

O interesse pelo pensamento e obra de Claus Roxin é cada vez maior. Poucos são os temas de direito penal e política criminal que não tenha Roxin enriquecido com suas reflexões nas quase cinco décadas em que a eles se dedica, e poucos os estudiosos que podem desconhecer o conteúdo dessas reflexões.

O leitor encontrará nesta coletânea todos os artigos de Claus Roxin traduzidos pelo primeiro organizador até agora publicados (não, porém, os livros). As referências das publicações dos originais encontram-se na primeira nota de rodapé de cada artigo. Os estudos estão ordenados não em ordem cronológica, nem alfabética, e sim temática, caminhando do mais geral para o mais particular. Por isso, o livro é aberto com a pergunta quanto a se "Tem futuro o direito penal?" e concluído com considerações sobre a "apreciação jurídico-penal da eutanásia". No longo caminho entre um ponto e outro, passa-se por vários outros temas, como a imputação objetiva e a culpabilidade.



IMII
ATENÇÃO

De acordo com o Art. 2º, inciso "IV" alínea "d" da Resolução nº 10/2003, que regula o empréstimo da Biblioteca, **rasurar, sublinhar ou qualquer ato que danifique a obra, resulta em multa no valor total da obra.**

ESTUDOS DE DIREITO PENAL



Tradução
LUÍS GRECO

BIBLIOTECA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (PALÁCIO DE JUSTIÇA)



Roxin, Claus
(RB=8233) Estudos de Direito Penal

L07642

341.5 R887e 2006

Claus Roxin

Professor emérito da Universidade de Munique; Dr. honoris causa pelas Universidades de Hanyang, Córéia do Sul; de Urbino e Estatal de Milão, Itália; de Coimbra e Lusíada de Lisboa, Portugal; Complutense de Madrid e Central de Barcelona, Espanha; Komotini e Atenas, Grécia; de Tabasco, México; Nacional de Córdoba, Argentina; de Norte, Assunção, Paraguai; de Granada, Espanha; Professor honorário da Universidade de Lima, Peru.

ESTUDOS DE DIREITO PENAL

Tradução:
Luís Greco

Organização:
Luís Greco
Fernando Gama de Miranda Netto

R6NOVAR
Rio de Janeiro • Soó Paulo • Recife
2006

BPDEA

>M
A

Associação Brasileira para
a Proteção dos Direitos
Editorial e Autorial
ILUSTRAÇÃO AUTÓCEB
NÃO FAÇA COPIA

Todos os direitos reservados à

LIVRARIA E EDITORA RENOVAR LTDA.

MATRIZ: Rua da Assembléia, 10/2.421 - Centro - RJ

CEP: 20011-901 - Tel.: (21) 2531-2205 - Fax: (21) 2531-2135

FILIAL RJ: Tels.: (21) 2589-1863 / 2580-8596 - Fax: (21) 2589-1962

FILIAL SP: Tel.: (11) 3104-9951 - Fax: (11) 3105-0359

FILIAL PE: Tel.: (81) 3223-4988 - Fax: (81) 3223-1176

LIVRARIA CENTRO (RJ): Tels.: (21) 2531-1316 / 2531-1338 - Fax: (21) 2531-1873

LIVRARIA IPANEMA (RJ): Tel: (21) 2287-4080 - Fax: (21) 2287-4888

www.editorarenovar.com.br

renovar@editorarenovar.com.br

SAC: 0800-221863

© 2006 by Livraria Editora Renovar Ltda.

Conselho Editorial:

Arnaldo Lopes Sússekind — Presidente

Carlos Alberto Menezes Direito

Caio Tácito

Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.

Celso de Albuquerque Mello (*in memoriam*)

Ricardo Pereira Lira

Ricardo Lobo Torres

Vicente de Paulo Barretto

Revisão Tipográfica: M^a Cristina Lopes

Capa: PH Design

Editoração Eletrônica: TopTextos Edições Gráficas Ltda.

N o " 0 4 0 5

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

R126e	Roxin, Claus Estudos de direito penal / Claus Roxin; tradução de Luís Greco— Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 232 p.; 21 cm ISBN 85-7147-528-8 1. Direito penal. I. Título.	CDD 346.810922
Tribunal de Justiça de Pernambuco BIBLIOTECA		Proibida a reprodução (Lei 9.610/98) Impresso no Brasil <i>Printed in Brazil</i>
Data	Hegstro <i>gfO-AOO?</i>	

Apresentação

O interesse pelo pensamento e obra de Claus Roxin é cada vez maior. Poucos são os temas de direito penal e política criminal que não tenha Roxin enriquecido com suas reflexões nas quase cinco décadas em que a eles se dedica, e poucos os estudiosos que podem desconhecer o conteúdo dessas reflexões.

O leitor encontrará nesta coletânea todos os artigos de Claus Roxin traduzidos pelo primeiro organizador até agora publicados (não, porém, os livros). As referências das publicações dos originais encontram-se na primeira nota de rodapé de cada artigo. Os estudos estão ordenados não em ordem cronológica, nem alfabética, e sim temática, caminhando do mais geral para o mais particular. Por isso o livro é aberto com a pergunta quanto a se "Tem futuro o direito penal?" e concluído com considerações sobre a "apreciação jurídico-penal da eutanásia". No longo caminho entre um ponto e outro, passa-se por vários outros temas, como a imputação objetiva e a culpabilidade. O leitor saberá discernir, por trás de todos os trabalhos, a idéia condutora inicialmente exposta no livro *Política Criminal e Sistema Jurídico-penal* (publicado também pela Editora Renovar, agora em segunda edição), segundo a qual direito penal e política-criminal se interpenetram, sendo necessário proceder a uma "fundamentação político-

criminal do sistema jurídico-penal", como diz Roxin no título de um dos estudos. Assim é que todos os conceitos da teoria do delito passam por uma revisão em seus fundamentos e em seu conteúdo, de modo a adequá-los à função político-criminal que lhes cabe. Por exemplo, um tipo que tem como uma de suas tarefas a prevenção geral só pode proibir ações que criem riscos juridicamente desaprovados — daí ser necessária uma imputação objetiva. Da mesma forma, uma pena que não se legitima mais com base em exclusivas exigências de retribuição não pode mais ser imposta tão logo se verifique a culpabilidade — daí ser necessária a complementação do conceito de culpabilidade por meio de considerações preventivas, o que se faz na teoria da responsabilidade. Em anexo ao final do livro, encontra-se a tradução dos principais dispositivos da lei alemã repetidamente citados nos diversos estudos.

Por fim, os organizadores gostariam de manifestar alguns agradecimentos. Primeiramente, é claro, ao professor Claus Roxin, pela confiança, pela amizade, pela generosidade, manifestada aos dois organizadores; à Editora Renovar, por seu constante apoio, prestado desde o primeiro momento, quando o nome "Roxin" era entre nós conhecido apenas para um reduzido círculo de estudiosos; e à Fundação Konrad Adenauer, pela ajuda que vem prestando ao primeiro dos organizadores. No que se refere aos termos médicos, o sétimo estudo contou com a ajuda do doutor Horst Wever e o último com o do doutor Talvane de Moraes, aos quais também agradece o tradutor. Por último, agradecem os organizadores à juíza e professora Ana Paula Vieira de Carvalho, quem primeiro lhes falou em Claus Roxin, quando ainda eram estudantes, dando, de certa forma, o pontapé inicial neste projeto que agora se consuma.

Munique e Rio de Janeiro, janeiro de 2005

Luís Qreco e Fernando Gama de Miranda Netto

Sumário

TEM FUTURO O DIREITO PENAL?	
I. Introdução.....	1
II. Pode o direito penal ser abolido?.....	3
1. Conciliar, ao invés de julgar: correntes abolicionistas.....	3
2. Prevenir, ao invés de punir: controle mais intensivo do crime pelo Estado.....	5
3. Curar, ao invés de punir: a substituição do direito penal por um sistema de medidas de segurança.....	9
III. Poder-se-á, futuramente, evitar sanções penais de modo considerável através da descriminalização e da diversificação?....	11
1. Descriminalização.....	12
2. Diversificação.....	14
IV. A quantidade de dispositivos penais e de violações contra eles cometidas diminuirá ou aumentará?.....	15
V. O direito penal do futuro será mais suave ou mais severo?....	17
VI. Como será o sistema de sanções no direito penal do futuro?.....	20
1. Novas penas ou medidas de segurança?.....	20
2. Sanções orientadas pela voluntariedade.....	22
a) O trabalho de utilidade comum.....	22
b) A reparação voluntária.....	24
3. Sanções a pessoas jurídicas.....	27
VII. Resultado.....	28

QUE COMPORTAMENTOS PODE O ESTADO PROIBIR
SOB AMEAÇA DE PENA? SOBRE A LEGITIMAÇÃO
DAS PROIBIÇÕES PENAIS

I. Colocação do problema.....	31
II. Os limites à faculdade de punir devem ser deduzidos das finalidades do direito penal.....	32
III. Conseqüências concretas para a legislação penal.....	36
1. A descrição da finalidade da lei não basta para fundamentar um bem jurídico que legitime um tipo.....	36
2. Imoralidade, contrariedade à ética e mera reprovabilidade de um comportamento não bastam para legitimar uma proibição penal.....	37
3. A violação da própria dignidade humana ou da "natureza do homem" não é razão suficiente para a punição ..	39
4. A autolesão consciente, sua possibilitação e promoção não legitimam uma proibição penal.....	44
5. Normas jurídico-penais preponderantemente simbólicas devem ser recusadas.....	47
6. Tipos penais não podem ser fundados sobre bens jurídicos de abstração impalpável.....	50
IV. Algumas palavras sobre o princípio da subsidiariedade.....	52
V. Conclusão.....	53

NORMATIVISMO, POLÍTICA CRIMINAL E DADOS
EMPÍRICOS NA DOGMÁTICA DO DIREITO PENAL

I. Sobre a fundamentação ontológica do sistema jurídico-penal pelo finalismo.....	55
II. Méritos do finalismo.....	59
III. O próprio posicionamento como combinação entre normativismo e referência empírica.....	61
IV. Objeções contra uma concepção político-criminal no pensamento sistemático jurídico-penal.....	64
V. Controle de comportamentos (<i>Verhaltenssteuerung</i>) e decisão a respeito da necessidade de pena <i>[Strafbedürftigkeitsentscheidung]</i> como as tarefas político-criminais do injusto e da responsabilidade.....	68
VI. A concretização das decisões fundamentais político-criminais como ponderação entre necessidade interventiva estatal e liberdade individual.....	70
VII. Conclusão.....	74

SOBRE A FUNDAMENTAÇÃO POLÍTICO-CRIMINAL DO SISTEMA JURÍDICO-PENAL

I. Sobre a teoria do ilícito.....	78
1. O caráter avalorado [<i>Wertfreiheit</i>] da construção sistemática causai e final no âmbito do ilícito.....	78
2. A teoria funcional do ilícito como uma teoria da imputação derivada da tarefa do direito penal, político-criminalmente fundada, e aberta para a dimensão empírica.....	79
3. Objeções.....	82
II. Sobre a teoria da responsabilidade.....	85
1. Sua dedução da teoria dos fins da pena e a introdução da idéia de prevenção.....	85
2. Conseqüências práticas e sua consonância com o ordenamento jurídico.....	89
3. Objeções.....	94

A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

I. Problemas do tipo na teoria causai e final da ação.....	101
II. Linhas mestras da teoria da imputação objetiva.....	104
1. A criação de ura risco não permitido.....	104
2. A realização do risco não permitido.....	106
3. O alcance do tipo e o princípio da auto-responsabilidade....	107
III. Outras, conseqüências da teoria da imputação objetiva.....	109
1. A diminuição do risco.....	109
2. O risco permitido.....	110
3. O fim de proteção da norma de cuidado em seu significado para o critério da realização do perigo.....	111
4. A atribuição ao âmbito de responsabilidade de terceiros. . .	113
IV. A importância da imputação objetiva para a moderna teoria do tipo. Sobre a "confusão< entre o objetivo e o subjetivo".....	114
1. O deslocamento do centro de gravidade para o tipo objetivo.....	114
2. A reestruturação do ilícito culposo.....	116
3. A importância da imputação objetiva para os delitos dolosos.....	119
4. O subjetivo na imputação objetiva.....	120
V. O desenvolvimento da teoria da imputação objetiva e seus ;ituais opositores.....	123

1. O surgimento e a consolidação da moderna teoria da imputação.....	123
2. Sobre a antiga história dogmática da teoria da imputação....	124
3. Opositores atuais da teoria da imputação objetiva.....	126
a) Sobre o problema da criação do perigo.....	127
b) Sobre o problema dos desvios causais.....	128
c) Sobre a unidade temática da imputação objetiva.....	130

A CULPABILIDADE E SUA EXCLUSÃO NO DIREITO PENAL

I. O princípio da culpabilidade como espinha dorsal da imputação objetiva e subjetiva.....	133
II. O aspecto externo do princípio da culpabilidade: a exclusão do acaso.....	135
III. A culpabilidade como realização do injusto apesar de idoneidade para ser destinatário de normas.....	138
IV. Outras concepções de culpabilidade.....	140
1. A culpabilidade como ânimo merecedor de repreensão ...	140
2. A culpabilidade como ter de responder pelo próprio caráter.....	141
3. A culpabilidade como atribuição segundo necessidades preventivas gerais.....	143
V. Idoneidade para ser destinatário de normas, poder-agir-diversamente e livre-arbítrio.....	144
VI. Matizes preventivos na exculpação.....	149
VII. A culpabilidade e a necessidade de pena como pressupostos conjuntos da responsabilidade.....	154
1. As conseqüências dogmáticas desta concepção.....	155
2. As conseqüências jurídicas práticas.....	157
VIII. Conclusão.....	162

A PROTEÇÃO DA VIDA HUMANA ATRAVÉS DO DIREITO PENAL

I. Introdução.....	165
II. A proteção ao embrião.....	166
III. A proteção da vida humana durante a gravidez.....	171
IV. O instante do nascimento.....	175
V. A eutanásia.....	177
VI. Momento da morte e transplante de órgãos.....	182

A APRECIACÃO JURIDICO-PENAL DA EUTANÁSIA	
I. Introdução.....	189
II. A "eutanasia pura".....	192
1. A anestesia desejada e sem diminuição da vida.....	192
2. A anestesia em oposição à vontade do paciente.....	192
3. A anestesia omitida contra a vontade do paciente.....	193
III. A "eutanasia indireta".....	194
1. A princípio, permitida.....	194
2. Exclusão do tipo ou estado de necessidade justificante?.....	195
3. A dimensão temporal da eutanásia indireta.....	198
4. Só dores ou também estados de grave sofrimento como pressuposto da eutanásia indireta?.....	199
5. A forma do dolo na eutanásia indireta.....	199
IV. A eutanásia passiva.....	202
1. A omissão ou a suspensão de medidas prolongadoras da vida, por desejo do paciente.....	202
a) O princípio: quem decide é só o paciente.....	202
b) Existe alguma exceção para o caso de pacientes suicidas?.....	203
c) A interrupção técnica do tratamento como omissão	205
d) A interrupção técnica do tratamento por um não-médico.....	206
2. A omissão de medidas mantenedoras da vida contra a vontade do paciente.....	207
a) Em princípio, há um dever de prolongar a vida.....	207
b) O limite do dever médico de tratamento.....	208
3. A omissão de medidas mantenedoras da vida em pacientes incapazes de exteriorizar sua vontade no momento da decisão.....	209
a) A dispensa de medidas prolongadoras da vida durante o processo da morte.....	209
b) A interrupção do tratamento de pacientes não-moribundos, principalmente nos casos da chamada síndrome de descerebração.....	210
b. 1) A jurisprudência mais recente e suas conseqüências....	210
b.2) A mais recente jurisprudência em meio às controvérsias.....	214
V. A eutanásia ativa.....	219
1. A impunidade do auxílio a suicídio.....	219

a) A limitação da impunidade à hipótese do suicídio responsável.....	221
b) A delimitação entre a participação em suicídio e o homicídio a pedido da vítima.....	222
c) Punibilidade pela omissão de salvar o suicida?.....	224
2. O homicídio a pedido da vítima.....	225
a) A opinião dominante: punibilidade irrestrita.....	225
b) Restrições à punibilidade e propostas divergentes de lei feitas pela literatura.....	225
c) Posicionamento.....	228
VI. A eutanásia precoce.....	232
VII. A "eliminação de vidas indignas de viver".....	234
VIII. Conclusão.....	234
Anexo: tradução dos dispositivos do Código Penal alemão (StGB) mais citados.....	237

Abreviaturas

- AT = Allgemeiner Teil (Parte Geral, refere-se a manuais)
BGB = Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão)
BGH = Bundesgerichtshof (Tribunal Federal equivalente ao nosso STJ)
BGHSt = Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Decisões do BGH em matéria penal)
BVerfGE = Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Decisões da Corte Constitucional)
CP = Código Penal Brasileiro
FS = Festschrift (Estudos em Homenagem)
GA = Goldammer's Archiv für Strafrecht (periódico)
GG = Grundgesetz (Lei Fundamental)
GS = Gedächtnisschrift (Estudos em memória)
JZ = Juristenzeitung (periódico)
JA = Juristische Arbeitsblätter (periódico)
NJW = Neue Juristische Wochenschrift (periódico)
NSTZ = Neue Zeitschrift für Strafrecht (periódico)
OLG = Oberlandesgericht (Tribunal Superior do Land)
RGSt = Decisões do Reichsgericht (Tribunal do Reich) em matéria penal
Rn = Randnummer (número de margem)
StGB = Strafgesetzbuch (Código Penal alemão)

StPO = Strafprozeßordnung (Código de Processo Penal
alemão)

TPG = Transplantationsgesetz (Lei alemã de transplantes)

ZRP = Zeitschrift für Rechtspolitik (periódico)

ZStW = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
(periódico)

TEM FUTURO O DIREITO PENAL?¹

I. Introdução

Essa pergunta é justificada, e de modo algum podemos estar tão seguros de que a resposta afirmativa será afirmativa quanto estaríamos se ela fosse formulada em relação a outras criações culturais. É verdade que o direito penal certamente é uma instituição social muito importante. Ele assegura a paz infra-estatal e uma distribuição de bens minimamente justa. Com isso garante ao indivíduo os pressupostos para o livre desenvolvimento de sua personalidade, o que se compreende entre as tarefas essenciais do estado social de direito. Mas enquanto outras conquistas culturais, como a literatura, as artes plásticas e a música, bem como numerosas ciências, desde a arqueologia, passando pela medicina, até a pesquisa pela paz (*Friedensforschung*), são

1 O presente estudo é uma versão trabalhada de uma conferência que apresentei nos anos de 1997 e 1998 em diversos países europeus. Eu o dedico à memória do colega *Heinz Zipf*, prematuramente falecido, a quem me vinculavam não só cordiais relações pessoais, como principalmente o interesse científico comum pela política criminal.

(N. T.) Este estudo [*Hat das Strafrecht eine Zukunft?*] foi originalmente publicado em *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, Gösse/ L'riffterer* (eds.), Heidelberg, 1999, p. 135 e ss.

valiosas em si mesmas e mal necessitam de uma justificação, de modo que todos se engajariam alegremente pelo seu futuro, no direito penal a situação é distinta.

Também aquele que deseja e profetiza um longo futuro para o direito penal terá de conceder que a justiça criminal é um mal talvez necessário e que, por isso, se deve promover — mas que continua sendo um mal. Ela submete numerosos cidadãos, nem sempre culpados, a medidas persecutórias extremamente graves do ponto de vista social e psíquico. Ela estigmatiza o condenado e o leva à desclassificação e à exclusão social, conseqüências que não podem ser desejadas num Estado Social de Direito, o qual tem por fim a integração e a redução de discriminações.

Seria portanto melhor se os benefícios que se imputam ao direito penal pudessem ser obtidos de modo socialmente menos oneroso. Dever-se-ia, assina, enxergar o direito penal como uma instituição necessária em sociedades menos desenvolvidas, fundamentada historicamente, mas que é preciso superar. Ele teria um longo passado, porém não mais um grande futuro. Tais idéias não são opiniões isoladas de alguns dissidentes, mas possuem já uma longa tradição. Assim é que, por ex., na Itália, o Projeto Ferri (1921)² não utilizou o conceito de pena, e *Gustav Radbruch*, um dos maiores penalistas alemães da primeira metade do século, pensava que a evolução do direito penal iria "deixar para trás o próprio direito penal", transformando-o num direito de ressocialização e tutela, que seria "melhor que o direito penal, mais inteligente e humano que o direito penal"³.

2 *Ferri, E.*, Relazione ai Progetto preliminare di Códice penale italiano, in: *La Scuola Positiva. Rivista di diritto e procedura penale*, 1921, pp. 1 e ss., 75 e ss., 140 e ss.

3 *Radbruch*, *Rechtsphilosophie*, 8ª edição, 1973, p. 265.

Devemos voltar-nos agora à pergunta central: se, num Estado Social de Direito⁴, o direito penal conseguirá manter-se, e se merece ser preservado.

II. Pode o direito penal ser abolido?

1. Conciliar, ao invés de julgar⁵: correntes abolicionistas

O movimento abolicionista, que possui vários adeptos entre os criminólogos⁶ — não tantos entre os juristas — europeus, considera que as expostas desvantagens do direito penal estatal pesam mais que seus benefícios. Eles partem da idéia de que através de um aparelho de justiça voltado para o combate ao crime não se consegue nada que não se possa obter de modo igual ou melhor através de um combate às causas sociais da delinqüência e, se for o caso, de medidas conciliatórias extra-estatais, indenizações reparatórias e similares.

Se tais suposições são realistas, o futuro do direito penal só pode consistir em sua abolição. Mas, infelizmente, a inspiração social-romântica de tais idéias é acentuada demais para que elas possam ser seguidas⁷. Uma sociedade

4 Para o enquadramento da atividade penal nos moldes do estado social de direito veja-se, mais aprofundadamente, *Zipf*, *Kriminalpolitik*, 2ª edição, 1980, p. 29 e ss.

5 (N. T.) No original, a expressão também rima, na forma de um lema: "Schlichten statt richten".

6 Mais antigamente, já *Vargah*, *Die Abschaffung der Strafknechtschaft*, *Studien zur Strafrechtsreform*, 2 partes, 1896 e 1897. Nos tempos mais recentes, *Mathiesen*, *Die lautlose Disziplinierung*, 1985; *Foucault*, *Überwachen und Strafen*, 1977; *Hulsman*, *Une perspective abolicioniste du système de justitia penal et un schema d'approche des situations problematiques*, 1981.

7 Para a crítica ao abolicionismo, *Kaiser*, *Kriminologie*, 3ª edição,

livre do direito penal pressuporia, antes de mais nada, que através de um controle de natalidade, de mercados comuns e de uma utilização racional dos recursos de nosso mundo se pudesse criar uma sociedade que eliminasse as causas do crime, reduzindo, portanto, drasticamente aquilo que hoje chamamos de delinqüência.

Mesmo este pressuposto baseia-se, segundo penso, em considerações errôneas. A Alemanha vem gozando, desde a época do pós-guerra (depois de 1950) até a reunificação, de um nível de bem-estar cada vez maior, com uma população sempre decrescente — mas a criminalidade aumentou de modo considerável. Não corresponde, portanto, à experiência que a criminalidade se deixe eliminar através de reformas sociais. É mais realista a hipótese de que a criminalidade, como espécie do que os sociólogos chamam de "comportamento desviante"⁸, se encontre dentro do leque das formas típicas de ação humana, e que vá existir para sempre. As circunstâncias sociais determinam mais o "como" do que o "se" da criminalidade: quando camadas inteiras da sociedade passam fome, surge uma grande criminalidade de pobreza; quando a maioria vive em boas condições econômicas, desenvolve-se a criminalidade de bem-estar, relacionada ao desejo de sempre aumentar as posses e, através disso, destacar-se na sociedade. Isto não implica que não devamos esforçar-nos por um aumento do bem-estar geral. Mas não se espere daí uma eficaz diminuição da criminalidade.

Independentemente disso, a situação do delinqüente não melhoraria se o controle do crime fosse transferido para uma instituição arbitrai independente do Estado. Pois

1996, § 32, nm. 32 e ss.; *Schöch*, in: Kaiser/Schöch, *Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug*, 4ª edição, 1994, Caso 3, nm. 885 e ss.

8 *Kaiser*, *Kriminologie, Eine Einführung in die Grundlagen*, 8ª edição, 1989, § 26, nm. 1; o mesmo, *Kriminologie*, 3ª edição, 1996, § 36, nm. 1 e ss.; *Eisenberg*, *Kriminologie*, 4ª edição, 1995, nm. 10 e ss.

quem deveria compor e fiscalizar essas instâncias de controle? Quem garantiria a segurança jurídica e evitaria o arbítrio? E, principalmente: como se pode evitar que não sejam pessoas justas e que pensem socialmente, mas sim os poderosos a obter o controle, oprimindo e estigmatizando os fracos? A discriminação social pode ser pior que a estatal. Liberar o controle do crime de parâmetros garantidos estatalmente e exercidos através do órgão judiciário iria nublar as fronteiras entre o lícito e o ilícito, levar à justiça pelas próprias mãos, com isso destruindo-se a paz social. Por fim, não se vislumbra como, sem um direito penal estatal, se poderá reagir de modo eficiente a delitos contra a coletividade (contravenções ambientais ou tributárias e demais fatos puníveis econômicos).

Minha primeira conclusão intermediária é a seguinte: também no Estado Social de Direito, o abolicionismo não conseguirá acabar com o futuro do direito penal.

2. Prevenir, ao invés de punir: controle mais intensivo do crime pelo Estado

Outro caminho através do qual se poderia tentar a eliminação ou uma extensa redução da criminalidade e, com ela, do direito penal, seria não a redução do controle estatal, mas, inversamente, seu fortalecimento através de uma abrangente vigilância de todos os cidadãos.

De fato, pode-se verificar que sociedades liberais e democráticas possuem uma criminalidade maior que ditaduras. Mas também um país livre e em que existe um Estado de Direito, como o Japão, apresenta uma criminalidade sensivelmente menor que a dos Estados industriais do Ocidente⁹. Isto costuma ser explicado com o fato de a estrutu-

9 Para as diferenças na estatística criminal levando em consideração o Japão, veja-se *Eisenberg*, *Kriminologie*, 4ª edição, 1995, nm. 12 e ss.

ra social japonesa ser bem menos individualista que a ocidental. O indivíduo está submetido, portanto, a um controle social (através da família, dos vizinhos e de uma polícia que aparece como assistente) consideravelmente mais intenso, o que lhe dificulta o comportamento desviante. Munique é a cidade grande mais segura da Alemanha, isto é, com a menor criminalidade; e isto decorre do fato de que Munique possui o mais intenso de todos os policiamentos, obtendo através disso maior eficácia preventiva¹⁰.

Surge então a pergunta se, através de uma vigilância tão perfeita quanto possível, se pode e deve levar a criminalidade ao desaparecimento. O direito penal seria, assim, somente uma última rede de interceptação daqueles atos que não se conseguissem evitar desta maneira. Estes poderiam ser tratados de modo suave, conseguindo-se quase que uma abolição das sanções repressivas.

Para a variante totalitária desse modelo de vigilância, a resposta deve de pronto ser negativa. Isto não só por causa da contrariedade dessas concepções ao Estado de Direito, como também pelo fato de que regimes autoritários costumam punir com ainda maior severidade os fatos que não conseguem prevenir.

De resto, a idéia de uma prevenção de delitos assecuratória da paz merece algumas considerações. Afinal, a tecnologia moderna elevou exponencialmente as possibilidades de controle. Elas abrangem as escutas telefônicas, a gravação secreta da palavra falada mesmo em ambientes privados, a vigilância através de videocâmeras, o armazenamento de dados e seu intercâmbio global, métodos eletrônicos de rastreamento e medidas afins¹¹. Atualmente, a maioria

10 Para a função preventiva da densidade policial, cf. *Kaiser*, *Kriminologie*, 3ª edição, 1996, § 31, nm. 9.

11 *Gropp*, *Besondere Ermittlungsmaßnahmen zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität*, ZStW 105 (1993), p. 405 e ss.

dos Estados democráticos já faz uso destes meios, em maior ou menor medida. Desta forma não só se impediriam vários delitos, como também, no caso de serem eles cometidos, se conseguiria com grande probabilidade apreender seu autor; além do mais, poderia surgir, ao lado destes efeitos impeditivos, um efeito intimidativo que tornaria, em grande parte, supérflua a necessidade de uma pena.

Porém, tal modelo impeditivo só é exeqüível de um modo limitadamente eficiente, e também é só parcialmente defensável do ponto de vista do Estado de Direito. Primeiro, existem vários delitos que não se conseguem evitar nem mesmo através das mais cuidadosas medidas de vigilância. Lembrem-se os delitos passionais como homicídios, lesões corporais e estupros, delitos praticados fora de ambientes vigiados, e também, por ex., delitos econômicos, que não atingem objeto exteriormente visível. Além disso, vários métodos de vigilância podem ser superados se forem tomadas medidas técnicas, ou se se evitarem os espaços vigiados.

Acima de tudo, a limitação à esfera privada e íntima que um sistema de vigilância traz consigo não é de modo algum ilimitadamente permitida num Estado de Direito Liberal. Se, p. ex., toda a esfera privada dos suspeitos, até seu dormitório, for submetida a uma vigilância acústica e ótica, retira-se dessas pessoas, entre as quais se encontrarão necessariamente vários inocentes, qualquer espaço em que possam construir suas vidas livres da ingerência estatal, atingindo-se, assim, o núcleo de sua personalidade. Isto seria um preço demasiado caro, mesmo para um combate eficiente ao crime.

Deve-se, portanto, distinguir: não se pode, pelas razões garantistas acima expendidas, proceder a uma vigilância acústica e ótica de ambientes privados. Após longa hesitação, permitiu a lei alemã em 1998 uma limitada vigilância

acústica da moradia privada (o assim chamado "grande ataque da escuta")¹², o que representa uma inovação altamente problemática do ponto de vista do estado de direito, que deveria ser outra vez abolida tão rapidamente quanto possível. Mas, pelo contrário, parece-me justificado que uma incessante vigilância através de câmeras ou a presença policial controlem instalações públicas, ruas e praças, nas quais se saiba ocorrerem ações criminosas, bem como que rondas policiais protejam moradias privadas do perigo de arrombamento. Os direitos da personalidade não são seriamente restringidos, pois qualquer um que apareça em público se submete à observação por outras pessoas.

Da mesma forma, poder-se-ia enfrentar a grande criminalidade econômica e a criminalidade organizada de modo muito mais eficiente, se fosse possível suspender o sigilo fiscal diante das agências financeiras e obrigar os bancos a informar regularmente à Repartição de Finanças (Finanzamt)¹³ a respeito das operações financeiras ocorridas em suas contas; com o atual desenvolvimento da tecnologia de

12 (N. T.) O termo original é "großer Lauschangriff". Trata-se do § 100 c I, n° 3, da StPO, que autoriza a autoridade a escutar e fazer gravações de conversas em moradias, desde que aquele cuja conversa se escuta ou grava seja suspeito da prática de certas infrações graves na lei elencadas (como homicídio, roubo, receptação), e o não uso deste meio tenha por efeito dificultar consideravelmente ou impossibilitar o sucesso das investigações. Veja-se, a respeito, *Beulke*, Strafprozessrecht, 6ª edição. C. F. Müller, Heidelberg, 2004, nm. 266. Observe-se que, bem recentemente (ou seja, em momento posterior à elaboração do presente artigo), declarou o Tribunal Constitucional alemão inconstitucional grande parte do dispositivo (BverfGE 109 [2004], p. 279 e ss.).

13 (N. T.) O Finanzamt ou, mais propriamente, o Bundesamt für Finanzen, é um órgão do Ministério das Finanças, competente para tratar de questões de impostos e de prestações de serviços a outros setores da Administração. (Informação obtida em http://www.bff-online.de/amt_kurz.htm, no dia 27 de junho de 2000.)

comunicações de dados, isto não representaria qualquer problema técnico. Desta maneira, poder-se-ia impedir que as eminências pardas desse tipo de crime fizessem sua lavagem de dinheiro, ou mesmo prendê-las, sem que ocorresse uma intervenção intolerável nos direitos da personalidade; pois todos já são, por motivos fiscais, obrigados a revelar seu patrimônio ao Estado¹⁴.

Minha segunda conclusão intermediária é, portanto, a seguinte: uma vigilância mais intensiva, que leve a criminalidade ao desaparecimento, igualmente não poderá tornar o direito penal supérfluo. Ela, afinal, só é possível em setores restritos, e mesmo no caso de sua possibilidade, apenas parcialmente permitida. Entretanto, nos limites do possível e do permitido, ela é um meio eficiente de combate à criminalidade, que deverá, assim, integrar o direito penal do futuro.

3. Curar, ao invés de punir: a substituição do direito penal por um sistema de medidas de segurança

Uma exigência que já tem uma longa tradição na Europa procura substituir no futuro a pena por medidas de segurança¹⁵. Esta concepção baseia-se predominantemente na idéia de que o criminoso seja um doente psíquico ou social, que deveria ser tratado ao invés de punido. Se nos perguntarmos se o futuro do direito penal seguirá esta tendência, obteremos uma resposta diferenciadora. É correto que parte considerável dos condenados, principalmente aqueles que por hábito são ladrões, estelionatários e delin-

14 *Kohlmann*, Kommentar zum Steuerstrafrecht, § 370 AO, nm. 9.2.

15 *Göppinger*, Kriminologie, 5ª edição, 1997, p. 195.

quentes sexuais, sejam pessoas perturbadas em seu desenvolvimento psíquico ou social. Eles necessitariam de uma eficaz terapia, de que, na maior parte dos casos, ainda não dispomos. Devemos considerar, porém, que em algumas décadas poderão ter sido desenvolvidos métodos eficientes de terapia social, principalmente na forma do tratamento em terapia de grupo. As instituições de experiências social-terapêuticas que possuímos hoje na Alemanha fazem com que isto pareça promissor¹⁶. Em decorrência disso, é de se considerar que medidas terapêuticas apareçam em maior quantidade ao lado da pena, a complementem e, em parte, até a substituam. Atualmente, as medidas de segurança terapêuticamente orientadas compõem só 3% de todas as sanções privativas de liberdade; esta porcentagem poderá ser elevada consideravelmente¹⁷. Acima de tudo, deve-se esperar que estabelecimentos social-terapêuticos sejam instituídos de modo geral como nova medida de segurança.

Entretanto, uma substituição do direito penal por medidas de segurança terapêuticas igualmente não é de se esperar no futuro. Primeiramente, deve-se ter consciência de que vários daqueles perturbados em seu comportamento social permanecerão insensíveis ao tratamento; isso já porque o tratamento é impossível — ao menos em condições respeitadoras da dignidade humana — sem a livre cooperação do delinqüente, que não raro faltará. Em tais casos, somente uma sanção penal poderá ser utilizada.

Mas, acima de tudo, deve ser considerado que só uma parte — nem mesmo majoritária — de todos os delinqüentes precisa de terapia, ainda que ela existisse. Os que co-

16 *Kaiser*, in: Kaiser/Schöch, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug, p. 109.

17 *Kaiser*, in: Kaiser/Schöch, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug, p. 91.

metem crimes de trânsito, contra o meio ambiente, econômicos ou tributários não são pessoas menos normais do que a média da população; também os envolvidos na criminalidade organizada são comumente homens de negócios bastante espertos, com enorme competência para viver em sociedade. Não se pode dizer absolutamente de modo genérico que o criminoso seja um doente psíquico.

Deve-se lembrar também que medidas de segurança não são incondicionalmente mais vantajosas que a pena do ponto de vista garantístico-social. Afinal, elas permitem intervenções mais duras na liberdade do indivíduo que a pena, a qual é limitada pelo princípio da culpabilidade¹⁸. Se também a execução da pena tiver — como é de se exigir — a estrutura de uma execução de tratamento, para muitos infratores a pena será mais adequada do que uma medida de segurança privativa de liberdade, pois a primeira atende melhor a exigências garantísticas e sociais.

Minha terceira conclusão intermediária é, desta forma, a seguinte: no futuro, pode-se estender o campo de aplicação das medidas de segurança, mas uma substituição do direito penal por um direito de medidas de segurança não é possível e, em vários casos, sequer desejado.

III. Poder-se-á, futuramente, evitar sanções penais de modo considerável através da descriminalização e da diversificação?

Nestes dois instrumentos político-sociais ocorre não uma eliminação, mas uma redução das cominações penais

18 *Roxin*, Strafrecht — Allgemeiner Teil, vol. I, 3ª edição, 1997, § 3, nm. 64.

ou da pena criminal. Eles se inter-relacionam, de maneira que só se cogitará de uma diversificação na hipótese em que não seja possível a descriminalização.

1. Descriminalização

A descriminalização é possível em dois sentidos: primeiramente, pode ocorrer uma eliminação definitiva de dispositivos penais que não sejam necessários para a manutenção da paz social. Comportamentos que somente infrinjam a moral, a religião ou a *political correctness*, ou que levem a não mais que uma autocolocação em perigo, não devem ser punidos num estado social de direito. Afinal, o impedimento de tais condutas não pertence às tarefas do direito penal, ao qual somente incumbe impedir danos a terceiros e garantir as condições de coexistência social¹⁹.

19 Sobre a tarefa do direito penal: *Roxin*, *Strafrecht — Allgemeiner Teil* (Direito Penal — Parte Geral), vol. I, 3ª edição, 1997, § 2º, nm. 1 e ss. Sobre o conceito material de crime', veja-se *Zipf*, *Kriminalpolitik*, p. 106 e ss.

