punição, que aqui são incluídos na estrutura do delito, acham-se excluídas do sistema do fato punível, expressamente, as condições objetivas da punibilidade (comparar *supra* § 22). Isto se justifica porque eles tem um caráter especial como elementos independentes da culpabilidade. Contudo, nada impede de considerá-los – como aqui – como elementos da tipicidade, à qual eles pertencem.

relação aos delitos que se procedem mediante queixa, a lei parte de que a própria vítima deve decidir sobre a persecução penal e a racionalidade não depende dos motivos para esta decisão. O fundamento para este – em si mesmo estranho ao pensamento do Direito Penal clássico, mas correspondente às tendências de consideração à vítima⁶⁰⁰ – poder de configuração da vítima se pode ver no fato de que em situações desta espécie o conflito entre autor e vítima se limita em seus efeitos aos participantes imediatos e que por isso existem boas razões também para deixá-lo por aí: ou porque o Direito Penal, com seus instrumentos rudimentares, interviria⁶⁰¹ nas relações de assimilação dos conflitos existentes somente perturbando ou porque se espera que o Processo Penal antes aumente do que reduza a dor da vítima, pois poderia abrir violentamente feridas que já estavam cicatrizadas.⁶⁰² Em relação ao terceiro grupo de delitos mediante queixa⁶⁰³ existe a suposição legal de que, enfim, a sua relevância social geral está em um nível tão baixo que em casos excepcionais a própria vítima deve se esforçar para conseguir um castigo com o auxílio da justiça penal estatal.

VI. Outras causas para renunciar à pena

Se se segue a tendência da nossa legislação penal⁶⁰⁴ de ampliar as margens de decisão do juiz criminal, então pode ser conveniente inserir na estrutura do delito ainda um plano adicional: as causas para *arquivar um processo sem condenação, para reservar a condenação a uma determinada pena ou para renunciar à pena*. Por estes modernos instrumentos legais realiza-se uma profunda transformação das relações entre o juiz e o legislador em nosso sistema jurídico-penal, uma debilidade da vinculação à vontade legal previamente dada e um crescente significado do juiz do Tribunal penal de primeira instância para

⁶⁰⁰ Isto foi mostrado acima no § 12.

⁶⁰¹ Leia-se os §§ 247, 294 do StGB.

⁶⁰² Leia-se os §§ 182, II e 238, I do StGB.

⁶⁰³ Leia-se os §§ 123, III, 194 e 248a do StGB.

⁶⁰⁴ Nós já mencionamos esta tendência em um outro contexto, *supra* neste §, e nós ainda voltaremos outra vez *infra* § 27. Leitura complementar com aprofundamento sobre esta tendência, sob o ponto de vista do sistema do fato punível em *Volk, Entkriminalisierung*.

a elaboração da criminalidade. Estes instrumentos são de caráter geral – e conseqüentemente de significação para o sistema do fato punível – porque eles submetem ao juiz criminal, de acordo com a passagem sistemática pelos planos da tradicional estrutura do delito, a questão sobre se o processo não deve (ou pode) terminar sem a condenação a uma pena.⁶⁰⁵

Se se tivesse que estabelecer tal plano (o último provisoriamente) da estrutura do delito, ele se distinguiria dos demais e se caracterizaria diante deles pelo fato de que o juiz criminal tem que praticar nele o que o legislador tradicionalmente reservou para si mesmo: a *Política criminal* (ainda que em marcos menores). As condições de partida das normas do StPO e do StGB, que aqui estão em questão, são formuladas com uma *vagueza*, já conhecida pelas leis penais: o juiz criminal pode se mover dentro de uma ampla margem de decisão, sem que a lei o impeça de maneira perceptível. A conseqüência jurídica (a não imposição de pena) está em uma relação tão soberana com os seus pressupostos que ela lembra o *direito de graça* que, pelo contrário, é reservado ao soberano: embora os pressupostos de imposição da pena na estrutura do delito sejam afirmados sucessivamente por uma verificação minuciosa, vige no processo de condenação, de certo modo, desde fora, uma vontade estranha que anula o resultado realmente fundamentado e “merecido”.

No entanto, é preciso tomar cuidado ao converter esta crítica sistemática do fato punível também em uma precipitada crítica político-criminal. Certamente seguiram intactas as reflexões que resultaram do postulado de vinculação do juiz e dos pressupostos legais vagos. Mas deve-se levar em conta que os §§ 59 e 60 do StGB são estabelecidos em favor do acusado e que, por exemplo, o § 153a do StPO pressupõe para esta espécie de conclusão do processo a adesão do acusado ou culpado. Ademais a *divisão de tarefas entre o legislador e o juiz criminal* não está fixada com detalhes e de modo *supra-histórico*. Deve-se permitir ao legislador colocar nas mãos mais sensíveis do juiz criminal, por algum tempo, uma nova Política criminal, que possa elaborar e desenvolver continuamente as possibilidades de não

⁶⁰⁵ Para aprofundamento recomenda-se: *Cramer, Ahndungsbedürfnis, e Eser, Absehen von Strafe*.

imposição de pena em um maior número de casos⁶⁰⁶ – caso o legislador cumpra o seu dever de seguir atentamente o desenvolvimento da jurisprudência criminal neste âmbito, de eventualmente corrigi-la e de fixá-la então legalmente, quando o tempo é oportuno.

VII. *Resumo. As realizações do sistema do fato punível*

O sistema do fato punível, em princípio, foi apresentado de modo elogiável como geral, justo e esquemático.⁶⁰⁷ Nós verificaremos resumidamente se a passagem pelas etapas de imputação confirmaram este pré-juízo:

Como sistema *geral* representa todas as possibilidades de combinação dos elementos relevantes para a punibilidade. Não se refere ao delito e também não se refere aos participantes, senão abrange todos os delitos, as formas de ação e as perspectivas dos participantes.

Como sistema *justo* representa em suas etapas de imputação o processo progressivo de incriminação do homem, cuja conduta é comprovada: o sistema do fato punível não só contém algumas indicações técnicas de uso para a verificação da punibilidade, mas também uma hierarquia normativa de etapas de imputação. De uma etapa à outra o peso da imputação torna-se mais difícil.

A imputação na etapa da *ação* pesa muito pouco; ali é difícil exigir um resultado negativo da imputação, porque neste plano não se exclui quase nada da realidade humana. O plano da *tipicidade* concentra a visão nos limites que o Direito Penal traça à livre atuação; aí se expressa a lesão, o dano, o azar com a linguagem, o “conflito resultante do desvio”, a perturbação externamente registrada da interação cotidiana – certamente com ressalva à valoração jurídica objetiva. A etapa da *antijuridicidade* revoga esta ressalva; ali se decide definitivamente qual a qualidade jurídica que objetivamente tem a lesão, se ela é um injusto penal ou não. A etapa da *culpabilidade* imputa o in-

justo a uma pessoa atuante e com isto fecha o círculo da própria verificação da ação; aí se decide se o agente participou internamente em sua conduta do modo e com o grau que exige a nossa cultura jurídico-penal e se ele, excepcionalmente, não estava em uma situação que tornava subjetivamente compreensível a sua conduta. A etapa das *causas de exclusão da pena*, dos *obstáculos processuais etc.*, abala a vinculação entre a decisão jurídico-penal sobre o ato e o autor e exige a imposição de uma pena somente a algumas situações, nas quais as considerações político-criminais impedem a imposição da pena. Uma etapa posterior na estrutura do delito, que se pode assinalar através dos §§ 59, e 60 do StGB e 153 a do StPO, impediria, por interesses político-criminais, a saída do processo com a imposição de uma pena, só que a extensão do interesse político criminal é determinada essencialmente pelo juiz.

Da característica do sistema do fato punível de elaborar critérios de justiça, resulta também que a *seqüência* das etapas de imputação, como a estrutura do delito as prescreve, não está disponível, mas se encontra *sob força normativa*. O delinqüente tem o direito à observância desta seqüência, ele pode insistir que não se justifique apenas quando não se preencheu o tipo, e que não seja exculpado apenas quando não se fundamenta o injusto. Também na vida cotidiana se mantém, com intenção normativa, tais *seqüências*. Faz-se uma distinção: se eu em geral lesionei, se eu podia excepcionalmente lesionar, se eu pessoalmente não podia responder pela lesão ou se excepcionalmente é um absurdo me pedir para prestar contas pela lesão. Esta força normativa, sob a qual se encontra a seqüência das etapas de imputação, fundamenta inclusive a proibição de deixar em aberto nos pareceres jurídico-penais, por exemplo, a difícil questão da tipicidade quando, de qualquer modo, é facilmente visível uma causa de justificação. O penalista deve elaborar sucessivamente as etapas de imputação e só pode passar à etapa de maior peso sobre o afetado se ele proporcionou antes a certeza de um peso inferior.⁶⁰⁸

⁶⁰⁶ A posição apoiada e a posição rechaçada sobre este desenvolvimento da margem crescente de decisão do juiz reflete-se de modo particularmente claro nos pareceres de Peters e Schröder na 41. DJT de 1955 (Grenzen des Ermessens).

⁶⁰⁷ *Supra* § 25.

⁶⁰⁸ Exceções nada louváveis existem até mesmo na Jurisprudência dos Tribunais superiores. Assim o BGH na NJW 1979, 2053 e s., deixa em aberto a questão sobre se o acusado agiu justificadamente, pois, conforme o § 35 do StGB, ele continuava sem culpabilidade.

Como sistema *esquemático*, a teoria do fato punível assegura, à sua maneira, a vinculação do juiz à lei e ao Direito. Ela torna transparente a verificação da punibilidade e lhe dá a garantia da observação integral de todos os pontos de vista relevantes. Qualquer um que compreenda o sistema do fato punível pode encontrar, a qualquer tempo, o lugar no qual deve ser tratado um argumento. Se não o encontra, então encontrou um motivo para a crítica e o controle.

À primeira vista isto pode parecer de pouca importância e os iniciantes tem a tendência de se dirigirem diretamente ao “essencial” e de deixar de lado as “questões prévias”. Prescinde-se justamente da mencionada força normativa da consequência da verificação e da experiência de vida de que a distinção entre o “essencial” e as meras “questões prévias” apresenta-se freqüentemente em uma decisão rápida diferentemente que em um exame mais penoso, mas preciso, do problema – o sistema do fato punível garante que o “essencial” é examinado com segurança, e então no lugar onde todos procuram, podem encontrar. Como sistema esquemático, o sistema do fato punível é a ordenação de um discurso profissional, assim como o Direito Penal material é uma ordenação da compreensão profissional de textos.

§ 26. Modelos de discursos jurídicos: o estilo do parecer e da sentença

Assim como o Direito Processual Penal só contém modelos de compreensão cênica, o sistema do fato punível só contém modelos de discursos profissionais. Do mesmo modo que o Direito Processual Penal, no processo exige-se uma série de passos complicados de intermediação na realidade. A realidade do sistema do fato punível são as argumentações jurídicas, o parecer, a sentença, a defesa, a afirmação, a réplica e a tréplica. Enquanto esta linguagem profissional é uma *linguagem cênica* (por exemplo, do defensor), ela está sujeita às complicações que foram mostradas em relação ao cenário do Processo. Aqui a *retórica jurídica* se esforça para obter a transparência, a ordem e o exercício.⁶⁰⁹ Enquanto esta linguagem é uma *linguagem textual* (como, por exemplo, o parecer e a sentença), o penalista dispõe de uma ordem que deve assegurar o prolongamento do sistema do fato punível à realidade do discurso: o *estilo do “parecer” e da “sentença”*.

⁶⁰⁹ Para aprofundamento recomenda-se: *Perelman*, *Rhetoric*, p. 111-118.

Quanto a isso está claro que o estilo do parecer e da sentença procuram dominar e orientar o discurso jurídico cênico. A organização do estilo jurídico do discurso, a garantia das seqüências, etapas e procedimentos é igualmente importante para ambas as formas de discurso. Só que, como nós vimos, as possibilidades fáticas de garantia e controle no cenário são completamente diferentes que no texto. Esta distinção entre a linguagem textual e a linguagem cênica faz fracassar inclusive a tentativa de representar a realidade da retórica nas capas dos livros. Nós também não empreenderemos aqui tal tentativa por estas razões. Só que se deve ter presente na memória – inclusive na leitura do que segue – que o estilo do parecer e da sentença também são modelos de linguagem jurídico-penal cênica.

