

**WINFRIED HASSEMER**

*Professor de Direito Penal, Processo Penal, Teoria do Direito  
e Sociologia Jurídica na Universidade de Frankfurt a. M.  
Vice-presidente do Tribunal Constitucional Federal.*

**INTRODUÇÃO AOS  
FUNDAMENTOS  
DO DIREITO PENAL**

*(Einführung in die  
Grundlagen des Strafrechts)*

**Tradução (da 2ª edição alemã revista e ampliada)  
de Pablo Rodrigo Alflen da Silva**

**Sergio Antonio Fabris Editor**  
Porto Alegre/2005

## 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 vezes<sup>428</sup> 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

<sup>428</sup> 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 material<sup>429</sup> 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

<sup>429</sup> Leia-se como exemplo o § 138c do StPO.

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

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

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

homicídio e o acusado agiu em legítima defesa?).<sup>431</sup> 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.<sup>432</sup> 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;

<sup>431</sup> 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.

<sup>432</sup> 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:<sup>433</sup> 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.<sup>434</sup>

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

<sup>433</sup> *Supra* § 17, excursus 1.

<sup>434</sup> 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.<sup>435</sup> (Por isso as *línguas* “mortas” e embalsamadas tem regras tão

<sup>435</sup> 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 acima<sup>436</sup> 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<sup>NT3</sup> 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 una 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.

<sup>436</sup> § 17.

<sup>NT3</sup> *Scylla* e *Charybdis* são duas expressões que remontam à mitologia grega. *Scylla* designa o perigoso rochedo diante do qual surge *Charybdis*, o monstro 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*.<sup>437</sup> 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”,<sup>438</sup> mantém-se em abreviaturas compreensíveis e pode-se formular o § 267, I do StGB<sup>NT4</sup> 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.<sup>ado</sup>)  $\wedge$  int. fraud  $\vee$  dol.<sup>439</sup>  $\rightarrow$  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,<sup>440</sup> 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

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

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

<sup>NT4</sup>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”

<sup>439</sup> Do § 15 do StGB resulta que também deve ser realizado com dolo.

<sup>440</sup> 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.

### III. Conceitos de disposição

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.<sup>441</sup>

Tomados estritamente, conceitos como intenção, dolo, voluntário<sup>442</sup>, 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*”.<sup>443</sup> Também as “tendências lesivas” de

<sup>441</sup> 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.

<sup>442</sup> Leia-se o § 24 do StGB.

<sup>443</sup> Quem quiser se ocupar mais detalhadamente com este problema (abordagem recomendada em *Stegmüller*, *Theorie und Erfahrung* I, 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,<sup>444</sup> 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.<sup>445</sup>

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

<sup>444</sup> 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.

<sup>445</sup> 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.

seus problemas psíquicos, os quais podem estar relacionados com o acontecimento.<sup>446</sup>

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

<sup>446</sup> A análise da veracidade é tratada sistematicamente em *Lefrenz*, Glaubwürdigkeit.

do Direito Penal contra a precipitada reprovação de empregar “teorias cotidianas”<sup>447</sup> 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 também<sup>448</sup> 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.<sup>449</sup> 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*).

<sup>447</sup> 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.

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

<sup>449</sup> 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 ato<sup>450</sup> 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.<sup>451</sup> O delito tentado e

<sup>450</sup> 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.

<sup>451</sup> 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.<sup>452</sup> Além disso o modo de cometimento culposo encontra-se sempre com uma cominação penal reduzida,<sup>453</sup> na tentativa ela é facultativa<sup>454</sup>.

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

<sup>452</sup> 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.

<sup>453</sup> 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.

<sup>454</sup> Leia-se o § 23, II do StGB.

história da legislação referente à punição da tentativa,<sup>455</sup> 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.<sup>456</sup> 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.<sup>457</sup> 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

<sup>455</sup> 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. 41 e 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).

<sup>456</sup> Leia-se o § 22 do StGB.

<sup>457</sup> 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 mágica<sup>458</sup> 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”,<sup>459</sup> pode-se chamá-los “critérios de justiça”<sup>460</sup>, 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.<sup>461</sup> Mas pode-se dizer que eles se relacionam com as execuções existenciais cotidianas como justificar e exculpar, punir e perdoar, acusar e defender<sup>462</sup>, 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

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

## 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”<sup>464</sup> 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”.<sup>465</sup> 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.<sup>466</sup> O § 18 do StGB também representa

<sup>463</sup> 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*, *Handlungs – und* *Erfolgsunwert*, especialmente p. 152 e ss., ou em *Krauß*, *Erfolgsunwert*.

<sup>464</sup> 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.

<sup>465</sup> Quem quiser se orientar com mais detalhes: *Schubarth*, *Erfolgsqualifizierte Delikte*.

<sup>466</sup> 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.

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

<sup>459</sup> *Jescheck*, *Menschenbild*; também *Radbruch*, *Mensch im Recht*, p. 9-22.

<sup>460</sup> Assim o título de um dos interessantes livros de *Kriele*.

<sup>461</sup> 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*.

<sup>462</sup> 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.

agora em relação a estas formas de delito o plano do autor; a conseqüência 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 abrangem 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 conseqüência 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 inimputabilidade<sup>467</sup> àquele que se colocou em embriaguez.<sup>468</sup> 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.

<sup>467</sup> Leia-se o § 20 do StGB.

<sup>468</sup> 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.<sup>469</sup> 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).<sup>470</sup>

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

<sup>469</sup> 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.

<sup>470</sup> 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.<sup>471</sup>

Quem age com culpa consciente (por fanfarrice conduz velozmente em uma rua movimentada e por isso não pode frear a tempo),<sup>472</sup> 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,<sup>473</sup> 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).<sup>474</sup> 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,

<sup>471</sup> Para um aprofundamento recomenda-se: *Arthur Kaufmann*, *Schuldprinzip*, p. 156-165, 223-240; um introdução minuciosa aos problemas e à estrutura do delicto 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*.

<sup>472</sup> Leia-se o § 3 do StVO.

<sup>473</sup> Leia-se o § 23 do StVO.

<sup>474</sup> Nisso se situa a diferença com o agir doloso (eventual). O autor do delicto 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”.<sup>475</sup> 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.<sup>476</sup> Assim, o juiz, pelo § 226a do StGB, deveria – com o auxílio técnico, observando a metodologia correspondente –

<sup>475</sup> 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.

<sup>476</sup> 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 pessoas<sup>477</sup>, 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.<sup>478</sup>

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.<sup>479</sup> 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

<sup>477</sup> Sobre o contexto: *supra* § 18, III, 4.

<sup>478</sup> 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*.

<sup>479</sup> 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 não<sup>480</sup> 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”).<sup>481</sup> Mesmo que o juiz não perceba isto: dentro do espaço vazio dos significados, ele, de maneira alguma

<sup>480</sup> 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: *RGSt* 29, 111 e ss.; 32, 165 e ss. nós voltaremos outra vez à este problema *infra* § 27, nota de rodapé 659.

<sup>481</sup> 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.<sup>482</sup>

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.<sup>483</sup> 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

<sup>482</sup> 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.

<sup>483</sup> 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 estabelecerá se fosse legislador.

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