* (N. T.) Por *conceito material de crime* vem-se entendendo, de modo cada vez mais difundido, uma noção pré-legal, com finalidades político-criminais, daquilo que deve ser punível dentro de um estado social de direito. Com base nele se "pergunta o que pode ser proibido na nossa atual ordem jurídica e social" (*Maurach/Zipf*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, vol. I, 8ª edição, C. F. Müller, Heidelberg, 1992, § 13/6). Costuma-se apontar como seu conteúdo uma lesão a bem jurídico, ou um comportamento socialmente danoso, que não possa ser evitado com nenhum outro meio da ordem jurídica, tornando necessário o recurso à *ultima ratio* que é o direito penal (veja-se, por todos, *Roxin*, *Strafrecht — Allgemeiner Teil*, vol. I, 3ª edição, 1997, § 2º, nm. 1, que o deduz da tarefa do direito penal, que é a proteção subsidiária de bens jurídicos; e, em nossa língua, *Figueiredo Dias*, O comportamento criminal e sua definição: o conceito material de crime, *in*: *Questões fun-*

Um segundo campo de descriminalizações é aberto pelo princípio da subsidiariedade. Este princípio fundamenta-se na idéia de que o direito penal, em virtude das suas acima expostas desvantagens, somente pode ser a *ultima ratio* da política social. Isso significa que só se deve cominar penas a comportamentos socialmente lesivos se a eliminação do distúrbio social não puder ser obtida através de meios extrapenais menos gravosos²⁰.

Tal caminho foi encetado pelo direito alemão, p. ex., ao se criarem infrações de contra-ordenação²¹. Assim, distúrbios sociais com intensidade de bagatela — pequenas infrações de trânsito, barulho não permitido, ou incômodos à comunidade — não são mais sujeitos à pena, e sim, como infrações de contra-ordenação, somente a uma coima (*Geldbusse*). O direito penal do futuro tem aqui um extenso campo — especialmente as numerosas leis extravagantes — para a descriminalização.

damentais de direito penal revisitadas, RT, São Paulo, 1999, p. 51 e ss.).

20 *Roxin*, Strafrecht — Allgemeiner Teil I, § 2º, nm. 1.

21 (N. T.) Entendem-se por contra-ordenações (*Ordnungswidrigkeiten*) aqueles atos ilícitos que, por seu caráter de bagatela, não chegam a ser penalmente relevantes. A lei lhes comina sanções extrapenais, em especial a *Geldbusse* (uma sanção pecuniária distinta da pena de multa, e que os portugueses traduzem por "coima"). Grande parte desses ilícitos pertencia antes ao direito penal, tendo sido submetida a um processo de descriminalização [*Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5ª edição, Duncker & Humblot, Berlim, 1996, p. 57 e ss.; veja-se, também, a análise detalhada de *Figueiredo Dias*, Do Direito penal administrativo ao direito de mera ordenação social: das contravenções às contra-ordenações, em: Questões fundamentais de direito penal revisitadas, RT, São Paulo, 1999, p. 164 e ss.).

2. Diversificação'

Nas hipóteses em que a descriminalização não é possível — como no furto —, poder-se-á evitar as desvantagens da criminalização através de alternativas à condenação formal por um juiz. Tais métodos de diversificação são utilizados em quantidade considerável na Alemanha, pois o juiz e também o Ministério Público podem arquivar o processo quando se tratar de delitos de bagatela em cuja persecução não subsista interesse público; tal arquivamento pode ocorrer inclusive no âmbito da criminalidade média, se o acusado prestar serviços úteis à comunidade (como pagamentos à Cruz Vermelha ou a reparação do dano)²³.

Estes métodos de diversificação são utilizados já hoje na Alemanha em quase metade de todos os casos, tendo reduzido consideravelmente a quantidade de punições²⁴. Apesar das várias reservas suscitadas pela falta de determinação dos pressupostos para esta diversificação e pelo deslocamento da competência decisória para o ministério público, esta espécie de reação a delitos deve ser um elemento essencial do direito penal do futuro, pois ficou demonstrado que contra autores não habituais de delitos de menor gravidade, já o início de um processo penal ou as mencionadas medidas impeditivas da pena possuem uma eficácia preventiva, que torna supérflua a punição. A diversificação

22 (N. T.) O termo original é a palavra de origem inglesa *diversion*; preferi discrepar de renomados autores de nossa língua, que a traduzem por diversão (p. ex., *Figueiredo Dias/Costa Andrade*, *Criminologia*, Coimbra editora, Coimbra, 1992, p. 360; e *Luiz Flávio Gomes*, na tradução da obra *Criminologia*, de *García Pablos*, 3ª edição, RT, São Paulo, 2000, p. 30), eis que a palavra diversificação possui um significado mais próximo do fenômeno a que se refere.

23 Veja-se, também *Kerner*, *Diversion statt Strafe*, 1983.

24 *Kaiser*, *Kriminologie*, 3ª edição, 1996, § 94, nm. 17.

é um meio de combate ao crime mais humano do que a pena, devendo portanto ser preferida a esta. Neste ponto está a parcial razão do abolicionismo. Mas a diversificação só é possível dentro de certos limites, e ainda assim sob a vigilância estatal.

Minha quarta conclusão intermediária é: a descriminalização e a diversificação igualmente não irão tornar supérflua a pena. Mas elas poderiam e deveriam reduzir as punições a um núcleo essencial de comportamentos que realmente precisam ser punidos.

IV. A quantidade de dispositivos penais e de violações contra eles cometidas diminuirá ou aumentará?

Do que foi exposto resulta que, no estado social de direito, o direito penal tem futuro. Esta conclusão leva imediatamente à próxima pergunta: o número de dispositivos penais e de violações contra eles cometidas diminuirá ou aumentará?

Apesar das expostas possibilidades de uma limitada descriminalização, pode-se profetizar, como saldo geral, um aumento dos dispositivos penais. E isto decorre não somente das regras que a União Européia trará consigo, mas principalmente do fato de estarem as estruturas sociais tornando-se cada vez mais complicadas. Sociedades simples podem arranjar-se com os dez mandamentos ou análogas normas básicas. Mas a moderna sociedade de massas só se deixa controlar através de abrangentes regulamentações. Também os novos desenvolvimentos trazem consigo imediatamente uma enxurrada de novos dispositivos jurídicos. Isto é válido não só para decisões políticas, tais como medidas de boicote no direito do comércio exterior, mas também para as crescentes ameaças ambientais e para a tecnologia moderna, em especial na forma do processamento de dados. Assim é que, p. ex., o direito penal de

computadores [*Computerstrafrecht*]²⁵ está em constante movimento, pois tem sempre de adaptar-se a novas tecnologias de informação e a seu abuso. Algo similar vale para o número rapidamente crescente das regulamentações de direito penal econômico. Só em casos raros dispensa o legislador a tentativa de assegurar a observância dos novos dispositivos através de cominações penais²⁶.

O mesmo vale para o número de delitos. Já a quantidade de novos dispositivos penais o levará às alturas. A isso, acrescentem-se novas formas de comportamentos puníveis: uma criminalidade internacional, decorrente da abertura das fronteiras, que antes não era possível nestas proporções; e também, p. ex., uma criminalidade de drogas, decorrente do consumo que cresce constantemente.

Mesmo no caso de um tradicional delito do cotidiano, como o furto²⁷, deve-se contar com um aumento da criminalidade, apesar da vigilância mais intensiva que é de se esperar do futuro. Isto não decorre de um fracasso do direito penal, mas de mudanças sociais, técnicas e econômicas, que lhe são anteriores. É claro que a atual situação, de uma sociedade de cada vez maior densidade populacional, cujos indivíduos encontram-se imersos no anonimato, torna mais fácil o furto em comparação à de uma cidade pequena. Iguamente, é bem mais fácil furtar — se me permitem referir dois objetos de furto especialmente queridos dos ladrões — bicicletas e automóveis²⁸ do que carroças trans-

25 *Sieber*, Informationstechnologie und Strafrechtsreform, 1985, p. 14 e ss. Sobre as tendências de desenvolvimento dos respectivos delitos, veja-se *Schmitz*, Computerkriminalität, 1990, p. 15 e ss.

26 *W. Hassemer*, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, ZRP 1992, p. 378.

27 *Kaiser*, Kriminologie, Eine Einführung in die Grundlagen, 9ª edição, 1993, p. 472, fala de um crescimento de 367% na criminalidade de furto entre 1955 e 1990.

28 Esta comparação poderá logo deixar de ser correta para os automó-

portadoras de correspondência, do século XIX; isso sem lembrar que a quantidade daqueles supera em várias vezes a de carroças. E os armazéns e lojas *self-service* que hoje já existem e a cada dia aumentam, com suas inesgotáveis ofertas, deixam bem claro que, no que diz respeito a objetos de necessidades diárias, a tentação para o furto atualmente é bem mais intensa que à época da pequena e modesta mercearia de nossos bisavós.

Minha quinta conclusão intermediária é, portanto, a seguinte: a taxa de criminalidade, há décadas já crescente, aumentará ainda mais, mesmo que em menor medida que nas últimas décadas, eis que grande parte das circunstâncias criminógenas hoje ainda existe.

V. O direito penal do futuro será mais suave ou mais severo?

Apesar do previsto aumento da criminalidade, as penas não de tornar-se mais suaves. À primeira vista, isso parece paradoxal, pois corresponde ao raciocínio do leigo reagir a uma criminalidade crescente com penas mais duras. E também surpreenderá aquele que tenha observado que, nos últimos anos, a moda político-criminal tem tendido para um enrijecimento do direito penal, e isto não só na Alemanha. Fenômenos como a criminalidade organizada, ainda

veis, pois a introdução dos chamados "bloqueadores dos sistemas do veículo" (*Wegfahrsperrren*)* reduziu já hoje de modo sensível o número de furtos de automóveis. Este caso é uma bela confirmação da tese, segundo a qual medidas preventivas efetivas sempre serão mais eficientes que o direito penal. Genericamente, sobre o combate preventivo a crimes, veja-se *Zipf, Kriminalpolitik*, 2ª edição, 1980, p. 165 e ss.

(N. T.) O bloqueador dos sistemas do veículo é um mecanismo de segurança que impede o automóvel de locomover-se se não lhe for dada a partida com sua própria chave.

não suficientemente investigada nem jurídica, nem criminologicamente, o que a faz portanto causadora de muita insegurança, e também o medo da criminalidade entre os cidadãos, aumentado pelas reportagens da mídia, tornam a exigência de penas mais duras um meio cômodo para que muitos políticos consigam votos. Ainda assim, penso que este desenvolvimento se trate de uma oscilação cíclica, a que a criminalidade sempre volta a submeter-se após certo período de tempo. A longo prazo, suponho que este desenvolvimento leve, com certa necessidade, a uma nova suavização das penas. Afinal, a mais severa de nossas atuais sanções, a pena privativa de liberdade, que dominou o cenário das penas nos países europeus desde a abolição dos castigos corporais, tem seu ápice bem atrás de si, e vai retroceder cada vez mais. Isto tem duas razões.

Em primeiro lugar, quanto mais aumentarem os dispositivos penais e, em consequência deles, os delitos, tanto menos será possível reagir à maioria dos crimes com penas privativas de liberdade. As instituições carcerárias e também os recursos financeiros necessários para uma execução penal humana estão muito aquém do necessário. Além disso, uma imposição massificada de penas privativas de liberdade não é político-criminalmente desejável. Afinal, o fato de que, nos delitos pequenos e médios, que constituem a maior parte dos crimes, não é possível uma (re-)socialização através de penas privativas de liberdade, é um conhecimento criminológico seguro. Não se pode aprender a viver em liberdade e respeitando a lei, através da supressão da liberdade; a perda do posto de trabalho e a separação da família, que decorrem da privação de liberdade, possuem ainda mais efeitos dessocializadores²⁹.

²⁹~Kai^n~: Kaiser/Kerner/Schöch, Strafvöuzug, 4ª edição, 1992, 2º, nm. 97 e ss.

O desenvolvimento político-criminal deve, portanto, afastar-se ainda mais da pena privativa de liberdade³⁰. Em seu lugar teremos, em primeiro lugar, a pena de multa, e é especialmente no seu uso que reside a tendência à suavização, de que falei acima. A prática já hoje dominante na Alemanha bem demonstra a quão longe a dispensa de penas privativas de liberdade pode ser levada. No ano de 1882, 76,8 % de todas as condenações tinham por conteúdo uma pena privativa de liberdade, e 22,4% uma multa. Nos últimos dez anos, as penas privativas de liberdade a serem executadas só chegaram, em média, a 6%, isto é, aproximadamente um quinze avós do total de condenações. Ao mesmo tempo, em 80-84% dos casos foi aplicada a pena de multa³¹, a qual, portanto, quase quadruplicou. Se lembrarmos, ainda, que quase a metade de todos os casos é arquivado por meio da diversificação (veja-se, III. 2), poderemos reconhecer em que drástica medida a pena de liberdade está a recuar³². Em outros países europeus esta tendência ainda não está tão manifesta, mas no futuro, pelas razões expostas, ela irá mais ou menos se estabelecer por toda parte, até porque, de acordo com os conhecimentos da criminologia, a força preventiva do direito penal não depende da dureza da sanção, e sim de o Estado reagir ou não de modo reprovador.

Minha sexta conclusão intermediária diz, portanto: diversificação ou pena de multa são meios mais humanos,

30 *Schöch*, Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug?, Gutachten zum 52. DJT, p. C 20 e ss.

31 *Kaiser*, Kriminologie, § 93, nm. 36.

32 Sobre o desenvolvimento em sentido contrário à pena privativa de liberdade, *Schöch*, Gutachten zum 52. DJT, C, p. 20 e ss.

baratos³³ e, na esfera inferior da criminalidade, mais propícios à ressocialização, e não menos eficientes do ponto de vista preventivo que a privação de liberdade. Todos os argumentos, portanto, são favoráveis a uma suavização do direito penal.

VI. Como será o sistema de sanções no direito penal do futuro?

1. Novas penas ou medidas de segurança?

A pena de multa, cuja crescente importância ressaltei, não é um remédio para todos os males³⁴. Ela falha no caso daqueles que não possuem dinheiro ou que saibam esconder seus bens do Estado. Ela tampouco poderá ser usada em tempos de recessão com a mesma frequência que em prosperantes sociedades de bem-estar. Daí porque no futuro deverá até forçosamente ser desenvolvida uma colorida paleta de sanções e reações, as quais, mesmo pressupondo uma ação punível, só em parte poderão ser denominadas penas.

Novas penas no verdadeiro sentido da palavra, isto é, como medidas prejudiciais impostas coativamente, quase não surgirão. Afinal, as penas de épocas anteriores, não

33 (N. T.) Para evitar quaisquer infidelidades ao texto original, consigno que o termo *billig*, aqui traduzido por "barato", também possui outro significado, que não é de todo estranho ao texto: o de "justo", "equitativo"; *Billigkeit* significa equidade. Parece-me, contudo, que não é neste segundo sentido que a palavra foi utilizada no original, mas fica o leitor livre para entender de outra forma.

34 Sobre a eficiência da pena de multa, que ainda é pouco conhecida, veja-se *Kaiser*, *Kriminologie*, § 93, nm. 40 e ss.

mais utilizadas (como as penas corporais ou o banimento), não possuem futuro. Como pena nova, mais suave em face da privação de liberdade, pode-se pensar na prisão domiciliar³⁵ (*Hausarrest*), cuja vigilância, face aos modernos sistemas de segurança eletrônicos, não representará mais problema algum. Esta sanção tem a vantagem de nada custar, de não trazer consigo perigos de infecção criminal e de dar ;i ainda assim sensível privação de liberdade uma forma mais humana. Uma nova pena eficaz seria também a proibição de dirigir, que poderia ser aplicada como sanção penal a todos os crimes, e não só os de trânsito³⁶. Em face da importância que o carro tem para a maioria das pessoas, hoje, e terá ainda no futuro, ter-se-ia uma limitação de liberdade eficiente do ponto de vista preventivo, que nada custaria para o Estado, seria menos danosa que a pena de prisão para o autor e, além disso, mais benéfica para o meio ambiente. Como nova medida de segurança, é recomendável que seja introduzida e/ou concluída a já mencionada (11.3) instituição social-terapêutica.

Disso decorre minha sétima conclusão intermediária: como novas penas ou medidas de segurança surgem, em primeira linha, a prisão domiciliar, a proibição de dirigir e medidas social-terapêuticas.

15 Nos Estados Unidos, esta forma de privação de liberdade já vem MIKIO praticada desde 1983; veja-se, quanto a isso, *Weigend*, *Bewähri unghilfe*, 1989, pp. 289, 299; *Ball/Huff/Lilly*, *House arrest and coricitional and policy*, 1988. Sobre o modelo inglês, *Vosgerau*, *Bewährwngshilfe*, 1990, p. 166; *Stern*, *Bewahrungshilfe*, 1990, p. 335.

iii A favor de uma mais abrangente proibição de dirigir, *Schöch*, *Gu-Uuhtenzum* 52. DJT, p. C 177; *Dinkel/Spieji*, *Bewahrungshilfe*, 1992, B. 131.

2. Sanções orientadas pela voluntariedade

Ao lado das penas e medidas de segurança, devem surgir no futuro direito penal sanções, que não se poderá chamar verdadeiramente de penas, mas somente de similares à pena [*strafähnlich*], pois se, por um lado, infligem algo ao autor, por outro carecem do caráter coativo da pena. Farei referência a duas delas: (a) o trabalho de utilidade comum [*gemeinnützige Arbeit*]³⁷ e (b) a reparação voluntária [*freiwillige Wiedergutmachung*]. Pontos de apoio para uma ou outra dessas sanções encontram-se já hoje em quase todos os códigos penais modernos; mas seu grande futuro têm as duas ainda diante de si.

a) O trabalho de utilidade comum

No que se refere ao trabalho de utilidade comum, trata-se de prestações de serviço a hospitais e lares de assistência, e também a instituições estatais de todo tipo³⁸. Essas prestações podem ir desde o transporte de documentos, passando por serviços de conserto e limpeza, chegando até mesmo aos de jardinagem em estabelecimentos públicos. O trabalho de utilidade comum pode substituir a pena de multa na maior parte dos casos, se o autor se oferecer voluntariamente. Esta sanção tem a vantagem de ser um trabalho construtivo, que exige maior engajamento pessoal que as penas privativas de liberdade e as de multa, que o

37 (N. T.) Apesar de o Código Penal brasileiro conter sanção análoga, que denomina "prestação de serviços à comunidade" (art. 46, com a redação da Lei n° 9.714/98), optei por traduzir o termo alemão atendendo para seu teor literal.

38 Veja-se o panorama em *Schöch*, Gutachten zum 52. DTJ, p. C 97.

autor só precisa deixar cair sobre si. Como o trabalho forçado deve ser excluído do direito penal de um Estado de Direito, não sendo realizável sem uma violação à dignidade humana, a voluntariedade que é de exigir-se, a uma só vez, incrementaria a prontidão do autor em realizar o trabalho aceito, e lhe traria o sentimento de estar fazendo algo útil. Ambos os efeitos servem bem mais à ressocialização que as tradicionais penas.

Hoje ainda são bastante fortes as reservas em face dessa possibilidade de sanção já há muito conhecida³⁹. Objetam-se que o trabalho de utilidade comum traria consigo dificuldades de organização praticamente insuperáveis, e que portanto não funcionaria. Tal sanção, igualmente, seria indesejável, pois furtaria postos de trabalho à população honesta.

Tais críticas não são, porém, convincentes⁴⁰. Afinal, a possibilidade de se organizar o trabalho de utilidade comum está suficientemente comprovada⁴¹. Na Alemanha, ele já vem há anos sendo praticado pelos milhares que se negam a prestar serviço militar, sob a denominação de "serviço substitutivo civil"⁴², sem que tenha havido problemas.

39 Recusam-na, p. ex., *Tröndle*, in: *Leipziger Kommentar zum Strafrecht*, 10ª edição, 1978, § 43, nm. 10; *Lackner*, JZ 1967, p. 519; Eb. *Schmidt*, NJW 1967, p. 1.936; *Jescheck*, ZStW 80 (1968), p. 69 e ss.

40 Vejam-se, quanto a isto, já *Roxin*, JA 1980, p. 545 e ss., p. 550; sobre o trabalho de utilidade comum também *Baumann*, *Schaffstein-FS*, 1975, p. 211; *Albrecht/Schädler*, ZRP 1988, p. 278, p. 283; *Dölling*, ZStW 104 (1992), p. 281; *Jung*, *Sanktionensystem und Menschenrechte*, 1992, p. 165 e ss.

41 Veja-se somente *Schall*, NStZ, 1985 p. 105, com referências; em princípio favorável, também, *Schöch*, Gutachten zum 52. DTJ, p. C 97.

42 (N. T.) O serviço substitutivo civil (*ziviler Ersatzdienst*) é a prestação a ser cumprida por aquele que, por motivo de consciência, se recusa a prestar o serviço militar (*Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts*

Entre nós, já hoje se exige dos jovens condenados, em primeiro lugar, trabalho social; e, mesmo com este grupo de pessoas de não fácil tratamento, o sistema funciona.

Também o temor de que o trabalho de utilidade comum possa aumentar o desemprego não corresponde à realidade, pois este trabalho deve ser prestado justamente em épocas de férias e fins de semana, quando outras pessoas se entregam ao lazer, disso decorrendo (p. ex., no campo da assistência) uma notória falta de força de trabalho. Todo o âmbito das prestações sociais de serviço menos qualificadas, no qual esse trabalho será de preferência executado, compreende exatamente as atividades mal pagas e por isso não supridas com suficiente mão-de-obra.

b) A reparação voluntária

Profetizo um grande futuro para a reparação do dano no direito penal, como a segunda sanção orientada pela voluntariedade do sancionado⁴³. Não me refiro a instituições como as que, de acordo com o modelo francês da *action civile*⁴⁴, a pedido do prejudicado, ou como na *compensation order*⁴⁵ inglesa, por ordem do juiz no processo penal, con-

der Bundesrepublik Deutschland, 20ª edição, C. F. Müller, Heidelberg, 1995, nm. 38/385), análogo ao instituto que está previsto entre nós no art. 143, § 1º, da Constituição Federal, e na Lei nº 8.239/91.

43 Veja-se, sobre a reparação do dano como "terceira via" do sistema de sanções também *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, vol. I, § 3º, nm. 65 e ss., com referências; o mesmo, Ferche-FS, 1993, p. 301 e ss.

44 35. Quanto a isso, *Mériageau*, in: Eser/Kaiser/Madlener, *Neue Wege der Widertugmachung im Strafrecht*, 1990, p. 325 e ss.

45 36. Veja-se, a respeito, *Jung*, in: Eser/Kaiser/Madlener, *Neue Wege der Widertugmachung im Strafrecht*, 1990, p. 93 e ss.

denam o acusado a indenizar o dano. Isso significa somente um deslocamento da demanda civil para o processo penal, e de nada adianta ao prejudicado se o título não for exequível, o que ocorre na maior parte dos casos. Também do ponto de vista da punição, de nada adianta que a pena e a indenização caminhem lado a lado, em mútua interdependência.

A nova idéia, para a qual prevejo grandes perspectivas no direito penal vindouro, é a de que uma reparação voluntária prestada antes da abertura do procedimento principal (*Hauptverfahren*)⁴⁶ leve a uma obrigatória diminuição na pena; em caso de uma prognose favorável, sirva mesmo a uma suspensão condicional e, excepcionando-se os delitos graves, até a uma dispensa da pena (apesar de manter-se a condenação). Essa concepção tem a vantagem de fornecer ao autor um grande estímulo à reparação do dano, e de oferecer á vítima uma reparação rápida e não burocrática, que o Estado não conseguiria em muitos casos realizar diante de um devedor recalcitrante. Com esta solução, a vitimologia, a doutrina da vítima, que nas últimas décadas vem alcançando uma crescente importância, conseguiria uma

46 (N. T.) No processo penal alemão, a jurisdição de conhecimento é segmentada em três etapas: o procedimento preliminar (*Vorverfahren*, também chamado de *Ermittlungsverfahren*, procedimento de investigação), sob o controle do Ministério Público, que consiste em investigações feitas por este e pela polícia, e termina com a decisão do mencionado órgão no sentido de promover ou não a ação penal; o procedimento intermediário (*Zwischenverfahren*), sob o controle do juiz, no qual decide ele a admissão ou não da ação penal; e, por fim, o procedimento principal (*Hauptverfahren*), no qual ocorrem a preparação da audiência (*Vorbereitung der Hauptverhandlung*) e a audiência principal (*Hauptverhandlung*), na qual são produzidas provas e é dada a sentença (*Roxin, Strafverfahrensrecht, 25^a edição, Beck, Munique, 1998, § 5^o, nm. 2-8*).

vitória decisiva no sentido de uma orientação da justiça penal à vítima.

Também um direito penal orientado à reintegração do autor na sociedade receberia da introdução da reparação voluntária do dano no sistema de sanções impulsos completamente novos⁴⁷. Afinal, quando o autor, em seu próprio interesse, se esforça no sentido de uma rápida reparação da vítima, tem ele de entrar em contato com ela, repensar consigo mesmo o seu comportamento e o dano a ela causado, e produzir uma prestação construtiva, já à primeira vista socialmente útil e justa, que pode contribuir bastante para a ressocialização, tendo assim grande utilidade do ponto de vista preventivo-especial.

A introdução da reparação voluntária no sistema de sanções jurídico-penal também teria efeitos preventivo gerais — isto é, em relação à generalidade das pessoas — bastante positivos, pois a perturbação social que é provocada pelo delito só é realmente eliminada se o dano for reparado e o *status quo ante* reestabelecido. Só a partir deste momento é que o lesado e a coletividade vêem o caso como resolvido. Investigações empíricas em vários países concluíram que a população, predominantemente, pensa que nos crimes menores e médios se poderia, havendo a reparação voluntária, ou abster-se por completo da pena, ou reduzi-la consideravelmente, dependendo do caso⁴⁸.

Falta-me aqui espaço para desenvolver em detalhe a idéia de uma reparação do dano jurídico penalmente eficaz. Ao menos faça-se alusão a que esta idéia tem uma grande perspectiva de futuro, também porque ela levará a uma reaproximação entre o direito civil e o penal, os quais, nos

47 Veja-se, quanto a isso, *Roxin*, Strafrecht — Allgemeiner Teil, vol. I, § 3º, um. 66.

48 Veja-se *Sessar*, Wiedergutmachung oder Strafen?, 1992.

últimos séculos, sempre seguiram o caminho de um afastamento cada vez mais rígido.

Como oitava conclusão intermediária pode-se insistir: sanções orientadas pela voluntariedade (trabalho de utilidade comum, reparação do dano) podem complementar e, em parte, substituir a pena no futuro. Em virtude de seus efeitos socialmente construtivos elas devem, na medida do possível, ser preferidas à pena privativa de liberdade.

3. Sanções a pessoas jurídicas

Sanções a pessoas jurídicas existem já hoje em vários países, sob diversas formas⁴⁹. Mas elas são estranhas ao espírito do direito penal, tal qual este se tem desenvolvido na tradição européia, pois a pena foi sempre referida à culpabilidade individual de um homem. *Societas delinquere non potest*: este era o lema de um direito penal que se movia no sentido de uma imputação pessoal da culpabilidade.

Porém, as sanções a pessoas jurídicas desempenharão um grande papel no futuro. Afinal, as formas mais socialmente lesivas da criminalidade econômica e ambiental têm sua origem nas grandes e poderosas empresas; também a venda dos mais diversos produtos lesivos à saúde será um problema cada vez maior para o direito penal. Quando, nestes casos, se realiza um tipo penal, é freqüentemente difícil, senão mesmo impossível, descobrir os responsáveis na empresa, pois a responsabilidade distribui-se por várias pessoas, e a culpabilidade de uma delas dificilmente pode ser provada. Também não se consegue enfrentar de modo

†» Um panorama de direito comparado encontra-se em *Schünemann*, in: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1ª edição, 1993, § 14, um. 74 e ss.

eficaz os perigos que emanam de uma grande empresa — p. ex., para o meio ambiente — através da punição de um indivíduo substituível.

Pelo contrário, sanções que se acoplem a uma falha da organização (independentemente de quem, individualmente, seja o culpado), podem ter intensos efeitos preventivos. Elas devem abranger desde consideráveis pagamentos em dinheiro até o fechamento da empresa. Também aquelas sanções a pessoas morais, ainda em estágio de desenvolvimento jurídico, não são mais verdadeiras penas; pois estas pressupõem uma ação e culpabilidade imputáveis a uma pessoa individual. Uma pessoa jurídica só pode agir e tornar-se culpável em um sentido análogo, através de uma construção jurídica. Para tanto, será necessário desenvolver regras especiais de imputação, que não posso discutir mais profundamente nos limites deste trabalho⁵⁰.

Minha nona conclusão intemerdiária é: sanções a pessoas jurídicas, paralelas à punição dos autores individuais, desempenharão um grande papel no futuro, no combate à criminalidade de empresas.

VII. Resultado

O direito penal *tem* um futuro. Conciliações sem a intervenção do Estado, como defende o abolicionismo, conseguirão substituir o direito penal de modo tão precário quanto o poderá fazer um puro sistema de medidas de segurança; também uma vigilância mais intensa dos cidadãos pode, enquanto ela for permitida, ter uma certa eficácia preventiva, mas não conseguirá tornar o direito penal supérfluo.

50 A respeito disso, *Schünemann*, in: *Leipziger Kommentar*, § 14, nm. 78, com referências.

Por outro lado, lá onde o direito penal ultrapassa suas tarefas político-criminais, a descriminalização é possível e deve ser levada a cabo. Também através da diversificação se conseguirá substituir não a punibilidade, mas a punição concreta em casos menos graves, arquivando-se o processo — o que quase sempre é feito sob certas condições.

Apesar das limitadas possibilidades de descriminalização e dos mais intensos esforços de prevenção, o número de dispositivos penais e de infrações deve crescer. Isso em nada altera o fato de que o direito penal do futuro se tornará ainda mais suave do que já é hoje, o que decorre principalmente das possibilidades abertas pela diversificação, pela substituição da pena privativa de liberdade pela de multa, pela utilização de novas sanções menos limitadoras de liberdade (como a prisão domiciliar ou a proibição de dirigir) e pelo fato de que, especialmente no campo da macrocriminalidade econômica e ambiental, as indispensáveis sanções a pessoas jurídicas, apesar de sua grande eficácia preventiva, mal provocam sofrimentos individuais.

Com isto chego ao fim. Demonstrou-se que, apesar da manutenção por mim prognosticada das instituições fundamentais do direito penal, mudanças essenciais em parte já estão a ocorrer, em parte são de esperar-se. O direito penal moderno partiu de uma posição que somente conhecia a pena retributiva; esta pena era majoritariamente justificada filosófica ou teologicamente, como na Alemanha se via nos Influentes sistemas idealistas de Kant e Hegel e também na doutrina das Igrejas. Ao contrário disso, o direito penal do futuro, ao levar adiante os postulados iluministas, e sob os pressupostos de um mundo completamente modificado, tornou-se cada vez mais um instrumento de direcionamento social (*gesellschaftlich.es Steuerungsinstrument*) totalmente secularizado, com o fim de chegar a uma síntese que garanta a paz, o sustento da existência e a defesa

dos direitos do cidadão. Ele terá de utilizar-se, além da priui, de unia multiplicidade de elementos de direcionamento diferenciadores e flexíveis, que certamente hão de pressupor um comportamento punível, mas que possuirão natureza somente similar à pena.

QUE COMPORTAMENTOS PODE O ESTADO PROIBIR SOB AMEAÇA DE PENA? SOBRE A LEGITIMAÇÃO DAS PROIBIÇÕES PENAIS¹

I. Colocação do problema

Quero hoje tratar de um tema que se coloca nos ordenamentos jurídico-penais de todos os países, que se antepõe aos direitos positivos nacionais e ainda assim é de igual importância para todos: a pergunta a respeito de quais comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena. A importância desta pergunta reside no fato de que de nada adiantam uma teoria do delito cuidadosamente desenvolvida e um processo penal bastante garantista se o cidadão é punido por um comportamento que a rigor não deveria ser punível.

A pergunta pressupõe que a emissão de proibições penais não está à plena disposição do legislador, que o Legislativo não pode penalizar um comportamento pelo simples fato de ser ele indesejado, p. ex., se se tratar de manifesta-

1 (N. T.) Este estudo, escrito em 2004, intitulado *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen*, é inédito em alemão.

ções de crítica ao governo, de determinadas formas de comportamento sexual desviante ou do uso de tóxicos. Devem existir limites à faculdade estatal de punir. Estes existem de fato, e é deles que iremos nos ocupar, antes que possamos daí extrair quaisquer conseqüências.

II. Os limites à faculdade de punir devem ser deduzidos das finalidades do direito penal

A questão a respeito de quais princípios gerais podem limitar a faculdade estatal de punir é bastante controversa e objeto de uma extensa literatura². Discuti-la detalhadamente não é possível no tempo de que disponho. Limitar-me-ei, assim, fundamentalmente a expor a minha própria posição e a esclarecê-la à luz de questões concretas.

Meu ponto de partida é o seguinte: os limites da faculdade estatal de punir só podem resultar da finalidade que tem o direito penal no âmbito do ordenamento estatal. Quero descrever esta finalidade de uma maneira que ela possa ser objeto de consenso na cultura ocidental e também em vastas partes do mundo. Penso que o direito penal deve garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas. Vou explicar sucintamente a idéia.

A tese segundo a qual o direito penal deve assegurar a coexistência livre e pacífica dos cidadãos tem as suas raízes na época do Iluminismo, que exerceu grande influência em

2 Um bom panorama sobre a literatura alemã mais recente encontra-se em *Müller-Dietz*, Aspekte und Konzepte der Strafrechtsbegrenzung, in: Festschrift für Rudolf Schmitt, 1992, p. 95 e ss.

todos os países ocidentais desde o século XVIII. Segundo essa teoria, o Estado deve ser concebido a partir do modelo ideal de um contrato — independentemente da questão de seu surgimento histórico, que pode ser respondida em sentido bem diverso. Parte-se de uma hipótese, segundo a qual todos os habitantes de determinado território celebraram um acordo, no qual eles delegam a certos órgãos a garantia de sua convivência. Eles criam uma organização, o Estado, e lhe conferem o direito de obter a proteção dos cidadãos através da emissão e execução de leis penais e de outras regras. Como a lei penal limita o indivíduo em sua liberdade de agir, não se pode proibir mais do que seja necessário para que se alcance uma coexistência livre e pacífica. Também o fato de que a dignidade humana e a igualdade devam ser protegidas é um resultado do pensamento iluminista, segundo o qual dignidade humana e igualdade compõem condições essenciais da liberdade individual.

A finalidade do direito penal, de garantir a convivência pacífica na sociedade, está condicionada a um pressuposto limitador: a pena só pode ser cominada quando for impossível obter esse fim através de outras medidas menos gravosas. O direito penal é desnecessário quando se pode garantir a segurança e a paz jurídica através do direito civil, de uma proibição de direito administrativo ou de medidas preventivas extrajurídicas.

O recuo do direito penal para trás de outros mecanismos de regulamentação pode também ser explicado com base no modelo iluminista do contrato social. Os cidadãos transferem ao Estado a faculdade de punir somente na medida em que tal seja indispensável para garantir uma convivência livre e pacífica. Uma vez que a pena é a intervenção mais grave do Estado na liberdade individual, só pode ele cominá-la quando não dispuser de outros meios mais suaves para alcançar a situação desejada.

Em muitos países, esses princípios básicos estão garantidos legal ou mesmo constitucionalmente. Mesmo onde isso não tenha ocorrido expressamente, eles derivam dos fundamentos da democracia parlamentar, bem como do reconhecimento de direitos humanos e de liberdade que devem ser respeitados em um estado de direito moderno.

Aquilo que até agora foi dito pode parecer óbvio a muitos que vivem em um tal Estado. Mas antes de entrarmos em difíceis questões-limite que se colocam para Estados liberais e democráticos, deve-se ter em mente que essas considerações excluem de antemão várias concepções do direito penal que foram por bastante tempo dominantes e que ainda hoje exercem grande influência. Por exemplo, não é permitido deduzir proibições de direito penal dos princípios de uma certa ética, pois, em primeiro lugar, nem todo comportamento eticamente reprovável perturba a convivência entre os homens e, em segundo lugar, muitos princípios éticos são questão de crença e não podem ser impostos ao indivíduo. Por motivos similares não é permitido querer impor premissas ideológicas ou religiosas com a ajuda do direito penal. Mas é conhecido que muitos Estados se comportam diferentemente.

Se partirmos dos fundamentos acima mencionados, podemos explicar sem muito esforço a maioria dos tipos penais elementares, vigentes em todos os países de forma idêntica ou similar. Homicídio e lesões corporais, furto e estelionato têm de ser punidos, porque, se tais fatos não fossem considerados criminosos, seria impossível a convivência humana. Uma sociedade moderna também necessita, p. ex., de uma justiça que funcione e de uma moeda intacta. Daí resulta que, ao lado de bens jurídicos individuais, como vida, saúde, propriedade, patrimônio, também subsistem bens jurídicos da coletividade, como a administração da justiça e a moeda, de maneira que falsas declara-

ções em Juízo e falsificações de moeda são legitimamente incriminadas.

Por outro lado, seria inadequado punir toda violação contratual. É verdade que uma vida segura e pacífica em sociedade só é possível se contratos forem em princípio cumpridos. Até aqui, a violação contratual satisfaz o primeiro requisito de uma proibição. Mas as conseqüências da violação contratual podem, em regra, ser compensadas através de uma demanda de direito civil e de uma indenização, de modo que a proibição através do direito penal seria severa demais. Fala-se, aqui, da subsidiariedade do direito penal. O furto e o estelionato recebem tratamento mais severo, porque o autor aqui, em regra, desaparece, ou não dispõe de meios, ou sabe esquivar-se de uma indenização, de modo que uma demanda civil é freqüentemente sem sentido.