O estilo do parecer e da sentença tem em comum a tarefa de ordenar o discurso jurídico-penal e de assegurar deste modo o sistema do fato punível em sua conversão em atuação jurídica. Por conseguinte, eles cooperam com a finalidade de vinculação e controle que deve ser alcançada, sobretudo, através do caráter esquemático do sistema do fato punível e, por conseguinte, também pertencem – ainda que sejam considerados até o momento como depreciativos das “grandes” teorias do Direito Penal – aos princípios do Direito Penal. Sem dúvida eles estão localizados *na linha divisória entre o Direito formal e o material* – pois estão em uma relação imediata com o cenário; pode-se agregá-los a ambas as partes do Direito Penal, de acordo com a acentuação do seu potencial cênico e textual. Mas com certeza eles pertencem aos instrumentos que tem como finalidade a vinculação, a transparência e o controle da atuação jurídico-penal.

A distinção entre o estilo do parecer e o da sentença – para os iniciantes é uma barreira considerar as regras jurídico-penais como algo racional e descobrir o seu sentido – resulta, na verdade, da sua aplicação às diversas etapas da atividade jurídico-penal.⁶¹⁰ Para facilitar o trabalho⁶¹¹, nós podemos dizer simplesmente: *o estilo do parecer ordena a fase de produção, o estilo de sentença ordena a fase de apresentação da decisão jurídica*. O primeiro orienta a busca pelo resultado da decisão, o segundo a exposição do que foi encontrado; o

⁶¹⁰ É impressionante a quantidade de literatura que procura transmitir ao estudante a distinção entre os estilos de parecer e de sentença, compare-se por exemplo *Roxin/Schünemann/Haffke*, *Klausurenlehre*, p. 23-27.

⁶¹¹ *Supra* § 18, I.

primeiro caracteriza a ordenação da questão, o segundo a exposição da resposta. Disso se deduzem todas as *particularidades*.⁶¹²

O *estilo do parecer* começa já no caso, pois surge quando a fase de produção termina e começa a fase de decisão. Ele leva ao caso uma hipótese normativa de caráter o mais geral possível, o conteúdo integral da descrição legal do delito (A retirou a carteira do bolso traseiro de B. Isto poderia ser a subtração de coisa alheia móvel com a intenção de apropriar-se). Após esta introdução, progredindo dedutivamente do geral ao concreto, elabora-se ponto a ponto a hipótese geral normativa (coisa alheia móvel – subtração – intenção de apropriar-se etc.) Esta elaboração ocorre em forma de questionário (A, por ter retirado a carteira do bolso cometeu uma subtração) e termina com a verificação de que A cometeu (ou não) um furto.

O *estilo da sentença* é em sua forma ideal o reflexo do estilo do parecer. Ele começa com o resultado da fase de decisão, isto é, que A cometeu um furto. Após esta introdução, progredindo dedutivamente do geral ao concreto, é apresentado e fundamentado, ponto a ponto, o resultado comprovado. A argumentação serve-se da afirmação (a subtração consiste no fato de que A pegou a carteira), ela não contém hipóteses e questões. O estilo da sentença em sua forma ideal, não permite ao juiz nenhuma expressão de dúvida quanto ao resultado e os passos fundamentados.

Como ao estilo do parecer a linguagem é a de busca pelo Direito, ao estilo de sentença a linguagem é de justificação, elas também estão – assim como estas duas fases – em uma *relação sistemática* (e temporal) recíproca. O estilo do parecer com o qual o estudante tradicionalmente tem se ocupado durante a formação universitária deve ser familiar ao juiz praticante, pois ele tem que utilizá-lo na fase de busca pelo Direito (por exemplo, na deliberação). Naturalmente estas são somente as estruturas ideais de ambos os estilos de linguagem, certamente a capacidade profissional de fala se mostra no domínio das rotinas da linguagem, que leva a que os dois estilos engrenem na praxis (que, por exemplo, o evidente no estilo do parecer se encontra tam-

⁶¹² Uma boa introdução ao estilo de parecer em *Arzt. Strafrechtsklausur*. Uma análise metódica exigente e pormenorizada sobre a técnica do parecer em *Puppe, Methodenlehre*.

bém no estilo da sentença,⁶¹³ a problemática na decisão é formulada algumas vezes em forma interrogativa). Mas isto não modifica nada no efeito assegurador do estilo da linguagem, mas somente o diferencia e acentua.

Todavia, diante das atitudes daquele que fala e escreve quais os estilos de discurso os juristas expressam, deveria-se refletir sobre um remédio que valesse menos ao estilo do parecer que ao estilo da sentença. Certamente o estilo da sentença também tem a sua própria lógica; ele deve justificar, expor – mas não duvidar, perguntar. Questiona-se apenas se os afetados pelo Direito Penal percebem esta sutil determinação da função como a *impressão da arrogância* e a falta de capacidade de comunicação que às vezes vem acompanhada com o estilo da sentença, ao qual, porém, servem de base estruturas mais fundamentais que a boa vontade dos penalistas com capacidade de fala, que, principalmente na fundamentação oral da sentença, se deixam influenciar notoriamente pelo estilo do parecer e se tornam mais comunicativos. O modo e o grau no qual as fundamentações da sentença seguem o estilo da sentença, dependem, na verdade, de duas grandes variáveis: da posição do acusado como sujeito no Processo Penal e da relação dos juristas com a sociedade.

§ 27. O princípio da legalidade

I. Fundamentos e desenvolvimento

Os instrumentos que asseguram a vinculação judicial até então mencionados encontram-se mais ou menos elaborados inclusive em outros âmbitos do Direito positivo. Eles são expressão geral do interesse legislativo de imposição da sua vontade na praxis judicial e do

⁶¹³ A habilidade dos estudantes no domínio do estilo da linguagem jurídico-penal mostra-se sobretudo nos casos em que eles podem ligar de modo correto o estilo do parecer e o da sentença ao parecer: somente se discute como duvidoso na forma questionadora do estilo do parecer, mas se verifica claramente, sem condições, na forma lacônica do estilo da sentença; o leitor ou quem se detém com a questão sobre se um relógio de pulso é uma “coisa”, ainda não pode falar juridicamente.

interesse da jurisprudência na consistência da sua atuação. No Direito Penal, ao contrário, estes instrumentos experimentam um reforço específico; este reforço está formulado no chamado “princípio da legalidade”, que nasce com o *Code pénal de 1810* e chegou ao RStGB de 1871 através do StGB prussiano de 1851. A Constituição de Weimar (WRV) conferiu ao princípio da legalidade categoria constitucional ao inseri-lo no art. 116, e hoje o *Art. 103, II da GG* formula com o mesmo teor do § 1 do StGB: “um ato somente pode ser punido, se a punibilidade estiver determinada legalmente antes que o ato seja cometido”. Quem, de qualquer modo, como jurista já não sabe de cor, deveria ler esta frase várias vezes; todas as suas palavras tem importância e não só a sua destacada localização no StGB indica que se trata aqui de um princípio fundamental do Direito Penal material – e uma diretriz principal do Direito Processual Penal.

O significado jurídico-político do princípio da legalidade pode ser avaliado pelo fato de que o legislador nacional-socialista já em 1935 opôs ao princípio liberal “não há crime sem lei; não há pena sem crime” (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine crimine: nulla poena sine lege*) o princípio autoritário “não há crime sem pena” e o § 2 do StGB tinha formulado deste modo: “será punido quem comete um ato que a lei declara como punível ou que merece pena de acordo com a idéia fundamental da lei penal e de acordo com o são sentimento do povo.” Hoje, o “*são sentimento do povo*”, entre os penalistas, é uma expressão ignominiosa. Foi a alavanca com a qual se afastou o princípio da legalidade do Direito Penal. Em 1945 e 1946 as forças de ocupação reformularam os fundamentos do StGB (elas mesmas infringiram estes fundamentos, na medida em que tinham introduzido a punibilidade retroativa da guerra de agressão (“Angriffskrieges”) e dos “crimes contra a humanidade”).⁶¹⁴

O princípio da legalidade remonta aos seus fundamentos, e pela observação das suas fontes pode-se compreender que deve ter um significado muito especial para o âmbito do Direito Penal. Ele é expressão da autoconsciência burguesa, que surgiu com o Iluminismo, face ao domínio estatal, em sua luz aparece a lei penal não só como uma *Magna Charta Libertatum* do delinqüente, como compreende a época mais recente, mas em primeiro lugar como *Magna Charta Libertatum do cidadão*.

Com a teoria do conhecimento do idealismo alemão e a filosofia política do *Iluminismo* morreu a fé generalizada no Direito Natural como fonte e diretriz do Direito positivo. Mesmo quando as circunstâncias políticas não permitiam por muito tempo uma crítica eficaz ao Direito Penal, a teoria do contrato social tinha investido e preparado bem os fundamentos teóricos de tal crítica. Com a existência ou, em todo caso, o reconhecimento das normas jusnaturalistas – isto é, normas justas válidas em todos os tempos e todos os lugares – suprimia-se a possibilidade do legislador de manter reduzidas as exigências da sua justificação. Na época do *Direito Natural* o legislador tinha que se preocupar muito pouco em estabelecer com exatidão as suas leis: era a concordância com o Direito Natural, com o bom e velho Direito, que bastava como justificação do Direito positivo. Segundo o entendimento jusnaturalista, o legislador não tinha que fundamentar o Direito, mas deduzir. A posição do legislador como administrador do Direito Natural é forte – ela supõe na verdade que o legislador pode impor e transmitir a sua qualidade como administrador.

A época do Iluminismo enfraqueceu de modo decisivo a posição do legislador, elevou o grau de exigências de legitimação e modificou a sua qualidade. A crítica do conhecimento mostrou que os preceitos jusnaturalistas, em todo caso, não podiam ser trazidos do céu (no qual se encontravam) ao solo do ordenamento jurídico positivo sem algum prejuízo ou modificação. Este céu a partir de então permaneceu calado. Isto é, no futuro deveria-se procurar a justificação do Direito positivo, a legitimação do legislador na terra. A filosofia política do Iluminismo encontrou esta justificação na vontade do homem racional, na “*volonté générale*”. Ela sabia que o senão estava no critério da “racionalidade”, na diferença entre a “vontade geral” e a “vontade de todos” (inclusive na insensatez da “*volonté de tous*”); pois aí poderia estar escondido o gérmen de um novo Direito Natural, de um “Direito racional”, racionalístico, o qual também se desenvolveu depois e os novos administradores geraram, desta vez, a “razão”. Mas muito maior era a confiança no fato de que a “*volonté générale*” seria imposta – imaginada idealmente – em um contrato que todos que se encontram no Estado ajustariam entre si, o “contrato social”, o *contrato social* (*Sozialvertrag*).

⁶¹⁴ Exposição aprofundada sobre o problema em *Kranzbühler, Nürnberg als Rechtsproblem*.

A idéia do contrato social é evidente e, de acordo com os precedentes, conseqüente. Sem a força normativa do Direito Natural reconhecido, todo homem é inserido em si mesmo. Com a reunião dos homens em grupos, em sociedade, em um Estado, todos se colocam, ao mesmo tempo, uns diante dos outros, pois os limites da sua soberania e da sua liberdade resultam dos limites da liberdade dos demais. Isto é, eles devem se reunir contratualmente (*vertraglich*) e aí acordar os limites da sua liberdade, os limites até os quais eles renunciam à sua soberania. Estes limites devem ser traçados de modo preciso e rigorosamente vigiados. Pois com o decurso do tempo se decidirá sobre os *limites da liberdade* do indivíduo e pode resultar um poder ilegítimo, a submissão. Estes limites são traçados pelo Direito. Eles se assentam nas leis que, sob o aspecto ideal, se tem dado a todos e que, conseqüentemente, todos que aplicam estas leis estão vinculados a elas. Somente a *vinculação* garante que a convivência humana não conduza a violações ao Direito, pois até os limites da liberdade traçados legalmente, e somente até eles, todos têm renunciado à sua liberdade no interesse da sociedade civil, o qual é o seu próprio interesse.

As constituições revolucionárias, da Declaração da independência dos Estados americanos de 1776 até à Declaração dos Direitos do homem e do cidadão da Revolução francesa de 1789, concentraram o princípio da legalidade no Direito Penal,⁶¹⁵ e encontraram na teoria do Direito Penal a sua elaboração mais bem acabada.⁶¹⁶ Isto é compreensível. Os limites da liberdade que o Direito Penal traça, são não só os limites em face da liberdade dos demais, mas também os limites em face da intervenção estatal. Não só através do Direito Penal “político” (crime de traição à pátria e de alta traição) que a política interna pode se orientar violenta e lesivamente, mas também qualquer mandato jurídico-penal individual limita a liberdade frente ao poder punitivo do Estado. O Processo Penal está nas mãos do Estado, o sistema jurídico-penal dispõe dos instrumentos mais incisivos para a lesão e disciplina do indivíduo. A *burguesia ilustrada* tentou assentar a intervenção do Estado no Direito Penal de modo particularmente estrito com uma série de leis gerais. E isto, com razão, em princípio, não se modificou até os dias de hoje. O desenvolvimento da teoria do Direito Penal

⁶¹⁵ Art. 8 da Declaração dos Direitos do homem e do cidadão de 1789 diz: “Nul ne peut être puni, qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée.”

⁶¹⁶ Quem quiser analisar os efeitos da filosofia iluminista kantiana na teoria do Direito Penal no começo do séc. XIX leia os §§ 18, 19 e 20 do Tratado de Feuerbach. Uma exposição pormenorizada sobre o contexto em Naucke, Kant.

desde o *começo do séc. XIX* é caracterizado pela tentativa de manter, de aperfeiçoar e assegurar o princípio da legalidade frente à ameaça do executivo e de revisar e reformular o seu “ethos” jurídico e sócio-político em face dos novos conhecimentos científicos e da nova linguagem científica.⁶¹⁷

Em sua configuração atual o princípio da legalidade mantém ao todo quatro exigências tanto frente ao legislador como também frente ao juiz. Ele exige do legislador que formule do modo mais preciso possível as suas descrições do delito (*nullum crimen sine lege certa*) e que as leis não possuam efeito retroativo (*nullum crimen sine lege praevia*). Ele exige do juiz que fundamente as condenações somente na lei escrita e não no Direito consuetudinário (*nullum crimen sine lege scripta*) e que não amplie a lei escrita em prejuízo do acusado (*nullum crimen sine lege stricta*, a chamada “proibição da analogia”).

II. O mandato de certeza

O mandato de certeza é conseqüência obrigatória do fato de que um sistema jurídico se organiza sobre codificações, isto é, sobre leis escritas. A “*lex certa*”, a lei efetivamente segura, é a esperança natural de qualquer legislador de que com o seu pronunciamento conseguirá impor determinados efeitos dentro de uma comunidade jurídica. A lei formulada de modo preciso constitui-se, portanto, em um interesse específico do legislador; assim não se deveria nem mesmo lhe impor a *lex certa*.

Em princípio isto está correto. Por um lado existem situações nas quais o legislador não quer a *lex certa*. Por outro lado, existem motivos para, em face das dificuldades que a precisão das leis traz consigo, persistir cada vez mais no aperfeiçoamento e para comprovar criticamente a linguagem da lei sob o ponto de vista da *lex certa*.

⁶¹⁷ Recomenda-se estudar de modo mais aprofundado os períodos particularmente mais críticos para o princípio da legalidade, as suas formas de realização no Direito do século XIX e as tentativas de sua abolição no período nacional-socialista; sobre o primeiro *H.-L. Schreiber*, Gesetz und Richter, p. 118-168, sobre o segundo *Marxen*, Antiliberalismus, p. 192-196. Com a crise atual do princípio da legalidade o texto se ocupará de modo mais detalhado em seguida.

Nós já nos ocupamos com o desejo do legislador de afirmar (em primeiro lugar) uma *lex incerta* (e de observar os efeitos dentro da jurisprudência criminal), por ocasião da análise dos §§ 153a do StPO, 47, 56, III, 59 e 60 do StGB⁶¹⁸ Nestes dispositivos mostra-se que o *moderno legislador*, mesmo no Direito Penal, tem uma *tendência à experimentação*. E isto é inevitável quando – também – no sistema jurídico-penal o ponto de vista da orientação social, da intervenção política interna, se impõe ao clássico entendimento da determinação dos valores irrenunciáveis da vida comunitária. Quanto mais o legislador penal toma em consideração as conseqüências, preocupando-se com os efeitos empíricos da sua atuação (e justifica a sua atuação pela produção e pela falta de tais efeitos), tanto mais ameaça a *lex certa*. O postulado da *lex certa* é expressão clássica de um sistema jurídico orientado input, isto é de um sistema jurídico que abrange e controla a realidade sobre os limites conceptuais da sua linguagem. Uma conversão para uma *orientação output*, isto é, para a compreensão e o controle das conseqüências,⁶¹⁹ não pode vincular-se com a *lex certa*. Ela antes atrapalha, porque exige do legislador um posição precisa e prematura, antes que possa verificar integralmente as conseqüências desta sua posição.

Mais uma vez⁶²⁰ mostra-se aqui o *conflito entre* o desejo de *modernidade* e o dever de *persistência* no sistema jurídico-penal. Naturalmente o postulado de *lex certa* deve adaptar-se às mudanças sociais e culturais, e inclusive às mudanças científicas e político-científicas, mas somente de modo que o seu ethos seja reformulado de tal modo que não caia sob as rodas de uma política interna bem intencionada, mas

⁶¹⁸ *Supra* § 25, IV, bem como § 25, VI.

⁶¹⁹ Sobretudo em outros âmbitos, cuja orientação e intervenção está mais próxima que ao Direito Penal (Direito econômico, Direito do Trabalho), hoje o discutido problema da conversão para uma orientação output encontra-se teoricamente e científico-socialmente discutido em *Luhmann, Rechtssystem*, p. 25 e ss., 58 e s. Compare-se outra vez o § 5 *supra*, quanto ao problema apresentado sobre a “orientação pelas conseqüências”.

⁶²⁰ A moderna dogmática da culpabilidade orientada pelos fins da pena, que nós já mencionamos acima p. 234-238, conduz aos mesmos problemas que uma legislação penal orientada pelas conseqüências face à *lex certa*: o interesse político criminal na intervenção e na modificação depara-se com a determinação liberal de deixar fracassar o experimento e a intervenção nos direitos daqueles com os quais deve ser experimentado.

intervencionista e experimentada a custos alheios. Hoje isto significa concretamente que as limitações do princípio da certeza só se podem fazer em favor do acusado e que o legislador tem que perseguir com exatidão e com métodos científicos os desenvolvimentos que uma *lex certa* admite na jurisprudência e corrigi-los em cada caso; ali a suposição de que o silêncio do legislador significa que está de acordo com o desenvolvimento da jurisprudência, que é um silêncio persuasivo, deve estar realmente correta.

De resto, o conflito entre a modernidade e o conservadorismo no Direito Penal atual é inevitável e muito difícil de ser solucionado. Ambos os pólos tem sua justificação. Uma política criminal racional consiste em perseguir o conflito em suas ramificações juridicamente positivas, elaborar um equilíbrio entre a modernidade e o conservadorismo – que nas instituições juridicamente positivas provavelmente terão aspectos diferentes – e deixar aberta a solução da discussão geral e da correção.

O segundo motivo pelo qual o legislador pode não “querer” uma *lex certa* consiste no fato de que em diversas situações, em regra, não existe “a” *vontade “do” legislador*. As leis são compromissos, principalmente as leis penais, cujo conteúdo afeta as camadas mais profundas da personalidade, em seus preceitos situam-se compromissos em uma posição intermediária, enquanto as opiniões dos participantes envolvidos, de modo algum, acham-se ali, mas à margem. Tal lei, por trás da qual conceptualmente, na verdade, não há ninguém, mas é adotada tão somente como intermediação das representações alternativas, corre o perigo de ser formulada de modo pouco claro e com isso as questões não resolvidas claramente pelo legislador continuam entregues ao desenvolvimento judicial.

A ameaça mais séria do mandato de certeza, porém, não deriva da vontade do legislador, mas da sua capacidade de tornar as leis precisas.⁶²¹ A representação profana de que não seja colocado ao juiz nenhum limite ou somente extensos limites, como nós já vimos,⁶²² é falsa. Aristóteles já tinha verificado o que nós caracterizamos como um equilíbrio sutil entre precisão e flexibilidade, com a observação de que, em face da abundância, multiformidade e desconhecimento dos

⁶²¹ Quem quiser analisar sistematicamente e de modo mais aprofundado os problemas da linguagem da lei, leia *Noll, Gesetzgebungslehre*, p. 244-282, ou – mais atual e abrangente – *Voß, Symbolische Gesetzgebung*, Cap. 4, p. 139 e ss. Uma exposição crítica das possibilidades de auxílio científico à legislação penal encontra-se em *Amelung, Strafrechtswissenschaft*.

⁶²² *Supra* §§ 19-21.

casos, uma lei não poderia ser exata. Qualquer um pode ver que o legislador penal tem que resolver ao mesmo tempo duas tarefas distintas, que estão em oposição uma à outra: ele deve manter suas normas abertas de modo que elas também se adaptem aos casos futuros, ainda desconhecidos, mas “pensado para o caso do seu conhecimento” e ele deve formulá-las definitivamente de modo que sejam impenetráveis aos casos não imaginados. Qualquer decisão na escala entre a flexibilidade e a precisão é problemática. Quanto à isso se relaciona o fato de que a decisão pela *flexibilização* logicamente sempre alcança o seu fim: uma norma formulada de modo vago amplia as margens de decisão e desenvolvimento das normas. A decisão pela *precisão*, ao contrário, pode ser um estorvo: ela pode ser “excessivamente precisa” e por isso pode excluir casos que certamente não deveria excluir, por exemplo, tornar a subtração de uma máquina fotográfica de dentro do automóvel em um furto qualificado, mas a subtração do automóvel junto com a máquina fotográfica em um furto simples.⁶²³

Estas reflexões desde já mostram que o legislador não pode garantir a certeza dos tipos. Ele depende da *lealdade da jurisprudência*. A jurisprudência pode – e isso de qualquer modo é evidente – desenvolver uma norma formulada de modo flexível em uma direção completamente diferente da que o legislador queria lhe dar; este certamente é o risco que o legislador corre com tais formulações. Mas a jurisprudência também pode se fazer de tola diante de uma norma formulada de modo preciso e se recusar a corrigir os erros notórios, na medida em que persiste em que o teor literal, ao qual ela deveria se ater, foi formulado de modo determinado.

O leitor, assim espero, observará que a chave encontra-se no *conceito de “erro”*. Não há de modo algum um consenso, quando o “teor literal” de uma norma não está de acordo com o “sentido” ou com o “contexto sistemático” no qual ele se encontra ou com as “finalidades de regulamentação do legislador” ou até mesmo com os “limites da constituição”, o teor deve ser corrigido a favor do sentido ou da vontade do legislador, ou ao contrário. A direção na qual ele deve ser corrigido depende de quais teorias da interpretação se gostaria de dar preferência: a gramatical, a objetivo-

⁶²³ Maurach analisou ironicamente este absurdo do § 243 do StGB (antiga edição) em uma pequena contribuição que vale a pena ler (*Besorgter Brief*). O texto voltará ainda à tentativa do legislador de escapar deste perigo no § 243 do StGB.

teleológica, a sistemática, a histórica – mas a interpretação conforme a constituição, ao contrário, está sempre em vigor.⁶²⁴ O fato do juiz criminal “se fazer de tolo” pode ser expressão de uma vontade inteiramente responsável de vinculação ao teor da lei, e não de obstinação.

Uma relação leal e livre de transtornos entre o legislador e a jurisprudência criminal, que resulte do mandato de certeza, é uma representação ideal. Na praxis ela se encontra sob as limitações e a alteração histórica. Esta alteração é natural, pois ela é um fenômeno extenso e fundamental, difícil de marcar. Com todas as reservas pode-se dizer sobre a *situação atual do mandato de certeza*, o seguinte: a confiança do legislador no juiz, no que diz respeito aos pressupostos da punibilidade, ao caso de punibilidade, já há um longo tempo parece reduzir. Neste âmbito é evidente o esforço do legislador em oferecer ao juiz regras escritas cada vez mais extensas e precisas.⁶²⁵ No que diz respeito ao plano das conseqüências jurídicas, aparentemente nós já verificamos o contrário. Preceitos como os §§ 59 e 60 do StGB abrem ao juiz uma ampla margem de liberdade. Mas seria errado deduzir disso uma confiança do legislador a respeito das conseqüências jurídico-penais. É mais exato supor que o legislador orientado output, em relação a toda desconfiança existente, deixa a jurisprudência procurar por novos desenvolvimentos. Pois, inclusive neste âmbito as novas disposições são extensas e complexas, na medida em que situam as regulamentações além dos trilhos experimentais.⁶²⁶

⁶²⁴ Quem quiser se atualizar sobre este contexto: *supra* § 18, I bem como § 21. A interpretação conforme a Constituição está sempre em vigor porque naturalmente a Constituição determina e delimita não só o Direito positivo, como também a sua interpretação. Mas para a vinculação do juiz à lei penal isto possui um significado prático muito reduzido: também a Constituição deve ser interpretada e “compreendida”, e a interpretação também está sob o domínio das teorias da interpretação e sujeita-se às condições do processo de compreensão; ela não é uma lei permanente.