Na Alemanha, a finalidade do direito penal aqui exposta, da qual já derivam na maior parte dos casos os seus limites, é caracterizada como "proteção subsidiária de bens jurídicos". São chamados bens jurídicos todos os dados que são pressupostos de um convívio pacífico entre os homens, fundado na liberdade e na igualdade; e subsidiariedade significa a preferência a medidas sócio-políticas menos gravosas. De maneira substancialmente análoga diz-se também que o direito penal tem a finalidade de impedir danos sociais, que não podem ser evitados com outros meios, menos, gravosos. Proteção de bens jurídicos significa, assim, impedir danos sociais.

Tenho notícia de que também no Brasil há grande interesse em torno da teoria do bem jurídico. Juarez Tavares tenta trabalhar com o bem jurídico como critério delimitador, mas não fundamentador, do poder de punir³, e Cézár

3 *Tavares*, Teoria do injusto penal, 2ª edição, 2002, p. 197 e ss.

Bitencourt releva o caráter liberal da concepção de bem jurídico⁴.

Com o que até agora foi dito, foram postos os parâmetros com cuja ajuda poderemos examinar a legitimidade de dispositivos penais. Procederei a este exame com base em alguns exemplos controvertidos. Hei de limitar-me, porém, às exigências político-criminais que derivam das premissas acima colocadas. Abstrairei da questão quanto a se um dispositivo penal que ignore meus critérios de legitimidade é ou não inefetivo — o que não raro ocorre na Alemanha e em outros estados de direito, pois não se trata de um problema de direito penal, e sim de direito constitucional, que é avaliado de modo diverso em cada país.

III. Conseqüências concretas para a legislação penal

1. A descrição da finalidade da lei não basta para fundamentar um bem jurídico que legitime um tipo

Na Alemanha, o homossexualismo entre homens adultos era severamente punido até 1969. Mencionava-se não raro a "estrutura heterossexual das relações sexuais" como bem jurídico protegido. Não se pode legitimar tal dispositivo penal desta maneira. É verdade que, de um lado, a finalidade de lei — somente permitir relações heterossexuais — é acertadamente descrita. Mas deixa-se justamente de dizer se a obtenção deste fim pertence aos pressupostos indispensáveis de uma coexistência pacífica.

Para tomar um outro exemplo, bastante controvertido: tampouco se pode fundamentar a punibilidade da obtenção e posse de haxixe para uso próprio — um comportamento

4 *Bitencourt*, Tratado de direito penal, 8ª edição, 2003, p. 204.

punível na Alemanha e em muitas partes do mundo — alegando que o bem jurídico protegido seria a "existência de uma sociedade sem drogas". Porque isso significa deixar sem resposta a questão decisiva, quanto a qual seria o dano social inevitável de outra maneira causado pelo consumo particular de derivados de *cannabis*.

A construção de tais bens jurídicos (a estrutura heterossexual das relações sexuais, a sociedade sem drogas) não significa mais do que uma descrição da finalidade da lei. Os defensores do chamado conceito metodológico de bem jurídico⁵ de fato consideram que o bem jurídico é idêntico à *ratio legis*. Tal ponto de partida pode ser útil na interpretação, na qual a finalidade da lei tem importância decisiva. Mas ele não tem qualquer função limitadora da pena, o que ii torna inadequado para nossos objetivos.

I, Imoralidade, contrariedade à ética e mera reprovabilidade de um comportamento não bastam para legitimar uma proibição penal

()outra consequência da concepção acima delineada é fUc II imoralidade ou a reprovabilidade ética de um comportamento não podem legitimar uma proibição penal, se ti* pressupostos de uma convivência pacífica não forem le- lkinntdos. Não se pode fundamentar a punibilidade do ho- ittmcsualismo, alegando tratar-se de uma ação imoral, Uniu um comportamento que se desenrola na esfera priva- titt, com o consentimento dos envolvidos, não tem quais-

l'iiin Ipuis defensores: *Honig*, Die Einwilligung des Verletzten, I' • • irtltihU, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswis- I l.ili, l'Vtschrift für Frank, Bd. I, 1930, p. 1 e ss.; *Schwinge*, Te- tti.gi, l h< Ui-griffsbildungim Strafrecht, 1930.

quer conseqüências sociais e não pode ser objeto de proibições penais⁶.

O Projeto Governamental para um novo Código Penal alemão, de 1962, era de opinião diversa. Ele queria continuar a punir a homossexualidade e aludia a um direito do legislador de "proibir penalmente também casos de comportamentos especialmente reprováveis do ponto de vista ético, ainda que de fato não seja imediatamente lesionado qualquer bem jurídico"⁷. Estes argumentos foram vencidos pela concepção de tutela de bens jurídicos por mim exposta.

É verdade que se pode recusar, com boas razões, a própria reprovabilidade moral do comportamento homossexual, compreendendo-o como uma orientação sexual diversa, em si eticamente neutra. Mas o que dissemos vale também para ações consideradas abjetas segundo a moral contemporânea, como a troca de casais no casamento, relações sexuais com animais e demais perversões. Sob a influência da crítica⁸, decidiu-se o legislador alemão a reformar por completo os delitos sexuais⁹, limitando-os — salvo algumas incoerências — a lesões à autodeterminação sexual e à proteção dos jovens¹⁰.

6 Mais detalhes, *Roxin, Sittlichkeit und Kriminalität*, in: *Mifflingt die Strafrechtsreform?*, ed. Jürgen Baumann, 1969, p. 156 e ss.

7 Entwurf eines Strafgesetzbuches, 1962, Bundestags-Drucksache IV/650, p. 376.

8 Especial influência teve, neste aspecto, o Projeto Alternativo, *Alternativ-Entwurf, Besonderer Teil des Strafrechts [Sexualdelikte]*, 1968, do qual fui co-autor.

9 Através da 4ª Lei de Reforma do Direito Penal, de 23 de novembro de 1973.

10 O 13º *Abschnitt* da Parte Especial de nosso Código Penal, cujo título antes era "crimes e delitos contra a moralidade", agora se chama "crimes contra a autodeterminação sexual".

O exposto tem importância não só para os delitos sexuais, mas para o direito penal como um todo. Porque, também no caso de atualíssimos problemas de transplantes medicinais ou de tecnologia genética, o recurso a princípios éticos não é argumento suficiente para justificar uma penalização.

3. A violação da própria dignidade humana ou da "natureza do homem" não é razão suficiente para a punição

A "dignidade humana" vem sendo recentemente utilizada na Alemanha e também na discussão internacional como um instrumento preferido para legitimar proibições penais. Segundo a concepção aqui defendida, tal será correto enquanto se trate da lesão à dignidade humana de outras pessoas individuais. De acordo com a doutrina de Kant¹¹, decorre da dignidade humana a proibição de que se instrumentalize o homem, ou seja, a exigência de que "o homem nunca deva ser tratado por outro homem como simples meio, mas sempre também como fim". Quem tortura outrem para obter declarações, quem o usa em experiências médicas ou o violenta sexualmente, viola a dignidade humana da vítima e é justificadamente punido. Por esta razão contei já desde o início (II) o respeito de uma assim entendida dignidade humana entre as condições de existência de uma sociedade liberal, introduzindo-o no conceito de bem jurídico por mim defendido.

A situação muda, porém, se se considera possível a lesão à própria dignidade humana e se ela é tida por suficiente para legitimar uma punição. Desta maneira, a violação da

11 Metaphysik der Sitten, Tugendlehre, § 38.

dignidade humana recebe significado similar ao que antigamente tinha a já examinada reprovabilidade moral. Pode-se dizer, p. ex., que a sodomia, isto é, a relação sexual com animais, viola a dignidade humana daquele que assim se comporta. Isso não seria, entretanto, justificativa para punir, pois, como repetidamente dissemos, o direito penal só tem por finalidade evitar lesões a outros. Impedir que as pessoas se despojem da própria dignidade não é problema do direito penal. Mesmo se se quisesse, p. ex., considerar o suicídio um desprezo à própria dignidade — o que eu não julgo correto —, este argumento não poderia ser trazido para fundamentar a punibilidade do suicídio tentado.

Desejo explicitar o que foi dito à luz de dois problemas especialmente atuais e polêmicos, nos quais o argumento da dignidade humana tem desempenhado papel fundamental para fundamentar a punibilidade: o comércio de órgãos humanos e a tecnologia genética.

A Lei Alemã de Transplantes, de novembro de 1997, declara em seu § 17 II 1: "É proibido comercializar órgãos que estejam destinados a tratamento curativo". A lei proíbe, igualmente, "retirar, transladar, ou deixar-se transladar" órgãos para esta finalidade (§ 17 II 2). A violação é punida com privação de liberdade de até cinco anos ou multa (§ 18). A regulamentação alemã deriva de um "Tratado internacional para a proteção dos direitos humanos e da dignidade humana face ao emprego da biologia e da medicina", que fixa em seu art. 21 um *standard* ético mínimo, segundo o qual o corpo humano e suas partes não podem ser utilizados para obter ganhos financeiros¹².

12 Fundamental a respeito da problemática como um todo, com mais referências, *Schroth*, Das Organhandelsverbot, in: Festschrift für Roxin, 2001, p. 869 *ess.*

Também no Parlamento alemão se considerou a violação à ética e à dignidade humana suficiente para fundamentar a punição. Está claro que, segundo a posição aqui defendida, isso não basta. Deve-se, isso sim, perguntar qual a pessoa lesionada se alguém decide que, em caso de morte, seus órgãos estarão disponíveis para fins de transplante desde que seja paga uma soma a seus herdeiros. O único dano poderia estar numa exploração financeira do destinatário do órgão. Mas, como veremos, este perigo poderia ser facilmente evitado. Enquanto isso, é evidente o dano que a atual regra vem causando: na falta de um estímulo econômico, estão disponíveis na Alemanha — para dar um único exemplo — menos de um quarto dos rins de que se precisa para fins de transplante. A consequência disso é que todo ano morrem milhares de pessoas prematuramente, por não poderem receber um rim.

Médicos alemães de transplantes já começaram a se opor à lei¹³. Propôs-se, p. ex., que, em caso de disponibilidade para doação de órgãos após a morte, os planos de saúde tenham de pagar 10 mil euros aos herdeiros do falecido. Os planos de saúde acabariam ainda economizando bastante dinheiro, pois a diálise de que necessitam os doentes do rim, que também tem de ser paga pelo plano de saúde, é bem mais cara. E se o plano de saúde assumir este dever de pagar, não há mais espaço para o argumento de que o potencial destinatário do órgão é explorado financeiramente ou é prejudicado, por ser pobre, em relação a doentes mais abastados.

Os detalhes não podem ser tratados nesta sede. O que me interessa é o fato de que o Estado não pode deixar morrer doentes que poderiam ser salvos sem qualquer le-

13 Cf. a entrevista com *Cristoph Broelsch*, na revista *Spiegel*, Heft 50, 2002, p. 178 *ess.*

são a indivíduos ou à sociedade, com base em alegações relativas à ética ou à dignidade humana. Pode-se ver neste exemplo o quão pouco fundamentações do direito penal puramente normativas, que recorrem a valores supremos, têm um compromisso com a vida e de que maneira elas podem ser socialmente contraprodutivas. Também por esta razão devemos manter a idéia da proteção de bens jurídicos.

Lancemos agora um olhar sobre a moderna tecnologia genética! Na Alemanha há uma Lei de Proteção ao Embrião, de dezembro de 1990, que proíbe e pune tanto a chamada clonagem quanto a modificação da configuração genética humana. O § 6 I da mencionada lei dispõe: "Aquele que provocar artificialmente o surgimento de um embrião humano com os mesmos dados genéticos de outra (...) pessoa (...), será punido com privação de liberdade de até cinco anos ou com multa." A mesma pena comina o § 5 I àquele que "modificar artificialmente os dados genéticos de uma célula-tronco humana".

Tal se harmoniza tanto com o consenso internacional, quanto com a posição aqui defendida, pois é forçoso admitir que pertence à liberdade do indivíduo não ter de deixar que seus dados genéticos sejam fixados segundo o arbítrio de outra pessoa. Significa uma restrição à inplanejável liberdade de desenvolvimento da pessoa que ela só possa existir como uma cópia genética de outra¹⁴, ou que ela tenha de apresentar certas características, que lhe tenham sido impostas através da modificação de suas células-tron-

14 Que tampouco desta maneira se solucionam todos os problemas de fundamentação é demonstrado com clareza por *Gutmann*, *Auf der Suche nach einem Rechtsgut: Zur Strafbarkeit des Klonens von Menschen*, in: Roxin/Schroth (eds.), *Medizinstrafrecht*, 2ª edição, 2001, p. 353 e ss.

co. Nestes casos, o modo pelo qual a pessoa é gerada implica já em sua manipulação e instrumentalização para fins alheios. Isto contraria a dignidade humana, tal como ela deve ser compreendida pela idéia da proteção de bens jurídicos¹⁵.

Mas e se a intervenção nas células-tronco servir unicamente à finalidade de poupar os descendentes de sérios problemas genéticos? A circunstância de que isso não seja ainda hoje possível em nada altera o significado teórico e futuramente prático desta pergunta. A citada lei alemã proíbe e pune também uma modificação das informações genéticas feita exclusivamente para fins terapêuticos.

Este problema é bastante controvertido na discussão político-jurídica alemã. A dignidade humana é novamente utilizada para justificar a punibilidade de intervenções nas células-tronco¹⁶. Uma intervenção no patrimônio genético humano é uma intervenção na natureza humana; e esta é uma componente da dignidade humana.

Tal significa, porém, uma utilização ilegítima do argumento da dignidade humana. É verdade que se trata de uma intervenção intolerável na liberdade humana, se os dados genéticos de certa pessoa forem alterados segundo o arbítrio de outrem. Mas a prevenção de uma grave doença

15 *Arthur Kaufmann*, *Rechtsphilosophie*, 2ª edição, 1997, p. 326, diz com razão a respeito da clonagem: "Ela contraria a idéia de autonomia e indisponibilidade da pessoa e é por isso proibida tanto ética, quanto juridicamente". Também *Neumann*, *Die Tyrannei der Würde*, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 1998, p. 153 e ss. (p. 160), declara (com fundamentação mais detalhada): "Aqui uma pessoa é utilizada exclusivamente como instrumento para fins que lhe são estranhos; ou seja, de acordo com o segundo imperativo categórico, há uma violação da dignidade humana."

16. Cf., para mais detalhes, *Neumann*, nota 15, p. 155 e ss.

genética nunca poderá ser compreendida como uma lesão ou como uma limitação à liberdade, e sim unicamente como extensão da liberdade e melhora na qualidade de vida. Com razão diz Neumann¹⁷: "o decisivo é se a intervenção significa uma instrumentalização do futuro homem, ou se ela é praticada justamente por respeito a seu futuro caráter de pessoa". Também aqui o legislador alemão, recorrendo injustificadamente ao argumento da dignidade humana, ultrapassou os limites de uma punição política criminalmente razoável.

4. A autolesão consciente, sua possibilitação e promoção não legitimam uma proibição penal

Muitas pessoas expõem-se a perigo: através de maus hábitos alimentares, do fumo, do álcool ou de outras atividades arriscadas, como a condução de automóveis velozes ou a prática de esportes perigosos. Esses comportamentos e a sua promoção por terceiros não constituem um objeto legítimo do direito penal, pois a finalidade deste é unicamente impedir que alguém seja lesionado contra a sua vontade. O que ocorre de acordo com a vontade do lesionado é uma componente de sua auto-realização, que em nada interessa ao Estado.

É verdade que, na discussão internacional da teoria do direito, é altamente controvertido em que medida se legi-

17 Nota 12, p. 161. Também *Schreiber*, *Recht ais Grenze der Gentechnologie*, in: *Festschrift für Roxin*, 2001, p. 891 e ss. (p. 901), releva que, ao contrário do que fez o legislador alemão, "não se deve recusar por completo toda intervenção nas células-tronco. Tal intervenção deve, muito mais, ser permitida (...) para combater males genéticos de maior gravidade".

tima o paternalismo estatal, isto é, a proteção do indivíduo contra si próprio¹⁸. Partindo-se da concepção aqui defendida, tal paternalismo só se justifica em casos de déficits de autonomia na pessoa do afetado (ou seja, em caso de perturbação anímica ou espirital, coação, erro e similares) ou para fins de proteção aos jovens (a qual também decorre de uma responsabilidade limitada). E de reconhecer-se ao legislador uma certa margem de discricionariedade. Assim, p. ex., a contribuição para o suicídio de outrem só deverá permanecer impune se quem contribui tem a certeza de que o suicida é plenamente responsável por suas ações. Uma vez que uma grande porcentagem de todos os suicidas sofre de depressões excludentes de responsabilidade, na maior parte dos casos será legítimo punir quem o ajuda.

O problema mais difícil e internacionalmente mais controvertido neste setor das auto-exposições a perigo refere-se ao direito penal de drogas. Quero limitar-me a uma pequena parte deste tema. Não se pode questionar seriamente que o trato com drogas pesadas deva ser punido. Afinal, a dependência por elas provocada destrói, em regra, contra a vontade do consumidor, a autonomia da sua personalidade, algo que o direito penal deve justamente proteger, e sobrecarrega os que pagam impostos com os altos custos da terapia.

A questão se torna, porém, mais complicada quando se trata da obtenção e posse de drogas leves, ou seja, de produtos de *cannabis* como o haxixe, se alguém adquire a droga para consumo pessoal. Não se questiona, assim, a legitimidade da punição do tráfico incontrolado de tais substâncias e de sua entrega a jovens. Mas se um adulto plenamen-

18 Cf. a respeito *Schroth*, nota 12, p. 875 e ss.

te responsável adquire uma pequena quantidade de haxixe exclusivamente para seu consumo pessoal, não lesiona ele ninguém que não a si próprio. Neste caso, pode-se questionar com razão que haja um direito de punir.

Ainda assim, o direito alemão pune a conduta de adquirir e de possuir drogas de toda espécie, podendo apoiar-se em tratados de direito internacional, cujo alcance concreto é bem controvertido¹⁹. Mas, uma vez que, segundo os conhecimentos mais recentes, o consumo de drogas leves não é, de modo algum, mais lesivo do que o do álcool ou do tabaco, e uma vez que ele não provoca dependência, nem tampouco é o patamar inicial para que se passe a utilizar outras drogas, inexistente fundamento suficiente para a punição, máxime porque a punibilidade do consumidor o arrasta para o ambiente criminoso e freqüentemente acaba por incentivar a que ele cometa crimes para obter a droga.

Nosso Tribunal Constitucional tratou da problemática em uma detalhada decisão²⁰, ordenando que, em casos de pouca importância, se renuncie à persecução penal. Isso testemunha que se está consciente do problema, mas gera considerável insegurança jurídica e faz permanecer, em si, a punibilidade. Uma solução unívoca não é, atualmente, capaz de obter o consenso social. Ela só poderá ser encontrada num exato desenvolvimento científico dos pressupostos da faculdade estatal de punir.

19 Cf., sobre a problemática como um todo, com referências extensas, *Paeffgen*, *Betäubungsmittelstrafrecht und der Bundesgerichtshof*, in: *Roxin/Widmaier* (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof*, vol. IV, *Strafrecht, Strafprozessrecht*, 2000, p. 695 e ss. A proibição penal do direito alemão vigente encontra-se no § 29 da Lei de Tóxicos.

20 *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 90, 1994, pp. 145-226.

5. Normas jurídico-penais preponderantemente simbólicas devem ser recusadas

Ponto nevrálgico da moderna legislação penal é também o chamado direito penal simbólico²¹. Este termo é usado para caracterizar dispositivos penais²² "que não geram, primariamente, efeitos protetivos concretos, mas que devem servir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos através da declaração de determinados valores ou o repúdio a atitudes consideradas lesivas. Comumente, não se almeja mais do que acalmar os eleitores, dando-se, através de leis previsivelmente ineficazes, a impressão de que está fazendo algo para combater ações e situações indesejadas".

São legítimas tais leis penais simbólicas? Não se pode responder a esta pergunta univocamente, com um "sim" ou com um "não", pois é claro que todos os dispositivos penais almejam não só impedir e punir determinados delitos, como também atuar sobre a consciência jurídica da população. Quando o Estado se dispõe a proteger a vida, a integridade física, a propriedade etc, tenta ele fortalecer na população o respeito por estes valores. Nisto não há nada de problemático. Esta prevenção geral positiva é, muito mais, uma das finalidades reconhecidas do direito penal.

Segundo a concepção aqui desenvolvida, a legitimidade ou ilegitimidade de elementos legislativos "simbólicos" de-

21 Monografia: *Vofi*, Symbolische Gesetzgebung, 1989. A discussão mais recente é representada por *Haffke*, Die Legitimation des staatlichen Strafrechts zwischen Effizienz, Freiheitsverbürgung und Symbolik, in: *Festschrift für Roxin*, 2001, p. 955 e ss.; *Hassemer*, Das Symbolische am symbolischen Strafrecht, in: *Festschrift für Roxin*, 2001, p. 1001 e ss., todos com mais referências.

22 *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, vol. I, 3ª edição, 1997, § 2º, nm. 23.

pende de se o dispositivo, ao lado de suas finalidades de atuar sobre a consciência da população e de manifestar determinadas disposições de ânimo, se mostra realmente necessário para a efetiva proteção de uma convivência pacífica. Desejo explicitar o que digo com base num único dispositivo, o tipo da incitação contra um povo (*Volkserhetzung*], que está contido no Código Penal alemão (§ 130) desde 1994, tendo sofrido ligeiras modificações.

Segundo a alínea I desse dispositivo, é punível "quem, de modo idôneo perturbar a paz pública, incita ao ódio contra partes da população, ou a atos de violência ou arbítrio contra elas, ou ataca a dignidade de outros, ao injuriar, desrespeitar com má-fé ou caluniar partes da população."

Considero justificado este dispositivo penal. É verdade que o bem jurídico sugerido pela lei e aceito pela maioria dos intérpretes, a "paz pública", é bastante vago²³, máxime se levarmos em conta que o comportamento sequer tem de perturbar a paz, bastando que seja "idôneo" para tanto. Mas os comportamentos descritos neste tipo lesionam diretamente a personalidade dos atingidos; e também a dignidade humana, mencionada na segunda parte do dispositivo, pode ser aqui com acerto utilizada para fundamentar a punibilidade. Afinal, se "partes da população" forem ameaçadas e discriminadas de um modo descrito no tipo, não podem elas mais viver livre e pacificamente na sociedade, mas apenas em constante cautela, com medo e preocupação. O direito penal tem, porém, de cuidar para que o indivíduo tenha uma vida segura e livre de tais perturbações, de modo que este dispositivo se mostra legítimo. Esta legitimidade não é diminuída pelo fato de o legislador simultaneamente realizar um manifesto em prol da tolerância e de valores humanos.

23 Cf. a respeito abaixo, 6.

Mas a alínea III dos parágrafos da incitação contra um povo vai além. Ela ameaça com pena máxima de até cinco anos de privação de liberdade também aquele que "de modo idôneo a perturbar a paz pública, faça apologia, negue a ocorrência ou o caráter lesivo" de um fato de genocídio "cometido sob o domínio do nacional-socialismo". É punível, assim, uma pessoa que questione que os nazistas tenham assassinado um grande número de judeus no infame campo de concentração de Auschwitz. Por isso fala-se, exemplificadamente, na punibilidade da "mentira de Auschwitz".

Por mais abjeta e reprovável que seja a mentirosa negação da ocorrência ou do caráter lesivo dos assassinatos praticados pelos nazistas, permanece problemática a legitimidade da cominação penal²⁴. Quem faz apologia desses assassinatos, ou afirma terem eles sido inventados pelos judeus para difamar os alemães, pode ser punido já segundo a primeiro alínea do tipo que estamos examinando. Mas a "mera negação de um fato histórico sem caráter de agitação"²⁵ ou a negação de seu caráter lesivo realizada da mesma maneira não prejudicam a convivência pacífica das pessoas²⁶. Afinal, a verdade do contrário de tais afirmações mentirosas está historicamente comprovada e é reconheci-

24 Monografia: *Wandres*, Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens, 2000. O estudo mais atual é de *Kühl*, Auschwitz-Leugnens als strafbare Volksverhetzung?, in: Bernsmann/Ulsenheimer (eds.), Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen, 2003, p. 103 e ss. (com muito mais referências).

25 *Kühl*, como a nota 24, p. 106.

26 De outra opinião é, porém, o Bundesgerichtshof alemão, NJW 2002, 2215, que enxerga aqui "uma ameaça para a convivência pacífica". Por um lado, se reconhece o que realmente importa. Mas por outro, a postulada ameaça não é fundamentada, de modo que se trata apenas de uma afirmação a ser questionada.

da pela generalidade, de modo que quem negue tais fatos ou seu caráter lesivo não encontra ressonância, mas se expõe ao desprezo público, como idiota ou fanático de má-fé. A punição pode até mesmo servir para que os autores se elevem à categoria de mártires, declarando que se está a utilizar o direito penal para oprimir a verdade. A discussão pública de tais afirmações mentirosas as tornará inócuas com mais rapidez e segurança que a sua punição²⁷.

O tipo da mentira de Auschwitz é, portanto, uma lei preponderantemente simbólica. Ele é desnecessário para a proteção de bens jurídicos, mas manifesta que a Alemanha é um país historicamente marcado, que não esconde e nem se cala a respeito dos crimes do nazismo, e que hoje representa uma sociedade pacífica e respeitadora das minorias. Trata-se de uma louvável disposição de ânimo. Mas sem a imprescindibilidade da intervenção para proteger bens jurídicos, o direito penal não é instrumento idôneo para a manifestação e consolidação de tal atitude. A verdade histórica enquanto tal deve conseguir se impor, sem ajuda do direito penal.

6. Tipos penais não podem ser fundados sobre bens jurídicos de abstração impalpável

Não é legítimo, por fim, criar tipos para proteção de bens jurídicos, sendo estes descritos através de conceitos com base nos quais não é possível pensar nada de concreto. Por exemplo, a jurisprudência e o legislador alemães postulam como bem jurídico protegido, o qual deve legitimar a penalização de qualquer trato com drogas, a "saúde pública"²⁸. Como o "público" não possui um corpo real, não é

27 De acordo, *Kühl*, como anota 24, pp. 113, 118.

28 Mais detalhes a respeito *Paeffgen*, como a nota 19, p. 696 e ss.

possível que algo como a "saúde pública", no sentido estrito da palavra, exista. Não se pode, porém, fundamentar uma proibição penal na proteção de um bem jurídico fictício. Na verdade, só se pode estar falando da saúde de vários indivíduos membros do povo. Estes só podem, entretanto, ser protegidos respeitando o princípio de que autocolocações em perigo são impuníveis, como já foi exposto. Não é possível, assim, deduzir da proteção da "saúde pública" um fundamento adicional de punição.

Um bem jurídico similarmente pouco claro é a "paz pública", cuja "perturbação" eventual o legislador quer prevenir através dos já mencionados dispositivos sobre a incitação contra um povo e de mais alguns outros. Tem-se, porém, de pensar que também todas as outras proibições penais, como a contra as lesões corporais, o furto etc, protegem a paz pública, que seria perturbada se se tolerassem tais comportamentos. Mas elas só o fazem indiretamente, como consequência da proteção de bens jurídicos bem mais concretos (como a integridade física e a propriedade), e somente na medida em que a convivência humana seja prejudicada por um comportamento que contrarie a norma penal. Nestes crimes, não se precisa recorrer à paz pública como bem protegido, e tampouco há quem o faça.

Continua não esclarecido como se deve imaginar a idoneidade para perturbar a paz pública nos casos em que inexistente lesão concreta à convivência pacífica. O fato de que algumas pessoas possam se irritar com um comportamento não basta para a punição. Afinal, quando alguém faz uso de seu direito à liberdade de expressão com finalidade crítica, ou faz valer seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade, assegurado pela Constituição alemã, por meio de roupas ou cortes de cabelo especiais, ou de outro comportamento excêntrico, tal sempre desagradará a muitas pessoas. Mas isso não é razão para punir.

Deve-se renunciar, portanto, a fundamentações da punição na idoneidade de um comportamento para perturbar a paz pública. Ou existe um perigo para a coexistência pacífica entre os cidadãos já sem a menção deste critério, tal como vimos na incitação contra minorias (§ 130 I StGB), ou este perigo inexistente, como tentei explicar à luz do exemplo da mentira de Auschwitz sem caráter de agitação. E neste segundo caso, a alegação da paz pública não é mais suficiente para justificar a cominação penal.

IV. Algumas palavras sobre o princípio da subsidiariedade

Como foi dito já ao início, mesmo nos casos em que um comportamento tenha de ser impedido, a proibição através de pena só será justificada se não for possível obter o mesmo efeito protetivo através de meios menos gravosos. Existem, principalmente, três alternativas para a pena criminal.

A primeira consiste em pretensões de indenização de direito civil, que, especialmente em violações de contrato, bastam para regular os prejuízos. A segunda alternativa são medidas de direito público, que podem comumente garantir mais segurança que o direito penal em casos, p. ex., de eventos e atividades perigosas: controles, determinações de segurança, revogações de autorizações e permissões, proibições e mesmo fechamento de empresas. A terceira possibilidade de descriminalização está em atribuir ações de lesividade social relativamente reduzida a um direito de contravenções especial, que preveja sanções pecuniárias ao invés da pena. Foi este o caminho seguido pelo direito penal alemão nas últimas décadas, ao transformar, p. ex., a provocação de barulho perturbador do sossego ou a perturbação da generalidade através de ações grosseiramente ina-

dequadas de crime em contra-ordenações (§§ 117, 118, Lei de Contra-ordenações — *Ordnungswidrigkeitsgesetz*).²³

V. Conclusão

Com isso, chego ao fim. Meu resultado é que o princípio da proteção subsidiária de bens jurídicos, cuja idoneidade para limitar o poder estatal de punir é não raro questionada³⁰, é muito bem capaz de fazê-lo, se ele for deduzido das finalidades do direito penal e a proteção dos direitos humanos fundamentais e de liberdade for nele integrada. É verdade que não surgirão daí soluções prontas para o problema da legitimação de tipos penais, mas ter-se-ão linhas de argumentação bastante concretas, que podem auxiliar que se impeça uma extensão das faculdades de intervenção do direito penal em contrariedade à idéia do estado de direito.

O panorama que acabo de expor, apóia-se na minha experiência com o direito penal alemão. A substância do problema, porém, não está restrita às fronteiras de qualquer país, mas requer, também face a teses mais ou menos provocantes, uma discussão internacional.

.) Sobre este termo, vide a nota 21 do texto anterior.

i) Cf, com mais referências, *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, vol. I, 3ª edição, 1997, § 2º, nm. 42 e ss.

NORMATIVISMO, POLÍTICA CRIMINAL E DADOS EMPÍRICOS NA DOGMÁTICA DO DIREITO PENAL¹

I. Sobre a fundamentação ontológica do sistema jurídico-penal pelo finalismo

Como se sabe, as investigações a respeito do sistema jurídico-penal no pós-guerra distanciaram-se cada vez mais de dados prévios ontológicos e de estruturas lógico-reais, sobre os quais o finalismo queria fundamentar o direito penal, tentando desenvolver a teoria geral do delito a partir de pontos de vista normativos. Por exemplo, a teoria de Jakobs é chamada por Schünemann² de "normativismo livre de dados empíricos", e a minha própria concepção, que deseja estruturar o sistema jurídico-penal com base em aspectos valorativos político-criminais, é considerada pelos finalistas — e também por Moreno Hernández³ — uma "posição normativista".

1 (N. T.) Este estudo [*Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik*], foi originalmente (em versão ligeiramente diversa) publicado em *Festschrift für Ernst-Joachim Lampe, Dölling* (ed.J, Berlin: Duncker & Humblot, 2003, p. 423 e ss.

I Schünemann, *Roxin-Festschrift*, 2001, p. 14.

) Moreno Hernández, *Roxin-Festschrift*, 2001, p. 78.

A controvérsia em torno de uma fundamentação ontológica ou normativa do sistema jurídico-penal não está, de forma alguma, definitivamente decidida em favor do normativismo (que além disso apresenta várias formas), mas se reacende a todo momento. Em especial, a idéia de que um sistema fundado em leis ontológicas seria isento de ideologias, resistente em face do arbítrio legal e judicial e, em razão disso, garantidor da liberdade, atrai e sobrevive a todas as críticas. Já Welzel⁴ pensava ter encontrado aqui os "resultados eternos do direito natural". E também o professor Moreno Hernandez⁵, do México, considerou três anos atrás a limitação da liberdade de decisão político-criminal "sem dúvida mais vantajosa (...) do que a implementação de flexíveis valorações político-criminais, que possibilita um exercício completamente livre e arbitrário do poder estatal em desfavor dos direitos do indivíduo". Meu amigo e aluno Sérgio Moccia atribui ao sistema finalista o mérito de ter, "numa época em que imperava um terrível positivismo jurídico, correspondente à onipotência do Estado nazista", favorecido a "busca de princípios e valores, que devem ser independentes da vontade estatal e que têm de fazer-lhe oposição". E talvez não seja outro o motivo de ter o finalismo ainda tantos defensores no Brasil, entre os quais se encontra o professor Cezar Bitencourt⁶.

Como será exposto, eu mesmo defendo uma extensa introdução de dados empíricos na sistemática e na dogmática das teorias gerais do direito penal. Mas oponho-me à maneira como isso é feito pela teoria finalista da ação e suas

4 *Welzel*, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 2ª edição, 1955 p. 197.

5 *Moreno Hernandez*, *Roxin-FS*, 2001, p. 83 e ss.

6 *Bitencourt*, *Tratado de direito penal*, vol. I, 8ª edição, 2003, p. 151 e ss.

pretensões quase de direito natural, oposição essa que articularei em três pontos.

Primeiramente, é até possível que a estrutura da ação, enquanto o único dado lógico-real descoberto pelo finalismo, influencie marcadamente a construção do sistema jurídico-penal, mas ela em nada contribui para impedir infiltrações ideológicas no âmbito da dogmática penal. Afinal, a exclusão da punibilidade de não-ações, no sentido de acontecimentos involuntários e incontroláveis, foi e ainda é, até hoje, defendida por todos os outros conceitos de ação. O finalismo não acrescentou fato algum a esse estado de coisas. A ênfase no elemento volitivo, característica do finalismo, pode inclusive trazer consigo perigos para o estado de direito, p. ex., punindo tentativas completamente inofensivas ou atos preparatórios bem distantes do resultado. É verdade que as tendências subjetivistas do direito penal alemão não resultam primariamente da teoria finalista da ação, que considero ideologicamente neutra. Mas essa teoria tampouco se opõe a estas tendências.

Em segundo lugar, a ação final, se tomada como o fundamento empírico-ontológico do direito penal e oposta aos pontos de partida normativos, compreende apenas um aspecto limitado da realidade, abrangendo de modo bastante incompleto o substrato fático dos acontecimentos jurídicos-penalmente relevantes. Hoje não se contesta mais que a existência empírica da omissão, da culpa e da omissão culposa não podem ser explicadas através da finalidade⁷.

Em terceiro lugar, é verdade que a teoria finalista da ação gera conseqüências para a estrutura do delito que influenciaram extensamente a jurisprudência e a legislação alemãs. Assim, a chamada teoria da culpabilidade, que não

/ Mais detalhes, com ulteriores referências, *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Vol. 1, 3ª edição, 1997, §8º, nm. 17ess.

atribui ao erro de proibição qualquer relevância para o dolo, é deduzida da estrutura da ação, segundo a qual, p. ex., uma ação de matar só pode consistir no fato de alguém causar, de modo final, a morte de outrem. Se se considera correta a teoria da culpabilidade, que foi acolhida na parte geral do Código Penal alemão (§ 17), então se tenderá facilmente a ver nela uma prova da fecundidade da concepção finalista. Welzel⁸ insiste expressamente em que "resolver o erro no sentido da chamada teoria do dolo significa desconhecer a estrutura categorial da ação". Mas a teoria estrita da culpabilidade, que considera igualmente doloso o fato realizado em erro sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação, é também um derivado da estrutura finalista da ação. E, segundo o posicionamento correto e hoje amplamente dominante, essa posição é errônea⁹. Afinal, sob a perspectiva de uma valoração político-criminal razoável, não se compreende por que alguém que queria algo que, também de um ponto de vista objetivo, era conforme ao direito, tenha de carregar o estigma de criminoso doloso por causa de mero erro sobre os fatos.

A teoria finalista da ação chega, assim, a resultados práticos, mas estes resultados não são, de modo algum, necessariamente corretos, e sim em parte corretos e em parte errôneos. Isso também refuta as pretensões quase jusnaturalistas dos resultados obtidos.

Outra dedução da teoria finalista da ação é o postulado segundo o qual a participação em fato doloso sempre pressupõe um dolo efetivo no autor principal. Tanto a jurisprudência (modificando anterior posicionamento) como o le-

8 *Welzel*, *Naturrecht und Rechtspositivismus* (na coletânea "Naturrecht oder Rechtspositivismus?", editada por Maihofer, 1962, pp. 332-338 [336]).

9 Detalhadamente a respeito, *Roxin*, *Strafrecht...*, § 4º, nm. 51 e ss.

gislador alemão o acolheram (§§ 26, 27). Pode-se discutir quanto a se realmente inexistiu participação quando alguém, por erro, supõe o dolo de quem age diretamente, ou quando um terceiro não qualificado induz o autor de um delito próprio em um erro de tipo, excludente de dolo. Se analisarmos, a partir de uma perspectiva político-criminal, o merecimento de pena deste que não age diretamente, creio que concluiremos claramente no sentido de admitir a participação¹⁰. Seja qual for a resposta, o importante é outra coisa: que a discussão a respeito de tais problemas não pode ser bloqueada através da mera alegação de dados ontológicos.

II. Méritos do finalismo

Antes de desenvolver minha própria concepção quero enfatizar que nós também devemos ao finalismo avanços inquestionáveis da dogmática penal e que já por isso a consideração de dados empíricos é algo sensato, desde que se adotem os pressupostos normativos que adiante vou explicitar. Vejo principalmente duas grandes conquistas, que são, a rigor, independentes do conceito finalista de ação, mas que obtiveram deste conceito um impulso decisivo para se consolidarem.

Primeiramente, o finalismo contribuiu de modo decisivo para o descobrimento do desvalor da ação enquanto um elemento constitutivo do injusto penal, e para a delimitação da culpabilidade e de outros pressupostos da responsabilidade penal. Está claro que a finalidade é somente um fator entre os vários que determinam o injusto penal. Além

10 Mais detalhes em *Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft*, 7ª edição, 2000, p. 261 *ess.*, p. 364 *ess.*

disso, compreende ela apenas parte do desvalor da ação, porque este consiste principalmente na criação de um risco não permitido, que independe dos fins do autor. Mas, de qualquer maneira, o finalismo enxergou corretamente que a representação e os fins do autor têm um papel importante na determinação do injusto. Isso vale também para os delitos omissivos e, como demonstrou de modo especialmente convincente Struensee¹¹, igualmente para os delitos culposos.

Em segundo lugar, o finalismo possibilitou uma concepção adequada dos diversos tipos de delito. O fato de que o homicídio doloso represente um injusto bem diferente do de um homicídio culposo só salta aos olhos se a finalidade e o dolo do homicida forem integrados no tipo. Não é correto objetar que, ao final de contas, pouco importa se a distinção entre homicídio doloso e culposo é tratada como problema de injusto ou de culpabilidade. Afinal, o injusto da tentativa sequer consegue ser objeto de um tipo sem se levar em conta a intenção finalista do autor.

Além disso, uma distinção entre autor e partícipe no plano do injusto, com base no critério do domínio do fato, só consegue ser realizada se se considerar o dolo uma componente do tipo — uma razão que, curiosamente, os finalistas pouco alegaram em seu favor. Por um lado é verdade que o termo "domínio final do fato", utilizado por Welzel, induz a erro, uma vez que dá a impressão de que a finalidade é algo peculiar ao domínio do fato, apesar de instigador e cúmplice também agirem finalisticamente. Mas todos os co-causadores devem agir com dolo, para que se pergunte quem dentre eles tem o domínio do fato e quem não. Se se reduz o tipo à causalidade, a distinção entre autoria e participação só pode ser realizada com base em vagas considera-

11 *Struensee*, JZ 1987, p. 53 e ss.; GA 1987, p. 97 e ss.

ções de culpabilidade ou de medição da pena. A antiga jurisprudência alemã, que queria distinguir uma vontade de autor de uma vontade de partícipe, oferece vários temerários exemplos para tanto, os quais em parte ainda influenciam a práxis de nosso *Bundesgerichtshof*¹².

III. O próprio posicionamento como combinação entre normativismo e referência empírica

Face ao exposto, pode-se afirmar que a virada do finalismo para os dados ontológicos levou a desenvolvimentos em parte corretos, era parte errôneos — juízo esse que corresponde à opinião atualmente dominante. Minha própria concepção metodológica é diversa e explica o porquê de eu assim avaliar o finalismo. Parto da idéia de que todas as categorias do sistema do direito penal se baseiam em princípios reitores normativos político-criminais, que, entretanto, não contêm ainda a solução para os problemas concretos; estes princípios serão, porém, aplicados à "matéria jurídica", aos dados empíricos, e com isso chegarão a conclusões diferenciadas e adequadas à realidade. A luz de tal procedimento — de uma perspectiva político-criminal —, uma estrutura ontológica como a da ação finalista parece em parte relevante, em parte irrelevante e em parte necessitada de complementação por outros dados empíricos.

Assim, p. ex., a finalidade do autor é decisiva quando se quer saber se há tentativa de homicídio ou um disparo por mero susto. Afinal, como foi dito, o injusto da tentativa fundamenta-se, ainda que não exclusivamente, na finalidade do autor. Por outro lado, a modalidade do controle fina-

12 Mais detalhes em *Roxin*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Vol. IV (eds. Roxin/Widmaier), p. 177 e ss.

lista é irrelevante quando se quer responder à pergunta quanto a se aquele que dispara contra outrem em legítima defesa putativa comete ou não uma ação dolosa de homicídio. E, noutros casos, a finalidade deve ser complementada por critérios de imputação objetiva quando o que importa é saber se uma lesão a bem jurídico almejada ou cujo risco foi assumido pelo autor representa ou não uma realização típica de um risco não permitido.

O primeiro passo na resolução de problemas na dogmática do direito penal deve ser sempre uma idéia orientadora normativa, a qual, porém, receberá contornos diversos a depender das características do dado da vida a que ela se aplicará. Já há 35 anos¹³ recorri à concepção de Radbruch, de uma "determinação da idéia pela matéria", e à sua frase tão citada: "A idéia artística é uma, quando ela deve ser realizada em mármore, outra, quando em bronze... Assim também as idéias jurídicas são essencialmente determinadas pela matéria jurídica". Por exemplo, digamos que o autor, ao contrário do partícipe, seja a figura central da realização do tipo, e que esse papel seja determinado pela presença do domínio do fato: se assim for, esse domínio do fato terá uma forma um tanto diversa, dependendo de se se trata de autoria direta, mediata ou co-autoria. E também no caso de autoria mediata por utilização de um instrumento em erro surgem resultados diversos, mesmo outras formas de domínio do fato, a depender de se estamos diante de um erro de tipo, de proibição, de um erro sobre a quantidade do injusto, sobre a identidade da vítima ou sobre os motivos.

Como costumo dizer, a idéia reitora normativa deve ser desenvolvida com base na matéria jurídica. A idéia serve de guia, por meio do qual a totalidade do material empírico é

13 No livro de Gedächtnisschrift für Radbruch, 1968, p. 260.

revistada em sua relevância segundo os parâmetros da diretriz normativa de decisão. Haffke¹⁴ caracterizou recentemente esse método através da metáfora da "geomedição" (*Landvermessung*). Ele leva na maior parte das vezes a soluções referidas a certos grupos de casos, porque a matéria jurídica se deixa ordenar segundo diversas estruturas à luz dos parâmetros normativos.

Com isso se pode chegar a uma conclusão intermediária a respeito da relação entre normativismo e dados empíricos: eu não tenho aversão ao empírico, algo que se atribui, p. ex., à teoria de Jakobs¹⁵. Eu proponho, pelo contrário, uma dogmática plena de dados empíricos, que se ocupa das realidades da vida de modo muito mais cuidadoso que um finalismo concentrado em estruturas lógico-reais um tanto abstratas. Mas é verdade que o parâmetro de decisão político-criminal, que seleciona e ordena os dados empíricos jurídicos penalmente relevantes, tem preponderância. Normativismo e referência empírica não são métodos que se excluem mutuamente, mas eles se complementam. Da mesma opinião é Schünemann¹⁶, o qual no livro de estudos a mim dedicados declara que "o ponto de partida indubitavelmente normativo decide, por um lado, quais estruturas da realidade têm relevância jurídica", complementando, ao mesmo tempo, que "dados empíricos vão ganhando cada vez mais importância na sucessiva concretização dos pontos de partida normativos".

É claro que este procedimento, já defendido desde o início de meu trabalho científico, não foi desenvolvido do

14 *Haffke*, in: Claus Roxin — Zur Persönlichkeit und zum Werk, 2002.

15 *Schünemann*, Roxin-Festschrift, 2001, p. 13 e ss., faz uma "crítica ao normativismo isento de dados empíricos proposto por Jakobs".

16 *Schünemann*, Roxin-Festschrift, 2001, p. 30.

nada. Ele tem raízes também em princípios hegelianos, no pensamento referido a valores do neokantismo e mesmo em influências fenomenológicas¹⁷. Mas com a aplicação deste método na dogmática e no sistema jurídico-penal, e principalmente com a orientação normativa segundo idéias reitoras político-criminais, surgiu algo novo, que não pode mais ser compreendido única ou preponderantemente como uma continuação de certas tradições. Essa afirmativa deve ser mais bem explicada, com o que se mostrarão ainda novas facetas das relações entre normativismo e dados empíricos.

IV. Objeções contra uma concepção político-criminal no pensamento sistemático jurídico-penal

Antes de desenvolver em mais detalhes a concepção político-criminal por mim defendida, quero discutir três objeções, que levam já *a limine* à sua rejeição: a concepção seria, primeiramente, muito indeterminada, possibilitaria em segundo lugar o arbítrio estatal e, por fim, seria estranha ao direito positivo ou à sua dogmática e sistemática.

1. No que concerne à crítica da indeterminação, é evidente que o intérprete não pode impor a sua própria política criminal àquela que subjaz ao direito vigente. Sua tarefa é muito mais trazer à tona as intenções político-criminais do legislador, a serem extraídas do ordenamento jurídico e principalmente do Código Penal, e aproveitá-las no trabalho interpretativo.

17 As referências mais exatas encontram-se, p. ex., em Täterschaft und Taherrschaft, 7ª edição, 2000, § 40, p. 526 e ss.; no meu estudo para a Gedächtnisschrift für Radbruch, 1968, p. 260 e ss.; e em "Kriminalpolitik und Strafrechtssystem", 2ª edição, 1972 (= Política criminal e sistema jurídico-penal, 2ª edição brasileira, 2003).

O legislador alemão isenta de pena o excesso na legítima defesa quando decorrer este de emoções astênicas, como desorientação, medo ou susto (§ 33 do StGB). Aqui deve-se reconhecer que o legislador renuncia à pena apesar da existência de uma ainda que reduzida culpabilidade, por não ver qualquer necessidade preventivo-geral ou especial de punição. Trata-se de uma decisão político-criminal que ultrapassa a idéia da pena meramente retributiva e que, segundo a minha interpretação, também exige que se isente de pena o excesso extensivo, cometido após o término da injusta agressão¹⁸. Afinal, tampouco é preventivamente necessário punir aquele que, por desorientação, medo ou susto, ultrapassa os limites temporais da legítima defesa.

A doutrina majoritária e a jurisprudência na Alemanha não seguem esse posicionamento, por não reconhecerem que o legislador faz a punição depender de algo além da culpabilidade, como fins de prevenção. Por pensarem que a culpabilidade tem necessariamente de trazer consigo uma pena, tal dispositivo lhes parece de todo incompreensível. Elas o consideram uma "regra grosseira"¹⁹ e tentam restringir seu campo de aplicação o quanto possível²⁰. Já Jakobs defendeu bem cedo (1976), em seu escrito sobre "Culpabilidade e prevenção", o mesmo posicionamento do que eu²¹, o qual ganha cada vez mais adeptos²². Não posso levar adiante este exemplo. Ele consegue demonstrar, entretan-

18 Mais detalhes em *Roxin*, Schaffstein-Festschrift, 1975, p. 105; Strafrecht..., § 22 B.

19 *Max Ernst Mayer*, Allgemeiner Teil, 2ª edição, 1923, p. 282.

20 *Baldus*, LK, 2ª edição, 1970, § 53, nm. 42, que acolhe a formulação da "regra grosseira".

Hl *Jakobs*, Schuld und Prävention, 1976, pp. 23-24; Allgemeiner Teil, 2ª edição, 1991, 20/31.

22 Cf. *Roxin*, Strafrecht, § 22 B IV, p. 863, nota de rodapé 126.

to, que o pensamento político-criminal na dogmática do direito penal deve ser legitimado com base na lei, mas também pode expandir nossos conhecimentos. Isso infirma ao mesmo tempo a crítica da indeterminação e do arbítrio subjetivo.

2. A segunda crítica, formulada recentemente pelo colega já citado ao início desta palestra, Moreno Kèrnández, declara que as decisões político-criminais do legislador podem desprezar as garantias fundamentais do direito penal em um estado de direito, de modo que a ciência do direito penal "nem sempre pode partir de decisões político-criminais adequadas"²³, ficando ela entregue ao arbítrio do legislador ou ao mesmo ao despotismo. Esta objeção, fundada na práxis de Estados mais ou menos ditatoriais, deve ser levado a sério. Mas já foi acima demonstrado que tampouco uma concepção ontológica do direito penal ou mesmo em um conceito finalista de ação pode evitar este perigo.

Na verdade, o único instrumento de defesa contra tais excessos estatais é a insistência em direitos humanos e de liberdade invioláveis, que se consolidaram — ao menos na teoria — em vasta parte do mundo. Na Alemanha eles foram acolhidos pela Constituição, de modo que o seu respeito e sua realização efetiva são cogentes para qualquer dogmática penal que argumente político-criminalmente.

Quando me esforcei em extrair de direitos fundamentais, como a liberdade de crença e consciência (art. 4 GG) ou a liberdade de opinião e associação (arts. 5 e 8 GG), possibilidades de exculpação jurídico-penais²⁴, isso tem significado programático: uma política criminal que deseje

23 *Moreno Hernández*, *Roxin-Festschrift*, 2001, 82/83.

24 *Roxin*, *Über die Gewissensfreiheit*, *Maihofer-Festschrift*, 1988, p. 389 e ss.; *Strafrecht*, § 22 C. Ademais *Roxin*, *Über den zivilen Ungehorsam*, *Schüler-Springorum-FS*, 1993, p. 441; *Strafrecht...*, § 22 D.

fundamentar o sistema do direito penal tem de acolher em seu bojo os direitos humanos e de liberdade internacionalmente reconhecidos. Onde isso não ocorre, os preceitos e interpretações não passam de elementos de exercício do poder, mas não são normas ou conhecimentos jurídicos. Não é verdade, portanto, que uma dogmática político-criminalmente fundada abra todas as portas para tendências autoritárias na interpretação. Ela garante, pelo contrário, mais liberdade civil do que mera fixação em teorias ônticas o conseguiria fazer.

3. A terceira crítica, por fim, fundamenta-se na tese de que o direito penal e a política criminal seriam disciplinas diversas, que nada têm a ver uma com a outra ou que se encontram mesmo em uma relação antagonônica, o que é expressado na conhecida frase de Liszt²⁵: "O direito penal é a barreira intransponível da política criminal".

O que isso tem de correto é que a dogmática jurídico-penal só trata de um setor limitado da política criminal. O foco desta é a legislação — ou seja, encontra-se fora da ciência do direito em sentido estrito — e o direito das sanções. De resto, a tese de Liszt baseia-se na premissa mais própria de uma jurisprudência de conceitos, segundo a qual a tarefa da ciência do direito penal se limita a "compreender, numa abordagem estritamente técnico-jurídica, o crime e a pena como generalizações conceituais"²⁶. O fato é, porém, que a ciência do direito penal tem de partir das decisões político-criminais do legislador — que, obviamente, só podem ser acolhidas na lei de modo bastante genérico —, concretizá-las e desenvolvê-las até seus detalhes. O dogmático do direito penal é, assim, quem auxilia o legislador a realizar a sua intenção, quem tem de levar adiante as

¹⁵ Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Vol. II, 1905, p. 80.

↳ Liszt, *Lehrbuch*, 21722^a edição, 1919, p. 1.

idéias básicas deste e quem tem de chegar a conclusões que correspondem à sua vontade, sem que o legislador as tenha conscientemente visto. Fidelidade à lei e criatividade dogmática e político-criminal não se excluem de modo algum.

V. Controle de comportamentos (*Verhaltenssteuerung*) e decisão a respeito da necessidade de pena (*Strafberdürftigkeitsentscheidung*) como as tarefas político-criminais do injusto e da responsabilidade

Onde está o aspecto especificamente político-criminal na concepção sistemática por mim defendida? É claro que, nos limites deste estudo, tal só pode ser exposto de modo fragmentário e com caráter de esboço. Por isso, hei de limitar-me às duas categorias fundamentais do injusto e da responsabilidade (culpabilidade, segundo a denominação tradicional).

O primeiro passo é reconhecer que injusto e responsabilidade se tratam de diversas valorações, que devem ser referidas cada qual a um substrato próprio. O injusto determina o que é proibido sob ameaça de pena, que comportamento é, portanto, legal ou ilegal. Já a responsabilidade decide quais dentre os comportamentos ilícitos necessitam de pena e em quais deles a pena pode ou deve ser dispensada. O primeiro nível valor ativo tem por tarefa o controle de comportamentos: ele diz aos cidadãos o que, segundo as regras do direito penal, devem omitir e, em certos casos, fazer, combinando uma valoração com uma diretriz de comportamento. O segundo nível decide a respeito da consequência jurídica — punibilidade ou não-punibilidade — segundo pontos de vista que não se confundem, de modo algum, com os da valoração do injusto, mas que devem ser extraídos da teoria dos fins da pena.

Difícilmente se poderá questionar que ambas as funções, controle de comportamentos e decisão sobre a punibilidade são problemas político-criminais por excelência. Muitos, inclusive, considerarão estes dois aspectos valorativos tão óbvios que não verão qualquer progresso em seu desenvolvimento sistemático. A tal postura pode objetar-se que nem todos os ordenamentos jurídicos conhecem essa diferenciação sistemática e que também na Alemanha, onde já há 100 anos injusto e culpabilidade são tidas por categorias jurídico-penais autônomas, essa separação é animada em outros fundamentos bem diversos.

Assim é que o chamado sistema clássico, que ainda hoje é utilizado em muitos países, distinguia injusto e culpabilidade de modo bem naturalista, como os aspectos objetivo e subjetivo do fato. O único ponto comum com o sistema por mim proposto acaba sendo o nome das categorias (e mesmo ele só parcialmente, uma vez que eu deixo a culpabilidade ser absorvida pela categoria mais ampla da responsabilidade).

O sistema finalista encontra-se mais próximo da posição por mim defendida. Mas ele confundiu, de modo bem pouco claro, a diferença de aspectos valorativos com a oposição entre o objeto da valoração e a valoração do objeto. A culpabilidade, enquanto "reprovabilidade", deveria ser puramente normativa, mera valoração, cujo objeto seria o injusto. Assim se manifesta Welzel a respeito de sua concepção²⁷: "Excluíram-se do conceito de culpabilidade os diversos elementos subjetivos psíquicos; nele se manteve unicamente o critério da reprovabilidade". Pode-se ler algo similar em Maurach²⁸: "A culpabilidade, despida de todos os

27 *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11ª edição, 1969, p. 140.

28 *Maurach*, Allgemeiner Teil, 4ª edição, 1971, p. 369.

elementos psicológicos, de todos os objetos da valoração pertencentes à esfera da consciência do autor, passa a ser agora exclusivamente uma valoração do processo de motivação. Seus componentes são procedimentos valorativos puros". Com isso esquece-se que tanto no injusto, quanto na culpabilidade, trata-se de uma dupla valoração independente, e que os pressupostos fáticos do injusto e da culpabilidade, ou seja, os objetos da valoração, são componentes do respectivo elemento do delito. E tampouco a valoração que decide sobre a responsabilidade se esgota na reprovabilidade, tendo muito mais que englobar toda a teoria dos fins da pena em seu bojo.

VI. A concretização das decisões fundamentais político-criminais como ponderação entre necessidade interventiva estatal e liberdade individual

Nosso primeiro passo foi caracterizar os parâmetros valorativos político-criminais fundamentais para o injusto e a culpabilidade. Agora esboçaremos, num segundo passo, a concretização desses parâmetros em categorias dogmáticas. Minha tese é que, ao estruturar o injusto e a responsabilidade, deve-se buscar um equilíbrio entre a necessidade interventiva estatal e a liberdade individual. Este balanceamento deve ocorrer, porém, de modo diverso, a depender da função básica de cada uma dessas categorias.

1. Começarei falando do injusto. Desde os primórdios do moderno direito penal, se reconhece que o poder de intervenção estatal deve ser limitado pelo princípio *nullum crimen sine lege* e pela causalidade. Estes pressupostos não serão aqui discutidos, apesar de haver muitas questões não solucionadas a respeito de ambos.

Mas tampouco bastam estas duas limitações. O mero nexos causais é livre de valores, se estende até o infinito e não

permite qualquer distinção entre condições permitidas e proibidas de um resultado. E tampouco o sentido literal dos dispositivos individuais — se for ele entendido como uma realização causal do tipo — fornece para a imputação do resultado mais do que o nexos causal como critério de interpretação.

É neste ponto que a concepção político-criminal se mostra útil. Parte ela da finalidade *do* direito penal, de proteger os bens jurídicos do indivíduo e da coletividade contra riscos socialmente intoleráveis. A teoria da imputação objetiva compreende a ação típica de modo conseqüente como a realização de um risco não permitido, delimitando os diversos âmbitos de responsabilidade. Ela fornece, assim, um parâmetro de interpretação que se orienta imediatamente segundo o injusto material, segundo a intolerável lesividade social do comportamento do autor. Com isso, permissão e não permissão de um risco designam os limites entre a liberdade dos cidadãos e a faculdade interventiva estatal.

Para tomar o exemplo mais evidente, dirigir cria riscos não irrelevantes para a vida e a saúde de outros. Uma proibição deste modo arriscado de locomover-se limitaria, porém, de modo intolerável a liberdade e a qualidade de vida dos cidadãos. A solução do conflito consiste em formular regras de trânsito que, por um lado, minimizem o risco, por outro garantam tanto quanto possível a liberdade de dirigir. Segundo a teoria da imputação objetiva, isso reflete imediatamente sobre a concepção de ação típica. A causação de morte provocada por alguém, apesar de dirigir respeitando as regras, *não* será uma ação de matar, sendo juridico-penalmente irrelevante, enquanto a superação do risco permitido e a sua realização na morte da vítima serão imputadas ao autor como ação de homicídio.

A distinção entre risco permitido e não-permitido é, em última instância, uma decisão normativa. Mas ela só pode ser realizada com base em amplos conhecimentos empíricos a respeito da situação no trânsito. Assim é que a totalidade dos dados empíricos relevantes para a dimensão do risco de ação penetram no direito penal através da imputação objetiva. E isso se aplica não só ao trânsito, como também a outros setores: os resultados das pesquisas sobre medicamentos, sobre química de alimentos, a totalidade de nosso saber a respeito dos potenciais lesivos de riscos industriais, técnicos etc, tudo isso se torna diretamente relevante para a realização do tipo.

2. A imputação objetiva, que compõe a espinha dorsal do injusto jurídico-penal, é portanto uma política criminal traduzida em conceitos jurídicos, que trabalha fundada numa base empírica e pondera interesses de liberdade e segurança.

Também a categoria da responsabilidade, que se acrescenta à do injusto, fundamenta-se numa ponderação. Mas agora o problema não é mais a legalidade ou ilegalidade, e sim em que medida se pode manter o interesse estatal de punir ações ilícitas, que pode facilmente levar a exageros, em limites condizentes com o estado de direito.

O instrumento central — quase sagrado na Alemanha, desde Kant e Hegel — para limitação do poder punitivo estatal é o princípio da culpabilidade. Se entendermos por culpabilidade o agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas, posição que defendo²⁹, teremos descrito a capacidade de autodeterminação através de um critério empírico, que pode pôr uma barreira à punição de pessoas não culpáveis. E isso vale tanto para déficits psíqui-

29 Cf. a respeito, recentemente, *Roxin*, A culpabilidade e sua exclusão no direito penal, neste volume.

cos na pessoa do autor como para o campo do erro de proibição.

A virtude que os finalistas atribuem a seu conceito de ação e às estruturas lógico-reais daí derivadas, a saber, a de servir de baluarte contra punições estatais excessivas, é, a rigor, muito mais própria do princípio da culpabilidade que do conceito de ação. De qualquer maneira, temos aqui um critério empírico limitador do arbítrio, a respeito de cuja importância estou de acordo com os finalistas.

Para Jakobs³⁰, pelo contrário, a culpabilidade é, como se sabe, mera adscrição segundo necessidades de prevenção geral, de modo que desaparece o freio a necessidades preventivas gerais exorbitantes presente em minha concepção, que trabalha com o critério empírico da idoneidade para ser destinatário de normas. Naucke³¹ observou, certa vez, que ele não conseguia reencontrar em Jakobs o antigo princípio, segundo o qual, "no direito penal, trata-se das relações entre liberdade individual e poder estatal". Este conflito compõe, porém, o tema central de minha concepção sistemática. As frentes de opiniões seguem por vezes caminhos bem diversos daquilo que uma diferenciação simplificadora entre finalistas e funcionalistas leva a crer.

Em meu sistema, a culpabilidade não é a única limitação ao direito estatal de punir — com o que me afasto da opinião dominante. Eu extraio de normas do Código Penal alemão e da Constituição, sem poder fundamentá-lo em detalhes, o que já foi feito em outras publicações, que a pena pode ser excluída no caso de culpabilidade em si existente, mas bastante reduzida, por não existir necessidade preventiva de punição. Em tais hipóteses, não falo em exclusão da culpabilidade e sim da responsabilidade penal.

30 Fundamental a respeito: *Jakobs*, Schuld und Prävention, 1976.

31 *Naucke*, ZStW 107 (1995), p. 927.

Tal será o caso no excesso da legítima defesa, em diversas situações de estado de necessidade legal e supralegal, na culpa levíssima, em omissões análogas ao estado de necessidade e também em formas ainda socialmente suportáveis do fato de consciência e da desobediência cívil³².

A categoria sistemática da responsabilidade por mim desenvolvida fundamenta-se, portanto, sobre a idéia de uma dupla limitação do direito estatal de punir: através da culpabilidade e das necessidades preventivas de punição. Se faltar um destes dois pressupostos, ficará excluída a punibilidade. Esta conclusão decorre da teoria dos fins da pena, segundo a qual a pena não pode ser fundamentada nem pela culpabilidade, nem por sua finalidade preventiva, tomadas separadamente, pois a pena pressupõe, para ser legítima, tanto a necessidade social (isto é, preventiva) quanto uma reprovação pessoal do agente pela existência de culpabilidade.

Também a categoria sistemática da responsabilidade transforma política criminal em dogmática penal. E como a culpabilidade também possui um fundamento empírico, para se responder em que situações ainda seja preventivamente tolerável renunciar à pena apesar de presente a culpabilidade devem-se levar em conta não somente parâmetros legais de decisão, como também uma análise exata dos dados reais.

VII. Conclusão

E com isso chego à conclusão. O que aqui demonstrei de modo bastante esboçado a respeito das categorias fun-

32 Já fiz referência, na nota 24, a meus estudos sobre os dois temas por último mencionados. A respeito dos demais casos, aqui unicamente mencionados, faço referência global a meu tratado.

damentais do injusto e da culpabilidade poder-se-ia explicitar também em outros setores importantes da teoria geral do delito. Quando, p. ex., eu diferencio o dolo da culpa através do critério da "decisão em favor da possível lesão ao bem jurídico"³³, ou caracterizo, junto a vários autores, a desistência da tentativa que isenta de pena como uma "volta à legalidade"³⁴, trata-se sempre de diretrizes normativas político-criminalmente fundadas, que se deixam desenvolver através de sua aplicação ao vasto material empírico, chegando a resultados diferenciados.

O sistema do direito penal não deve fornecer uma dedução a partir de conceitos normativos abstratos ou um reflexo de regularidades ontológicas. Ele é, muito mais, uma combinação de idéias reitoras político-criminais, que penetram na matéria jurídica, a estruturam e possibilitam resultados adequados às peculiaridades desta. Com isso me encontro entre as duas frentes de um normativismo adverso ao empírico e de um ontologismo que deseja prescrever ao legislador soluções predeterminadas pelo próprio ser. Mas eu penso e creio ter demonstrado através de vários de meus trabalhos que esta posição intermediária é correta e fecunda.

33 Cf. a respeito meu artigo "Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und unbewusster Fahrlässigkeit", in: JuS 1964, p. 53 e ss. (= Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, p. 209 e ss.).

34 Cf. a respeito o § 32 do recém-publicado vol. II de meu tratado.

SOBRE A FUNDAMENTAÇÃO POLÍTICO-CRIMINAL DO SISTEMA JURÍDICO-PENAL¹

A idéia de estruturar categorias basilares do direito penal com base em pontos de vista político-criminais² permite transformar não só postulados sócio-políticos, mas também dados empíricos e, especialmente, criminológicos, em elementos fecundos para a dogmática jurídica. Se procedermos deste modo, o sistema jurídico-penal deixará de ser unicamente uma totalidade conceitualmente ordenada

1 (N. T.) Este estudo [*Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems*] foi originalmente publicado em *Festschrift für Günther Kaiser, Albrecht/Dünkel/Kerner/Kürzinger/Schöch/Sessar/Villmow* (eds.), Berlim, 1998, p. 885 e ss.

2 Esta idéia é apresentada e mais detalhadamente desenvolvida em meu escrito *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2ª edição, 1973, bem como em meu manual *Strafrecht, Allg. Teil*, vol. I, 3ª edição, 1997, § 7º, nm. 51-84 *epassim* (= Funcionalismo e imputação objetiva, Rio de Janeiro, 2002, § 7º, nm. 1-84); o que ali está dito não será aqui repetido.

(N. T.) A citada obra encontra-se traduzida para o português, sob o título *Política criminal e sistema jurídico-penal*, Renovar, Rio de Janeiro, 2000. Igualmente em português, sobre a proposta de Roxin, veja-se meu artigo *Introdução á dogmática funcionalista do delito*, *RBCCrim* 32, (2000), p. 120 *ess.*

de conhecimentos com validade geral, mas abre-se para o desenvolvimento social, pelo qual também se interessa a criminologia, que se empenha na explicação e no controle da delinqüência. Isto pode justificar que eu queira tecer algumas observações genéricas sobre questões sistemáticas fundamentais, oferecendo-as ao grande criminólogo e honrado colega, *Günther Kaiser*, com meus cordiais parabéns por seu 70º aniversário.

I. Sobre a teoria do ilícito

1. O caráter avalorado (*Wertfreiheit*) da construção sistemática causai e final no âmbito do ilícito

É sabido que a a teoria do ilícito penal neste século, com as construções sistemáticas da teoria clássica (e, mais tarde, neoclássica)³ do delito, a que se seguiu historicamente (após 1930) a teoria finalista da ação, foram edificadas sobre os elementos basilares da causalidade ou da finalidade. Discutiu-se por bastante tempo se a causalidade, uma vez considerada elemento fundamental da realização do tipo, poderia dispensar um tratamento adequado aos delitos omissivos. Com a teoria finalista da ação surgiu ainda o problema quanto a se a culpa, constitutiva de certos

3 (N. T.) O conceito clássico de delito é o de *Liszt e Bebing*, estruturado sobre um injusto objetivo e uma culpabilidade subjetiva, que se construiu sob a influência do naturalismo positivista. O neokantismo relativizou essa dura separação, permeando o injusto de elementos subjetivos, a culpabilidade de elementos objetivos e normativizando ambas as categorias — até chegar ao que hoje se chama conceito neoclássico de delito (cf. *Roxin*, *Strafrecht...*, § 7º/13 e ss., entre nós, *César Bitencourt*, Manual de direito penal, vol. I, 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 137 ess.).

tipos, poderia ser compreendida através do critério da finalidade⁴.

Em virtude de se terem solucionado de modo insatisfatório estas tentativas de integração é que a discussão entre "causalistas" e "finalistas", que dominou a doutrina nos primeiros 25 anos do pós-guerra, caiu em grande medida no silêncio, e que ambas as concepções sistemáticas possuem somente um reduzido número de seguidores na Alemanha. Visto de uma retrospectiva histórico-dogmática, sobressaem mais as semelhanças do que as diferenças entre as duas teorias: ambas fundamentam o sistema jurídico penal em categorias ônticas, avaloradas, imunizadas de antemão contra objetivos sociais e político-criminais. O nexos causais (no sentido da teoria da equivalência) e também sua supradeterminação finalista tentam descrever leis estruturais de acontecimentos do mundo exterior, que são anteriores a toda valoração.

2. A teoria funcional do ilícito como uma teoria da imputação derivada da tarefa do direito penal, político-criminalmente fundada, e aberta para a dimensão empírica

Em face destas construções, a proposta sistemática teleológica/político-criminal (funcionalista), que desde 1970 encontra um número crescente de seguidores⁵, realiza uma verdadeira revolução copernicana. A imputação objetiva,

4 Cf., quanto a isso, em confronto com as mais avançadas e fecundas concepções finalistas de *Struensee* (JZ 1987, p. 53 e ss.; 1987, p. 541 e ss.; GA 1987, p. 97 e ss.), por último *Roxin*, Finalität und objektive Zurechnung (Finalidade e imputação objetiva), in: Armin Kaufmann-GS, 1989, p. 237 e ss. (p. 247 e ss.).

5 Cf., quanto a isto, com ulteriores referências, *Roxin*, Strafrecht..., § 1º, nm. 24 e ss.

ao considerar a ação típica uma realização de um risco não permitido dentro do alcance do tipo⁶, estrutura o ilícito à luz da função do direito penal. Esta teoria utiliza-se de valorações constitutivas da ação típica (risco não permitido, alcance do tipo), abstraindo de suas variadas manifestações ônticas.

Afinal, não se pode caracterizar o ilícito penal através de categorias como a causalidade ou a finalidade. O ilícito nem sempre é realizado final ou causalmente, como o provam os crimes omissivos. E ainda onde tais estruturas se apresentam, falta-lhes a referência ao direito penal, de modo que elas não bastam para caracterizar aquilo que há de jurídico-penalmente relevante em uma ação típica. Pelo contrário, tanto o injusto culposos, como o omissivo, na perspectiva de um sistema jurídico-penal funcionalista, são o resultado de uma imputação que se processa de acordo com critérios jurídicos. Os problemas da teoria causal e final da ação acima expostos perdem, de antemão, seu objeto.

Mas as diferenças entre as concepções de sistema vão além: se considerarmos a ação típica como realização de um risco não permitido, é porque estamos deduzindo o comportamento jurídico-penalmente relevante da tarefa do direito penal, de defender o indivíduo e a sociedade contra riscos sócio-politicamente intoleráveis. A idéia do risco vai, como se sabe, bem além da esfera da dogmática jurídico-penal, e tematiza problemas fundamentais da sociedade moderna e de seu direcionamento⁷. O processamento dogmático desta

6 Cf, com mais detalhes, *Roxin*, Strafrecht..., § 11, nm. 39 e ss.

7 Comparem-se, p. ex., o livro bastante discutido do sociólogo *Beck* sobre a Risikogesellschaft (Sociedade do Risco), 1986, a monografia de *Kratzsch* sobre Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht (Direcionamento de comportamentos e organização no direito penal), 1985, e o trabalho de *Prittowitz* sobre Strafrecht und Risiko (Direito penal e risco), 1993.

idéia possibilita e favorece a introdução de questionamentos político-criminais e empíricos, e faz com que a dogmática, encerrada em seu edifício conceitual pelas anteriores concepções de sistema, se abra para a realidade.

A controvérsia a respeito da legitimidade ou não dos delitos de perigo abstrato⁸, que hoje ocupa o centro das discussões fundamentais do direito penal — para ficar unicamente neste exemplo —, não pode ser decidida no sentido de uma aceitação ou negação em bloco, mas unicamente através de investigações, análises e valorações político-criminais dos perigos decorrentes de determinado comportamento para um bem jurídico concreto. Este procedimento vale não só para a apreciação político-jurídica de normas já existentes, ou para fundamentar exigências a serem feitas *de lege ferenda*, mas também para os espaços interpretativos do direito vigente. Aqui as ciências empíricas são necessárias mesmo para o trabalho dogmático.

O mesmo vale para o conceito de risco permitido: onde ele não estiver fixado legalmente, o juízo jurídico não poderá ser formulado sem levar em conta investigações empíricas. Quando se quer saber se contatos sexuais mantidos por uma pessoa infectada pelo HIV com uma pessoa não informada desta infecção, utilizando ou não preservativo, configuram lesões corporais, isto só pode ser decidido através de uma estimativa exata do risco de infecção com ajuda de critérios sócio-politicamente fundados sobre os limites daquilo que é socialmente tolerável⁹. Assim, tanto a política social como alguns dados de realidade introduzem-se, através do princípio sistemático do risco, de modo imediato na interpretação das ações típicas.

8 Cf., quanto a isso, com ulteriores referências, *Roxin*, Strafrecht..., § 2º, nm. 26 e ss.

9 Cf., sobre os problemas e controvérsias aqui existentes, com maiores referências, *Roxin*, Strafrecht..., § 11, nm. 108 e ss.

Um sistema jurídico-penal teleológico-racional difere dos projetos sistemáticos causai e final no campo do ilícito não só através de sua abertura para o empírico e para a política criminal, mas igualmente porque ele reconhece a ação típica não exclusivamente como um dado prévio ontológico, e sim também como produto de uma valoração legislativa. Se, p. ex., a venda de drogas a outrem na consciência dos possíveis efeitos, droga essa que vem a ser injetada pelo consumidor com resultado de morte, é ou não uma ação dolosa de homicídio, tal não pode ser respondido através de categorias como a causalidade ou a finalidade, mas unicamente através da teoria da imputação objetiva. Segundo esta teoria, não existirá ação de homicídio, porque a imputação é limitada pelo princípio da auto-responsabilidade¹⁰.

3. Objeções

Depois de tudo isso será difícil concordar com a afirmação de *Hirsch*, um dos últimos defensores engajados do finalismo atualmente, no sentido de que, "desde a reconstrução do sistema operada por *Welzel*, não surgiram concepções dogmáticas fundamentais convincentes".¹¹ Nos delitos dolosos, considera ele os problemas de imputação objetiva uma questão de dolo¹². Mas os casos de aids e

10 BGHSt 32, p. 262, com comentário de *Roxin*, NStZ 1984, p. 411. Mais detalhes quanto a tudo, *Roxin*, Strafrecht..., § 11, nm. 91-104 (= Funcionalismo..., § 11, nm. 91-104).

11 *Hirsch*, Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Köln, 1988, p. 399 ess. (p. 420).

12 *Hirsch*, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik in der Bundesrepublik Deutschland in grundsätzlicher Sicht, in: *Hirsch/Weigend*

drogas, anteriormente descritos, já demonstram o quão pouco isto é verdadeiro. É certo que, nestes casos, ainda que os agentes tenham assumido o risco de (ou mesmo almejado) um resultado de lesão ou morte, estará ausente o dolo. Mas isto não é devido à ausência da finalidade em seu agir, mas sim ao fato de inexistir um tipo objetivo, sobre o qual o dolo do delito se possa projetar. A *sedes materiae* é, portanto, o tipo objetivo, não o dolo¹³.