⁶²⁵ Compare-se, sob este ponto de vista, o § 185 com o relativamente recente § 264 do StGB. Em geral se vê muito bem o desenvolvimento caracterizado no texto quando se examina no contexto os tipos, cuja cifra é complementada com pequenas letras (o que indica uma sintonização ulterior com a lei) e os compara com os tipos penais “clássicos”. O StPO mostra este mesmo desenvolvimento.

⁶²⁶ Observe por exemplo as disposições sobre fiscalização de condutas, §§ 68-68g do StGB.

O legislador encontrou uma saída inteligente entre a flexibilidade e a precisão, que na verdade não conduz em todos os casos à liberdade,⁶²⁷ mas que, no entanto, muitas vezes garante as vantagens de ambas as finalidades da formulação e ao mesmo tempo reduz os prejuízos: o “*método exemplificativo*”, a técnica de exemplos regulares, como é utilizada, por exemplo, no § 243, I do StGB em sua nova edição. Este método evita a precisão excessiva, como a caracterizava o antigo § 243 do StGB, porque ele “vincula” o juiz aos pressupostos da norma descritos de forma precisa, mas de maneira diversa; são para ele apenas exemplos, dos quais nem sempre, mas só “regularmente”, ele pode deduzir um caso particularmente grave de furto. Ele evita os erros – estabelecidos somente com significado exemplificativo dos elementos – de flexibilidade porque formula os elementos mesmos de modo preciso e os vincula com conseqüências jurídicas descritas igualmente de modo preciso.

Este método de redação da lei está à altura dos conhecimentos jurídico-teóricos sobre as possibilidades de uma vinculação do juiz: pois se pode assegurar e controlar a vinculação do juiz somente no âmbito da apresentação dos resultados da decisão, enquanto no âmbito da produção só se pode esperar o efeito da lei,⁶²⁸ o legislador deve se preocupar com o mandato de certeza, sobretudo em relação ao *âmbito da apresentação*. Isto significa que o juiz deve conservar uma argumentação diferenciada na apresentação dos motivos da decisão. Uma lei pode ser formulada de modo extremamente preciso: quando o juiz não tem que se comportar argumentativamente em relação aos elementos particulares da lei é impossível controlar uma vinculação entre a lei e a decisão.

O método exemplificador – na medida do possível – atinge exatamente isto: o juiz deve argumentar de modo diferenciado. Por um lado ele deve explicar se e porque (não) se cumpre um exemplo regular. Ele deve explicar se e porque (não) este exemplo também é realmente um exemplo imaginado pela norma, se é, portanto, “exemplar”. O segundo passo da argumentação, que a técnica de exemplo regular exige

do juiz, é novo. Até então o juiz tinha somado os elementos legais e quando todos eles estavam juntos ele podia extrair a soma e aplicar a norma. Entretanto, daqui em diante ele deve referir a norma como um todo aos elementos particulares quando verifica o caráter exemplar do elemento desde o plano da norma. Deve esperar que a técnica dos exemplos regulares legais ajude a realizar o mandato de certeza nas modernas leis penais com maior ênfase, se a jurisprudência criminal se adapta aos “*pressupostos mais elevados da argumentação*” e se esta técnica ainda é aperfeiçoada com o auxílio da ciência. Deve-se esperar também que se possa diferenciar a dogmática da determinação da pena – apesar da “necessidade de imprecisão” e de outras exigências neste âmbito⁶²⁹ – e se permita manejar com a sua complexidade, de modo que o mandato de certeza, que naturalmente vale também para estes âmbitos, tenha maiores possibilidades práticas.

III. A proibição da retroatividade

A segunda exigência que o princípio da legalidade impõe ao legislador penal, é a proibição de promulgar leis com força retroativa (*nullum crimen sine lege praevia*). Também a “proibição da retroatividade” é evidente em sua orientação finalística ético-jurídica e democrática; os problemas se localizam na extensão do seu significado e em sua aplicação prática.

Uma lei que procura ter validade para um caso que é mais antigo do que ela mesma, é um fantasma do Estado de polícia. Mais inofensiva ainda é a objeção de que tal lei não pode satisfazer a sua função como *norma de determinação*⁶³⁰, porque a lesão, cuja omissão requer a comunidade jurídica, ocorreu já antes da sua promulgação; as leis, em geral, podem “determinar” somente o comportamento futuro. O núcleo da proibição da retroatividade é muito mais a *proteção da confiança* de todos de que os limites da liberdade estão marcados de modo vinculante e possíveis de serem lidos em qualquer momento nas leis. A vinculação

⁶²⁷ Discussão abrangente e críticas em *Arzt, Diebstahlbestimmungen; Wessels, Regelbeispiele*.

⁶²⁸ Sobre este contexto: *supra* § 18, I.

⁶²⁹ *Supra* § 17, II, 2. Comparar sobre a técnica de exemplos regulares o § 46, II, 2 do StGB (especialmente).

⁶³⁰ Caso seja necessário observe novamente o contexto da discussão sobre a norma de determinação e a norma de valoração, *supra* § 25, I.

e a possibilidade de serem lidos seriam destruídas se o legislador, através de uma reação rápida a uma conduta, pudesse criminalizar *post festum*. A proibição da retroatividade procura fazer com que a persecução e a punição da conduta desviante seja um processo cauteloso, que seja anunciado previamente sob quais pressupostos uma conduta será considerada como desviante e o que se deve esperar disso.

Com isso não se deve equiparar a “proteção da confiança” com a representação *ideológica*, de que o autor de um delito econômico, com a lupa dos seus advogados, examina a lei, por cujas lacunas ele pode escapar e de que a proibição da retroatividade interrompe a “justiça”. Certamente isto existe e o sistema jurídico-penal pode viver com isto, e quer viver com isto. Enfim, as leis, por boas razões, são leis “gerais” e existem pessoas que se informam do conteúdo dos §§ 218 até o 218b do StGB, do § 129a ou dos §§ 113, 114 do StGB. À proibição da retroatividade interessa menos a confiança de alguém determinado à uma lesão que a confiança da comunidade jurídica em que a justiça criminal não introduz e não impõe ardilmente os interesses de ordem, dos quais não falava a lei. Esta confiança, a qual as mais recentes teorias dos fins da pena, como nós ainda mostraremos,⁶³¹ dirigem a sua atenção, é o substrato social que mantém de pé o Direito Penal de um Estado de Direito.⁶³²

Destes princípios resulta uma particularidade evidente: a proibição da retroatividade vale somente *in malam partem*, isto é, somente enquanto a força retroativa da lei prejudicar o acusado. As leis favoráveis a ele (redução da pena, descriminalização) com aplicação retroativa, talvez perturbem o sentido da ordem, a necessidade de retribuição ou a busca pela vingança, mas não a confiança geral na justiça penal como uma instituição de controle social, que criminaliza ponderadamente e não criminaliza ardilmente.⁶³³

Por estes princípios não se pode decidir livre de qualquer dúvida, mas neles pode-se discutir o problema do alcance da proibição da retroatividade. Esta questão, sob o ponto de vista do legislador, é de especial significação para dois pontos: nas medidas de segurança e tratamento e nos pressupostos processuais da punibilidade.

⁶³¹ *Infra* § 30, III. Trata-se da moderna compreensão da prevenção geral.

⁶³² Também o *BVerfG* parte no Direito Penal – diferentemente dos outros âmbitos do Direito nos quais se admite constitucionalmente determinadas limitações à proibição da retroatividade – de uma proibição absoluta da retroatividade: *BVerfG* 18, 429 e ss. (439).

⁶³³ Leia-se o § 2, I-V do StGB.

O § 2, VI do StGB, em princípio,⁶³⁴ excetua as *medidas* da proibição da retroatividade e ordena a aplicação da lei vigente à época da decisão, a qual apoia-se na reflexão sensata, à primeira vista, de que as medidas não são uma resposta para o passado (retribuição do injusto perpetrado), mas uma segurança para o futuro (defesa de perigos futuros). Conseqüentemente, no centro da escolha das medidas não está a visão para o passado, mas para o futuro: o *prognóstico*. Os prognósticos são juízos precários; eles tem uma boa chance de estarem errados e por isso necessitam de uma verificação contínua,⁶³⁵ pois elas rapidamente se tornam obsoletas. A este fato se deve adaptar inclusive as condições legais: apenas a lei mais recente é o melhor fundamento da decisão. Entretanto, o princípio do § 2, VI do StGB não se ajusta ao mais novo desenvolvimento no sistema de penas e medidas. A antiga concepção de que as medidas são um *minus* face às penas, porque a elas não está vinculada uma reprovação da culpabilidade, mostra-se em uma análise pormenorizada,⁶³⁶ como vazia de conteúdo. O que conta para os afetados – e sua confiança na justiça penal – não é a roupagem teórica com a qual se reveste a conseqüência jurídico-penal, mas é o peso real que ela leva consigo. Este peso, pelo menos nas medidas que são vinculadas com a privação da liberdade, não é menos reduzido que nas penas – ele será em muitos casos até mesmo mais elevado, porque o afetado pelas medidas, em nosso sistema de dupla via, é “psiquiatrizado”. Nem todo mundo considera como os penalistas: que a “doença” (*Krankheit*) seja menos que a “culpabilidade”.⁶³⁷ O legislador penal tinha, portanto, motivos para

⁶³⁴ As exceções legais, às quais alude o § 2, VI do StGB, são realmente importantes. Assim encontram-se na EStGB, por exemplo, disposições especiais sobre a fiscalização de condutas (Art. 303) e a proibição do exercício profissional (Art. 305).

⁶³⁵ Leia-se em relação a este contexto o § 67e do StGB. Uma análise abrangente – tanto metodológica como dogmática – das decisões prognósticas no Direito Penal oferece *Frisch*, *Prognosentscheidungen*.

⁶³⁶ *Supra* § 25, IV, *excursus* 2.

⁶³⁷ *Christian Geißler* inicia assim em seu livro “Anfrage” (Claassen-Verlag Hamburg): ao longo do processo não se apresentaram pontos altos e nem sensações. A negação e a posterior confissão do acusado, na verdade, deram à imprensa a oportunidade desejada de produzir algum suspense nas notícias a respeito do processo, porém para a conclusão do processo somente tiveram relevância as palavras finais do acusado. O Ministério Público e a defesa fizeram a sua parte. O juiz presidente perguntou ao acusado se ele gostaria de falar mais alguma coisa antes que o tribunal se retirasse para

manejar igualmente de modo cauteloso a imposição retroativa de medidas como a imposição retroativa de penas.

Ademais, não só a teoria, mas também a praxis da imposição da pena se abriu ao prognóstico.⁶³⁸ Em todo caso, de acordo com o entendimento atual as penas são um instrumento para assegurar o futuro. O princípio *vicariante*⁶³⁹, de sua parte, tanto na teoria como na praxis, aproximou as penas e as medidas: espera-se que no futuro o § 2, VI do StGB seja suprimido ou seja limitado a outras exceções legais.

O fato de que os *pressupostos processuais da punibilidade*, em princípio, não estejam abarcados pela proibição da retroatividade, é algo evidente.⁶⁴⁰ O legislador pode, por exemplo, modificar o curso da audiência principal (§ 243 do StPO), sem que através da nova orientação retroativa do cenário ocorra um prejuízo ao acusado. Entretanto, nós observamos várias transferências entre o Direito Penal material e o Direito Processual Penal. Do mesmo modo que o Direito Penal material elabora e oferece ao Direito Processual Penal as instruções de busca, o Direito Processual Penal estabelece pressupostos de persecução e julgamento que tem efeitos materiais – e na verdade decisivos.

a deliberação da decisão. O acusado inclinou a cabeça, levantou-se e permaneceu calado. Só que ele encontrou o rosto do seu filho que assistia com as demais pessoas na sala, e ele disse: “Eu sou culpado. Peço ao Tribunal para rejeitar a petição da defesa pelo reconhecimento do § 51 (agora § 20, W.H.). Naquele momento eu era plenamente capaz, e hoje ainda sou. Eu sou culpado.” “Quer nos explicar quais os motivos deste pedido?” O acusado inclinou a cabeça novamente, permaneceu calado, olhou para o seu filho e então disse: “Eu tenho um filho. E é melhor para um filho que ele tenha um pai culpado, que reconhece a sua culpa, do que ter um pai incapaz. Não se faz nenhum favor a um homem, ao lhe negar a possibilidade de se declarar culpado. Pode parecer uma bondade e uma indulgência, mas ele está sendo humilhado. Priva-se-lhe da justiça e portanto priva-se-lhe também do perdão. Retira-se-lhe a dignidade de ser humano. É importante para um filho saber que seu pai era um ser humano. Se ele perder isso, então dirão: teu pai era um idiota. – Eu peço ao Tribunal que rejeite a petição da defesa pelo reconhecimento do § 51”. Compare-se também o relatório crítico de *Stumme, Erkrankungen*. – Um sistema jurídico-penal que renuncia à reprovação da culpabilidade, mas que valora a participação interna do autor no seu ato (*supra* § 25, IV, *excursus* 2b) pode lançar uma ponte sobre o abismo entre a “doença” e a “culpabilidade”.