Quanto aos delitos culposos, pensa *Hirsch*¹⁴: "Se levarmos em consideração (...) o nexo de antijuridicidade¹⁵ do delito culposo, veremos que se trata, é verdade, de um ponto de vista objetivo, a saber, o vínculo condicional entre a ação voluntária contrária ao dever de cuidado e o dano causado. Mas a espécie de relação entre a ação contrária ao dever de cuidado e o resultado decorre já da essência do delito culposo. Este só se aperfeiçoa se o resultado decorrer exatamente da referida violação do dever de cuidado. Aqui também não resta espaço, portanto, para uma autônoma teoria da imputação objetiva." Aquilo que aqui — numa

(eds.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland* 1989, p. 65 *ess.* (p. 68).

13 Cf., quanto a isto, *Roxin*, *Die Lehre von der objektiven Zurechnung*, in: *Sonderausgabe der Chengchi Law Review zum taiwanesisch-deutsch-spanischen strafrechtlichen Symposium*, Taipei, 1989, p. 219 e *ss.* (p. 236 e *ss.*) (N. T.: o mencionado trabalho encontra-se neste volume, mais adiante, sob o título "A teoria da imputação objetiva").

14 *Hirsch*, *Die Entwicklung...*, p. 68.

15 (N. T.) O tipo objetivo do delito culposo compõe-se, segundo o finalismo (seguido por *Hirsch*), de uma violação do dever objetivo de cuidado, de um resultado lesivo e de um nexo valorativo (a terminologia é bastante confusa: nexo de antijuridicidade, de violação do dever, de determinação...) entre o dever objetivo de cuidado e o resultado. Os seguidores da imputação objetiva costumam entender este nexo como o segundo requisito da imputação: a realização do risco dentro do alcance do tipo.

roupagem ontológica — é referido como a "essência do delito culposo", não passa (abstraindo-se de que o mesmo vale para os delitos dolosos¹⁶) da regra central da imputação, segundo a qual o resultado deve representar uma realização do risco não permitido que o dever de cuidado consubstanciado no tipo pretendia prevenir¹⁷. Em substância, acaba-se de reconhecer que não é possível sistematizar a culpa utilizando-se do critério da finalidade, mas unicamente através das regras da imputação objetiva.

Outra crítica formulada ao sistema teleológico-racional, que opera com regras de imputação, dirige-se contra a suposta indeterminação de seus conceitos. "Atrás de cada teoria encontra-se hoje (...) facilmente a tendência, decerto não defendida por *Roxin*, de introduzir conceitos genéricos e pouco nítidos no lugar de uma construção e sistematização precisa e conforme a coisa"^{18,19}. É certo que, quando se extraem decisões valorativas de premissas político-criminais e de dados empíricos, é possível, às vezes, sustentar opiniões diversas; trata-se de uma peculiaridade de todo trabalho jurídico, que jamais fornecerá soluções matematicamente seguras. Ainda assim, como demonstram recentes monografias²⁰, a perspectiva funcional ou teleológi-

16 Mais detalhes em *Roxin*, Finalität..., p. 237 e ss., confrontando-se com *Armin Kaufmann*, Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt?, in: Festschrift für Jescheck, 1985, Vol. I, p. 251 e ss.

17 Cf., com mais detalhes, *Roxin*, Strafrecht..., § 11, nm. 72 e ss.

18 *Hirsch*, Die Entwicklung..., p. 69 e ss.

19 (N.-T.) *Hirsch* utiliza os termos "sachlich präzise Begriffsbildung und Systematisierung". A primeira palavra — *sachlich* — é uma forma adverbial do substantivo *Sache*, coisa, e indica a preocupação finalista em levar em conta a natureza da coisa a ser regulada.

20 Por exemplo, *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; *Frisch*, Vorsatz und Risiko, 1983; *Frisch*, Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988.

co-racional conseguiu, no âmbito do injusto doloso ou culposo, chegar a distinções e precisões sistemáticas que ultrapassam consideravelmente, em fecundidade e aceitabilidade²¹, todos os esforços anteriores.

[I. Sobre a teoria da responsabilidade

1. Sua dedução da teoria dos fins da pena e a introdução da idéia de prevenção

Assim como o injusto deve ser sistematizado desde as arefas do direito penal — a defesa contra riscos socialmente insuportáveis — utilizando-se de regras de imputação leia decorrentes, a responsabilidade, como segunda categoria central do sistema do fato punível, deve fundar-se sobre a teoria dos fins da pena. Enquanto a teoria do ilícito responde à pergunta sobre que atos são objeto de proibições penais, a categoria da responsabilidade visa solucionar o problema dos pressupostos com base nos quais o agente poderá ser responsabilizado penalmente pelo injusto que praticou.

Contentar-se unicamente com a culpabilidade do autor — do ponto de vista das teorias retributivas puras, segundo as quais o sentido da pena se encontra exclusivamente na compensação da culpabilidade. Corresponde a tal teoria retributiva tornar a punibilidade do autor que agiu ilicitamente dependente só de sua culpabilidade. Era, portanto, conseqüente que, na época do direito penal puramente retributivo²², o conteúdo do elemento do crime posterior à

[(N. T.) A palavra alemã é *Konsensfähigkeit*, que se traduziria, literalmente, por capacidade de consenso.

I (N. T.) A doutrina brasileira continua a sustentar, em grande parte,

ilicitude, capaz de fundamentar a punibilidade individual, se esgotasse na "culpabilidade". Curioso e anacrônico é, porém, que ainda hoje nossa dogmática leve em conta, ao lado do injusto penal, unicamente a "culpabilidade" como categoria autônoma do delito, apesar de que só raramente se defenda uma teoria retributiva estrita, e que esta concepção seja incompatível com nossa legislação penal, face ao disposto nos §§ 46, 46a, 47 StGB, 153 e ss. StPO^{23,24}.

que a pena é retribuição, ou segue um ecletismo dentro do qual a retribuição ainda encontra lugar de destaque. Isto tem a ver não só com a influência italiana, principalmente do retributivista *Bettiol*, como também com a nova Parte Geral, de 1984, que se referiu à pena "necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime". *Roxin* parte do pressuposto de que a época de tais teorias esteja definitivamente superada, o que entre nós não é necessariamente verdadeiro.

A idéia comumente repetida entre nós, de que a pena deva corresponder à culpabilidade, de que esta seja não só o limite, mas também o fundamento da pena, igualmente é tributária deste pensamento retributivista que *Roxin* considera inaceitável. Parte da doutrina moderna vem abandonando esta concepção "bilateral" de culpabilidade — em que a culpabilidade teria função tanto de limitar, como de fundamentar a pena, não podendo esta ultrapassá-la, nem tampouco ficar-lhe aquém — por uma concepção- "unilateral", que vê a culpabilidade exclusivamente como limite da pena, podendo esta, contudo, ser-lhe inferior, por motivos de prevenção [a respeito, os pioneiros trabalhos de *Roxin*: *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, in: *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, ano 56, (1973), p. 316 e ss., (p. 319); *Zur Problematik des Schuldstrafrechts*, in: *ZStW* 96 (1984), p. 641 *ess.*, (p. 654)].

23 Cf., com mais detalhes, *Roxin*, *Strafrecht...*, § 3º, nm. 2-10, 44-47.

24 (N. T.) "§ 46, StGB. Princípios para a medição da pena. (1) A culpabilidade do autor é o fundamento da medição da pena. Devem-se levar em conta as conseqüências que sejam de se esperar da pena para a vida futura do autor na sociedade." No (2), arrola a lei algumas circunstâncias que devem ser levadas em conta na fixação da pena, excluindo-se, no (3), aquelas que já tenham sido levadas em conta na qualidade de elementos do tipo legal.

Se partirmos, contudo, do pressuposto de que a culpabilidade é, de fato, condição necessária, mas não suficiente da punição, deveremos acrescentar à culpabilidade — que é compreendida como agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas^{25,26} — uma necessidade preventiva de pena, assim como é indicado pelo desenvolvimento do direito e pelas modernas teorias da pena. Se a influência

O § 46a prevê a chamada "composição autor-vítima" (*Täter-Opfer-Ausgleich*), que tem por efeito uma diminuição ou, em certos casos, uma isenção da pena nas hipóteses em que o autor tenha reparado o prejuízo, ou empenhado sérios esforços no sentido de o fazer.

O § 47 StGB consagra o princípio da excepcionalidade das penas curtas de privação de liberdade, assim entendidas as inferiores a seis meses, que só se aplicarão quando exigências de prevenção especial ou geral as tornarem necessárias.

Os §§ 153 e ss. da StPO (que é o código de processo penal) consagram, entre outros, o princípio da oportunidade na criminalidade menos grave, o da insignificância, a suspensão provisória do processo etc.

25 Não se pode examinar nesta sede os problemas especificamente vinculados ao conceito de culpabilidade. Aprofundadamente quanto a isto, *Roxin*, *Strafrecht...*, § 19, nm. 1-59.

26 (N. T.) A expressão alemã é *Unrechthandeln trotz normativer Ansprechbarkeit*. *Ansprechbarkeit* é a substantivação do adjetivo *ansprechbar*, que significa a qualidade daquele com quem se pode falar, a possibilidade de alguém ser destinatário de determinada mensagem. Daí porque desdobrei, de modo talvez insatisfatório, a sucinta formulação alemã em algo mais longo, mas que, pelo menos, parece-me guardar estreita correspondência semântica com o original. Outras propostas seriam a de *Díaz Y García Conlledo*, in: *Roxin*, *Derecho penal*, Parte General, 1997, p. 807: "asequibilidade normativa"; e a de *Cirino dos Santos*, *A moderna teoria do fato punível*, 2000, p. 212: "dirigibilidade normativa", que dificilmente explicitam de modo correto a idéia contida na expressão original. O essencial é que, através desta formulação, procura *Roxin* encontrar um substrato empiricamente verificável para o conceito de culpabilidade, evitando, ao mesmo tempo, cair nas aporias e na metafísica do "poder-agir-diversamente", que ele considera cientificamente inverificável (*Strafrecht...*, § 19/36, 19/39).

que tais teorias exercem sobre o direito sancionatório é tal que, mesmo quando existente a culpabilidade, arquiva-se o processo, deixa-se de aplicar a pena ou ela é suspensa condicionalmente, é inconseqüente e somente compreensível através do poder de inércia de dogmas tradicionais que, na medição da pena e na fundamentação da punibilidade, elas sejam tão pouco ou em nada consideradas.

No que se refere à medição da pena, vige na jurisprudência ainda (com pequenas flexibilizações possibilitadas pela teoria do espaço livre²⁷) o preceito: "Quanto ao conteúdo, a pena não pode desvincular-se de sua finalidade de retribuição à culpabilidade nem para cima, nem para baixo" (BGHSt 24, 134). Por um lado, hoje se reconhece que a pena não possa ultrapassar a medida da culpabilidade²⁸. Isto se explica com base na função de limitar a pena, desempenhada pelo princípio da culpabilidade, que, enquan-

27 (N. T.) Na Alemanha, discute a doutrina várias teorias a respeito da medição da pena. Para a teoria da pena pontual [*Theorie der Punktstrafe*], os critérios de medição da pena dados pela lei sempre conduziriam a uma única pena correta. Já para a *Spielraumtheorie* (que traduzi por teoria do espaço livre, ciente das limitações desta tradução), adotada pela jurisprudência, a pena adequada à culpabilidade nunca pode ser determinada com exatidão; restaria sempre um campo livre, uma margem dentro da qual o tribunal poderia mover-se guiado por considerações de prevenção especial (cf. *Jescheck & Veigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ª edição, Berlim: Duncker & Humblot, 1996, pp. 880/881).

Spielraum, literalmente, significa espaço [*Raum*] de jogo [*Spiel*]. Porém, seguir os espanhóis e falar em "espaço de jogo" (p.ex., *Mir Puig, Derecho Penal, Parte General*, 5ª edição, Barcelona, 1998, § 3/55) significaria desconhecer que há certas palavras que, uma vez juntas, adquirem um terceiro significado, diverso da soma dos dois anteriores. *Spielraum* significa margem de liberdade, discricção, e foi este o sentido que tentei captar ao falar em "espaço livre".

28 (N. T.) Veja-se a nota 22.

to exigência do estado de direito, deve ser aceita de modo irrestrito. Mas como fundamentar que a pena não possa ficar aquém da medida da culpabilidade? Se é inegável que uma grande porcentagem de todos os delitos cometidos culpavelmente é simplesmente arquivada, na forma dos §§ 153 e ss., StPO, então inexistente argumento racional no sentido de que a aplicação da pena não possa desvincular-se da medida da culpabilidade "para baixo", nos casos em que assim o demandarem necessidades preventivas especiais, e em que o permitam exigências preventivas gerais. Os §§ 46 1, 2, 46a, 47 do StGB apontam para este caminho das teorias da pena, sendo difícil compreender por que se hesita tanto em segui-lo. De qualquer maneira, aqui se encontra um campo de trabalho bastante fecundo para a política criminal e para a criminologia.

Tudo isto vale também para a dogmática, ou seja, para a determinação daquilo que é em si punível. Se a pena pressupõe culpabilidade, mas também uma necessidade preventiva de punição, é uma consequência necessária desta concepção de fins da pena que também os pressupostos da punição devam ser medidos com base nesta premissa. A categoria do delito que se segue ao ilícito deve, portanto — obviamente, permanecendo-se vinculado à lei —, tomar por objeto, além da culpabilidade, também a necessidade preventiva do sancionamento penal, englobando as duas sob o conceito de "responsabilidade".

2. Conseqüências práticas e sua consonância com o ordenamento jurídico

Já demonstrei várias vezes ser esta também a visão do legislador. Os §§ 33 e 35 do StGB²⁹, p. ex., são casos de

29 (N. T.) O § 33, StGB, prevê a causa de exculpação do excesso de

redução, e não de exclusão, da culpabilidade; a não punibilidade decorre somente de levar em conta o legislador a ausência da necessidade preventiva geral e especial do sancionamento³⁰.

E quando o § 19 do StGB dispõe: "É incapaz de culpabilidade aquele que ainda não tem 14 anos ao cometer o fato", é evidente que isto — tomado literalmente — é correto em muitos, mas jamais em todos os casos. O jovem de 13 anos que quebra as janelas do vizinho, sabe, em regra, que não é permitido agir assim, e pode comportar-se de acordo com esta exigência; a punição paternal não se aplicará sobre uma pessoa sem culpabilidade. Mas se o legislador, aqui, dispensa a pena, isto ocorre principalmente porque a coletividade não considera delitos cometidos por crianças uma especial ameaça, faltando, portanto, uma necessidade preventiva geral de punição; e também porque a tentativa de educar crianças através da pena criminal é contra-indicada do ponto de vista preventivo especial. Se, com o crescimento da criminalidade praticada por crianças nos últimos anos, já se escutam vozes a exigir a diminuição da

legítima defesa, que opera quando o autor aja por algum motivo astênico (desorientação, medo ou pavor). O § 35 do mesmo diploma prevê o estado de necessidade excludente de culpabilidade, que se dá quando o agente age para evitar um perigo para a vida, a integridade física ou a liberdade, sua ou de pessoa próxima, não se aplicando, contudo, a exculpante àquele de que, por sua especial posição jurídica, exija o ordenamento que enfrente o perigo, tampouco àquele que o tenha causado. Para o teor literal dos dispositivos, cf. o anexo. *Roxin* costuma argumentar que em tais casos exista, sim, um "poder-agir-de-outra-maneira", ou, como ele prefere, um "agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas", de modo que a isenção de pena ocorre por considerações alheias à culpabilidade, que só podem ser preventivas.

30 Mais detalhes quanto a isto, quanto ao posicionamento da literatura e quanto às respostas a suas diversas objeções, cf. *Roxin*, *Strafrecht...*, § 19, hm. 1-9, e § 22, nm. 7-14.

maioridade penal para os 12 anos, isto só pode fundar-se não em uma culpabilidade recentemente descoberta no incapaz de culpabilidade, e sim na necessidade de uma prevenção mais eficaz. Será tarefa da criminologia demonstrar que instrumentos de educação e de controle social devem aqui ser utilizados e que, de qualquer maneira, o direito penal não é um meio idôneo para disciplinar e socializar crianças. Esta tarefa acaba por ser ocultada quando se interpreta, com a opinião dominante, o § 19 do StGB unicamente como uma presunção absoluta de que crianças sejam incapazes de culpabilidade, sem considerar as componentes preventivas, pois, de acordo com esta concepção, as discussões sobre o rebaixamento da maioridade penal levam em conta unicamente o ponto de vista da capacidade de culpabilidade, chegando-se, previsivelmente, a resultados diversos. As questões decisivas sequer seriam notadas.

Contudo, a limitação da responsabilidade mesmo pelo comportamento culpável através da necessidade preventiva da sanção só é permitida nos limites da lei — e não através de uma apreciação da necessidade de pena a ser feita pelo juiz. Mas as possibilidades de uma interpretação restritiva da punibilidade, dentro dos limites do direito vigente, são ainda mais amplas do que se está acostumado a considerar. Assim é que, p. ex., dentro dos limites do preventivamente tolerável, podem ser isentos de responsabilidade penal aqueles atos praticados com base na liberdade de crença e consciência (art. 4, GG), e isto através de uma interpretação conforme a Constituição. Fundamentei este ponto de vista mais detalhadamente em outro lugar, onde tentei igualmente concretizar as exigências preventivas³¹, mas também nesta questão serão necessárias pesquisas em-

31 *Roxin*, Die Gewissenstat als Strafbefreiungsgrund, in: Maihofer-Festschrift, 1988, p. 389 e ss.; sintetizado em Roxin, Strafrecht..., § 22 C, nm. 100-133.

píricas para que se preencha de conteúdo o conceito dogmático.

Algo similar ocorre com a desobediência civil, que cai dentro do âmbito de proteção³² dos arts. 5º e 8º da GG, e que, em suas manifestações socialmente suportáveis, pode ser tratada de modo mais tolerante³³; isto possibilitaria soluções político-criminais bem mais sensatas do que aquelas que nos fornece a jurisprudência sobre o bloqueio sentado (BGHSt 41, 182)³⁴. Investigações empíricas e discussões político-criminais podem fornecer soluções aptas a gerar consenso também neste campo — bastaria que elas fossem admitidas na argumentação da dogmática jurídico-penal!

Por fim, também na culpa leve é possível, *de lege lata*, fundamentar uma isenção da responsabilidade penal, se entendermos a punição não como consequência necessária da culpabilidade, e introduzirmos na categoria da responsabilidade a necessidade de pena (*Strafbedürftigkeit*), que só surge com a indispensabilidade preventiva de uma sanção jurídico-criminal. Costuma-se reconhecer que, na culpa

32 (N. T.) A palavra alemã é *Schutzbereich*, tomada da teoria dos direitos fundamentais, na qual significa o campo da vida que é protegido pela vigência de determinado direito fundamental (*Pieroth/Schlink, Grundrechte — Staatsrecht II*, 14ª edição, Heidelberg: C. F. Müller, 1998, §77195 ess.)

33 Mais detalhes em *Roxin, Strafrechtliche Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam*, in: *Festschrift für Schüler-Springorum*, 1993, p. 441 e ss.; sintetizado em *Roxin, Strafrecht...*, § 22, D, nm. 130-133.

34 (N. T.) Trata-se do conhecido caso da *Sitzblockade*, (que traduzi por bloqueio sentado, cômico da precariedade de minha tentativa), em que duas mulheres bloquearam a passagem de uma rua em frente a um depósito de munições para protestar em defesa da paz, sendo condenadas, pelo BGH, pelo delito de coação (*Nötigung*), um equivalente de nosso constrangimento ilegal (*Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie*, 2ª edição, Munique: Beck, 1997, p. 56 e ss.).

leve, é desnecessária a pena criminal³⁵: a perturbação à ordem social pode ser resolvida através da compensação civil; e uma intervenção preventiva especial se mostra desnecessária, porque mesmo a pessoa mais cuidadosa pode evitar pequenos descuidos em casos específicos, mas não permanentemente — está além da natureza humana comportar-se com precisão e cuidado jamais cessantes —, de modo que uma pena nada conseguirá modificar.

Se, ainda assim, a dogmática mal enxerga a possibilidade de reduzir a punição dos delitos culposos a uma medida sócio-politicamente razoável³⁶, isto decorre novamente da consideração irrefletida de que a culpabilidade — e também a culpa leve é culpabilidade — sempre tem de trazer consigo a punibilidade. Quando se reconhece, por outro lado, que mesmo nos delitos dolosos, segundo a vontade do legislador expressa nos §§ 33 e 35 do StGB, uma culpabilidade reduzida leva à isenção de pena, vê-se que a valoração legislativa apoia por completo a suposição de que o mesmo deva ocorrer aos delitos culposos. A causa de exculpação da inexigibilidade, reconhecida pela jurisprudência e, desde então, também pelo direito costumeiro, pode, justamente em casos de exigências que sobrecarreguem os indivíduos, oferecer a esta solução um enquadramento jurídico-sistemático plausível. Este exemplo também demonstra o quão facilmente, se seguirmos a proposta aqui defendida, é possível integrar no sistema exigências reconhecidamente racionais do ponto de vista político-criminal. Fica claro que a questão de quando, concretamente, um comportamento culposo se encontra fora das necessidades preventivas jurí-

35 Cf., p. ex., as referências em *Roxin*, *Strafrecht...*, § 24, nm. 885, nota de rodapé 107.

36 Cf., porém, as referências em *Roxin*, *Strafrecht...*, § 24, nm. 119.

dico-penais, representa um campo fecundo de trabalho para a criminologia.

3. Objeções

Uma concepção de responsabilidade orientada pelos fins da pena, mesmo em um panorama traçado só em suas linhas fundamentais, já demonstra não serem pequenas as suas conseqüências sistemáticas e práticas. Mas, diversamente do que ocorre na teoria da imputação objetiva, reestruturadora do conceito de ilícito, e que se consolidou de modo vasto na doutrina, a complementação da categoria da culpabilidade através de considerações sobre a necessidade de pena ainda encontra muitos mal-entendidos, bem como objeções por eles provocados. A intenção de clarificar o problema justifica uma curta discussão com vozes representativas da crítica.

Hirsch³⁷ pensa que a proposta sistemática aqui defendida fundamente a culpabilidade através da prevenção. "Com isso, o conceito de culpabilidade não pode desempenhar a função dele esperada, que é de limitar a pena em especial também face a necessidades de prevenção, eis que ele já está determinado pelas exigências da prevenção". A conseqüência é tão correta quanto incorreta se mostra a premissa. Afinal, também de acordo com a teoria aqui defendida, a punibilidade sempre exige uma culpabilidade, que, enquanto "agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas", é independente de quaisquer considerações preventivas. A ausência de uma necessidade preventiva pode excluir a responsabilidade, não a culpabilidade.

37 *Hirsch*, ZStW 106 (1004), p. 757; quanto a isto já *Roxin*, Strafrecht..., § 19, nm. 9.

Sobre "a 'teoria político-criminal' de *Roxin*", diz *Jescheck*³⁸: "Ela questiona 'se, do ponto de vista jurídico-penal, é necessária uma sanção contra o autor individual'. A culpabilidade seria unicamente um limite ao poder punitivo estatal, tratando-se, materialmente, de nada mais que 'agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas'. O decisivo passa a ser, assim, se a pena é merecida; logo, a culpabilidade é pressuposto, e não unicamente limitação da pena". Também aqui há um mal-entendido, se bem que de outra espécie. Pois aquilo que limita uma pena é, obviamente, também seu pressuposto. Eu o declaro com toda clareza³⁹: "Segundo a concepção aqui defendida, a pena sempre pressupõe culpabilidade, de modo que qualquer que seja a necessidade de prevenção, jamais se poderá justificar uma pena que contrarie o princípio da culpabilidade." Considerar que eu não reconheça a culpabilidade como pressuposto da pena não corresponde, portanto, à minha doutrina.

*Lenckner*⁴⁰, que reproduz de modo correto o pensamento básico da concepção aqui sustentada, faz abordagem diversa: "Segundo esta teoria, a 'culpabilidade' no sentido de 'agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas' (...) é uma condição necessária, mas não suficiente para a 'responsabilidade' penal, pois esta é determinada complementarmente por exigências preventivas. Daí deveria decorrer 'uma maior limitação da pena' em comparação com 'aquilo que o princípio da culpabilidade isoladamente pode garantir, o que está de acordo com o estado de direito'." *Lenckner* objeta que, "tendo em vista a imprecisão de pontos

38 *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allg. Teil, 5ª edição, 1996, p. 427.

39 *Roxin*, Strafrecht..., § 19, nm. 7.

40 *Lenckner*, em: Schönke-Schröder, StGB, 25ª edição, 1997, vor § 13, nm. 117.

de vista preventivos", isto seria de duvidar-se, assim como "a fecundidade da teoria dos fins da pena para as causas de exclusão de culpabilidade e de exculpação"⁴¹, reunidas sob a rubrica causas de exclusão de responsabilidade".

"Imprecisão" e "infecundidade" são, portanto, as palavras-chave de sua crítica. Porém, considerações preventivas, sem as quais ninguém consegue proceder a uma apreciação da necessidade de pena de um comportamento, não oferecem menos precisão que a tentativa de uma exata determinação da culpabilidade e de sua medida. O desconforto face aos espaços de liberdade ainda restantes é reduzido ainda decisivamente se recordarmos que, em primeiro lugar, se trata unicamente do desenvolvimento de decisões valorativas pré-dadas, feitas pelo legislador, e que, em segundo lugar, tais considerações preventivas só legitimam que se permaneça aquém da culpabilidade, não agravando, e sim beneficiando o cidadão nas zonas limítrofes da necessidade de pena. Por outro lado, postulações político-criminais como a de que é desnecessário, do ponto de vista preventivo, penalizar a culpa leve ou os atos de crianças, são

41 (N. T.) Alguns autores, como o citado *Lenckner*, distinguem causas de exclusão de culpabilidade (*Schuldausschliessungsgründe*) de causas de exculpação (*Entschuldigungsgründe*). Nas primeiras, que compreenderiam a inimputabilidade e o erro de proibição inevitável, estaria de antemão excluída a culpabilidade. Já nas segundas — estado de necessidade exculpante, coação irresistível — operariam não a total exclusão, mas uma simples redução na culpabilidade. Mas como tais causas de exculpação sempre prevêm ações orientadas a salvar algum bem jurídico, haveria, ao lado da redução na culpabilidade, uma redução no injusto. Esta redução no injusto, por fim, refletiria na culpabilidade, nela operando uma segunda redução. Em síntese: causas de exclusão de culpabilidade, como o nome indica, excluem a culpabilidade; causas de exculpação reduzem o injusto e a culpabilidade a uma dimensão que não mais legitima a punição (cf., por todos e com referências, *Jeschek/Weigend*, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ª edição, Duncker & Humblot, Berlim, 1995, § 43, II).

criminologicamente verificáveis, e aptas a obter consenso. E a introdução dos direitos fundamentais também na esfera da dogmática jurídico-penal é um dever do qual esta, assim como o processo penal e outros ramos do direito, não podem furtar-se.

Tampouco posso admitir que seja "infecundo" valer-se da teoria dos fins da pena ao responder a pergunta quanto à punibilidade ou não de determinado comportamento⁴². Afinal, para que deveria servir esta teoria, se não para determinar quando, no caso concreto, uma pena é necessária, e quando é possível dispensá-la? Parece-me, também, que a fecundidade da proposta aqui defendida esteja comprovada pelas conseqüências que, de modo rápido e sumário, acima expus, e que vão bastante além do estágio da discussão até agora alcançado.

Como último crítico, façamos referência a *Lackner*⁴³, que admite, sem mais, a possibilidade de que "um juízo de reprovação em si fundado se torne, segundo a lei (p. ex., no estado de necessidade exculpante do § 35), sem efeito, em virtude de a proteção de bens jurídicos dispensar uma reação penal", para logo após levantar reservas contra a concepção aqui sustentada, "eis que ela acarreta uma criticável redução do princípio da culpabilidade à função de limite

•12 *Lenckner*, StGB..., fundamenta suas dúvidas unicamente através de uma referência ao § 35, por ele interpretado como "uma dispensa da reprovação da culpabilidade legitimada pela concorrência de duas causas de diminuição da culpabilidade". Isto não é, porém, uma interpretação correta; cf. minhas considerações — *Roxin*, Strafrecht..., § 22, mu. 9/10. Mas mesmo que ela estivesse certa, se não levássemos em conta a necessidade preventiva de pena, seria inexplicável que a dupla diminuição da culpabilidade levasse à exclusão da punição (e não a uma simples redução)*.

* (N. T.) Cf. nota de rodapé 41.

I i *Lackner*, StGB, 22ª edição, 1997, vor § 13, nm. 24, 25.

superior da pena". Se isto significa que eu não entenda a culpabilidade como pressuposto e razão de legitimidade da pena, é de aplicar-se aquilo que já disse *aJescheck*. Se, por outro lado, *Lackner* deseja expressar que toda a culpabilidade precisa ser punida — do contrário, o princípio da culpabilidade estaria "reduzido" —, tal assertiva não estaria em consonância com a tarefa do direito penal, de proteção subsidiária de bens jurídicos, e tampouco com suas próprias considerações a respeito do § 35.

Logo depois, esclarece *Lackner* suas reservas da seguinte maneira: "Face ao estado atual da discussão, marcado por diversos mal-entendidos, tais vinculações internas entre culpabilidade e prevenção trazem consigo (...) o perigo de que o princípio da culpabilidade, fundado na idéia de liberdade, e que se encontra num plano diverso da busca de fins preventivos, seja diluído além de seus limites por elementos utilitaristas". Mas não existe perigo algum na hipótese de, em um primeiro momento, verificarmos a culpabilidade do autor, e só após perguntarmos se podemos fazer vista grossa a esta culpabilidade por causa de pontos de vista político-criminalmente relevantes a serem extraídos do StGB ou da GG. O fato de culpabilidade e prevenção se encontrarem em "planos" diversos não é uma circunstância capaz de problematizar a reunião dos dois conceitos na categoria da "responsabilidade", mas, pelo contrário, um pressuposto para a recíproca limitação de que aqui se trata: a punição de comportamentos culpáveis é restringida por exigências preventivas, e a punição fundada em exigências preventivas é limitada pelo princípio da culpabilidade. Isto não representa "diluição" alguma, e sim exatamente a função até hoje desempenhada pelo princípio da culpabilidade.

Se não quiséssemos reconhecer "elementos utilitaristas" como pressuposto da punibilidade, voltaríamos a uma

teoria retributiva pura, o que também *Lackner*⁴⁴ não deseja, pois ele ressalta, com razão, que a pena só está legitimada "quando ela se mostrar, simultaneamente, um meio necessário para a obtenção da tarefa protetiva de prevenção que assiste ao direito penal". É exatamente este conhecimento que fundamenta a categoria da responsabilidade em um sistema funcionalista do direito penal.

Política criminal, prevenção e fins da pena possuem, assim, um direito de argumentar também na dogmática jurídico-penal. São idéias reítoras que podem constituir uma ponte de ligação com a criminologia.

44 *Lackner*, StGB..., § 46, nm. 2.

A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA¹

I. Problemas do tipo na teoria causai e final da ação

O sistema jurídico-penal "clássico" alemão, desenvolvido na virada do século principalmente por *Liszt* e *Beling*, fundamentava o tipo no conceito de causalidade. Considerava-se realizado o tipo toda vez em que alguém constituía uma condição para o resultado nele previsto, ou seja, toda vez em que alguém o causava, no sentido da teoria da equivalência dos antecedentes. Acabava o tipo, assim, com uma grande extensão, pois, nesta perspectiva, praticou uma ação de matar não só aquele que disparou o tiro mortífero, mas todos os que contribuíram para o resultado com uma *condictio sine qua non*: o fabricante e o vendedor do revólver e da munição, aqueles que ocasionaram a desavença da qual resultou o tiro, até mesmo os pais e outros ascendentes do criminoso. As necessárias restrições à responsabilização jurídico-penal daí resultantes teriam de ser realizadas em outros níveis do sistema: na antijuridicidade ou, princí-

1 Este estudo (*Die Lehre von der objektiven Zurechnung*), foi originalmente publicado em *Chengchi Law Review*, vol. 50, maio de 1994, p. 219 *ess.*

palmente, na esfera da culpabilidade, onde se localizavam todos os elementos subjetivos do delito.

Contra este sistema levantou-se, por volta da década de 1930, a teoria finalista da ação, fundada principalmente por *Welzel*, que vê a essência da ação humana não no puro fenômeno natural da causação, e sim no direcionamento, guiado pela vontade humana, de um curso causai no sentido de um determinado fim antes tomado em vista. Esta compreensão da conduta como um ato finalístico, orientado a um objetivo, evita consideravelmente o *regressus ad infinitum* da teoria causai da ação, eis que, ao contrário dela, já analisa o dolo no nível do tipo, como a parte subjetiva deste. Em virtude disso, o posicionamento do dolo no tipo é aceito quase unanimemente pela ciência jurídica alemã.

O grande progresso que trouxe a teoria finalista da ação limita-se, porém, ao tipo subjetivo. Para a realização do tipo objetivo, considera ela suficiente a mera relação de causalidade, no sentido da teoria da equivalência. Com isso, o tipo continua demasiado extenso. Esclarecerei o que tenho em mente através de três grupos de casos, à guisa de introdução:

1. Consideremos, agora, que A deseje provocar a morte de B! A o aconselha a fazer uma viagem à Flórida, pois leu que lá, ultimamente, vários turistas têm sido assassinados; A planeja que também B tenha esse destino. B, que nada ouviu dos casos de assassinato na Flórida, faz a viagem de férias, e de fato é vítima de um delito de homicídio. Deve A ser punido por homicídio doloso? Se reduzirmos o tipo objetivo ao nexo de causalidade, esta seria a conclusão. Afinal, A causou, através de seu conselho, a morte de B, e almejava esse resultado.

Ou pensemos no caso do homem de aparência suspeita que vai comprar um punhal afiado em uma loja¹. O vende-

dor (V) pensa consigo: "Talvez ele queira matar alguém com o punhal. Mas isto deve ser-me indiferente." Tem V de ser punido por homicídio praticado com dolo eventual, na hipótese de o comprador, realmente, apunhalar alguém? Objetivamente, V constituiu uma causa para a morte da vítima, e subjetivamente assumiu o risco de que tal resultado ocorresse.

2. Problemas similares ocorrem nas hipóteses de grande relevância prática que são as de desvios na causalidade. Limito-me ao conhecido exemplo escolar, em que A atira em B com intenção de matá-lo, mas somente o fere. O ferido é levado por uma ambulância a uma clínica; mas ocorre um acidente de trânsito, vindo B a falecer. Cometeu A um delito consumado de homicídio? Ele certamente causou a morte de B no sentido da teoria da equivalência, e também a almejou. Se ainda assim não deve haver um delito consumado de homicídio, isto é difícil de fundamentar do ponto de vista de uma compreensão causal do tipo objetivo.

3. Como exemplo do terceiro grupo de casos quero lembrar a hipótese extraordinariamente comum da entrega de tóxicos. Imaginemos que A venda heroína a B. Os dois sabem que a injeção de certa quantidade de tóxico gera perigo de vida, mas assumem o risco de que a morte ocorra; A o faz, porque o que lhe interessa é principalmente o dinheiro, e B, por considerar a sua vida já estragada e só suportável sob estado de entorpecimento. Deve A ser punido por homicídio cometido com dolo eventual, na hipótese de B realmente injetar em si o tóxico e, em decorrência disso, morrer? A causalidade de A para a morte de B, bem como seu dolo eventual, encontram-se fora de dúvida. Se considerarmos a causalidade suficiente para a realização do tipo objetivo, teremos que concluir pela punição.

II. Linhas mestras da teoria da imputação objetiva

A teoria da imputação objetiva tenta resolver os problemas que decorrem destes e de outros grupos de casos, ainda a serem examinados. Em sua forma mais simplificada, diz ela: um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação (1), quando o risco se realiza no resultado concreto (2) e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo (3)².

1. A criação de um risco não permitido

O primeiro grupo de casos por mim mencionado refere-se à criação de um risco não permitido. Instigar alguém a uma viagem à Flórida, ainda que, em seu aspecto objetivo, constitua a causa de uma morte, e, subjetivamente, tenha por finalidade a morte da vítima, *não pode sequer objetivamente constituir uma ação de homicídio*, porque tal conduta não criou um perigo de morte juridicamente relevante, e não elevou de modo mensurável o risco geral de vida. É duvidoso que uma viagem à Flórida tenha aumentado o pequeno risco de ser vítima de um delito de homicídio existente em qualquer país. Ainda assim, enquanto não impedir o caos em determinado Estado, a ponto de que os países de onde saem os visitantes desaconselhem, em razão do perigo, uma viagem para lá, um eventual aumento de risco será juridicamente irrelevante, tendo em vista os m

2 Mais detalhadamente, com minuciosas referências, *Roxin*, *Str frecht — Allgemeiner Teil (AT)*, Vol. I, 1992, § 11, nm. 36 e ss. (Funcionalismo, § 11, nm. 39 e ss.).

lhões de turistas que voltam para casa ilesos. A morte do viajante não pode ser portanto imputada ao provocador da viagem como ação de homicídio. Isto significa que sequer o tipo objetivo do homicídio está preenchido, de modo que a pergunta a respeito do dolo sequer se coloca.

Em meu outro exemplo, o da venda de um punhal a uma pessoa de aparência suspeita, ter-se-á de admitir a existência de um certo risco. Mas este risco é permitido. Afinal, uma vida ordenada em sociedade só é possível se o indivíduo, em princípio, puder confiar em que as pessoas com quem interage não cometerão delitos dolosos. Do contrário, além de punhais, igualmente não poderiam ser vendidos ou emprestados materiais inflamáveis, fósforos, machados, enxadas. Por exemplo, é possível partir o crânio de alguém com um caneco de cerveja bávaro. Mas o risco de tal utilização abusiva é permitido pelo Estado, pois a sociedade não pode funcionar sem bens passíveis de abuso.

Vigora aqui o *princípio da confiança?*, conhecido do direito penal de trânsito: pode-se confiar em que os outros se comportarão conforme ao direito, enquanto não existirem pontos de apoio concretos em sentido contrário, os quais não seriam de afirmar-se diante de uma aparência suspeita (pois se trata de um critério vago, passível de aleatórias interpretações), mas só diante de uma *reconhecível inclinação para o fato* [*erkennbare Tatgeneigtheit*]⁴. Tal inclinação existiria, p. ex., se, no momento em que estivesse ocorrendo uma perigosa rixa diante da loja, o vendedor entregasse

3 Veja-se, mais aprofundadamente, *Roxin*, Bemerkungen zum Regressverbot, Tröndle-FS, 1989, p. 177 e ss.; o mesmo, AT, vol. I, 1992, § 24, nm. 26 e ss.

4 (N. do. T.) *Cirino Dos Santos*, em sua *A moderna teoria do fato punível*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 2000, p. 109, prefere traduzir a *erkennbare Tatgeneigtheit* por "reconhecível disposição para o fato".

o punhal a um dos contendores. Na hipótese de que alguém fosse morto com o punhal, o vendedor deveria ser punido por homicídio culposo ou por cumplicidade no homicídio, de acordo com o seu conhecimento da situação. No exemplo acima dado, porém, o princípio da confiança permanece em vigor. O vendedor não criou um perigo proibido, de modo que, independentemente da causação ou de seu substrato psíquico, nem a venda do punhal, nem o resultado morte daí decorrente lhe podem ser imputados como ações de homicídio.

2. A realização do risco não permitido

Em meu segundo grupo de casos, no exemplo do sujeito que, ferido por alguém com dolo de homicídio, vem a morrer em um acidente de ambulância, o resultado igualmente não poderá imputar-se àquele que atirou, apesar de ter sido causado e almejado. É verdade que, através do tiro, criou o autor um perigo imediato de vida, o que é suficiente para a punição por tentativa. Mas este perigo não permitido não se realizou, pois a vítima não morreu em razão dos ferimentos, e sim de um acidente de trânsito. O risco de morrer em um acidente não foi elevado pelo transporte na ambulância; ele não é maior do que o risco de acidentarse quando se passeia a pé, ou com o próprio automóvel. Falta, portanto, a realização do risco criado pelo tiro, de modo que o resultado morte não pode ser imputado àquele que efetuou o disparo como sua obra. Ele não cometeu uma ação de homicídio, mas somente uma ação de tentativa de homicídio.

Também antes do desenvolvimento da teoria da imputação objetiva, a punição só por tentativa de homicídio correspondia à opinião francamente dominante na Alemanha.

Mas esta opinião era — e em parte ainda é — fundamentada de um modo completamente distinto. Analisava-se o caso sob o aspecto do desvio no curso causai, tendo-se criado a tese de que o dolo deveria abranger o curso causai em suas "linhas gerais". Em se tratando de um "desvio essencial", dever-se-ia excluir o dolo. Assim, enquanto a teoria da imputação objetiva considera já o tipo não preenchido, a teoria mais antiga, que também é defendida pela jurisprudência, exclui somente o dolo. Na verdade, a consideração de que aqui se trata de um problema de dolo é uma solução aparente, pois o decisivo é justamente se existe ou não um desvio essencial, e isto é um critério objetivo. De fato, trata-se de um ponto de vista bastante vago, pois o conceito de "essencialidade" ainda precisa ser preenchido com algum conteúdo. Mas se tentarmos concretizá-lo, chegaremos à conclusão de que um desvio é essencial, quando nele não se realiza o risco contido na ação de tentativa. Daí se vê que o deslocamento do problema para a doutrina do dolo não faz mais que dar uma roupagem subjetiva a uma questão de imputação objetiva, obscurecendo, além disso, a solução, através do uso de elementos pobres de conteúdo como a "essencialidade".

3. O alcance do tipo e o princípio da auto-responsabilidade

Em meu terceiro grupo de casos, que caracterizei através do exemplo da entrega de heroína, o ato de entregar a droga constitui uma criação de um risco não permitido. A criação de tal risco é proibida, pois a entrega do tóxico, por si só, já é punível com uma pena grave segundo o direito nlemão [§ 29, I, 1, Lei de Tóxicos [*Betäubungsmittelgesetz*]]. Além disso, o risco não permitido se realizou, pois

aquele que recebeu a droga faleceu graças à injeção de heroína. E, ainda assim, a causação de uma morte com dolo eventual — que é o que podemos constatar no traficante — não é uma ação de homicídio. Afinal, de acordo com o direito alemão, sequer a participação dolosa em um suicídio, ou seja, no ato doloso de matar-se a si próprio, é punível. Ura simples *argumentum a maiore ad minus* chega ao resultado de que também não poderá ser punível a participação em uma autocolocação em perigo, quando houver por parte da vítima uma completa visão do risco, como no nosso caso, em que existe um suicídio praticado com dolo eventual. O alcance do tipo *{Reichweite des Tatbestands}* não abrange esta hipótese; pois, como demonstra a impunidade da participação em suicídio, o efeito protetivo da norma encontra seu limite na auto-responsabilidade da vítima^{5,6}.

Inicialmente, o *Bundesgerichtshof* (BGH) punia, em casos desta espécie, o traficante por homicídio, mesmo que só se conseguisse provar a culpa, como na maior parte dos casos. Somente em 1984, numa espetacular mudança juris-

5 Veja-se, com referências — também da jurisprudência — *Roxin*, AT, vol. I, 1992, § 11, nm. 86 e ss.

6 (N. T.) Como é sabido, o direito brasileiro, ao contrário do alemão, pune a participação em suicídio, de modo que os argumentos expendidos pelo autor não são válidos em face de nosso ordenamento. Porém, isto não implica que, automaticamente, se deva optar pela punibilidade daquele que participa em uma autocolocação em perigo, mas tão-só que, qualquer que seja a solução defendida, ela precisará basear-se em outros fundamentos. Para uma exposição do problema e destes possíveis fundamentos em ordenamentos jurídicos que punem a participação em suicídio, vejam-se *Cancio Meliá*, Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal, Bosch, Barcelona, 1998, p. 42 e ss., e *Costa Andrade*, Consentimento e acordo em direito penal, Coimbra Editora,-Coimbra, 1991, pp. 281/283, autores que se mostram de acordo com a solução da impunidade.

prudencial (aliás, sob a imediata influência de um estímulos de *Schünemann*⁷), é que negou o Tribunal a existência de um delito de homicídio, decidindo (BGHSt 32, p. 2fi2): "Autocolocações em perigo, desejadas e realizadas de modo responsável, não estão compreendidas no tipo dos delitos de homicídio ou lesões corporais, ainda que o risco que se assumiu conscientemente se realize. Aquele que instiga, possibilita ou auxilia tal autocolocação em perigo não é punível por homicídio ou por lesões corporais". Esta decisão é o principal sucesso que a teoria da imputação objetiva conseguiu até hoje na prática jurisprudencial alemã.

III. Outras consequências da teoria da imputação objetiva

Meus exemplos introdutórios abrangem unicamente uma pequena parcela da multiplicidade de problemas que se podem solucionar através da teoria da imputação objetiva. Alguns outros (mas não todos) campos de aplicação desta doutrina serão, ao menos, esboçados.

1. A diminuição do risco⁸

Ações que diminuam riscos não são imputáveis ao tipo objetivo, apesar de serem causa do resultado em sua forma concreta e de estarem abrangidas pela consciência do sujeito. Quem convence o ladrão a furtar não 1.000, mas somente 100 marcos alemães, não é punível por participação

7 *Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln?*, NStZ 1982, p. 60.

8 Mais aprofundadamente, *Roxin*, AT, vol. I, 1992, § 11, nm. 43 e ss.

no furto, pois sua conduta não elevou, mas diminuiu o risco de lesão. O mesmo vale para a redução de lesões corporais em rixas, bem como para vários casos análogos.

2. O risco permitido⁹

A importância do risco permitido vai bastante além do caso do princípio da confiança, referido. Sempre que, em virtude de sua preponderante utilidade social, ações perigosas forem permitidas pelo legislador — em certos casos, sob a condição de que se respeitem determinados preceitos de segurança — e, mesmo assim, ocorra um resultado de dano, esta causação não deve ser imputada ao tipo objetivo. Isto vale em especial para o tráfego de veículos. Aquele que respeita as regras de trânsito e, ainda assim, acaba se envolvendo em um acidente com consequência de lesões a bens jurídicos não praticou ação de homicídio, lesões corporais ou dano; pois as lesões aos bens jurídicos não decorreram de um risco proibido, e sim de um risco tolerado pela lei.

Este ponto de vista possui grande relevância também para os riscos advindos de modernos complexos industriais. Acidentes que ocorram apesar do respeito aos padrões legais de segurança sequer objetivamente constituem ações de lesões corporais. O fato de que, possivelmente, eles tenham sido calculados, bem como o de que o risco de sua ocorrência tenha sido assumido, não é o bastante para fundamentar um dolo de lesões corporais, pois sequer o tipo objetivo, a que o dolo deve referir-se, está preenchido. Nestes casos, é o legislador quem suporta os riscos. Se, por outro lado, o risco permitido for ultrapassado, através, p. ex., de desrespeito às normas de segurança, a causação de

9 Mais aprofundadamente, *Roxin*, AT, vol. I, 1992, § 11, nm. 55 e ss.

um resultado de lesões corporais decorrente desta violação representará uma ação de lesões corporais, que será punível a título de dolo ou culpa, a depender da disposição psíquica do responsável.

3. O fim de proteção da norma de cuidado¹⁰ em seu significado para o critério da realização do perigo

A teoria da imputação objetiva desenvolveu critérios de imputação ainda mais precisos: para o preenchimento do tipo objetivo não basta que haja umnexo entre o resultado e o risco não permitido criado pelo causador. E preciso, além disso, que o resultado esteja abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado. Veja-se o caso julgado pelo Tribunal do Reich (RGSt 63, p. 392):

Dois ciclistas passeiam um atrás do outro, no escuro, sem estarem com as bicicletas iluminadas. Em virtude da inexistência de iluminação, o ciclista que vai à frente colide com outro ciclista, vindo da direção oposta. O resultado teria sido evitado, se o ciclista que vinha atrás tivesse ligado a iluminação de sua bicicleta.

Aqui está claro que o ciclista que vem à frente deve ser punido por lesões corporais culposas. Afinal, o dever de utilizar o farol tem por fim evitar colisões. O primeiro ciclista, ao dirigir sem iluminação, criou o perigo não permitido de uma colisão, e este perigo também se realizou. Mas deve-se imputar o resultado também ao ciclista de trás, de

10 (N. T.J A palavra alemã é *Gefahrvermeidungsvorschrift*, que, literalmente, se traduziria por "dispositivo de evitação do perigo". Dei preferência, porém, a uma fórmula mais simples e clara.

maneira que ele tenha de ser punido por lesões corporais culposas? Leve-se em conta que também ele criou o perigo de que o primeiro ciclista provocasse uma colisão. Afinal, a simples iluminação da segunda bicicleta teria evitado o acidente com o primeiro ciclista; e este perigo se realizou da mesma forma que o criado pelo outro ciclista. Mas, e é neste ponto que se encontra a diferença decisiva: a finalidade do dever de iluminação é evitar colisões próprias, não alheias¹. O resultado deveria ser imputado ao segundo ciclista somente se fosse ele a colidir com um terceiro. O seu dever de iluminar não tinha de impedir que outro ciclista colidisse com um terceiro. O segundo ciclista não realizou o risco não permitido que a lei queria evitar através de seu comando, podendo ele, portanto, ser acusado pela falta de iluminação, mas não punido por lesões corporais culposas.

Acontecimentos nos quais o fim de proteção da norma de cuidado desempenha um papel decisivo são bastante frequentes. Desta multiplicidade de exemplos tomarei somente os casos em que um motorista ultrapassa a outrem de modo contrário ao dever, vindo o condutor do carro ultrapassado a morrer, por causa de um infarto provocado pelo susto (OLG Stuttgart, NJW 1959, p. 2320), ou porque, em virtude de um irreconhecível defeito material, se quebra a roda do carro ultrapassante, daí decorrendo uma colisão (BGHSt 12, p. 79). A ultrapassagem contrária à norma de cuidado representa um risco não permitido e também está causalmente vinculada ao resultado. Mas a proibição de ultrapassagem tem unicamente a finalidade de evitar colisões resultantes do processo perigoso de ultrapassagem em si próprio. O impedimento de uma parada cardíaca ou da quebra de uma roda não estão compreendidos no fim das normas sobre a ultrapassagem. Daí porque se deva negar, em ambos os casos, um homicídio culposos.

4. A atribuição ao âmbito de responsabilidade de terceiros (*Zuordnung zutn Verantwortungsbereich anderer*)

O critério do alcance do tipo, que, inicialmente, expliquei através do princípio da auto-responsabilidade — o caso da entrega de droga — será agora esclarecido, se me permitirem os senhores, através de um segundo exemplo, que versa sobre a delimitação de âmbitos de responsabilidade. Escolherei um caso julgado pelo OLG de Celle (NJW 1958, p. 271):

A bate seu carro contra uma árvore, por desatenção. Um passageiro fratura o quadril esquerdo. No hospital, morre ele por causa de uma sepsemia (envenenamento do sangue)¹¹, decorrente de desatenção médica.

Também em casos desta ordem costumam nossos tribunais condenar o primeiro causador por homicídio culposo. Eles partem da premissa segundo a qual se deva sempre contar com erros leves ou de gravidade média da parte dos médicos, de modo que seus efeitos ainda representariam uma realização do risco do acidente. Isto pode ser verdadeiro. Contudo, a jurisprudência ainda não percebeu que a pergunta a ser formulada é, muito mais, a seguinte: não deverá o médico sozinho responder por estes erros? E a resposta é afirmativa. Afinal, a partir do transporte para o hospital, o tratamento do paciente se torna problema exclusivo dos mé-

11 (N. T.) No original, a palavra é *Sepsis*. Porém, em nosso idioma, o termo "sepe" não significa envenenamento do sangue, e sim "intoxicação causada pelos produtos de um processo putrefativo" (*R. Paciornik, Dicionário Médico, 3ª edição, Guanabara-Koogan, Rio de Janeiro, 1992*). Daí porque, orientado pelo prof. Dr. *Talvane de Moraes*, prefere o termo "sepsemia", que designa um quadro patológico típico, causado pela disseminação de microrganismos patogênicos e toxinas circulantes do sangue, através da corrente sangüínea.

dicos. Se não conseguirem eles impedir a morte, deve-se punir o primeiro causador por homicídio culposo, já que os médicos não criaram um perigo de morte, mas somente não puderam eliminar um perigo já existente. Em nosso caso a situação é diversa. A fratura da perna não gera perigo de vida. Tal perigo foi, isso sim, criado e realizado unicamente pelo comportamento dos médicos. Como o primeiro causador não pode vigiar o comportamento dos médicos, não deve ele também responder por aquilo que eles façam. O alcance do tipo não compreende uma imputação tão extensa.

Isto se aplica genericamente a todo erro médico que se encontre fora do risco típico de lesão¹². Se o paciente morre não por seu ferimento, mas por um erro na narcose, cometido pelo anestesista, o primeiro causador não será responsabilizado por homicídio culposo. Tais erros, mesmo que previsíveis, já não se encontram no âmbito de responsabilidade do primeiro causador, não sendo, portanto, alcançados pelo tipo¹³.

IV. A importância da imputação objetiva para a moderna teoria do tipo. Sobre a "confusão entre o objetivo e o subjetivo"

1. O deslocamento do centro de gravidade para o tipo objetivo

A teoria da imputação objetiva confere ao tipo objetivo uma importância muito maior da que ele até então tinha, tanto na concepção causai, como na final.

12 Veja-se, a respeito, *Schünemann*, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA 1975, p. 719.

13 Veja-se, para outros problemas de imputação no comportamento médico, *Roxin*, AT, Vol. I, § 11, nm. 108 e ss.

a) A teoria causai da ação reduziu o ilícito dos delitos cli-resultado ao nexo de causalidade. Numa aplicação consequente, isto conduz ao conhecido *regressus ad infinitum*, do qual falei inicialmente. É claro que, p. ex., dar à luz o assassino é uma *condictio sine qua non* para a morte da posterior vítima, mas ainda não representa uma ação de matar. A teoria causai da ação e do tipo falha por completo diante do problema de delimitar o tipo de delito (*Deliktstyp*) do respectivo crime¹⁴. É exatamente esta tarefa que a teoria da imputação objetiva procura resolver. Ela fornece regras genéricas a respeito de quais causações de uma morte, de lesões corporais ou de um dano constituem ações de matar, lesar ou danificar, e quais não. Com isto ela possibilita não só uma descrição plástica da face objetiva de cada ilícito típico, mas também soluciona, como demonstraram meus exemplos, inúmeros problemas concretos de punibilidade. Acima de tudo, ela possibilita uma limitação político-criminalmente plausível da responsabilidade por culpa, que foi demasiado estendida pela jurisprudência alemã, nas trilhas do pensamento causai.

b) Através da moderna teoria da imputação, o tipo objetivo aumenta em importância também em relação àquilo que lhe conferia a teoria finalista, e isto à custa do tipo subjetivo. É verdade que o posicionamento do dolo no tipo subjetivo é plenamente compatível com a teoria da imputação objetiva. Mas a concepção da ação típica é bem diferen-

14 (N. T.) A palavra *Deliktstyp* significa aqui que o tipo não é concebido de maneira formal, como conjunto de elementares desconexas unidas unicamente pela vontade de um legislador, e sim como a individualização de uma conduta ilícita, compreendendo as elementares que a caracterizam como conduta proibida diversa das demais (veja-se *Roxin*, AT, Vol. I, § 10, nm. 19). Critica-se a teoria causai justamente porque, ao considerar típica toda *condictio sine qua non* do resultado, não consegue ela construir o tipo como *Deliktstyp*.

te. Enquanto os finalistas consideram ação de matar unicamente o direcionamento consciente do curso causai no sentido da morte, de acordo com a concepção aqui defendida, toda causação objetivamente imputável de uma morte será uma ação de matar, e isto também quando ela não for dolosa. O dolo não é algo que cria a ação de matar, mas algo que pode nela existir ou estar ausente. Enquanto os finalistas não consideram o homicídio culposo uma ação de matar — apesar de uma causação punível de uma morte —, para a teoria da imputação objetiva são justamente o homicídio, a lesão etc. culposos que constituem o protótipo da ação de homicídio ou de lesão. Só por causa disso, o ponto de gravidade do delito já se desloca para a face objetiva do tipo¹⁵.

2. A reestruturação do ilícito culposo

Mesmo entre aqueles que em princípio seguem a teoria da imputação objetiva, ainda pouco foi reconhecido que ela permite, pela primeira vez, construir um sistema do ilícito culposo. De acordo com esta visão, será culposo aquilo que, de acordo com os princípios acima expostos, possa ser imputado ao tipo objetivo. Os conceitos com os quais a dogmática tradicional tentou apreender a culpa — violação do dever de cuidado, previsibilidade, reconhecibilidade, evitabilidade — são supérfluos e podem ser abandonados, pois aquilo que se deseja dizer através deles pode ser descrito de modo bem mais preciso pelos critérios de imputação por mim expostos.

E certo, apesar de meio impreciso, que a causação de resultados e de cursos causais imprevisíveis — pense-se em meus exemplos da viagem à Flórida e da morte pelo aciden-

15 A respeito de um outro aspecto desse deslocamento do centro de gravidade, veja-se, a seguir, IV, 3.

te com a ambulância! — não gera qualquer culpa. Mas isto se explica melhor através da consideração de que, no primeiro caso, não foi criado perigo não permitido e de que, no segundo, o perigo criado não se realizou. A referência à imprevisibilidade acaba por esconder o problema, pois, teoricamente, todos os cursos causais possíveis segundo uma lei natural são previsíveis. O decisivo é aquilo que, de acordo com parâmetros jurídicos, se é obrigado a prever — e é exatamente isto que é determinado pelos critérios de imputação.

O mesmo ocorre com a evitabilidade. Quando se dizem inevitáveis e, portanto, não culposos, os acidentes de trânsito ocorridos, apesar do respeito a todos os dispositivos legais, isto corresponde à linguagem cotidiana; porém, não se trata de uma expressão juridicamente exata. Afinal, é claro que os riscos ligados ao trânsito de veículos são evitáveis, bastando que nele não se participe, e se ande a pé. A razão decisiva para inexistir culpa está em que, em tais acidentes, o que se realiza é um risco permitido. A argumentação através da inevitabilidade é completamente supérflua.

E, por fim, fazendo referência só mais a este conceito central do arsenal da antiga dogmática do delito culposos, diga-se que também o critério da "violação do dever de cuidado" nada mais é que uma denominação que compreende em si os pressupostos cuja existência leva à criação de um risco juridicamente desaprovado. Mas uma caracterização destes pressupostos já não consegue ele fornecer. Ela só pode ser obtida através de parâmetros, como as normas jurídicas, normas de trânsito, o princípio da confiança, a figura comparativa diferenciada¹⁶ etc, que descrevi mais

I (i (N. T.) A palavra alemã é *differenzierte Massfigur*, e designa aquilo que entre nós se costuma chamar de "modelo do homem prudente e

detalhadamente noutra sede¹⁷. Quanto à chamada omissão do cuidado devido, esta expressão, além de não dizer nada, é também substancialmente incorreta, pois gera a falsa impressão de que o ilícito da ação culposa consista em uma omissão. Se, p. ex., alguém provoca um incêndio em virtude de um manejo pouco cuidadoso de fósforos, a culpa se localiza em um agir positivo, a saber, na criação de um perigo não permitido, e não na omissão de medidas de cuidado. Com acerto diz *Jakobs*¹⁸: "No âmbito da comissão, não se comanda um uso cuidadoso de fósforos, mas se proíbe o uso sem cuidado, inexistindo dever de uso".

A teoria da imputação objetiva cria, portanto, uma dogmática do ilícito culposamente nova. Este fenômeno ainda foi pouco reconhecido. Se abrirmos nossos comentários e manuais, veremos que os antigos critérios do delito culposamente ainda são utilizados de modo irregular¹⁹, simultaneamente às regras de imputação acima desenvolvidas, não ficando esclarecida qual a relação entre eles. Ao invés disso, deveria consolidar-se o conhecimento de que a imputação da culpa na esfera do tipo é determinada unicamente pelos critérios da imputação objetiva²⁰.

consciencioso" (*Cirino dos Santos*, A moderna teoria do fato punível, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 2000, p. 104).

17 *Roxin*, AT, vol. I, 1992, § 24, nm. 14 e ss.

18 AT, 2ª edição, 1991, 9/6.

19 Vejam-se as referências em *Roxin*, AT, vol. I, 1992, § 24, nm. 8 e

ss.

20 Neste sentido também *Yamanaka*, Die Entwicklung der japanischen Fahrlässigkeitsdogmatik im Lichte des sozialen Wandels, ZStW 102 (1990), p. 928 e ss. (p. 944): "A contrariedade ao cuidado objetivo não deveria ter qualquer significado autônomo dentro do conceito de culpa, mas ser absorvida no critério da imputação objetiva".

3. A importância da imputação objetiva para os delitos dolosos

A teoria da imputação objetiva tem maior relevância prática na determinação do ilícito culposo, embora também nos delitos dolosos mostre ela sua importância. Meus exemplos introdutórios já o devem ter comprovado (o caso da Flórida, da ambulância, da venda do punhal e da entrega de heroína), pois todos foram construídos de modo que a ocorrência do resultado morte fosse desejada ou, pelo menos, aceita pelo autor. Se nesses casos não há como falar em homicídio doloso, isto se deve a que o tipo objetivo não está preenchido; assim, a vontade de realização do autor não está direcionada a um objeto com relevância jurídico-penal. A ausência do dolo decorre da negação do tipo objetivo, de modo que a teoria da imputação objetiva também acaba, mediatamente, por estreitar o campo do dolo. Se considerássemos o tipo objetivo realizado, teríamos que aceitar o dolo nesses casos, e assim o problema seria erroneamente solucionado no sentido da punibilidade.

Isto é questionado por aqueles que tentam eliminar acontecimentos não imputáveis através da negação do dolo, entre os quais se encontram principalmente os finalistas. Voltaremos a este ponto logo adiante, ao nos enfrentarmos com as mais novas críticas à imputação objetiva (V, 3, a, b). Demonstrei através do exemplo da ambulância (II, 2) que, nos desvios causais, está fadada ao insucesso a tentativa de considerar o tipo objetivo preenchido, negando-se o dolo sob o fundamento de que o autor não previu de modo suficientemente exato o curso causal.

A mesma coisa deve ser esclarecida à luz do "risco permitido". *Armin Kaufmann*²¹ construiu o seguinte exemplo:

21 Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?, Jescheck-FS, 1985, p. 251 e ss.

o motorista M inicia, de modo cuidadoso, a ultrapassagem de um automóvel e da motocicleta que está logo atrás deste, na consciência de que o motociclista X, subitamente, "sem se certificar da situação ou tampouco sinalizar", poderia também tentar a ultrapassagem, provocando uma colisão com M que teria conseqüências mortais para X. Se considerarmos que M se arrisca e que realmente ocorre o caso previsto, não se pode punir M por um homicídio, a não ser que o comportamento errôneo de X fosse reconhecível já no início da ultrapassagem. Afinal, o desenrolar do acontecimento se encontra no âmbito do risco permitido, e não preenche, portanto, o tipo objetivo do delito de homicídio. Se afirmássemos sua realização com base unicamente na causação da morte, recusando a teoria da imputação objetiva, não escaparíamos da punição. Afinal, haveria dolo²².

Chega-se à conclusão de que também nos delitos dolosos não é possível tornar a teoria da imputação objetiva supérflua, através da negação do dolo em casos que sejam intuídos como não merecedores de pena. Neste aspecto, a teoria da imputação objetiva provoca um deslocamento do ponto de gravidade para o tipo objetivo também nos dolosos.

4. O subjetivo na imputação objetiva

A imputação objetiva — e isto é mais um capítulo na "confusão entre o objetivo e o subjetivo"²³ — depende não só

22 Isto também é admitido por *Armin Kaufmann*, que chega ao mesmo resultado através de uma interpretação restritiva da elementar "matar" (como a nota 21, pp. 267/268).

23 (N. do. T.) *Roxin* se refere à crítica comumente feita pelos finalistas, de que a teoria da imputação objetiva, ao resolver casos de desvios causais, *dolus generalis*, e ao levar em consideração conhecimentos es-

de fatores objetivos, como também de subjetivos. No exame da pergunta quanto a se existe uma criação não permitida de um risco, é decisivo o ponto de vista que teria tomado um observador prudente (*einsichtig*) antes da prática do ato; mas a este observador devem-se acrescentar os conhecimentos especiais do autor concreto. Por isso inexiste criação não permitida de perigos quando alguém convence outrem a fazer uma viagem, na qual o avião cai. Se aquele que induz à viagem tiver, porém, informações de que está planejado um atentado ao avião, torna-se ele *ceteris paribus* punível pelo ato culposo (e também pelo doloso, a depender da disposição de sua vontade). O conhecimento especial do autor, ou seja, um dado subjetivo, fundamenta aqui a criação do perigo e, assim, a imputação ao tipo objetivo!

Fatores subjetivos desempenham comumente um papel decisivo também no alcance do tipo. Assim é que, no caso da entrega de heroína (II, 3), coloquei que a imputação ao tipo objetivo encontra seus limites na auto-responsabilidade da vítima. Quando, porém, o fornecedor da droga conhecer a periculosidade do material bem melhor que o comprador, o vendedor será o responsável, de maneira que também aqui o conhecimento do autor se torna importante para a imputação ao tipo objetivo.

*Struensee*²⁴ chegou mesmo a desenvolver a tese segundo a qual o delito culposo sempre pressuporia um tipo subjetivo, consistindo este no conhecimento e na realização finalista de fatores fundamentadores do risco. Aquele que,

peciais do autor, estaria, na verdade, etiquetando de objetivos problemas do tipo subjetivo, numa inaceitável confusão entre os dois lados do tipo, tão meticulosamente separados um do outro pelo finalismo (assim, p. ex., *Armin Kaufmann*, nota 21, p. 260 e ss.).

24 Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, JZ 1987, p. 53 e ss.

p. ex.; sabe que está dirigindo pelo cruzamento com o sinal vermelho, ou que está ultrapassando em uma curva sem visibilidade, realiza de modo culposo o acidente que daí decorre. *Struensee* engana-se, contudo, ao considerar o conhecimento dos fatores fundamentadores do risco um pressuposto necessário da culpa²⁵: quem for tão desatento a ponto de sequer notar o sinal vermelho ou a curva, também cria um risco não permitido e age culposamente. Mas é ainda assim correto que o conhecimento das circunstâncias fundamentadoras do risco seja um fator relevante para a imputação ao tipo objetivo.

Nada disso, contudo, é um argumento válido contra a teoria da imputação objetiva. Fica provado, unicamente, que também fatores subjetivos podem desempenhar um papel na imputação objetiva. A imputação objetiva se chama "objetiva" não porque circunstâncias subjetivas lhe sejam irrelevantes, mas porque a ação típica constituída pela imputação — o homicídio, as lesões, o dano etc. — é algo objetivo, ao qual só posteriormente, se for o caso, se acrescenta o dolo, no tipo subjetivo. Ao tipo subjetivo pertencem somente elementos subjetivos do tipo, como o dolo e os elementos subjetivos do injusto. Conteúdos de consciência que não são elementares do tipo, mas que têm importância unicamente para o juízo de perigo ou para a distribuição da responsabilidade entre os diversos participantes, dizem respeito à imputação ao tipo objetivo²⁶. De qualquer maneira, deve-se ter em mente que a imputação objetiva também é influenciada por critérios subjetivos. Ações humanas, e também ações típicas, consistem sempre em um entrelaçamento de momentos objetivos e subjetivos.

25 Quanto a isto *Roxin*, Finalität und objektive Zurechnung, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, p. 237 e ss. (p. 249 e ss.).

26 Mais detalhes em *Roxin*, como a nota anterior, p. 250 e ss.

V. O desenvolvimento da teoria da imputação objetiva e seus atuais opositores

1. O surgimento e a consolidação da moderna teoria da imputação

A teoria da imputação objetiva, tal como ela hoje se desenvolveu, surgiu aproximadamente em 1970. A idéia do risco, que acima esbocei em diversos âmbitos de aplicação, foi desenvolvida por mim anteriormente²⁷, enquanto meus alunos *Rudolph*²⁸ e *Schünemann*²⁹ deram contribuições essenciais para a fundamentação da idéia do fim de proteção e para a definição do alcance do tipo^{30,31}. A teoria

27 Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Honig-Festschrift, 1970, p. 133 e ss. (também in: Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, p. 123 e ss.) A teoria do aumento do risco, por mim criada, de que não trato neste estudo, surgiu já no ano de 1962 | *Roxin*, Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW, Vol. 74, 1962, p. 411 e ss.; também em Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, p. 147 e ss.]*

* (N. T.) Ambos os estudos encontram-se traduzidos para o português, no vol. Problemas Fundamentais de Direito Penal, 2ª edição, Vega I Universidade, Lisboa, 1993, trad. *Ana Paula Natscheradetz*.

28 Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre, JuS 1969, p. 549 e ss.

29 Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Geililirdungsdelikte, JA 1975, p. 575 e ss., p. 715 e ss.

(i) Veja-se também *Roxin*, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, Gallas-FS, 1973, p. 241 e ss.*

(N. T.) Este estudo também está traduzido para o português, encontrando-se na coletânea citada na última nota do tradutor.

ti Veja-se, sobre estas questões histórico-dogmáticas, o apartado sobre a evolução histórica da teoria da imputação objetiva em *Toepel*, Kmisalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Er-

da imputação objetiva é hoje aceita de modo quase geral na literatura de manuais e comentários³², e tem sido levada adiante em seu desenvolvimento por grandes monografias³³. Entre os seus defensores existem, obviamente, opiniões diversas a respeito de vários problemas individuais. Em suas linhas mestras metódicas e substanciais, contudo, a teoria da imputação objetiva consolidou-se na literatura alemã.

2. Sobre a antiga história dogmática da teoria da imputação

As raízes históricas espirituais da teoria da imputação objetiva remontam até a filosofia jurídica de *Hegel*. Dela é que *Larenz*, no ano de 1927³⁴, extraiu uma concepção da imputação objetiva, que logo depois foi aplicada por *Honig*,³⁵ especificamente, na dogmática jurídico-penal. Foi a *Honig* (e, é claro, também a *Larenz*) que me referi ao de-

folgsdelikt, 1992, p. 136 e ss. *Hirsch*, em sua crítica, refere-se à "teoria da imputação objetiva... introduzida por *Roxin*" [Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, in: Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, p. 403 ess.].

32 Vejam-se unicamente as referências em *Roxin*, AT, vol. I, 1992, § 11, nm. 41, nota de rodapé 62.

33 *Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Erfolg in einem funktionalen Straftatsystem, 1981; *W. Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, 1988.

34 *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927.

35 *Kausalität und objektive Zurechnung*, Festgabe für Frank, vol. I, 1930, p. 174 ess.

envolver em 1970 aquilo que denominei de princípio do risco³⁶, que desde então tem feito uma carreira repleta de sucessos. Alguns³⁷ vêm duvidando, ultimamente, se esta correlação entre a concepção moderna e a antiga é justificada.

De fato, em *Larenz* e *Honig* pode-se encontrar não mais que um ponto de partida, que não dá idéia alguma do desenvolvimento ulterior da concepção. Diz *Larenz*³⁸: "A imputação (...) tem a ver com a pergunta quanto ao que se deve adscrever a um sujeito como sua ação, pela qual deve ele ser feito responsável". Isto corresponde exatamente à concepção atual. Mas o autor restringe a importância prática da idéia à exclusão do caso fortuito³⁹: "A imputação não é outra coisa que não a tentativa de distinguir o próprio ato de acontecimentos casuais". O critério de *Honig*, da "dirigibilidade objetiva a um fim"⁴⁰ fundamenta-se sobre a mesma idéia⁴¹: "É imputável aquele resultado que pode considerado posto de modo final". Com isso, exclui-se da imputação, novamente, nada mais do que o caso fortuito, que não pode ser objetivamente "finalizável".

Enquanto isso, a nova teoria da imputação se ocupa, é verdade, de excluir os acontecimentos fortuitos do tipo,

36 Cf. *Roxin*, *Honig-FS*, p. 135.

37 Veja-se *Toepel*, *Kausalität...*, p. 140 e ss.

38 *Zurechnungslehre...*, p. 51.

39 Como a nota 34, p. 61; com palavras quase idênticas, p. 75, p. 84.

40 (N. T.) O termo alemão, só dificilmente passível de tradução para nossa língua, é *objektive Zweckhaftigkeit*. *Elena Larrauri*, *Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva*, *Anuário de Derecho Penal y Ciências Penales*, n. 41, 1988, p. 715 e ss. (p. 739), o traduz de modo a meu ver excessivamente simplificador: "objetiva linalidad".

41 Como a nota 34, p. 184.

como deveriam mostrar os casos da Flórida e da ambulância (II, 1,2). Mas os resultados que ocorrem por ocasião de uma diminuição do risco ou de um risco permitido, bem como aqueles que se encontram fora do fim de proteção da norma de cuidado ou fora do alcance do tipo, não são fortuitos, e ainda assim não são imputados. A moderna teoria da imputação possui, portanto, um campo de aplicação bem mais extenso que em seus primórdios, com *Larenz e Honig*. Os resultados da teoria antiga limitavam-se, em essência, àquilo que já à época se podia obter através da teoria da adequação ou da relevância⁴².

3. Opositores atuais da teoria da imputação objetiva

A jurisprudência alemã até agora "não acolheu de modo expresso a teoria da imputação objetiva", mas dela se aproximou reiteradamente⁴³, aceitando-a em algumas partes; já expus isso no que se refere ao princípio da auto-responsabilidade (II, 3). De qualquer forma, uma posição decididamente contrária não é tomada pela jurisprudência. Uma recusa, em princípio, à imputação objetiva encontra-se hoje somente entre o muito reduzido círculo dos finalistas, os quais não desejam levar a cabo a exposta mudança do ponto de gravidade dogmático para o tipo objetivo, e sim manter a dominância do lado subjetivo do tipo, favorecido pela teoria finalista da ação. As mais ambiciosas tentativas

42 Veja-se, sobre a teoria da adequação e da relevância, *Roxin*, AT, vol. I, 1992, § 11, nm. 31 e ss.

43 Neste sentido, o juiz federal *Goydke*, Probleme der Zurechnung und Schuldfähigkeit im Strafverfahren, in: Verkehrsstrafverfahren usw., Deutscher Anwaltverlag, 1992, p. 8.

neste sentido partiram de *Armin Kaufmann*⁴⁴ e *Struensee*⁴⁵. Já as discuti de modo crítico em outro local, a que faço agora referência⁴⁶. Hoje aparecem principalmente *Hirsch*⁴⁷ e seu discípulo, *Küpper*⁴⁸, como defensores das antigas posições. Seja-me permitido dizer algumas palavras a este respeito.

a) Sobre o problema da criação do perigo

*Hirsch*⁴⁹ ocupa-se principalmente de hipóteses em que falta a criação de um risco, que explicitarei através do caso da Flórida (II, 1). Ele deseja considerar preenchido o tipo objetivo, negando, porém, o dolo. Afinal, a representação do autor se refere "unicamente ao risco comum e geral da vida social, que é o de tornar-se vítima de um acidente, e não a um acontecimento lesivo concreto. Trata-se, portanto, de não mais que um desejar, nunca de uma vontade direcionadora." O que aqui se diz sobre o dolo está, em si, correto, mas na verdade isto acaba confirmando a teoria da imputação objetiva. Porque o dolo está ausente, se escutarmos mesmo a formulação de *Hirsch*, só por lhe faltar qualquer ponto de referência objetivo, já que esta espécie de causa-

44 "Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?, *Jescheck-FS*, 1985, p. 251 e ss.