⁶³⁸ Leia-se outra vez o § 46, I, 2 do StGB.

⁶³⁹ Leia-se outra vez o § 67 do StGB.

⁶⁴⁰ Aprofundamento e orientação mais detalhada em *Schreiber, Verjährungsfristen*.

Assim é, por exemplo, a persecução de um ato já prescrito⁶⁴¹, a persecução de um inocente (§ 344 do StGB).

Conseqüentemente coloca-se a questão sobre a ampliação excepcional da proibição da retroatividade sobre os pressupostos processuais da punibilidade quando estes pressupostos são equivalentes em seus efeitos e em sua função jurídico-estatal aos pressupostos jurídico-materiais. Esta questão foi intensamente discutida em relação à *prorrogação dos prazos prescricionais dos graves delitos cometidos pelos nazistas*. O legislador a decidiu, mas teoricamente ela continua em aberto.⁶⁴² Quem compreende a proibição da retroatividade desde o ponto de vista da proteção da confiança e da rejeição de uma surpreendente criminalização fática, deverá considerar a prorrogação retroativa das disposições sobre a prescrição como uma violação aos princípios democráticos, como uma dominação do Direito Penal pela política.

A proibição da retroatividade não se dirige apenas ao legislador, mas também ao juiz. Pode-se elaborar leis com força retroativa, e pode-se *aplicar retroativamente* a um fato *leis* que somente foram colocadas em vigência após o cometimento do fato. Nesse sentido valem para o juiz os mesmos limites que para o legislador.

Porém, ao juiz inclui-se ainda uma outra complicação. A sua atividade consiste, dito de um modo exagerado, em decidir o caso que lhe foi apresentado com base em uma opinião jurídica, que ainda não vigorava quando o fato ocorreu. Em todo caso a jurisprudência dos Tribunais superiores tem a tarefa de *desenvolver o Direito*, e ela a cumpre também, quando, por exemplo, observava como uma “ferramenta perigosa” no sentido do § 223a, I do StGB no início apenas as de efeito mecânico (serra), mais tarde também incluiu as de efeito químico (pistola de gás) e finalmente incluiu também a lesão corporal grave por animais (cães açulados) – mas sempre insistindo que uma ferramenta perigosa é uma “ferramenta” que deve ser manejada, guiada pelo causador da lesão (de modo que a chapa quente do fogão, na qual a vítima venha a se sentar, não

⁶⁴¹ Leia-se outra vez o § 78 do StGB.

⁶⁴² Também o *BVerfG* confirmou a admissibilidade de uma prorrogação dos prazos prescricionais: *BVerfGE* 25, 269 e ss., especialmente 289 e ss. Leia-se, comparativamente, os §§ 78 e ss. do StGB e os §§ 79 e ss. do StGB, concentre-se respectivamente na alínea 2 nos §§ 78, 79 para chegar a uma opinião sobre a distinção entre a prescrição da persecução e a da execução.

preencheria os pressupostos tipificados no § 223a, I do StGB).⁶⁴³ Para os afetados estes desenvolvimentos da jurisprudência eram de um significado decisivo do mesmo modo que uma modificação do teor do § 223a, I, e eles naturalmente eram retroativos, porque eles só foram fundamentados por ocasião do respectivo caso.

Vê-se em seguida que uma ampliação fática da proibição da retroatividade à jurisprudência causaria imediatamente a sua estagnação. Como nós já vimos várias vezes, a jurisprudência vive de uma contínua recriação da lei, ela não tem alternativas frente às margens de liberdade semântica e à necessidade de regras de aplicação, frente à mudança social que também reflete na linguagem. Se se quisesse estender a proibição da retroatividade também à jurisprudência, a consequência claramente previsível disso seria a falsa exclusão da proibição, pois exigiria o impossível. No julgamento desta questão deve-se levar em conta que se pode proporcionar uma maior facilidade ao acusado no caso concreto para que se conceda a ele um *erro de proibição* (inevitável) (§ 17 do StGB). Isto é natural: quando os juristas ainda não sabem o que está correto no caso concreto (e, por exemplo, respondem de modo diferente questões jurídicas relevantes nas mais diversas instâncias), pode-se conceder ao acusado um erro normativo (*normativen Irrtum*) – em uma extensão maior que aquela admitida até o momento pela jurisprudência!

Em princípio isto tudo está correto. Mas com frequência os princípios produzem nos casos concretos isolados o oposto do que eles queriam alcançar para a maioria das situações. Assim ocorre também em relação à proibição da retroatividade no âmbito da jurisprudência. Se se observar com acuidade, se perceberão situações nas quais a *comunidade jurídica* tem um conhecimento mais intenso do conteúdo da jurisprudência criminal do que do conteúdo da lei penal e *coloca-se* também *plena confiança na posição da jurisprudência*. Este caso ocorre quando a jurisprudência constrói rigorosamente as diretrizes gerais de uma lei e quando estes contornos são transmitidos com precisão aos afetados. Exemplos disso se encontram no Direito fiscal (o que se pode deduzir?)

no Direito de imprensa (onde estão os limites entre os direitos de personalidade do acusado e o direito à informação?) e no Direito do trânsito.

No último âmbito jurídico mencionado se produz um conflito que reflete a própria problemática da proibição da retroatividade no âmbito da jurisprudência. No que diz respeito aos *limites da aptidão para dirigir*, o StGB oferece uma fórmula de conteúdo geral,⁶⁴⁴ a qual foi concretizada pela jurisprudência do BGH com os instrumentos mais precisos que a nossa linguagem possui: com os dados numéricos (nível percentual de concentração de álcool no sangue). A partir de um determinado limite (atualmente de 1,1 por mil para cima)⁶⁴⁵ se considera o motorista como “absolutamente incapaz para dirigir” – isto é, sem qualquer consideração a outros indícios pró ou contra a incapacidade para dirigir e a exclusão de provas contrárias. Antes se considerava com o mesmo caráter absoluto o limite de 1,5% e logo depois o de 1,3%.

Os meios de comunicação em geral e a imprensa especializada transmitiam estes valores ao público, e muitos motoristas tinham uma idéia de quanto álcool eles podiam tolerar e beber para estar dentro do limite traçado pela jurisprudência: um exemplo acadêmico de observância ao Direito com base em cálculos racionais, um momento decisivo de prevenção geral. Entretanto a jurisprudência tem se negado a estender a proibição da retroatividade penal no agravamento dos limites da incapacidade para dirigir de 1,5% para 1,3%.⁶⁴⁶ Quem compreende a proibição da retroatividade sob o ponto de vista da proteção da confiança, não poderá estender a tais casos, nos quais a concretização da lei é transmitida aos afetados com precisão através da jurisprudência, a proibição da retroatividade excepcionalmente na jurisprudência.⁶⁴⁷

⁶⁴⁴ Leia-se o § 316 do StGB.

⁶⁴⁵ Leia-se na ocasião a *BGHSt* 21, 157 e ss. (sobre a regra de 1,3% vigente anteriormente) e a crítica incisiva de *Haffke*, *Promille-Grenze*.

⁶⁴⁶ Pode-se recorrer aqui, comparativamente, à decisão do *OLG Celle*, *NdsRpfl* 1968, 90 e ss. entretanto ela não diz nada sobre a problemática da proibição da retroatividade, e nem porque se afasta desta problemática. Mas quanto a isso ela é muito mais interessante como uma prova de “argumentação jurídica por omissão”: por passar por cima do problema (veja sobre isso *supra* o § 21, II).

⁶⁴⁷ Para uma leitura comparada recomenda-se: *Schreiber*, *Rückwirkungsverbot*.

⁶⁴³ Os esforços para uma precisão do § 223a do StGB podem ser analisados em *Lampe*, *Körperverletzung*, p. 186 e ss.

IV. A proibição do direito consuetudinário

A terceira consequência do princípio da legalidade dirige-se somente ao juiz: a proibição de fundamentar uma condenação ou o agravamento de uma pena no direito consuetudinário (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*). Sob o ponto de vista do “ethos” jurídico-estatal este princípio é claro e evidente; mas quanto à sua extensão concreta, como também quanto aos seus fundamentos conceptuais, não é tão claro. Na verdade não se sabe corretamente o que é o direito consuetudinário – especialmente no Direito Penal.

A teoria do contrato social rechaçava rigorosamente o direito consuetudinário. Era o tipo normal de fonte jurídica na época, o qual a filosofia política do Iluminismo pretendia superar. Ela devia ser escrita e possibilitar a todos verificar de onde decorrem os limites à liberdade civil; o Direito consuetudinário, contrariamente, estava disponível, era um instrumento exemplar – e extremamente eficaz – nas mãos dos poderosos. A *forma escrita das fontes do Direito*, a possibilidade da sua leitura por qualquer um, é um pressuposto necessário para o discurso em geral sobre os limites à liberdade (ainda que não seja um pressuposto suficiente). Para nós este “ethos” ainda é também evidente e importante: o recurso a fundamentos consuetudinários do Direito, no Direito Penal, seria como colocar a mão em uma “black box”, em uma caixa mágica, a qual ninguém, exceto o mágico, sabe exatamente o que ela contém.

Tradicionalmente se define o Direito consuetudinário como o uso baseado na convicção jurídica geral. No âmbito do Direito comercial ou do Direito do trabalho esta é uma determinação conceptual evidentemente razoável. Nela se expressa que os participantes de um conflito jurídico (por exemplo, os comerciantes ou as partes no contrato de trabalho) há um longo tempo colocaram em vigência normativamente determinados modos de atuação: eles observam entre si determinados *costumes em circulação*; eles também consideram isto como correto e de comum acordo observam uma violação contra eles como uma *infringência ao Direito* (embora esta infringência ao Direito não esteja legalmente definida); e também é correto que no caso de conflito se atenham ao seu uso comum e que cada uma das partes conflitantes recuse insidiosamente o apelo a estes costumes em circulação, porque como não estão legalmente descritos, seriam nulos e fúteis. Mas como se pode transferir um modelo des-

te para o Direito Penal, no qual, recorrendo à lei, se procura justamente combater certos tipos de conduta como, por exemplo, o furto de estabelecimento comercial, que em certos grupos de jovens não é considerado uma infringência ao Direito, mas um esporte? É possível se imaginar um Direito consuetudinário no âmbito do Direito Penal?

Existe uma prova de que o sistema jurídico-penal também conhece o Direito consuetudinário. As *descriminalizações*, isto é, a revogação (parcial) de uma proibição ou a redução da pena cominada, não raras vezes são confirmadas por uma argumentação baseada no Direito consuetudinário e impostas politicamente. Pode-se observar isto nos últimos tempos nas cominações penais contra a homossexualidade e a interrupção de gravidez. Ali os afetados, os homossexuais e as mulheres, atuam politicamente: eles confessam abertamente a conduta punível e afirmam que esta conduta – contrária a lei – é lícita. Como um forte indício da legitimidade “consuetudinária” desta conduta vale o apelo à alta “*cifra negra*” nestes âmbitos, isto é, o fato de que a maioria das violações à norma escrita permanecem desconhecidas ou não punidas. Com isso se mostra não só que as oportunidades de criminalização nos atos homossexuais e no aborto são desiguais (e é injusto escolher somente uns poucos), senão, sobretudo, que a população, como os funcionários da justiça, “vê passar pelos seus dedos” tais tipos de conduta, porque ela mesma não está mais convencida “consuetudinariamente” do seu caráter delitivo.⁶⁴⁸

Somente a custo de um conceito amplo e deturpado de Direito consuetudinário pode-se manter estas estruturas e desenvolvimentos como um Direito consuetudinário. Elas são formas de discussão pública acerca da Política criminal neste Estado, que se apresentam como argumentos de justiça; um destes argumentos é a prova de que a lei não é (mais) considerada como justa por uma parte relevante dos afetados. Porém, isto não é um apelo ao “Direito consuetudinário”, mas ao fato de que cada vez mais pessoas, além dos diretamente afetados, consideram a norma legal como injusta e político-criminalmente errônea e que esta norma deve ser modificada ou eliminada.