45 Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, *JZ* 1987, p. 53 e ss.

46 Finalität und objektive Zurechnung, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, p. 237 e ss.

47 Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, in: *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, 1988, p. 403 e ss.

48 Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990, p. 83 e ss.

i) *Entwicklung...*, p. 405.

ção de um resultado não pode ser considerada um "acontecimento lesivo" (isto é, uma realização de um risco não permitido). Se o assassinato do turista fosse um homicídio objetivamente imputável ao provocador da viagem, de modo que o tipo objetivo estivesse preenchido, o dolo também teria de ser afirmado, porque o homem de trás almejava exatamente aquilo que objetivamente ocorreu.

*Küpper*⁵⁰ argumenta de outra maneira, negando o "domínio do fato" do causador em todos os casos de ausência de criação de perigo. É autor "aquele que, conhecendo as circunstâncias fundamentadoras do domínio do fato realiza um tipo penal (...) como obra sua. Daí decorre que (...) sob a perspectiva da teoria finalista da ação, não sobra lugar para um juízo objetivo de imputação." Também este argumento apoia, em verdade, a teoria da imputação objetiva, que se empenha exatamente em determinar aquilo que o autor "realiza como obra sua". Claro que é correto que aquele que não cria perigo não domine o curso causai objetivamente causador do resultado. Mas a falta de dominabilidade é um critério objetivo, para a qual fins e representações subjetivos do autor são completamente irrelevantes. E ao declarar: "A imputação objetiva integra o conceito de ação", isto só está correto porque aquilo que objetivamente se considera uma ação de homicídio, lesões etc, é determinado pelos critérios de imputação. Mas nada disso tem algo a ver com a finalidade.

b) Sobre o problema dos desvios causais

Quanto aos desvios causais, que foram exemplificados através do caso da ambulância (II, 2), *Hirsch*⁵¹ ainda pensa

50 Grenzen..., pp. 92/93 (p. 93).

51 Entwicklung..., p. 404.

que se trate de "um caso em que o resultado ocorre de maneira diversa da *representada* pelo autor (...) O deslocamento da questão para o tipo objetivo parece errôneo"⁵². Mas como já foi colocado, o decisivo não é que o curso causai desvie da representação do autor (pois desvios que se mantiverem no âmbito do risco criado não impedem a imputação). Importa, isso sim, se o desvio é "essencial", e tal essencialidade só pode ser definida à luz dos critérios da imputação objetiva, como foi colocado (II, 2).

*Küpper*⁵³, ao contrário de *Hirsch*, reconhece que nos desvios causais "é introduzido um elemento objetivante na apreciação do lado subjetivo": "o juízo de adequação" (que, até aqui, é idêntico à idéia da realização do risco). Ainda assim, persiste ele em sustentar que se trata de um problema de finalidade: "O controle⁵⁴ voluntário da causalidade pressupõe o critério da adequação. Aquilo que o ultrapassa (...) não é mais finalmente direcionável e, por isso, não pode ser objetivamente imputável. Assim, o juízo objetivo de adequação é realizado psicologicamente." Claro que ninguém pode "controlar" um curso causai inadequado. Mas a imputação fracassa unicamente por uma falha na realização objetiva do perigo (por inexistir a adequação do curso causai), e é completamente irrelevante o que o autor "realiza psicologicamente" com isso. Não haverá homicídio consumado nem mesmo se ele acolhe em sua von-

52 (N. T.) *Hirsch* utiliza a palavra *sachwidrig*, que, literalmente, se traduziria por "contrário à coisa". Esta expressão é bastante corrente dentro do finalismo ortodoxo, ontologista, que procura adequar a valorado jurídica à "natureza da coisa".

M. Grenzen..., pp. 96/97.

53 (N. T.) A palavra original é *Indienststellen*, verbo substantivado cujo significado é "colocação em serviço", "colocação à disposição". Creio que "controle" dê uma idéia mais exata daquilo de que se está a falar.

tade a circunstância de que o ferido morra no caminho para o hospital em um acidente de trânsito.

c) Sobre a unidade temática da imputação objetiva

Por último, não se pode desconhecer que *Hirsch* e *Küpper* sequer questionam as soluções essenciais da teoria da imputação objetiva para os delitos culposos, somente voltando-se contra a sistematização destas soluções em uma teoria da imputação. *Hirsch*⁵⁵ pensa que "por baixo da etiqueta de imputação objetiva são reunidos problemas das mais diversas espécies, que também são levados em consideração sem esta teoria, e de maneira mais precisa". (Ocorre que ele não menciona quais sejam essas maneiras supostamente mais precisas de considerar os problemas.) E *Küpper*⁵⁶ questiona se, nos delitos culposos e qualificados pelo resultado, "sua natureza peculiar já exige critérios especiais, que posteriormente serão posicionados sob o largo teto da assim chamada imputação".

Quanto a isto é necessário mais uma palavra. É correto que a teoria da imputação objetiva não consegue mais reduzir-se a um único ponto de vista, como ocorria com *Larenz* e *Honig*, aos quais interessava unicamente a exclusão do acaso. Criação de risco e superação do risco permitido, diminuição do risco e fim de proteção da norma de cuidado, os princípios da responsabilidade da vítima e de terceiros caracterizam, cada qual, aspectos diversos de imputação. Mas isso não faz deles um conglomerado arbitrário de perspectivas heterogêneas de solução de problemas, eis que tais critérios dizem, em seu conjunto, que características deve ter o vínculo entre o comportamento e o resultado, para

55 Entwicklung..., p. 407.

56 Grenzen..., p. 91.

que se esteja diante de uma ação de matar, lesionar ou danificar que realize o tipo objetivo.

Estes pontos de vista, que ainda poderiam ser complementados por outros, não resultam do acaso, mas fundam-se nos princípios político-criminais de uma proteção de bens jurídicos dentro dos limites do estado de direito, que é aquilo para que serve o nosso direito penal. Quem deseja proteger jurídico-penalmente bens que não podem ser protegidos de outra forma, deve tornar a criação e a realização de um risco não permitido para estes bens o critério central de imputação, mas deve também utilizar o risco permitido, o fim de proteção da norma de cuidado bem como a auto-responsabilidade da vítima e a esfera de responsabilidade de terceiros, para uma limitar a responsabilidade, o que é necessário em razão do bem comum e da liberdade individual.

A teoria da imputação objetiva possui, portanto, uma vasta base teórica e satisfaz perfeitamente as exigências de uma sistemática fundada sobre finalidades político-criminais. De qualquer maneira, a teoria está bem longe de constituir unicamente uma etiqueta para uma série de problemas diversos e desconexos, como pensa *Hirsch*. Ao contrário da opinião defendida por *Hirsch*, parece-me que é exatamente a teoria da imputação objetiva que também está a demonstrar que a moderna dogmática jurídico-penal não pode ficar parada nos conhecimentos obtidos por *Welzel* e pelo finalismo.

A CULPABILIDADE E SUA EXCLUSÃO NO DIREITO PENAL¹

I. O princípio da culpabilidade como espinha dorsal da imputação objetiva e subjetiva

Nenhuma categoria do direito penal é tão controvertida quanto a culpabilidade; e nenhuma é tão indispensável. Ela é controvertida, por uma série de mal-entendidos; indispensável, por constituir o critério central de toda imputação. Esta imputação de um acontecimento exterior a um homem determinado — e, no futuro, talvez também a pessoas jurídicas² — é o objeto único da dogmática jurídico-penal. É por isso que não pode existir direito penal sem princípio da culpabilidade; é possível conferir a este outra denominação, mas não se pode eliminá-lo.

Adiante-se uma palavra a respeito dos mal-entendidos que desde há tempo sobrecarregam o conceito de culpabilidade no direito penal. Se alguém comete um crime — p.

1 (N. T.) Este estudo (*Schuld und Schuldausschluss im Strafrecht*) foi originalmente publicado em *Festschrift für Mangakis, Bemmann/Spinellis* (eds.), Athen — Komotini, 1999, p. 237 e ss.

2 Referências sobre a discussão a respeito de medidas penais contra lorporações, *Roxin*, AT, vol. I, 3ª edição, 1997, § 8º, nm. 59-62.

ex., pratica um roubo, ou mata uma pessoa — temos um acontecimento cuja relevância transcende ao direito penal. Tal fato apresenta dimensões sociais, éticas, religiosas, por vezes mesmo políticas e metafísicas, as quais tentamos englobar sob o conceito de culpabilidade. Para conferirem à sua disciplina uma aura superior, tentaram os penalistas, comumente, apoiar-se em ciências como a teologia, a filosofia ou a sociologia, transportando a noção de culpabilidade ali existente para o campo do direito penal; ou buscaram orientação nas ciências da natureza, que desconhecem qualquer culpabilidade, e tentando outorgar ao direito penal o ideal de exatidão, sem conceito de culpabilidade, a elas inerente. Todas essas abordagens são caminhos errados. Ao direito penal não importam os conceitos de culpabilidade de outras disciplinas, muito menos da metafísica. O juiz penal não exerce a magistratura como representante da divindade, não se podendo permitir juízos éticos com mais caráter vinculante do que possuem as concepções morais do cidadão normal, juridicamente leigo. As questões de culpabilidade, tais como são tratadas na grande literatura³, podem consistir em um objeto legítimo da filosofia do direito; esta, porém, é um setor da filosofia, não da ciência jurídica.

A dogmática jurídico-penal — e com isto retorno a minha afirmativa acima feita — interessa-se, unicamente, por determinar sob que pressupostos e em que medida alguém pode ser responsabilizado por um comportamento socialmente lesivo, de maneira que se apliquem as sanções desse ramo do direito. Na determinação dessa responsabilidade, o princípio da culpabilidade não desempenha um papel exclusivo, mas de qualquer maneira muito destacado. Ele não

3 No livro *Verbrechen und Strafe*, 1995, apresenta *Schmidhäuser* uma seleção de obras importantes segundo uma perspectiva jurídico-penal.

só é um elemento central daquela categoria do delito, que hoje é chamada, de modo exclusivo e inexato, de "culpabilidade", e sob a qual agrupamos matérias como a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude etc. Ele atua com grande eficiência já no plano do injusto, onde possui a tarefa de excluir as causações decorrentes de mero acaso⁴. A eliminação do acaso e a superação do direito penal de resultado são, historicamente, as maiores conquistas do princípio da culpabilidade. Somente após se haver determinado que a causação do resultado não é fruto do acaso, mas decorreu, de modo objetivamente imputável, do comportamento do autor, é que se formulará a outra pergunta — também a ser respondida com ajuda do princípio da culpabilidade — quanto a se a constituição interior do agente permite uma imputação subjetiva, se ele é "culpável", no sentido corrente da palavra⁵. O princípio da culpabilidade é, portanto, a espinha dorsal tanto da imputação objetiva, como subjetiva.

II. O aspecto externo do princípio da culpabilidade: a exclusão do acaso

Neste estudo, desejo ocupar-me, especialmente, da imputação subjetiva, a qual hoje se associa ao conceito de culpabilidade, quase que exclusivamente. Ainda assim, gostaria de adiantar algumas observações a respeito deste aparente paradoxo que é a relevância do princípio da culpabilidade já para o injusto. A exclusão do acaso, que caracterizei como o aspecto externo do princípio da culpabilidade, é efetivada, segundo a opinião atualmente dominante atra-

I *Roxin*, AT, vol. I, 3ª edição, 1997, § 7º, nm. 57.

. *Roxin*, AT, vol. I, 3ª edição, 1997, § 19, nm. 1.

vés da chamada teoria da imputação objetiva. Cursos causais só serão imputados na medida que representarem a realização de um risco não permitido criado pelo autor⁶. Se tal não for o caso, o resultado é atribuído ao acaso, isentando-se o autor de responsabilidade por sua provocação.

Esta conclusão, que parece quase óbvia, é na verdade o resultado de um desenvolvimento que somente nos últimos 30 anos ocorreu na dogmática penal. Ainda em minha época de estudante, na década de 50, tratava-se o problema do acaso quase que unicamente nos delitos culposos, sendo ele resolvido através de conceitos como a "previsibilidade"⁷ ou a "evitabilidade"⁸, com que ainda hoje nos deparamos na teoria do crime culposo. Eles se mostram, contudo, pouco adequados para excluir o acaso. Afinal, quase tudo que é possível é previsível; e uma vez que fatos do acaso sempre voltam a realizar-se, eles também são previsíveis. Evitáveis, eles igualmente o são, bastando que se deixe de praticar a ação que os possibilita. Somente quando se formular a pergunta quanto a se o resultado decorre de um risco não permitido criado pelo autor é que se terá o problema do acaso sob controle, apreendendo-se de modo dogmaticamente correto o aspecto externo do princípio da culpabilidade⁹.

A circunstância de que o princípio da culpabilidade nos forneça a metade de seus frutos — permita-se-me esta quantificação, de caráter eminentemente retórico — já no

6 *Roxin*, AT, vol. I, 3ª edição, 1997, § 11, nm. 44, 47 e ss.; também de minha pena, foi publicada em português uma pequena monografia sobre a imputação objetiva (Funcionalismo e imputação objetiva, 2002; trad. Luís Greco).

7 *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª edição, 1996, § 55 II 3.

8 *Maurach/Gössel*, AT, vol. 2, 7ª edição, 1989, 43/17 e ss.

9 *Roxin*, AT, vol. I, 3ª edição, 1997, § 24, nm. 13.

plano do injusto não pode desorientar-nos. Afinal, o ilícito como um todo encontra-se entre os pressupostos da culpabilidade, isto é, entre os fatos que fundamentam o juízo de culpabilidade; e aquilo que exclui o ilícito exclui, obviamente, também a culpabilidade.

Gostaria de mencionar, ademais, que a teoria da imputação objetiva de maneira alguma se esgota em sua função como aspecto externo do princípio da culpabilidade. Muito além disso, ela abrange, numa estruturação sistemática, outros princípios de imputação objetiva, entre os quais, além do princípio da culpabilidade, desejo mencionar os princípios da autonomia da vítima e da atribuição a um âmbito de responsabilidade de terceiros. Se alguém entrega a outrem heroína, vindo este a falecer, ou se alguém infecta seu parceiro com Aids, tendo-o esclarecido previamente a respeito da doença, nada disso se trata de frutos do acaso. Mas tais acontecimentos não são imputados, uma vez que a autonomia da vítima a isto se opõe¹⁰. E se a vítima, levada a um hospital por motivo de lesões corporais, morre em decorrência de um corte errôneo realizado por um cirurgião inepto, ou de uma troca de medicamentos, isto não precisa ser fruto do acaso. Mas a imputação ao primeiro causador ficará restringida pelo âmbito autônomo de responsabilidade do médico¹¹. Ambos os princípios, que deveriam ser complementados por outros, só podem ser aqui mencionados exemplificativamente, sendo bastante controvertidos em seus detalhes. Eles podem ilustrar como a teoria da imputação objetiva vai bem além do aspecto externo do princípio da culpabilidade, constituindo um cosmo de di-

10 *Roxin*, AT, vol. I, 3ª edição, 1997, § 11, nm. 94, 108; é controvertido, mas o caso da Aids em verdade deve ser considerado uma heteroloção em perigo consentida.

11 *Roxin*, AT, vol. I, 3ª edição, 1997, § 11, nm. 115.

versos princípios sociais de ordenação, em cujo desenvolvimento sistemático consiste a moderna teoria do ilícito.

III. A culpabilidade como realização do injusto apesar de idoneidade para ser destinatário de normas¹²

Chego, agora, aos pressupostos internos da imputação que são atualmente tratados na categoria sistemática autônoma da "culpabilidade". Que constituição subjetiva deve apresentar o autor, para que se possa falar de "culpabilidade" neste sentido? A resposta, hoje freqüentemente formulada da perspectiva do conceito normativo de culpabilidade, segundo a qual a culpabilidade é "reprovabilidade"¹³, não esclarece a questão. Poder-se-ia da mesma forma dizer que a culpabilidade é imputabilidade subjetiva. Estes conceitos abrangentes, mas vazios de conteúdo, não dizem nada a respeito do que é que se está, afinal, reprovando ou imputando subjetivamente.

Minha concepção, que sempre venho defendendo, diz: a culpabilidade, para o direito penal, é a realização do injusto apesar da idoneidade para ser destinatário de normas e da capacidade de autodeterminação que daí deve decorrer¹⁴. Para demonstrá-lo em um exemplo trivial: se parto da premissa de que ultrapassar um sinal vermelho é um crime, e se vejo uma pessoa esperar, impecavelmente, até que o sinal se torne verde, mas ao fim, porque deseja pegar

12 [N. T.) Sobre a tradução do termo "idoneidade para ser destinatário de normas", vide a nota 25 do estudo "Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal".

13 Assim a formulação dominante na jurisprudência, extraída da fundamental decisão BGHSt 2, p. 194, p. 200.

14 *Roxin*, AT, vol. I, 3ª edição, 1997, § 19, nm. 3.

um trem, esta pessoa ultrapassa o sinal vermelho a uma velocidade acelerada, ela agiu culpavelmente, pois o fato de ficar ela, de início, corretamente parada diante do sinal vermelho mostra com clareza que ela podia compreender a mensagem normativa "deve-se aguardar diante do sinal vermelho" e determinar o seu comportamento segundo essas exigências. Esta pessoa é idônea para ser destinatária da norma. Se ela ainda assim atravessa a rua, age culpavelmente.

Tomemos o exemplo contrário: se uma pessoa cujo desenvolvimento intelectual se encontra no nível de uma criança pequena não consegue compreender a mensagem expressada por um sinal vermelho, sendo incapaz de entender, *in abstracto*, porque certas vezes não se pode atravessar as ruas, esta pessoa não é idônea para ser destinatária de normas e, em virtude disso, inculpável. O mesmo vale se uma pessoa em si intelectualmente normal, num arroubo de emoção, perde todas as instâncias de controle psíquico e, com elas, a capacidade de autodeterminar-se¹⁵. Ela pode, é verdade, enxergar e compreender o sinal de trânsito, mas a norma não alcança o seu aparato de determinação psíquica, uma vez que, graças à perda de qualquer capacidade de autocontenção, irrompe pelas ruas em um ódio cego.

É fácil observar que este modelo também pode explicar a exclusão de culpabilidade no caso do erro de proibição inevitável. Aquele que simplesmente não consegue reconhecer que faz algo proibido — seja por ser originário de um país com regras completamente distintas, seja porque o dispositivo penal se lhe apresenta como algo completamen-

I' (N. T.) O StGB alemão, ao contrário de nosso CP, art. 28, I, não i ontem qualquer norma (aliás de duvidosíssima, se bem que poucas vezes discutida, constitucionalidade) excluindo o caráter eximente da emoção ou paixão.

te remoto, seja porque a jurisprudência até então considerava este comportamento algo permitido — a um tal sujeito, a norma não pode dirigir-se de maneira que influencie o seu comportamento, de modo que ele é inculpável.

IV. Outras concepções de culpabilidade

Naturalmente, existem muitas outras concepções de culpabilidade, que concorrem com esta que, de modo bem simplificado, acabo de esboçar. Três orientações bastante influentes definem a culpabilidade ou como ânimo juridicamente desaprovado, ou como ter de responder pelo próprio caráter, ou como uma adscrição segundo exigências preventivas gerais. Uma discussão mais aprofundada exigiria um livro. Mas também no limitado espaço de que aqui disponho é possível apontar alguns aspectos centrais de crítica.

1. A culpabilidade como ânimo merecedor de repreensão

A teoria segundo a qual a culpabilidade consiste no ânimo reprovável do autor obteve, em adesão a *Gallas*¹⁶, vários defensores na literatura (p. ex., *Jescheck*¹⁷, *Wessels*¹⁸ e *Schmidhäuser*¹⁹). Não adentrarei nas variações desta concepção, limitando-me a três críticas fundamentais²⁰. Primeira-

16 *Gallas*, ZStW67 (1955), p. 45.

17 *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª edição, 1996, § 38 II 5.

18 *Wessels/Beulke*, AT, 28ª edição, 1998, nm. 401.

19 Na formulação mais recente: *Schmidhäuser*, *Jescheck-FS*, 1985, p. 485 e ss.

20 Mais aprofundadamente *Roxin*, AT, vol. I, 3ª edição, 1997, § 19, nm. 24 e ss.

mente, o critério da reprovação ou do merecimento de repreensão, que deveria caracterizar o ânimo do autor culpável, não contém qualquer parâmetro de conteúdo para que se possa avaliar o alegado déficit de ânimo. Aquilo que existe de reprovável no ânimo do autor e os motivos para tal reprovação — nada disso está contido no conceito do merecimento de repreensão. Não se vai em nada mais além do que a reprovabilidade, que já chamamos de vazia de conteúdo. Em segundo lugar, a tese da culpabilidade enquanto desvalor de ânimo não se adequa à culpa inconsciente; se o autor sequer percebe que realiza um tipo, o fato não representa nenhum acontecimento psíquico, não sendo possível tampouco apontar qualquer ânimo referido ao fato que pudesse ser objeto da reprovação. Em terceiro lugar, a concepção não me convence sequer nos delitos dolosos: se um chacineiro (*Massenmörder*) inimputável pratica atos revoltantes e cruéis, considero o ânimo que aqui se expressa por certo reprovável. Se os motivos do autor são torpes, e se ele pode ser responsabilizado pela torpeza de seu ânimo, são duas questões que não se confundem. É errado, portanto, atribuir a um assassino doente mental (assim como também à maioria dos outros autores dolosos inimputáveis) um ânimo impassível de qualquer crítica. Eles são absolvidos não por seu ânimo leal ao direito, mas pela falta de idoneidade para serem destinatários de normas.

2. A culpabilidade como ter de responder pelo próprio caráter

Uma teoria que remonta a *Schopenhauer*²¹ vê na culpabilidade o ter de responder pelo próprio caráter, o qual se

²¹ *Schopenhauer*, Über die Freiheit des Willens (1839), Sämtliche Werke, ed. Frh. v. Löhneysen, vol. 3, 1962, p. 618.

revela através do fato. Todos são responsáveis pela própria personalidade; que se expressa no delito, pouco importando que circunstâncias levaram o autor a tornar-se aquilo que ele é. Entre os defensores desta concepção encontram-se *Dohna*²² e *Heinitz*²³, principalmente *Engisch*²⁴ e, na atualidade, o penalista português *Figueiredo Dias*²⁵, que defende uma variante existencialista deste modelo de culpabilidade, segundo a qual o homem decide o seu próprio ser, isto é, a sua essência, sendo por ela responsável.

Contra este posicionamento, que seduz por sua consequência e decisão, devem ser levantadas duas reservas. Primeiramente, a tese segundo a qual todos devem responder pelo próprio caráter não deixa de ser uma afirmativa interessante; ela não pode, entretanto, ocultar a ausência de qualquer fundamentação definitiva. Uma reflexão mais sóbria trará argumentos convincentes contra ela. Afinal, se existe total acordo a respeito de que anomalias físicas (como uma corcunda, uma paralisia ou a cegueira) não podem ser reprovadas àquele que as porta, então não se compreende o porquê de se dispensar tratamento diverso a anomalias psíquicas. Isto vale independentemente de serem os defeitos psíquicos inatos ou decorrentes de condições de socialização desfavoráveis; pois, como diz a linguagem cotidiana, de modo bastante correto, a pessoa portadora de tais faltas não é culpada por isso²⁶. O segundo argu-

22 *GrafZu Dohna*, ZStW 66 (1954), p. 505 e ss., 508.

23 *Heinitz*, ZStW 63 (1951), p. 57 e ss., 74.

24 *Engisch*, Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, 1963 (2ª edição 1965), p. 57 e ss., 74.

25 *Figueiredo Dias*, ZStW 95 (1983), p. 240, p. 242; exposição detalhada em seu livro *Liberdade, culpa, direito penal*, 2ª edição, 1983.

26 Cf., p. ex., a crítica a *Engisch* em *Arthur Kaufmann*, *Das Schuldprinzip*, 2ª edição, 1976, p. 279 e ss.

mento contra a teoria da culpabilidade referida ao caráter diz respeito à sua incapacidade de explicar satisfatoriamente o caso mais incontroverso de ausência de culpabilidade, a inimputabilidade. Pode haver exemplos de ações decorrentes de lesões cerebrais, estranhas à personalidade do agente e por isso também inculpáveis, segundo esta concepção. Mas, em regra, a ação de uma pessoa inimputável é expressão de uma personalidade, p. ex., esquizofrênica, psicótica ou altamente neurótica, ou seja, justamente expressão de sua personalidade. Se cada qual tem de responder pela própria personalidade, pouco importando como ela seja, não é mais possível explicar a exculpação deste autor²⁷.

3. A culpabilidade como atribuição segundo necessidades preventivas gerais

O conceito funcional de culpabilidade de *Jakobs*²⁸, segundo o qual a culpabilidade e exigências de prevenção geral são idênticas, também tem sido objeto de viva discussão nos últimos anos. Para esta concepção, a culpabilidade de um autor não depende de suas qualidades psíquicas, mas de ser a sua punição indicada ou não para estabilizar a confiança na ordem social. Se for possível tratar com sucesso um criminoso compulsivo, incapaz de controlar-se, a paz social poderá ser restabelecida através da internação num estabelecimento de cura. Não se precisará da pena, o autor poderá ser declarado inculpável. Se inexistir, porém, a possibilidade de tratá-lo, não se pode reconhecer a eficácia exculpatória desta perturbação motivacional, de maneira

27 *Roxin*, AT, vol. I, 3ª edição, 1997, § 19, nm. 31 e ss.

28 *Jakobs*, AT, 2ª edição, 1991, 17/18 e ss.

que, por considerações preventivo-gerais, o autor terá de ser declarado culpável, devendo ser punido.

Esta concepção deve ser rechaçada, uma vez que do conceito de culpabilidade ela conserva unicamente o nome; em verdade, ela já o abandonou, fundamentando a imputação subjetiva unicamente nas necessidades de prevenção geral. Como ainda pretendo explicar, não nego que a imputação subjetiva seja influenciada *também* por exigências de prevenção geral. É inaceitável, porém, reduzi-la a esta dimensão, admitindo a culpabilidade e a punição unicamente porque, para dizê-lo *cova* *Jakobs*, tal pareça socialmente útil para um "exercício de fidelidade ao direito", pois o indivíduo não é mais tratado segundo a medida de sua própria personalidade, mas unicamente enquanto instrumento dos interesses sociais. Tal instrumentalização viola a dignidade humana, não podendo já por este motivo fornecer uma concepção de culpabilidade bem fundada²⁹.

V. Idoneidade para ser destinatário de normas, poder-agir-diversamente e livre-arbítrio

Insisto, portanto: a culpabilidade consiste no agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas. Esta teoria é também a que melhor se adequa ao sentido literal do § 20 StGB³⁰, pois tanto aquele que é "incapaz de compreender o caráter ilícito do fato", como aquele que não

29 *Jakobs* responde a esta crítica (in: *Das Schuldprinzip*, 1993, p. 30) afirmando que ele unicamente descreve as instrumentalizações presentes nas concepções dominantes de culpabilidade. Eu, contudo, questiono que nosso direito penal se fundamente sobre tal conceito de culpabilidade violador da dignidade humana.

30 (N. T.) Cf. o anexo, para o teor literal do dispositivo.

está em condições de "agir segundo esta compreensão", carecem de idoneidade para serem destinatários de normas. A falta de capacidade de compreensão, bem como de autocontrole e orientação podem ser tidos como casos em que o autor não pode ser alcançado pela mensagem da norma.

Como ficam, porém, o critério do poder-agir-diversamente e o problema *do* livre-arbítrio — que até hoje têm grande importância na discussão sobre a culpabilidade — face a esta concepção? Também o homenageado, *Georgios Mangakis*, dedicou a esta pergunta um estudo fundamental³¹. A jurisprudência alemã vê a essência da culpabilidade *no* fato de que "o autor se decidiu em favor do ilícito, apesar de lhe ser possível comportar-se licitamente, decidir-se em favor do direito" (BGHSt 2, 200). A jurisprudência vê, assim, no poder-agir-de-outro-modo o elemento essencial da culpabilidade, fundando-o na capacidade de o homem autodeterminar-se livre e eticamente, ou seja, no livre-arbítrio. Grande parte da ciência segue este posicionamento³².

A concepção por mim sustentada pode harmonizar-se com esta difundida teoria, mas não depende dela. Vou explicá-lo: se alguém realiza um ilícito típico, inexistindo dúvidas a respeito de sua idoneidade para ser destinatário de normas, então dizemos que ele deveria e poderia ter agido diversamente, sendo, assim, de declarar-se culpável. So-

31 *Mangakis*, Über das Verhältnis von Strafrechtsschuld und Willensfreiheit, ZStW 75 (1963), pp. 499-540.

vi Cf., com diversos matizes, B/et, AT, 18ª edição, 1983, § 46; *Jeschek/Weigend*, AT, 5ª edição, 1996, § 3712 b; *Maurach/Zipf*, AT, vol. I, 8ª edição, 1992, 30/1 e ss.; *Schönke/Schröder/Lenckner*, StGB, 25ª edição, 1997, vor § 13, nm. 114 e ss.; *Welzel*, Strafrecht, 11ª edição, 1969, p. 139 e ss.; *Wessels/Eeulke*, AT, 28ª edição, 1998, nm. 401.

mente, porém, a capacidade para ser destinatário de normas é passível de verificação empírica e, apesar das várias dificuldades, em princípio comprovável. Se alguém está em condições de compreender a ilicitude de seu agir e se, ou em que medida, sua capacidade de autocontrole está reduzida ou prejudicada, tal pode ser verificado através de métodos psicológicos ou psiquiátricos. Mesmo o leigo pode verificar em si próprio a redução de sua orientação intelectual e de sua capacidade de autodeterminação, sobrevinda após uma intensa bebedeira.

Por outro lado, o poder-agir-de-outro-modo e o livre-arbítrio são impassíveis de comprovação³³. Pense-se no meu exemplo do cidadão que sempre respeitou a sinalização de trânsito, mas afinal acaba por cruzar a rua com o sinal vermelho. Podemos saber unicamente que este homem pode orientar-se, em princípio, segundo as normas do direito, e que lhe é possível respeitar as regras de trânsito. Se ele, apesar de sua pressa, estava em condições de aguardar diante do sinal vermelho, ou se as circunstâncias que o levaram a correr para alcançar o trem determinaram de modo inexorável sua decisão de atravessar a rua com o sinal vermelho — isso nenhum mortal sabe.

Como ninguém ignora, a capacidade de livre autodeterminação é já há muito epistemologicamente controversa. Ela é, em verdade, por muitos admitida³⁴ (com especial

33 Assim também *Mangakis*, ZStW 75 (1963), p. 120 e ss., p. 123 e *passim*; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª edição, 1996, § 37 I 2 b; *Jescheck*, Leipziger Kommentar, 11ª edição, vor § 13, nm. 74, com ulteriores referências.

34 *Bockelmann*, ZStW 75 (1963), p. 388 e ss.; *Dreher*, Die Willensfreiheit, 1987, p. 15 e ss.; *Griffel*, GA 1989, 193; *Jescheck/Weigend*, AT, 5ª edição, 1996, § 37 I 1; *Armin Kaufmann*, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982, p. 273 e ss.; *Arthur Kaufmann*, Das

paixão, em frequência, pelos penalistas!), por outros também rechaçada³⁵ (comumente pelos cultores das ciências naturais), na maioria dos casos, contudo, tida como irrespondível³⁶. Do ponto de vista sócio-psicológico pode afirmar-se que a maioria das pessoas tem a sensação de poder, ao menos em regra, agir segundo sua livre vontade. Tal não prova muito; pois da mesma forma que nossos olhos, para os quais o Sol gira em torno da Terra, nos enganam, também nos pode enganar esta nossa sensação de liberdade. (Da mesma forma, os loucos, no mais das vezes, se consideram absolutamente normais.) Mas a consciência da liberdade fundamenta, ainda assim, uma convenção social, segundo a qual se reconhece às pessoas que, em princípio, podem orientar-se segundo normas, a capacidade de decidir contra ou a favor de seu cumprimento. Este reconhecimento recíproco da liberdade de decisão, que domina não só o ordenamento jurídico, como também nossa vida social e privada, é, como eu digo, uma "regra de jogo social", uma "postulação normativa", mas não um fato comprovável³⁷.

Schuldprinzip, 2ª edição, 1976, p. 127, p. 279; *Schönke/Schröder/Lenckner*, StGB, 24ª edição, 1991, vor § 13, nm. 110; *Stratenwerth*, ZStW 85 (1973), p. 490.

35 Assim *Bauer*, Das Verbrechen und die Gesellschaft, 1957, p. 17 e ss.; o mesmo, Vom kommenden Strafrecht, 1969, p. 59 e ss.; *Danner*, Gibt es einen freien Willen?, 2ª edição, 1977, p. 165 e ss.; *Kargl*, Kritik des Schuldprinzips, 1982, p. 252 e ss.; *Streng*, ZStW 101 (1989), p. 273 e ss.

36 *Lackner*, Kleinknecht-FS, 1985, p. 249; *Roxin*, AT, vol. I, 3ª edição, 1997, § 19, nm. 36 e ss., com ulteriores referências.

(7 Próximo *Hirsch*, ZStW 106 (1994), p. 759 e ss., que acertadamente resume: "A existência do livre-arbítrio humano não foi comprovada empiricamente; e talvez tampouco chegue a sê-lo algum dia" (p. 763). Evidentemente, ele se volta pouco adiante contra minha concepção segundo a qual o livre-arbítrio seria uma "postulação normativa", apesar de fundamentar, em total concordância com a concepção de liberdade

Assim vistas as coisas, deve-se responder à antiga controvérsia, quanto a se a culpabilidade é um dado real ou uma atribuição, quanto a se ela se localiza na cabeça do agente ou do julgador, com um "tanto-quanto". A idoneidade para ser destinatário de normas pode, enquanto dado empírico, ser verificado na psique do agente. O poder-agir-de-outro-modo daí decorrente — enquanto não se admitir a perspectiva de um indeterminismo estrito, que considera também a liberdade de decisão do homem algo realmente comprovável — é uma atribuição normativa, ainda que fundada sócio-psicologicamente. Mas como vimos, isto, a rigor, não importa, de maneira que — contra a intensa crítica de muitos colegas³⁸ — acabo por seguir a opinião hoje dominante, segundo a qual a discussão jurídico-penal pode abstrair do problema epistemológico e científico do livre-arbítrio³⁹. Ainda que este problema deva ser solucionado desta ou de outra maneira, diante da idoneidade para ser destinatário de normas, podemos partir do reconhecimento recíproco da liberdade de ação, enquanto um princípio sócio-politicamente razoável⁴⁰.

aqui defendida, que "na realidade social os homens se sentem, compreendem e tratam como indeterminados. Partindo deste pressuposto é que regulam, segundo sua compreensão, seu interagir com o mundo circundante" (p. 764).

38 Cf., p. ex., *Dreher*, *Die Willensfreiheit*, 1987, p. 52 e ss.; o mesmo, *Spendel-FS*, 1992, p. 13; *Griffel*, *ZStW* 98 (1986), p. 29 e ss.; o mesmo, *GA* 1989, 193 e ss.; *Schünemann*, *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 163, p. 166; o mesmo, *GA* 1986, 293 e ss.; o mesmo, *GA* 1989, p. 147 e ss. Todos admitem, entretanto, que o livre-arbítrio não é empiricamente comprovável.

39 Mais detalhes *Roxin*, *AT*, vol. I, 3ª edição, 1997, § 19, nm. 36 e ss. Noutro sentido, aqui, *Mangakis*, *ZStW* 75 (1963), p. 510 e ss.

40 Na conclusão, acabo por concordar novamente com *Mangakis*, *ZStW* 75 (1963), p. 516, que parte "da hipótese do determinismo",

A base real da verificação da culpabilidade é a liberdade de ação humana, não a liberdade de ação humana. Aquele que parte unicamente desta, acaba por sobrecarregar-se desnecessariamente com problemas pertinentes a outras ciências. Afinal, ainda que alguém quisesse recusar a liberdade de ação enquanto convenção normativa, por considerá-la uma ideologia idealista, ele ainda poderia e teria de recorrer ao critério da idoneidade para ser destinatário de normas como o núcleo da culpabilidade, uma vez que ele é o único acessível à comprovação forense. Aquele que, apesar de destinatário idôneo de normas, as viola, tem seu comportamento imputado à culpabilidade. Tal se trata de um princípio jurídico geralmente aceito, que, como outras regras jurídicas basilares (tais como a obrigatoriedade dos contratos ou o princípio da igualdade), não necessita de ulterior problematização.

VI. Matizes preventivos na exculpação

Nosso problema — e com isso chego à novidade decisiva — não se esgota ao definirmos a culpabilidade como idoneidade para ser destinatário de normas e sua exclusão como a falta desta idoneidade. Se observarmos duas das mais conhecidas causas de exculpação do StGB, o estado de necessidade exculpante (§ 35 StGB) ou o excesso na legítima defesa (§ 33 StGB); veremos que, nestes casos, a idoneidade para ser destinatário de normas está em regra *presente*.

mas de qualquer maneira admite ser "irrealizável" a prova de que "certo homem em certa situação podia comportar-se de maneira diversa da que se comportou".