⁶⁴⁸ Leia-se neste contexto a decisão do *LG Frankenthal*, NJW 1968, 1685 e s. que, em uma situação semelhante (punibilidade do adultério de acordo com o § 172 do StGB em sua antiga edição), impôs uma pena manifestamente baixa para mostrar que considerava a cominação legal da pena (consuetudinariamente?) obsoleta, ou ultrapassada.

A diferença entre a discussão político criminal e o Direito consuetudinário mostra-se muito mais clara se se considera o papel do argumento da cifra negra em outros contextos.⁶⁴⁹ Este argumento aparece também, por exemplo, na discussão político-criminal acerca dos crimes contra a economia ou contra o ambiente – todavia, aqui, com uma orientação contrária: o Direito Penal econômico e o Direito Penal ambiental devem ser ampliados, e tornarem-se mais efetivos para poderem perseguir ou para apreenderem jurídico-penalmente melhor os crimes até o momento desconhecidos ou não punidos. O papel ambivalente do argumento da cifra negra mostra que sua função se cumpre exclusivamente no contexto político-criminal. É orientado e determinado em seu papel concreto por um interesse político-criminal, o qual, por um lado, está completamente satisfeito com a amplitude do campo obscuro (e vê de maneira agradável o deslocamento do âmbito integral dos delitos para o campo obscuro do Direito Penal), por outro lado, considera o campo obscuro um escândalo (e vê de maneira agradável o aumento e o reforço do foco de incriminação jurídico-penal e a persecução neste âmbito).

Além disso, se se observa o caráter das normas jurídico-penais, então se percebe, em toda a sua extensão, a relação entre o Direito legal e o possível Direito consuetudinário no Direito Penal. A teoria científico-social das normas caracteriza as normas jurídicas como expectativas “contra-fáticas”.⁶⁵⁰ Se isto vale com a mesma intensidade para todos os âmbitos jurídicos, deixaremos aqui de lado; todavia, a existência de fontes consuetudinárias do Direito indica a objeção de que o exercício fático (certamente com o revestimento da convicção jurídica) modifica faticamente as normas legais e pode até mesmo colocá-las fora de vigência: isto é, que elas de modo algum são “contra-fáticas”. Em todo caso, para o Direito Penal esta caracterização é oportuna. Ela expressa que as normas jurídico-penais se distinguem, por exemplo, das normas técnicas

⁶⁴⁹ Análise mais abrangente e aprofundada desta discussão extraordinariamente importante para a Política criminal e para a argumentação político-criminal em Lüderssen, Dunkelziffer. O problema da cifra negra, sob o ponto de vista criminológico, já foi exposto antes no § 10, I.

⁶⁵⁰ Referindo-se expressamente e com outras indicações Luhmann, Rechtssoziologie, p. 40 e ss. (43).

(normas DIN^{NT6}) ou das normas empíricas (leis casuísticas), de modo que a infringência a elas não se apresenta como refutável ou carente de correção – tipicamente o contrário: as normas jurídico-penais precisam do desvio; a conduta desviante e o controle do desvio com o auxílio da norma confirmam esta necessidade e a sua força; elas são “contra-fáticas”. Enquanto uma pedra suspensa no ar seria uma séria ameaça às leis casuísticas, o § 11 da BtMG experimenta uma relevância e uma atenção cada vez maior em face do problema crescente das drogas.⁶⁵¹

O caráter contra-fático das normas jurídico-penais exclui a hipótese de um Direito consuetudinário no Direito Penal no sentido tradicional. Ainda que a habitualidade fática, na convicção jurídica, possa ser um argumento sustentador de um determinado interesse político-criminal, ela não se converte em um fenômeno que o juiz pode alegar contra a lei escrita. A proibição de uma condenação ou agravamento da pena com fundamento no Direito consuetudinário – tomando por base um conceito estrito de Direito consuetudinário – não significa portanto nada mais do que o evidente, que o juiz criminal só pode apoiar a condenação e a consequência jurídico-penal em uma *lex scripta*.

No entanto, em um sentido menos estrito, o fenômeno do Direito consuetudinário pode ser de plena significação para a determinação dos limites da punibilidade. Principalmente em relação ao *direito do professor de castigar* se tem admitido que o exercício fático no convencimento da autorização jurídica co-determina os limites do tipo penal de lesão corporal. O castigo corporal “mensurado” de uma criança na

^{NT6} DIN originariamente é a abreviatura de *Deutsche Industrie-Norm* (norma das indústrias alemãs), atualmente utiliza-se ainda como abreviatura de *Deutsches Institut für Normung* (Instituto alemão de normalização).

⁶⁵¹ Talvez se possa ver o caráter contra-fático das normas jurídico-penais com mais exatidão se se compreender o gracejo que se situa em uma norma jurídico-penal que não acredita no seu próprio caráter contra-fático:

“§ X: Homicídio de membros do governo:

I. Quem mata o ministro da cultura, será punido com pena privativa de liberdade de um ano.

II. Quem mata o ministro da defesa será punido com pena privativa de liberdade de dez anos.

III. O homicídio do Primeiro ministro está proibido.”

A Sociologia também se ocupou com a relação positiva entre a conduta desviante, a punição e o poder de validade da norma; leia-se sobre isso em *Durkheim*, Regeln, p. 155-164.

escola é aprovado pelo Direito consuetudinário e na verdade pode ser, conseqüentemente, uma lesão corporal típica, mas não um injusto jurídico-penal; com o desmoronamento do exercício consuetudinário desmorona também a justificação penal e estendem-se, portanto, os limites da lesão corporal punível.⁶⁵²

Isto só se pode admitir em relação a uma generosa aplicação do conceito de “Direito consuetudinário” – uma aplicação que não se dê conta do papel do juiz criminal, o qual tem que aprovar este “Direito consuetudinário”, antes que o utilizem como justificação para uma lesão corporal. O que entre os comerciantes, que comercializam uns com os outros, pode fundamentar o Direito – isto é o exercício real na convicção do que é lícito – não pode entre professores e alunos que lesionam uns aos outros: o Direito Penal, diferentemente do Direito comercial, deve se reservar a verificação se na convicção jurídica o tipo de conduta praticada lesiona ou não bens jurídico penalmente protegidos, como, por exemplo, a saúde. O que as pessoas fazem umas com as outras e umas contra as outras, não está subtraído do juízo do juiz, porque ele o faz com a convicção do que é lícito – ou porque não pode chegar aos ouvidos do vencido que a lesão que lhe é infligida não tem aprovação jurídica.

As inseguranças sobre o que se pode considerar no Direito Penal como “Direito consuetudinário”, levaram inclusive à diluição do conceito estrito de Direito consuetudinário no sistema jurídico. Assim se compreende como “Direito consuetudinário” no Direito Penal (também) o chamado “*Direito judicial*”, isto é, o conjunto de interpretações judiciais que concretizam a lei. Por proibição do Direito consuetudinário se compreende a exigência de que o juiz, em sua interpretação, não pode abandonar o quadro traçado pela lei em prejuízo do acusado; se ele o abandona, então frustra a *lex scripta* por meio de um Direito não escrito e assim viola o princípio da legalidade.⁶⁵³

Esta modificação do conceito de “Direito consuetudinário” é uma saída evidente. Com isso se leva em conta justamente o fato já mostrado de que o “costume”, no Direito Penal, não pode em hipótese alguma ser o costume fático violador da lei dos indivíduos subordinados ao Direito – e ocorre inclusive com a convicção jurídica; portanto, quando cai o uso comum subsiste apenas o *uso judicial*. E em relação a este último é evidente que ele pode ser uma ameaça ao princípio da legalidade: quem fundamenta uma condenação ou o agravamento de

uma pena em sua opinião jurídica em vez de na lei, infringe o Art. 103, II da GG e o § 1 do StGB. Tal determinação do conceito de “Direito consuetudinário” tem apenas um defeito – mas com certeza decisivo: ela anula os limites da quarta e última exigência que o princípio da legalidade apresenta, a “proibição da analogia”.

V. A proibição da analogia

A proibição de ampliar a lei penal por analogia em prejuízo do acusado – seja quanto aos pressupostos da punibilidade ou quanto à determinação da pena – é a indicação central do princípio da legalidade ao juiz penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*). Esta proibição abrange o que uma generosa determinação do conceito de Direito consuetudinário acrescenta erroneamente à proibição do Direito consuetudinário: um direito judicial que ultrapassa os marcos legais em prejuízo do acusado. Também a proibição da analogia, em sua orientação democrática, é clara e evidente;⁶⁵⁴ mas atualmente não está totalmente claro se e como é possível realizá-la.

Se se quer compreender e valorar esta proibição é preciso saber o que se quer dizer com “analogia”. Um exemplo clássico de aplicação analógica do Direito oferece a proibição de levar consigo quadrúpedes (“*quadrupes*”) em determinados lugares – levando em conta que os grandes animais cheiram mal e podem ser inconvenientes. Ao espartalhão que tem a idéia de levar consigo um avestruz, que na verdade tem apenas duas patas, mas que, ao contrário, cheira mal e pode gerar os mesmos inconvenientes que os quadrúpedes, se diria com o argumento da aplicação analógica do Direito que: na verdade, nós reconhecemos, o teu pássaro tem apenas duas patas. Nossa proibição não é imediatamente aplicável a ele. Mas veja o sentido da norma. O pássaro preenche todas as medidas. Portanto, aplicamos analogamente ao teu bípede a proibição ao quadrúpede.

Este discurso expressa a estrutura da aplicação analógica do Direito. Dois casos, duas situações são discutidas aqui. Um caso (o do

⁶⁵² Tal modelo e os seus pressupostos são discutidos intensamente em *Jung, Züchtigungsrecht*, p. 40-47.

⁶⁵³ Sobre uma relação em geral entre o Direito consuetudinário e o Direito judicial no Direito Penal: *Bringewat, Gewohnheitsrecht*.

⁶⁵⁴ Um resumo bastante breve e digno de nota sobre a história da proibição da analogia em *Maurach/Zipf, AT*, p. 124 e s.

quadrúpede) está claro: um candidato positivo da norma. O outro caso é um candidato negativo, a este candidato faltam duas patas. No entanto, uma questão ainda permanece aberta: se em um plano mais elevado que o da comparação direta, por exemplo, entre um suíno e um pássaro grande, não existem semelhanças entre ambos. E com efeito: se se formula a “*tertium comparationis*”, isto é, o terceiro que serve de base aos dois candidatos tão diferentes, então os dois se mostram como semelhantes, como comparáveis; sob o ponto de vista dos inconvenientes, a ave e o suíno são iguais. Mas este ponto de vista é o que está por trás da norma de proibição de que os quadrúpedes devem ser mantidos afastados. A norma foi formulada de modo grosseiro, porque exclui (pelo menos) um não-quadrúpede que na verdade, pelo seu sentido, ela deveria trazer consigo. Isto é, a norma contra os quadrúpedes pode ser aplicada por analogia aos bípedes, porque, sob o ponto de vista da finalidade da norma, da *tertium comparationis*, ambos são comparáveis um ao outro.⁶⁵⁵

O princípio da legalidade proíbe no Direito Penal tal ampliação da norma (em si “racional”) aos casos que não estão formulados nela, mas são imaginados. No conflito entre o teor (que alcança tão pouco) e o sentido (que incorreta ou incompletamente é representado pelo teor) a proibição da analogia vota estritamente pelo teor. Aceita-se quanto a isso que o fim que é perseguido com uma norma jurídico-penal, continua impossível de se alcançar quando este fim não se encontra materializado na linguagem da norma. A possibilidade de um desvio através de uma *tertium comparationis* até um candidato negativo é vedada ao juiz. Se ele não chega a um resultado tão só com o teor, deve se dar por satisfeito com a negatividade dos candidatos. Entende-se que o Direito Penal aceita a impossibilidade de alcançar a finalidade da norma somente no ponto em que sobrecarregar o acusado com a punibilidade ou a consequência jurídico-penal: *in malam partem*. Quando for para favorecê-lo o juiz pode referir-se à *tertium comparationis*. A proibição da analogia é uma aquisição do Estado de Direito do mais alto grau; com ela o Direito Penal renuncia

⁶⁵⁵ Quem quiser se informar sistematicamente e expressamente sobre a analogia como meio de correção das regras legais incompletas ou mesmo deficientes, leia *Engisch, Einführung*, p. 142-156, ou *Larenz, Methodenlehre*, p. 365-375.

em favor do acusado não só à realização do fim da norma, como também à possibilidade do seu desenvolvimento judicial sobre o teor da lei para além da orientação da vontade da lei. Vejamos como a *jurisprudência* aplica a proibição da analogia.

O *BGH* teve que decidir um caso em que alguém, com o auxílio de um automóvel, tinha subtraído o produto do furto de uma floresta.⁶⁵⁶ A norma jurídico-penal prescrevia que se deveria considerar um furto qualificado de floresta quando o autor utilizava para a subtração dos troncos, de um animal de carga, um barco ou carroça. O *BGH* confirmou a condenação como furto qualificado. O Tribunal argumentou que a lei queria impedir três coisas: os danos às árvores mais jovens; a rápida evasão; a possibilidade de transportar grandes quantidades de troncos. Isto tudo vale também em relação ao automóvel. Portanto, o automóvel é comparado à “carroça no sentido da lei”.

Esta estrutura de argumentação perpassa em todas as partes a jurisprudência criminal – ainda que nem sempre com tal nitidez. Para explicar a possibilidade de analogia no Direito Penal, não é necessário recorrer a uma idéia audaciosa de que um juiz aplica o § 175 do StGB por analogia a atos de lesbianismo. Basta observar quanto a isso, a fundamentação da jurisprudência, a qual procura comprovar que a fixação de cartazes em uma caixa de distribuição do correio é um crime de dano a esta caixa (§ 303, I do StGB) – embora o cartaz (ainda que com algum esforço) possa ser retirado; embora a utilidade técnica da caixa não seja prejudicada; embora sob o ponto de vista estético, com um cartaz mesmo daquela qualidade, ela possa se tornar mais bela.⁶⁵⁷

Qualquer um pode ver imediatamente que o Tribunal forneceu um exemplo clássico de analogia, cuja qualidade didática se iguala a do quadrúpede. Infelizmente o Tribunal deixou de lado o problema sobre se aqui não se teria exercido, talvez, a analogia proibida *in malam partem* – um outro exemplo de exercício jurídico-teórico de uma *argumentação por omissão*.⁶⁵⁸ Se o Tribunal tivesse levantado a ques-

⁶⁵⁶ Leia-se a decisão do *BGHSt* 10, 375 e s. minuciosamente (ela é breve) e analise a seqüência dos argumentos. Pode-se localizar nesta decisão inclusive a aplicação das teorias da interpretação (gramatical, sistemática, histórica, teleológica).

⁶⁵⁷ Leia-se, sob o ponto de vista de que se um candidato negativo (coloca cartazes), através de uma *tertium comparationis*, pode se converter em um candidato positivo (“dano”), a decisão do *BGHSt* 29, 129.

⁶⁵⁸ Veja *supra* § 21 e neste §.

tão, certamente responderia: nós não transmitimos por analogia o elemento “carroça” (proibido) ao veículo, mas nós apenas *interpretamos extensivamente* o elemento “carroça” (o que naturalmente está autorizado), abrangendo também o automóvel. O limite crítico do princípio da legalidade está na diferença entre a interpretação extensiva autorizada e a analogia proibida. Estes limites fluem.⁶⁵⁹

Pode-se dizer com uma certa precisão que trata-se sempre de analogia quando o caso que deve ser decidido (o avestruz, o automóvel, a colocação de placas) é um candidato negativo da norma, enquanto se deveria falar de interpretação extensiva quando o candidato é apenas neutro. Com esta distinção seguramente correta se expressa que a analogia é a transferência da norma a um outro âmbito, enquanto a interpretação (extensiva) é somente a “ampliação” da norma até o final do seu próprio âmbito. Mas: onde estão os limites entre a “transferência” e a “ampliação”, entre a negatividade e a neutralidade de um candidato? Quem conhece o âmbito da norma?

O âmbito da norma, nesse sentido, é a sua margem semântica, a qual, pelo que nós vimos,⁶⁶⁰ não “existe”. Somente com a aplicação concreta da norma, mesmo que se comprove se o caso que se deve decidir é ou não um caso desta norma. Só o emprego de regras de

aplicação concretiza a norma. Se a fixação de cartazes é um “dano” às caixas de distribuição do correio no sentido do § 303, I do StGB, só se sabe (e não de modo definitivo e livre de qualquer dúvida) quando se aplica o § 303, I do StGB a tal caso: a margem semântica de uma norma se concretiza somente no ato de compreensão da norma, no ato de aplicação do Direito.

Surge mais uma complicação. Se se pergunta de onde o juiz extrai realmente as informações com as quais ele concretiza conceitos como “carroça” ou “dano” para aplicá-los ao caso, só se pode dar uma resposta: do sentido da norma, da sua origem histórica, da sua situação sistemática na lei. A interpretação gramatical, portanto, depende de outros métodos de interpretação, e não só está em contradição, mas em relação com eles. Se – como ocorre via de regra – nem a vontade do legislador pode ser transmitida livre de qualquer dúvida e nem a posição sistemática da norma diz algo relevante, então só fica o “sentido” da norma, para desenvolver nele o significado concreto da palavra. O “sentido” está sempre presente (os métodos de interpretação objetivo-teleológico de acordo com os quais se questiona, levam sempre a um objetivo – mas qual!), não porque ele precisa ser “transmitido”, como, por exemplo, a vontade do legislador, mas porque ele pode estar acompanhado da norma. As indagações podem fracassar (o legislador se cala ou fala contraditoriamente), a atribuição de sentido não fracassa jamais (e por isso continua sempre problemática, sempre em suspenso). Ainda que o juiz nada saiba ou nada descubra sobre a vontade do legislador histórico, ainda que ele não diga nada sobre a situação sistemática da norma – ele sempre tem uma representação do sentido objetivo da norma ou pode formá-la (mas talvez ela seja “falsa”): do sentido, da finalidade da norma se extrai geralmente a direção na qual o teor da norma deve se concretizar.

*A aplicação do Direito é portanto um procedimento analógico.*⁶⁶¹

Uma norma jurídica de modo algum pode ser compreendida sem levar em consideração o seu sentido, a *tertium comparationis*, que une e torna comparáveis os casos uns aos outros, que são os “casos desta norma”. Quem se pergunta se o “furto de coisa achada” é uma hipótese do § 246, I do StGB, embora não se dê a retenção do objeto da apropriação⁶⁶² ou quem se coloque qualquer questão jurídica que não seja trivial (o fato de que a carteira é uma “coisa” no sentido do § 242 ou do § 246 do StGB,

⁶⁵⁹ Sobretudo na jurisprudência do *RG*, menos na do *BGH*, encontram-se também decisões nas quais o Tribunal marca os limites para a interpretação proibida e rechaça a ultrapassagem destes limites. Compare, por exemplo, a famosa decisão do *RG* sobre a questão de que se a subtração fraudulenta de energia elétrica é “subtração” de uma “coisa” no sentido do § 242, I do StGB: *RGSt* 32, 165 e ss. (especialmente 185-188). Já com a existência do atual § 248c do StGB pode-se verificar que o *RG* decidiu negativamente esta questão. Mas hoje é duvidoso se o *BGH* se manteria igualmente de modo metódico pelo teor da lei; como consequência da sua política de interpretação de se basear de modo “mais próximo à vida” e “racional”, encontra-se o fato de que o legislador do StGB, seguramente, teria cominado com pena a subtração de energia elétrica, quando lhe ocorresse tal caso. Pode-se estudar esta atitude na decisão do *BGH* de 5.8.1980 (NJW 1980, 2535=JuS 1981, 299, n. 10) sobre a emissão de títulos falsos, onde o Tribunal manifestou-se contra uma decisão proferida pelo *OLG Stuttgart* (NJW 1980, 2089=JuS 1981, 64, n. 10) que tinha discutido sobre a analogia e a interpretação extensiva. Em um período mais recente o *BGH* parece ter se preocupado mais energeticamente com a proibição da analogia; leia-se o *BGHSt* 34, 171 e 35, 390 (395).

⁶⁶⁰ *Supra* §§ 20, 21. O fenômeno dos candidatos positivos, negativos e neutros é explicado *supra* § 21, I.

⁶⁶¹ Aprofundamento e especificações sobre este problema na teoria geral da obtenção do Direito em *Arthur Kaufmann*, *Analogie*, p. 302-319, e em *B. Schünemann*, *Nulla poena*.

⁶⁶² Aprofundamento sobre a discussão acerca da punibilidade do furto de coisa achada em *Tenckhoff*, *Unterschlagung*, 777 (Fall 5).

não interessa aos penalistas), não poderá responder sem recorrer ao sentido da norma. Por estas razões se tem dito que a aplicação do Direito é um processo *circular* entre a lei e o caso, que é comparável a um *espiral* que se eleva, corrige e aperfeiçoa em um processo mútuo de compreensão entre a norma e a situação fática. É aí que se situa a cruz da proibição da analogia. Nós tínhamos dito justamente que no conflito entre o teor e o sentido da norma a proibição da analogia vota estritamente pelo teor. Mas agora vemos que o teor mesmo não é suficiente sem o sentido. Pois toda aplicação do Direito é analogia, porque a compreensão da norma, ainda que seja não-trivial, não pode renunciar à *tertium comparationis*, não existe um limite claro entre a interpretação permitida e a analogia proibida. O argumento de que o automóvel através da simples interpretação torna-se uma “carroça” não é refutável

O que quer dizer então a proibição da analogia? Parece como se ela fosse um medicamento sem efeito para a tranquilização das críticas do Estado de Direito a uma jurisprudência amplamente afastada da lei.

Com a proibição da analogia se procede como com todo princípio normativo e toda norma jurídica: pode ser tratada sem que o tratamento possa ser indicado de modo preciso e visto por todos. Não existe um procedimento probatório para a sua violação. Nós aceitamos facilmente este fato com outras normas e princípios jurídicos. Na proibição da analogia, em relação à qual não se procede de modo diferente, este fato é visto como um estorvo e um aborrecimento, porque a proibição da analogia deve limitar justamente a interpretação da lei. O fato de não poder fazê-lo rigorosamente é visto com uma violação ao princípio da legalidade. Todas as tentativas de salvar os limites do teor pela proibição da analogia, tentativas que vão de encontro ao sólido muro de ligação entre o teor e o sentido, são expressão do mal-estar e do desengano face a um instrumento que deve limitar a interpretação judicial da lei, mas não pode cumprir esta tarefa. Se se pergunta outra vez se a proibição da analogia mesma é subtraída à interpretação judicial: seguramente não. Se ela mesma está submetida à interpretação judicial: como – de fora – se vai limitar a atividade interpretativa!

Apesar de tudo, a proibição da analogia é um pilar fundamental do *Direito Penal do Estado de Direito*, e sua substituição pelo “sadio sentimento do povo” no Direito do nacional-socialismo não implicou na eliminação de uma fórmula vazia, mas na eliminação de um instrumento

política e também simbolicamente eficaz.⁶⁶³ A proibição da analogia não é uma medida exata, mas é um forte argumento. A reprovação por ter aplicado a lei em prejuízo ao acusado, é rigorosa e deve ser mais rigorosa ainda em nossa cultura jurídica. Fora do debate público e jurídico acerca da exatidão da interpretação das leis não há nenhum critério correto de interpretação. Na luta pela interpretação correta, a proibição da analogia reforça os motivos daqueles que defendem uma relação estrita do pronunciamento judicial com o teor da lei e dos cépticos em face da atribuição teleológica-objetiva do sentido. Nem mais, mas também nem menos.

CAPÍTULO 4

Ameaças à vinculação: os bens jurídicos universais e os “grandes transtornos”

A vinculação do juiz à lei – uma exigência fundamental do Direito Penal do Estado de Direito⁶⁶⁴ – não pode, como sempre se tem aduzido, ser integral: a experiência e a linguagem, a abertura dos princípios jurídico-lingüísticos para o mundo e para o futuro abrem também os processos de aplicação e de compreensão das normas jurídico-penais.⁶⁶⁵ Mas se faz um esforço. O sistema jurídico-penal tenta assegurar, através de muitos caminhos principiológicos e pragmáticos, que os casos jurídico-penais sejam decididos de acordo com a lei comum e não de acordo com a vontade particular do juiz criminal.⁶⁶⁶

No período mais recente aparecem sinais de uma redução dos esforços em assegurar a aplicação da lei penal. O sistema jurídico-penal se “moderniza” na praxis e na teoria e consideram-se os princípios tradicionais do Direito Penal material progressivamente como antiqua-

⁶⁶³ A eficácia jurídico-política da proibição da analogia confirma-se também em face das investigações jurídico-materiais sobre a jurisprudência do Senado Criminal do *RG* e do *BGH*. Compare-se *Priester*, Analogieverbot.

⁶⁶⁴ Capítulo 1 do Quarto Livro.

⁶⁶⁵ Capítulo 2 do Quarto Livro.

⁶⁶⁶ Capítulo 3 do Quarto Livro

dos e até mesmo obstaculizadores; eles estão no caminho do interesse e dos instrumentos político-criminais efetivos, eles são muito abstratos, muito formais e inflexíveis: eles são do passado.⁶⁶⁷

A *modernização* do Direito Penal naturalmente não é algo novo. Nós já a encontramos nas próprias linhas marcantes do desenvolvimento: as tendências de uma orientação pelas conseqüências,⁶⁶⁸ de um Direito Penal somente simbólico,⁶⁶⁹ de uma ponderação dogmática,⁶⁷⁰ de uma funcionalização do conceito de culpabilidade.⁶⁷¹ O seu denominador comum – e isto lhe causam as tendências de “modernização” – é uma flexibilização do instrumentário jurídico-penal no interesse de uma adaptação maleável às experiências sociais crescentes e variáveis de ameaça e às necessidades de proteção. O fato de que a flexibilização e a capacidade de adaptação são inimigos natos de uma vinculação estrita aos princípios é evidente. Pode-se esperar que as tendências de uma modernização do sistema não só sejam acompanhadas e alimentadas pela teoria, mas que também sejam exigidas e impostas pela praxis. Existem exemplos manifestos tanto por parte da Política Criminal como também pela teoria do Direito Penal.

Por parte da *Política criminal* é notável a tendência de levar em consideração como objeto de proteção dos bens jurídico-penais, menos o interesse clássico de cada um – como a liberdade, a honra e a saúde –, senão muito mais os interesses de uma “moderna”, complexa e entrelaçada sociedade: a proteção dos bens jurídicos modernos é a proteção de *bens jurídicos universais* descritos do modo mais diverso possível. Os âmbitos nos quais o legislador atua, protegendo, invocando as fortes e atuais ameaças – isto é, onde ele não só modifica o mecanismo das antigas regras, como também procura encontrar novas exigências –, aceitam bens jurídicos individuais somente no campo

⁶⁶⁷ Literatura complementar mais detalhada e interessante: *Naucke*, Versuch. Análise da situação com conclusões parcialmente distintas em *Lüderssen*, Krise, especialmente p. 7-20 e *W. Hassemer*, Symbolisches Strafrecht.

⁶⁶⁸ *Supra* § 5.

⁶⁶⁹ *Supra* § 12.

⁶⁷⁰ *Supra* § 18.

⁶⁷¹ *Supra* § 25.

preliminar da lesão do bem jurídico⁶⁷² e tratam, ao contrário, de interesses públicos, do sistema social.

Estes âmbitos são: o terrorismo; a criminalidade organizada (paradigmático os §§ 129 e 129a do StGB); meio ambiente (§§ 324 e ss. do StGB); economia (paradigmático os §§ 264 e 264a do StGB); drogas (paradigmático os §§ 29 e ss. da BtMG); processamento automático de dados (paradigmático os §§ 202a e 303b do StGB). Os objetos de proteção que são agregados a estes âmbitos, são despidos de simplicidade e concretude, como nós os conhecíamos pelas lesões clássicas como a fraude, danos materiais, homicídio ou estupro, eles se elevaram ao plano geral, ocupam grandes áreas e dissolvem-se nas suas margens. Trata-se agora da proteção diante de grupos e organizações perigosas; diante do perigo às condições de vida ecológica; da proteção das exigências da economia estatal; da capacidade de função do mercado de capital; da saúde do povo; do processamento de dados na economia e na administração.

Partes da *teoria do Direito Penal* acompanham progressivamente e com simpatia este desenvolvimento.⁶⁷³ O Direito Penal desenvolve-se aí de um instrumento de controle do crime em um sistema de orientação global e em uma “organização de atuação” social. Isto vale como resposta às exigências da moderna “sociedade do risco”,⁶⁷⁴ a qual não mais compreende os bens jurídicos sob o ponto de vista de um perigo individual, mas sob o ponto de vista de um “grande transtorno” colocado em perigo. A intervenção jurídico-penal transforma-se de repressão pontual em prevenção global. A visão jurídico-penal sobre o objeto e a conseqüência da intervenção amplia-se de modo extraordinário: do caso isolado à ordem sistemática global; do prejuízo patrimonial ao transtorno no mercado de capitais; da lesão corporal ao perigo à saúde popular. Com isso se vê que a praxis e a teoria do Direito Penal “modernizado” se correspondem.

⁶⁷² Características e críticas a este fenômeno *Jakobs*, Kriminalisierung.

⁶⁷³ Paradigmático *Kratzsch*, Verhaltenssteuerung, especialmente as pp. 220 e ss. e 253 e ss.

⁶⁷⁴ Vale a pena ler como esclarecimento para estas explicações e desenvolvimentos: *Beck*, Risikogesellschaft; com uma reconstrução teórica do Direito Penal sob o aspecto da “segurança”: *Kindhäuser*, Gefährdung, especialmente p. 277-326.

Atualmente é difícil dizer o que se deve manter deste desenvolvimento. O que merece saudação é a tentativa de manter o contato teórico do Direito Penal com as modernas explicações do desenvolvimento social que ocorre em nossa volta e conosco. Mas seria precipitado o contentamento com o aumento de tarefas e significados com que se tem carregado o Direito Penal. Principalmente a vinculação às normas e aos princípios que marca o Direito Penal, impede a sua transformação em um instrumento eficaz flexível e superficial de orientação social global. O Direito Penal deve esperar que a violação ao Direito ocorra e não pode criminalizar profilaticamente (princípio do "Direito Penal do ato"); de acordo com o princípio da imputação individual, ele deve poder apontar um indivíduo concreto como o causador responsável pelos "transtornos", antes de intervir; ele deve mensurar as suas intervenções de acordo com os critérios da proporcionalidade e não deve intervir se o caso em conflito é duvidoso ("in dubio pro reo"). Deve reparar no fato de que o sistema jurídico-penal pode preservar as vinculações clássicas mesmo sob a pressão da modernização, sem as quais pode se tornar perigoso com os seus instrumentos severos principalmente para uma sociedade moderna.⁶⁷⁵

CAPÍTULO 5

Resumo

Enquanto a fase de produção exige do penalista a compreensão cênica, na *decisão do caso* ele depende da compreensão textual. "Textos" são normas de Direito Penal material. A vinculação do juiz a estas normas ordena e assegura a decisão do caso.

A *vinculação do juiz* à lei tem que lutar com dificuldades insuperáveis. Diferentemente do que em um sistema matemático, no sistema jurídico-penal não se trata de cálculos e provas, mas de deliberações e acordos. A *linguagem* da lei é semântica; ela elabora a experiência e por isso é necessariamente aberta e *ambígua*. Na lei penal podem ser

⁶⁷⁵ Nós veremos isto mais tarde de modo mais aprofundado e detalhado (§ 30, II, 3).

encontrados quatro tipos de conceitos equívocos: conceitos vagos, conceitos porosos, conceitos que necessitam de complementação valorativa e conceitos de disposição. Não há possibilidade de afastar estes conceitos da lei e de torná-los "mais exatos". Isso se pode mostrar principalmente nos conceitos de disposição, os quais representam o plano do autor: na tentativa e na culpa, que expressam de maneira diversa o equilíbrio entre o ato e o autor; nos delitos qualificados pelo resultado, nas condições objetivas da punibilidade e na culpa inconsciente, os quais representam o plano do autor e se opõem à tendência do nosso Direito Penal de uma orientação pelo autor.

Os *princípios do Direito Penal material* podem ser compreendidos como garantias de vinculação do juiz à lei e ao Direito. Sob uma concepção exclusivamente teórica da vinculação ao teor da lei aparecem várias referências fáticas e dependências dos Tribunais entre si, os quais produzem uma ordem consistente da jurisprudência criminal e os quais também encerram perigos. A dogmática jurídico-penal concretiza a lei em um plano intermediário ao caso e apresenta fortes efeitos vinculantes.

Os *modelos de discurso jurídico*, o estilo do parecer e da sentença e, sobretudo, o *sistema do fato punível* são instrumentos de ordem e garantia para a compreensão da lei, a apresentação do resultado da decisão e o controle da decisão. Ação, tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e os outros planos da estrutura do delito aparecem como um sistema geral, justo e esquemático de uma incriminação controlada, progressiva e regulada do acusado, um sistema que admite e produz também as nossas experiências cotidianas. Principalmente no conceito de culpabilidade, um dos conceitos fundamentais mais discutidos e polêmicos do nosso Direito Penal, pode-se discutir as mais amplas concordâncias, porém também as mais profundas transformações.

O *princípio da legalidade*, com as suas diferentes exigências ao legislador e ao juiz criminal caracteriza as particularidades da vinculação do juiz no sistema do Direito Penal em face de outros âmbitos do Direito. Mas ao princípio da legalidade se reconhece também os limites da vinculação do juiz. O *mandato de certeza* dirigido ao legislador, em um Direito Penal orientado pelas conseqüências e experimental, como o nosso, corre um grave perigo; a flexibilidade e a precisão, as qualidades ideais da *lex certa*, só podem ser asseguradas atra-

vés dos acentuados esforços da teoria legislativa. A *proibição da retroatividade* só pode ser assegurada na extensão da sua aplicação prática, se ela for compreendida a partir dos preceitos ético-jurídicos do princípio da legalidade; isto se mostra na *lex praevia*, nas medidas de segurança e tratamento, nos pressupostos processuais da punibilidade e na sua extensão à jurisprudência criminal. A *proibição do Direito consuetudinário* padece pela falta de clareza sobre o conceito de Direito consuetudinário no Direito Penal; nos argumentos político-criminais sobre a cifra negra e com o caráter da norma jurídico-penal como uma expectativa contra-fática pode-se reconhecer que o “Direito consuetudinário” no Direito Penal pode ser compreendido essencialmente como Direito judicial. Mas isto é objeto da quarta exigência do princípio da legalidade: a *proibição da analogia*. Da análise sobre a estrutura da aplicação do Direito resulta que não se pode proibir de modo algum a aplicação analógica do Direito; entretanto, a proibição da analogia se mostra como um argumento irrenunciável na discussão acerca dos critérios de interpretação correta da lei.

Em um período mais recente se percebem, na legislação penal e na teoria do Direito Penal, tendências que consideram de mínima relevância o princípio da legalidade e a vinculação do juiz à lei. Os campos da “moderna” Política Criminal (terrorismo e criminalidade organizada; ambiente; economia; drogas; processamento de dados) são ocupados por *bens jurídicos universais* descritos de modo vago. Na teoria do Direito Penal procura-se fazer do Direito a espada contra os “grandes transtornos” na moderna “*Sociedade do risco*”. A orientação pelas conseqüências, a funcionalidade do sistema, a flexibilidade e a capacidade de adaptação às crescentes e variáveis experiências de ameaça são os modelos fundamentais desta espécie de “*modernização*” do Direito Penal. Deve-se ter em vista que a vinculação do Direito Penal aos princípios e a vinculação do juiz criminal à lei constituem garantias diante dos instrumentos rigorosos do Direito Penal, com as quais contam, em especial medida, as sociedades complexas.

QUINTO LIVRO

A solução do caso

Os juristas cautelosos dizem que a tarefa do jurista consiste *em decidir* o caso. Não se pode imaginar uma solução para o caso com os meios limitados do Direito Penal. Por muito simpática que seja esta atitude de modéstia, não deixa de ser falsa. Deve-se apenas indagar outra vez, o por quê dos juristas terem que produzir e decidir os casos. A *solução* do caso consiste no fato a partir do qual a produção e a decisão do mesmo recebem o seu sentido e obtêm a sua justificação. Todavia, poderia ocorrer que se aproximassem melhor do mundo se os juristas se ocupassem com algo diferente do que com a produção e decisão de seus casos. Eles precisam oferecer mais do que o cumprimento do dever; o cumprimento do dever precisa ter um sentido positivo, seja qual for, para o mundo exterior aos juristas.

CAPÍTULO 1

O conceito de “solução”

Naturalmente, é preciso ser cauteloso no emprego da palavra “solução”. É uma palavra pretensiosa e também variável. Em conceitos como “técnica de solução de casos” ou “casos e soluções” o jurista, prematuramente, toma conhecimento de um uso simplista da palavra