Sem dúvida, há casos, análogos ao § 20, nos quais o temor pela própria vida quebra todos os controles psíquicos. Mas a maior parte das situações do § 35⁴¹ não é desta ordem⁴². Aquele que fere gravemente um terceiro inocente, no intuito de afastar um perigo para a integridade física de um parente seu, continua apto a ser destinatário de normas. Se precisasse, ele poderia agir de outra maneira. A prova disso é que, em várias situações — como, p. ex., na guerra —, os homens submetem mesmo a própria vida a riscos, sem mencionar que muitos ordenamentos jurídicos desconhecem uma exculpação por estado de necessidade tão ampla. Até 1975, tampouco nosso StGB reconhecia qualquer possibilidade de exculpação em caso de perigo para pessoas próximas. E a prova de que também o § 35 vigente pressupõe que o agente seja um destinatário idôneo da norma penal está em que ele nega a possibilidade de exculpação se o perigo for causado pelo próprio agente, no caso de relações jurídicas especiais ou noutros casos de exigibilidade de comportamento conforme ao direito (§ 35 I 2). Tais dispositivos só fazem sentido se admitirmos que o legislador parte de uma idoneidade *do* agente para ser destinatário de normas e, com isso, da possibilidade de que ele possa comportar-se de outra maneira. Afinal, tampouco nos casos excepcionais do § 35 I 2 se pode exigir o impossível.

Da mesma forma, o excesso na legítima defesa — por desorientação, medo ou susto, ou seja, por motivos assim chamados astênicos, que são consequência típica de uma agressão injusta — é, em regra, evitável⁴³. Tal é comprova-

41 (N. T.) Para o teor do dispositivo, cf. anexo.

42 Doutro modo, não se precisaria do § 35, como acertadamente recorda *P. A. Albrecht*, Rasch-FS, 1993, p. 63.

43 (N. T.) Para o teor literal do dispositivo, cf. o anexo.

do pela práxis, na qual tais casos se mostram relativaiu< nh raros. E também o legislador é desta opinião. Afinal, **ele** sequer estava seguro quanto a se o § 33 talvez não fosse mera causa de exclusão da punibilidade (como se pode ver da expressão "não é punível", ao invés do habitual "atua sem culpabilidade", presente noutras causas de exculpação). Se nos casos do § 33 o autor não fosse um destinatário idôneo de normas, este dispositivo seria despiciendo, pois a imputação subjetiva ao delito culposo ficaria de qualquer maneira excluída diante da inevitabilidade e mesmo da inexigibilidade, e a maioria dos casos de excesso na legítima defesa são casos de culpa.

Da mesma forma, um dispositivo como o § 19 StGB, segundo o qual "é incapaz de culpabilidade aquele que, ao praticar o fato, não tem 14 anos de idade", só em pequena parte dos casos pode ser explicado através de uma inidoneidade para ser destinatário de normas ou de quaisquer outras das concepções de culpabilidade. O jovem de 13 anos que destrói as janelas do vizinho sabe, normalmente, que não lhe é permitido fazer isso, e, salvo em casos de distúrbios comportamentais, pode orientar-se de acordo com este entendimento. Se o moleque malcriado mencionar o § 19 StGB para fundamentar sua ausência de culpabilidade, seu pai, com razão, irá gritar e rir dele. Seria, além disso o absurdo admitir que, ao completar o 14, ano de idade de repente surgisse uma capacidade de culpabilidade, da qual não havia ainda qualquer vestígio⁴⁴. A lei deve ser compreendida de modo um pouco divergente de sua letra.

Nos casos acima citados, aos quais se poderia facilmente acrescentar outros, inexistente qualquer exculpação, mas

44 Para uma crítica aos fundamentos desta ficção legislativa, cf. *Lange*, *Leipziger Kommentar*, 10ª edição, § 19, nm. 2; divergindo, contudo, *Jähnke*, *Leipziger Kommentar*, 11ª edição, § 19, nm. 1.

unicamente uma causa de redução da culpabilidade. E verdade que, em hipóteses como a de um dos perigos descritos no § 35, de medo por causa de uma agressão antijurídica ou de idade infantil do autor, em regra, há uma redução da capacidade de autodeterminação e de orientação. Mas tal ainda não é suficiente para excluir a culpabilidade. Doutro modo, não poderia o legislador, como faz no § 35, impor exceções para a exculpação; o excesso na legítima defesa teria de ser aplicável também aos casos de motivos estênicos intensos (como a fúria ou a exaltação), que afinal podem desencadear o mesmo potencial desmotivador que o medo; e todos os países que fazem a maioria penal iniciar aos 12 anos violariam o princípio da culpabilidade.

Se em tais situações o legislador renuncia à pena, tal ocorre porque ele a considera desnecessária, ou mesmo nociva, de um ponto de vista preventivo geral e especial⁴⁵. Aquele que realiza um tipo penal em situação de estado de necessidade é, em geral, fiel ao direito e não necessita de qualquer intervenção ressocializadora. Afinal, ele provavelmente jamais se encontrará em tal situação novamente. Se tal possibilidade, contudo, existe, porque o autor é, p. ex., bombeiro ou policial, incidirá o § 35 I 2 ("relação jurídica especial"), e a exculpação será negada. E tampouco por motivos de prevenção geral se mostra necessária a punição do autor, uma vez que a população se mostra compreensiva face a seu comportamento, não se precisando da pena para reestabelecer a paz social. O legislador, contudo, teme que

45 Em princípio de acordo, principalmente, *Jakobs*, AT, 2ª edição, 1991, § 20, nm. 1; *Timpe*, *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot*, 1983, p. 277 e ss.; o mesmo, *JuS* 1984, p. 860, os quais contudo recusam a componente especial preventiva. Mais detalhes a respeito em *Roxin*, AT, vol. I, 3ª edição, 1997, §22, nm. 12.

não se dirigirá tamanha compreensão se o próprio autor provocou a situação da qual só pôde salvar-se através da ação ilícita. Tampouco pode, por motivos de prevenção geral, ser aceito que, p. ex., bombeiros ou policiais se esquivem de seus deveres referindo-se ao § 35⁴⁶. Falta-me o tempo para analisar mais aprofundadamente os numerosos problemas do § 35⁴⁷. Mas a relevância de considerações preventivas especiais e gerais na isenção de pena deve ter-se tornado clara.

O mesmo se diga do excesso na legítima defesa. Quem, por desorientação, medo ou susto ultrapassa os limites da legítima defesa, não é uma pessoa perigosa, desnecessitando de tratamento correccional. E sua punição tampouco é necessária por motivos de prevenção geral, uma vez que seu comportamento não gera o perigo de imitação: ninguém toma uma pessoa medrosa como modelo. Por outro lado, a exculpação de motivos estênicos (p. ex., a raiva, a fúria ou a vontade de lutar) enfraqueceria certos bloqueios na população, favorecendo a prontidão de reagir de modo cego e desmesurado. Somente este ponto de vista preventivo geral explica a restrição do excesso exculpante aos motivos astênicos⁴⁸.

46 *Hirsch*, ZStW 106 (1994), p. 756 e ss., objeta recentemente contra o recurso à ausência de necessidade preventiva de punição que "por trás desta distinção encontram-se diversos graus da resistência psíquica de grupos de pessoas, e que os resquícios de culpabilidade que eventualmente subsistam podem, por sua insignificância, ser ignorados". Mas como pode aquele, que, segundo o § 35 I 2, "deu causa" ao resultado, ou o jovem soldado, que integra uma "relação jurídica especial", apresentar maior grau de resistência psíquica que outras pessoas? Do mesmo modo, a desconsideração da culpabilidade reduzida só pode decorrer da ausência das necessidades de prevenção.

47 Cf. a respeito *Roxin*, AT, vol. I, 3ª edição, 1997, § 22, nm. 1 e ss.

48 No essencial de acordo, *Jakobs*, AT, 2ª edição, 1991, § 20, nm. 28; *Timpe*, JuS 1985, p. 119.

E, por fim, também no caso das crianças está claro que a punição não só é desnecessária de um ponto de vista preventivo, como também extremamente contra-indicada. O aprisionamento — afinal, da pena de multa nem há o que dizer — não poderia provocar nas crianças nada de positivo, mas sim graves danos. Razões preventivo-gerais tampouco existem, porque hoje há consenso social a respeito de que crianças podem ser educadas com outros meios. O comportamento errôneo praticado por crianças tampouco induz adultos à imitação.

VII. A culpabilidade e a necessidade de pena como pressupostos conjuntos da responsabilidade

Do exposto decorre que aquilo que normalmente chamamos de exclusão da culpabilidade se funda em parte na ausência ou redução da culpabilidade, mas em parte também em considerações preventivo-gerais e especiais sobre a isenção de pena. Dito positivamente: para a imputação subjetiva da ação injusta devem concorrer a culpabilidade do autor e a necessidade preventiva de pena. Por isso proponho chamar a categoria do delito que sucede ao injusto não de "culpabilidade", mas "responsabilidade". Afinal, na teoria da imputação subjetiva devem ser integradas, ao lado da culpabilidade, aspectos preventivos, de maneira que a culpabilidade representa somente um aspecto — de qualquer maneira essencial — daquilo que denomino "responsabilidade".

Tal concepção produzirá significativos efeitos sobre a fundamentação dogmática de nosso direito penal e também sobre o alcance prático das possibilidades de isenção de pena, que irei apenas rapidamente esboçar ao final deste meu relatório.

1. As conseqüências dogmáticas desta concepção

Para a discussão dogmática decorre daí uma conseqüência fundamental: a teoria dos fins da pena e, assim, o mais importante ponto de orientação político-criminal de nosso direito penal é tornada fecunda para a teoria geral do delito. Segundo a teoria dos fins da pena por mim defendida, só se pode justificar a pena pela concorrência da culpabilidade e da necessidade preventiva da pena⁴⁹. Para a medição da pena isto significa, por um lado, que toda pena pressupõe culpabilidade, não podendo jamais ultrapassar-lhe a medida⁵⁰, mas que a pena também sempre tem de ser preventivamente indispensável. A pena pode, portanto, ficar aquém da medida da culpabilidade, se as exigências de prevenção fizerem desnecessária ou mesmo desaconselhável a pena no limite máximo da culpabilidade. Nesta sede, não posso fundamentar tal ponto de vista com maiores detalhes, mas é verdade que dificilmente será possível questionar a tese aqui defendida, se, com a opinião hoje praticamente unânime, admitirmos que a pena não deve servir à retribuição no sentido de uma compensação metafísica da culpabilidade⁵¹.

Eu transporto, assim, esta concepção sobre os fins da pena à teoria da responsabilidade, de maneira que também aqui se exige, ao lado da culpabilidade, uma necessidade

49 De acordo, *Amelung*, Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, p. 98; *Lackner*, Kleinknecht-FS, 1985, p. 262; *Schneider*, Grund und Grenzen des strafrechtlichen Selbstbegünstigungsprinzips, 1991, p. 56 e ss.; *Schünemann*, Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, p. 169.

50 Assim também *Mangakis*, ZStW 75 (1963), p. 539.

51 Mais detalhes a respeito em *Roxin*, AT, vol. I, 3ª edição, 1997, § 3º, nm. 48 e ss., e § 19, nm. 1 e ss. Completamente de acordo neste ponto *Mangakis*, ZStW 75 (1963), p. 537 e ss.

preventiva da pena, que, regra geral, já decorre da cominação penal. Esta transposição deveria, em verdade, ser algo óbvio, uma vez que a categoria da responsabilidade decidirá, em princípio, sobre a punibilidade do autor, devendo ali valer unicamente aquilo que é indicado pela teoria dos fins da pena. Se a doutrina tradicional, após o injusto, somente analisa se está presente a "culpabilidade" do autor, isto é consequência de uma concepção outrora dominante, hoje já de há muito ultrapassada, a respeito dos fins da pena, que faz tudo depender da mera retribuição, exigindo a punição também nos casos em que, presente a culpabilidade, inexistia qualquer necessidade social para tanto⁵². Quase ninguém defende tal posicionamento hoje, mas as consequências dogmáticas de tal mudança de concepção ainda hoje necessitam ser reconhecidas.

Seguindo-se minha construção, estar-se-á defendendo uma posição liberal-garantística, que impõe ao poder punitivo estatal limites tão estreitos quanto socialmente sustentáveis. Ainda que a necessidade de prevenção geral ou especial através da sanção seja imensa, tampouco neste caso se poderá punir, se o autor agir sem culpabilidade. Mas mesmo que exista uma culpabilidade reduzida, tem-se de renunciar à pena, se as necessidades preventivas — a serem determinadas, é claro, não segundo a opinião pessoal do juiz, mas sim segundo a lei ou às decisões valorativas legais — o permitirem. É errado, portanto, afirmar que minha teoria da responsabilidade reduz a proteção prestada pelo princípio da culpabilidade ao indivíduo contra intervenções estatais⁵³. Pelo

52 De acordo, *Haft*, AT, 8ª edição, 1998, p. 126.

53 Assim, porém, *Hirsch*, ZStW 106 (1994), pp. 754-759. Ele pensa que minha concepção carece de uma fundamentação autônoma da culpabilidade, e que esta é "baseada (...) na prevenção, o único fundamento reconhecido como legitimador da pena". "O conceito de culpabilidade

contrário, ela a fortalece, ao utilizar a indispensabilidade preventiva como uma ulterior limitação⁵⁴.

2. As conseqüências jurídicas práticas

Também as conseqüências jurídicas práticas, que decorrem desta concepção de responsabilidade para a punição e a exclusão da punibilidade, são consideravelmente maiores do que é comumente admitido. Alguém poderia objetar-me que eu explico, é verdade, numerosas das até então chamadas causas de exculpação de modo um pouco diverso, uma vez que recorro aos matizes preventivos da isenção de pena. Mas isto em nada mudaria as soluções a que se chega, não sendo, portanto, tão importante. No caso concreto, p. ex., bastaria afirmar ou negar o estado de necessidade exculpante (§ 35), pouco importando se apoiamos a isenção de pena em considerações de culpabilidade ou em pontos de vista preventivos. A tal bagatelização das

de torna-se incapaz de cumprir a necessária função independente de limitação também das necessidades preventivas, uma vez que ele próprio é determinado pelas imposições da prevenção" (p. 757). Mas tal é uma deformação crassa de minha teoria, pois eu determino a culpabilidade com total independência da prevenção, como "agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas" [Roxin, AT, vol. I, 3ª edição, 1997, § 19, nm. 36 e ss.) e limito, assim, a pena de modo não diverso de qualquer defensor do princípio da culpabilidade. A afirmativa de que a culpabilidade só serve à limitação da pena não contesta que ela seja um pressuposto constitutivo da pena. O que se recusa é unicamente que *ela legitime a retribuição*, e também que a culpabilidade fundamente por si só a pena: *ela é condição necessária, mas não suficiente da pena*. Quem quiser esposar uma opinião contrária com sucesso tem de infirmar estas duas teses.

54 Mais detalhes em Roxin, AT, vol. I, 3ª edição, 1997, § 19, nm. 6 e ss.

conseqüências práticas de minha concepção tenho três coisas a responder:

Primeiramente, que só se pode tornar plausível a maior parte dos casos de ações pretensamente sem culpa se se reconhecem os matizes preventivos que ali se encontram. O § 35 I 2, a limitação do § 33 aos motivos astênicos, ou mesmo o limite da maioria penal não podem, como visto, ser compreendidos adequadamente se somente os analisarmos sob o aspecto da culpabilidade. E uma das mais importantes tarefas de nosso instrumentário dogmático consiste em ensinar-nos a compreender corretamente o direito.

Em segundo lugar, a concorrência da culpabilidade e das necessidades preventivas permite uma cuidadosa extensão da isenção da pena⁵⁵ nas pretensas puras causas de exclusão de culpabilidade, como o erro de proibição do § 17, ou a imputabilidade do § 20. E isto da seguinte forma:

O § 17 concede a isenção de pena unicamente no caso de erro de proibição inevitável⁵⁶. Nenhum erro de proibição é, na prática, *absolutamente* inevitável, uma vez que, em teoria, sempre se poderá consultar mais um perito, até que as eventuais dúvidas a respeito da licitude do próprio comportamento venham à tona. Se tais dúvidas não ocorressem a pessoa alguma, então a proibição penal da qual se não pode obter conhecimento seria nula por ofensa ao princípio da determinação. Contudo, segundo a interpretação rigorosa para a qual tende a jurisprudência⁵⁷, quase nunca

55 Este é também o objetivo de *Mangakis*, o qual ainda não podia levar em conta minha nova concepção preventiva, mas que defende da mesma maneira a possibilidade de exculpação supralegal (ZStW 75 [1963], p. 529).

56 (N. T.) Para o teor literal do dispositivo, cf. o anexo.

57 Cf. unicamente BGHSt 2, p. 201; 21, p. 21.

há de falar-se em erro de proibição que isente de pena. É muito mais razoável, do ponto de vista político-criminal, defender uma concepção que atenua os rigores da teoria da culpabilidade, não exigindo do autor mais do que a medida normal de fidelidade ao direito presente numa pessoa socialmente integrada⁵⁸. Assim, aquele que, como se expressa o art. 20 do Código Penal suíço, "supõe, por razões suficientes, ter direito a praticar o fato" — que razões são de considerar-se suficientes, não posso aqui concretizar —, incorrerá num erro de proibição que, levando-se em conta a desnecessidade preventiva de uma punição, é de ser tido como *relativamente* inevitável, excludente de responsabilidade.

Também no § 20 há conceitos normativos como "profunda" (na perturbação de consciência) ou "grave" (na degeneração anímica) que permitem uma interpretação, com base na qual se poderá admitir, mesmo em caso de reduzida culpabilidade, o substrato psíquico requerido pela lei para a isenção de pena. Nada impede, tampouco, de negar a capacidade de compreensão e autodeterminação, nos casos em que um comportamento se encontre nos limites da exclusão de pena e a punição pareça preventivamente desnecessária.

Em terceiro lugar, somente através da introdução de pontos de vista preventivos na exclusão da responsabilidade se torna possível explicar os casos do hoje assim chamado estado de necessidade exculpante supralegal⁵⁹. Como

58 Cf. a respeito de tudo isso, *Roxin*, AT, vol. I, 3ª edição, 1997, § 21, nm. 37 e ss.

59 (N. T.) O estado de necessidade exculpante previsto na legislação alemã se aplica a hipóteses bastante estritas, exigindo não só que o bem salvo seja um daqueles expressamente arrolados (vida, integridade física, liberdade), como também que pertença ao autor, a parente ou a pessoa próxima (cf. o teor do dispositivo no anexo). Para contornar a

exemplo tomo, unicamente, o "caso da eutanásia" (BGH NJW 1953, p. 513 e ss.), no qual se reconhece hoje extensamente a existência de uma exclusão da culpabilidade supralegal⁶⁰. Neste julgado examinou-se o caso de médicos que, no âmbito de um programa nacional-socialista de eliminação de doentes mentais, participaram da "seleção" de um número de doentes, tendo cometido, assim, auxílio ou cumplicidade aos homicídios. Mas eles o fizeram, segundo alegação incontestável, unicamente para salvar a grande maioria dos doentes mentais. Afinal, se eles tivessem negado qualquer participação, eles teriam sido substituídos por submissos lacaios do regime, com a conseqüência de que todos os doentes mentais seriam mortos.

Não se pode admitir uma causa de justificação, uma vez que a ninguém, por qualquer motivo que seja, é permitido emprestar sua mão a ações de assassinato, e porque também não se pode saber o que realmente aconteceria se os médicos tivessem, de modo conseqüente, recusado sua participação nestes atos⁶¹. Talvez eles sequer tivessem ocorrido. Ainda assim, a opinião hoje extensamente dominante — com acerto, segundo penso — defende a absolvição dos médicos, e fundamenta este ponto de vista numa exclusão de culpabilidade supralegal. Esta exclusão de culpabilidade não é, porém, admissível, se partirmos do fato

severidade do dispositivo face a casos excepcionalíssimos (que, no mais, é tida como adequada), tais como o dos médicos da eutanásia, criou-se a figura do estado de necessidade exculpante supralegal.

60 Mais detalhes a respeito, com pontos de vista diversos, *Gallas, Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, p. 69; *Jescheck/Weigend, AT*, 5^a edição, 1996, § 47 I 2; *Küper JuS* 1981, 785, 793; *Roxin, AT*, vol. I, 3^a edição, 1997, § 22, nm. 148, todos com ulteriores referências.

61 Cf. o estudo de *Küper, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*, 1979, p. 57 e ss., que indica o caminho a seguir.

de que os médicos podiam, sem qualquer perigo, ter-se negado a participar. Está presente, sem dúvida alguma, um poder-agir-diversamente, de modo que as razões da isenção de pena permanecem obscuras.

Estas só podem consistir no reconhecimento de que os autores, por um lado, agiram culpavelmente, mas que, em tal conflito, a necessidade preventiva de sanção tem de ser negada. Afinal, uma necessidade de intervenção especial preventiva sobre o autor inexistente. A sua culpabilidade decorre de uma situação histórica única, que não irá repetir-se em suas vidas. Seu comportamento foi também animado pela disposição favorável ao bem jurídico, que era a de salvar tantas vidas quanto possível. E, por fim, os autores não tinham à época ninguém que lhes tivesse dito o que hoje sabemos: que aquele que pactua com o criminoso, mesmo que para evitar algo pior, também faz recair sobre si culpabilidade. Por todos estes motivos falta igualmente uma necessidade de sanção preventiva geral, de modo que o Estado pode ser compreensivo e renunciar à imposição de responsabilidade jurídico-penal aos autores. Contudo, é apenas a responsabilidade, e não a culpabilidade que está excluída⁶².

Também no âmbito de proteção dos direitos fundamentais pode-se fundamentar, em certos casos, uma exclusão da responsabilidade, na qual não se pode cogitar de uma limitação a meros pontos de vista inerentes à culpabilidade. Assim é que o ato de consciência se encontra no âmbito de proteção do Art. 4, GG, e a chamada desobediência civil, como nos casos de bloqueios sentados⁶³ ético-socialmente

62 Mais detalhes a respeito, *Roxin*, AT, vol. I, 3ª edição, 1997, § 22, nm. 148.

63 (N. T.) Trata-se do conhecido caso da *Sitzblockade*, (que traduzi por bloqueio sentado, cômico da precariedade de minha tentativa), em que duas mulheres bloquearam a passagem de uma rua em frente a um

motivados, *go-ins* etc., no âmbito de proteção dos art. 5º e 8º GG⁶⁴. No âmbito de proteção desses direitos fundamentais deve-se decidir, através de uma ponderação, se no caso concreto a lei penal deve prevalecer ou se a eficácia do direito fundamental pode levar a uma renúncia à pena. Isto leva à conseqüência de que — unicamente no caso de delitos leves, e dentro de limites relativamente estreitos — é possível uma exclusão da responsabilidade, apesar de se ter de admitir a culpabilidade do autor. Afinal, num estado de direito democrático, opiniões divergentes não podem ser motivo para quebrar as leis vigentes. Ainda assim, pode-se conceder uma exclusão da responsabilidade, na medida em que isso seja preventivamente tolerável; e tal será comum diante de fatos inofensivos, porque eles evitam que *outsiders* sociais caiam num radicalismo, promovendo, assim, a paz interna. Os detalhes desta concepção foram fundamentados em dois estudos mais longos (e também em meu manual)⁶⁵; aqui tenho de me contentar com essa indicação.

VIII. Conclusão

Chego ao final. Minha conclusão é: o princípio da culpabilidade é eficaz tanto na imputação objetiva, como sub-

depósito de munições para protestar em defesa da paz, sendo condenadas, pelo BGH, pelo delito de coação (*Nötigung*), um equivalente de nosso constrangimento ilegal [Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, 2ª edição, Munique: Beck, 1997, p. 56 e ss.).

64 (N. T.) o art. 4º da *Grundgesetz* (Lei Fundamental) consagra a liberdade de crença, consciência e confissão; o art. 5º a liberdade de opinião, informação, imprensa, artística e científica; o art. 8º a liberdade de associação.

65 Cf., sobre o fato de consciência e a desobediência civil, extensamente, *Roxin*, *Maihofer-FS*, 1988, p. 389; o mesmo, *Schüler-Springorum-FS*, 1993, p. 441; o mesmo, *AT*, vol. I, 3ª edição, 1997, § 22, nm. 100 ess., 130 ess.

jetiva. No campo da imputação subjetiva, a preocupação central desta exposição, a culpabilidade é agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas. Aquilo a que tradicionalmente chamamos de uma "ação sem culpabilidade" (ou seja, exclusão de culpabilidade ou exculpação) não é somente a ausência de idoneidade para ser destinatário de normas, mas — em conjunto com a diminuição de culpabilidade — uma exclusão da responsabilidade, decorrente de uma falta de necessidades preventivas de punição. Aquilo que essas sucintas fórmulas dizem, tentei explicar de modo mais detalhado. E com isso concluo este trabalho, que dedico com admiração a *Georgios Mangakis*, grande penalista grego — e alemão! —, político do direito, colega e amigo!

A PROTEÇÃO DA VIDA HUMANA ATRAVÉS DO DIREITO PENAL¹

I. Introdução

O tema "proteção da vida no direito penal" apresenta pelo menos cinco aspectos, que exigem uma exposição autônoma. Mencionarei os problemas correlacionados já agora, sob a forma de perguntas:

1. O embrião é objeto de tutela penal já antes da nidação, isto é, de sua implantação no útero? Aqui se trata de perguntas que, na Alemanha, analisamos sob o aspecto da "proteção ao embrião".

2. Em que medida o embrião que se encontra no corpo materno, isto é, desde a nidação até o nascimento, é protegido pelo direito penal? Esta segunda pergunta diz respeito à regulamentação penal do aborto.

3. Em que momento nasce o homem? A determinação tão precisa quanto possível do instante do nascimento tem importância, porque só a partir deste momento a vida humana passa a ser protegida pelos tipos do homicídio.

1 (N. T.) Este estudo foi objeto de palestras proferidas em 2002 em São Paulo e no Rio de Janeiro.

4. Que formas de eutanásia são permitidas? Utilizo neste contexto o conceito de eutanásia de maneira que ele abranja todas as formas de encurtamento da fase final da vida humana a pedido do falecido.

5. A partir de que instante ocorre a morte? Também esta é uma pergunta de especial relevância jurídico-penal, pois com a morte termina a proteção à vida, e só então se abre a possibilidade do transplante de órgãos, que alcançou tamanha importância para a medicina moderna.

Só em um estudo extenso ou um livro é que se poderia examinar cada qual dos cinco aspectos da proteção à vida por mim mencionados em detalhe. Eu, pelo contrário, posuo unicamente dez minutos para cada tópico de meu tema, de maneira que peço compreensão para o fato de que não possa fazer mais do que fornecer um panorama introdutório a respeito de problemas centrais e algumas idéias.

II. A proteção ao embrião

Sabe-se já ser há muito possível produzir embriões extracorporalmente. Tais embriões são utilizados para satisfazer os desejos de casais que, de outra maneira, não poderiam ter descendentes. Não se questiona a legitimidade de tal procedimento. Afinal, o embrião não é lesionado, mas conduzido a seu destino natural, uma vez que, após a sua implantação no corpo da mãe, o embrião se desenvolve naturalmente até tornar-se um homem.

Contudo, hoje em dia na Alemanha se discute calorosamente, não só entre os especialistas, mas também no Parlamento, na imprensa e na população, a pergunta quanto a se deve ser permitido que se matem embriões extra corporalmente produzidos, sob determinadas circunstâncias². Tra-

2 Uma boa compilação das principais declarações publicadas encon-

ta-se, sobretudo, de dois problemas: deve ser permitido que embriões, antes da implantação, sejam submetidos a exames no intuito de detectar falhas genéticas, e sejam destruídos se neste assim chamado diagnóstico de pré-implantação se revelar que a criança esperada apresentaria severos defeitos genéticos? E deve-se autorizar que embriões sejam produzidos e utilizados para fins de pesquisa, por existir a esperança fundada de que, através de células-tronco embrionárias, se possa algum dia curar doenças graves como alzheimer, epilepsia, esclerose múltipla etc?

Na Alemanha, a Lei de Proteção ao Embrião, de dezembro de 1990, proíbe ambas as práticas, mas outros países, como a Dinamarca, a Grã-Bretanha e a França permitem o diagnóstico de pré-implantação, e a utilização de embriões para a pesquisa é autorizada, p. ex., na Inglaterra.

Neste caso, como se deve decidir? E inquestionável que, com a união do óvulo e do espermatozóide, surge uma forma de vida que já carrega em si todas as disposições para tornar-se um homem futuro. Daí deduzo que tal embrião tem de participar, em até certo grau, na proteção e na dignidade do homem já nascido. Isto exclui que embriões possam ser produzidos já de antemão para fins exclusivamente de pesquisa, ou seja, como material consumível. Na realidade, isto significaria negar ao embrião a característica de ser um fim em si mesmo, que compõe o núcleo da dignidade da vida humana, tratando-o como um simples objeto³. Uma vez que se admita tal ponto de vista, tampouco se

tra-se no livro de *Christian Geyer* (ed.), *Biopolitik. Die Positionen*, Frankfurt 2001 (livro de bolso Suhrkamp).

3 Sobre a dignidade humana no Direito Penal, de uma perspectiva geral, Il-Su *Kim*, *Die Bedeutung der Menschenwürde im Strafrecht, insbesondere für Rechtfertigung und Begrenzung der staatlichen Strafe*, Munique, 1983.

poderá autorizar a importação de células-tronco embrionárias do exterior para utilizá-las em pesquisa, o que é proposto por um setor influente na Alemanha. Afinal, desta forma retira-se todo e qualquer valor próprio ao embrião, pouco importando se ele é produzido na Alemanha ou no exterior.

Por outro lado, parece-me igualmente inquestionável que o embrião seja somente uma forma prévia, ainda muito pouco desenvolvida, do homem, que não pode gozar da mesma proteção que o homem nascido — ainda mais enquanto o embrião se encontrar fora do corpo da mãe. Uma corrente fundamentalista relativamente grande na Alemanha e também, p. ex., na Ásia oriental, nega esta posição, numa postura que, contudo, não é sustentável, face aos demais limites admitidos à proteção à vida. O impedimento intencional da nidação, através de pílulas ou espirais, é impune segundo o direito Alemão (§ 218, I, 2 StGB), de modo que, antes da implantação no útero o embrião carece de qualquer tutela. Face ao Código Penal brasileiro, que não toma posição expressa a respeito do momento inicial da proteção penal, é igualmente possível sustentar este posicionamento, o que é mesmo feito por um setor aparentemente minoritário da doutrina⁴. E mesmo depois da im-

4 No sentido de que a tutela penal tem início com a fecundação, p. ex., *Hungria*, Comentários ao Código Penal, vol. V, 5ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1979, p. 290; *Jesus*, Direito Penal, vol. II, 19ª edição, Saraiva, São Paulo, 1997, p. 118; *Bitencourt*, Manual de Direito Penal, Saraiva, São Paulo, 2001, vol. II, p. 158; entendendo a nidação como o momento inicial da gravidez para o Direito Penal, p. ex., *Fragoso*, Lições de Direito Penal, Parte Especial, 7ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1983, n°80, p. 112; *Mirabete*, Manual de Direito Penal, vol. II, 16ª edição, Atlas, São Paulo, 2000, p. 94; *Delmanto/Delmanto/Delmanto/Delmanto*, Código Penal Comentado, 5ª edição, Renovar, Rio de Janeiro, 2000, p. 249.

plantação, o direito alemão autoriza o aborto em medida relativamente extensa, o que ainda será explicado.

Tais regras são fundadas em um consenso social que abrange todos os partidos políticos, e nossa Corte constitucional as considerou em harmonia com a proteção à vida e à dignidade humana. Se partirmos deste pressuposto — e não há outro ponto de partida possível numa democracia —, temos de chegar à conclusão de que, por um lado, a vida do embrião não é disponível por qualquer motivo, mas, de que, por outro lado, ela se mostra passível de uma ponderação com outros valores jurídicos de alta hierarquia.

Daí deduzo, primeiramente, a exigência de que uma diagnose de pré-implantação deveria ser permitida. O direito alemão, contrariamente ao brasileiro, permite expressamente o aborto de fetos que apresentem severas lesões hereditárias (§ 218 a I, II, StGB). Leva ele em conta a sobrecarga anímica e física que uma criança deficiente pode representar para a mãe, renunciando a exigir da vítima tal sacrifício através do direito penal. E creio isto correto. Por um lado, aquela que se decide a dar à luz e criar uma criança que sofra de severa deficiência realiza um elevado valor ético, merecendo admiração. Mas isto deve ocorrer voluntária, e não coativamente. O direito não pode exigir o heroísmo e tem de se contentar com o "mínimo ético". Se isto estiver certo, tem de ser igualmente permitido deixar de implantar um embrião com severas lesões hereditárias. Afinal, seria insensato que se tivesse de implantar na mãe um embrião que depois vem a ser abortado, o que só acarretaria encargos desnecessários para ela.

Também me inclino pela opinião de que, por um lado, não se permita produzir embriões para meros fins de pesquisa, mas de que, por outro, não se deva excluir a possibilidade de pesquisa sobre embriões, nos casos em que eles fossem, originariamente, destinados à finalidade de produ-

zir legalmente a gravidez, não podendo mais ser utilizados para tanto, seja pelo excessivo número, seja porque não se chegue afinal à implantação, por qualquer motivo. Antes que tais embriões sejam destruídos, parece-me jurídica e também eticamente razoável torná-los úteis para a pesquisa. Isto decorre de uma simples ponderação: enquanto um embrião destruído não cria qualquer valor positivo, um embrião que não possa mais ser salvo, e que seja sacrificado para fins de pesquisa pode contribuir consideravelmente para a futura cura de doenças graves, como nos asseguram os especialistas. Quem renuncia a esta possibilidade, não serve a vida, mas a lesiona.

Neste meio tempo, a Câmara dos Deputados alemã tomou, em 30 de janeiro de 2002, posição a respeito da importação de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa. Este posicionamento deve tornar-se lei ainda no primeiro semestre de 2002. Decidiu-se autorizar, sob pressupostos bastante restritivos, a importação de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa, desde que estas já existissem, no exterior, antes de uma certa data final — provavelmente 30 de janeiro de 2002. "Para a obtenção de células-tronco de um embrião, deve estar presente a concordância dos pais. O embrião pode unicamente ser um daqueles que tenham sido criados com o fim de possibilitar a gravidez, não tendo sido implantados por razões a ele exteriores. A concordância dos pais deve ser manifestada excluindo-se qualquer ajuda financeira". Em virtude de seus pressupostos restritivos, que considero dificilmente verificáveis, essa regulamentação se mostra ainda mais severa do que a por mim proposta, mas, por ainda assim possibilitar a pesquisa em embriões "excessivos", caminha no mesmo sentido. Uma decisão legal definitiva a respeito do diagnóstico de pré-implantação deve igualmente seguir-se, sem que isso tenha ainda ocorrido.

III. A proteção da vida humana durante a gravidez,

A proteção da vida em formação após a implantação do embrião no corpo da mãe é tratada de modo bastante diverso em diferentes culturas, e mesmo dentro da maioria dos países é uma questão bastante controversa, em razão das diversas visões de mundo. As soluções extremas — no sentido de que se trate o embrião que se desenvolve no corpo da mãe como um homem já nascido, protegendo-o através dos tipos de homicídio, ou no sentido de que se autorize por completo o aborto até o instante do nascimento — já mal são sustentadas ou praticadas internacionalmente. Elas deveriam ser recusadas também pelos motivos que já mencionei ao tratar da proteção ao embrião: se a vida daquele que nasceu é o valor mais elevado do ordenamento jurídico, não se pode negar à vida em formação qualquer proteção; não se pode, contudo, igualá-la por completo ao homem nascido, uma vez que o embrião se encontra somente a caminho de se tornar um homem, e que a simbiose com o corpo da mãe pode fazer surgir colisões de interesse que terão de ser resolvidas através de ponderações.

A maioria dos ordenamentos jurídicos modernos segue, portanto, um caminho intermediário e caminha entre dois modelos de solução, que chamarei, de modo simplificador, de "solução de indicações" e "solução de prazo"⁵. Segundo a solução de indicações, o aborto é, em princípio, punível. Ele é, contudo, justificado e impunível, se for realizado por

5 Estas duas soluções foram desenvolvidas na Alemanha, primeiramente, em 1970, no Projeto Alternativo de Código Penal, Parte Especial, Delitos contra a pessoa, volume parcial I, p. 25 e ss., do qual fui co-autor, e guiaram as discussões desde então. Para o direito comparado: *Eser/Koch*, Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich, Parte I: Europa, 1988, Parte II: Aufireuropa, 1989.

um médico, a desejo da gestante, e se estiver presente determinada indicação (p. ex., graves perigos para a saúde física ou anímica da mãe, gravidez decorrente de delito sexual, situação social gravosa, ou idade demasiado jovem da mãe). Segundo a solução de prazo, pode-se, dentro de determinado prazo — em geral, três meses — interromper a gravidez a desejo da mãe, sem que se mencionem motivos. Após o decurso deste prazo, somente uma indicação médica posteriormente surgida pode levar ao aborto.

A legislação alemã seguiu um caminho bastante tortuoso, tendo tentado, com maiorias alternantes, em parte, uma solução de indicações, em parte, uma solução de prazo⁶. Graças ao Tribunal constitucional, que declarou nulas diversas regras por violação do direito fundamental à proteção à vida, no outono de 1995 foi expedida, com vasta maioria, pelo Parlamento a regulamentação até hoje vigente. Ela representa um compromisso entre a solução do prazo e a solução de indicações, e pode ser designada como "modelo de aconselhamento" (*Beratungsmodell*).

Segundo esta regulamentação, é impune o aborto realizado por médico, a pedido da gestante, nas primeiras 12 semanas desde a concepção, se a gestante, pelo menos três dias antes da cirurgia, tiver se submetido à orientação da "repartição de aconselhamento em casos conflitos na gravidez" (§§ 218, I, 219, StGB). Como dispõe a lei, a orientação deve servir "à proteção da vida não nascida". "Ela deve guiar-se no sentido de encorajar a gestante a prosseguir em sua gravidez e a lhe abrir perspectivas para uma vida com a criança; ela deve ajudá-la a tomar uma decisão responsável e consciente".

6 Uma resumida e precisa exposição da história legislativa é fornecida por *Tobias Schmidt*, in: *Roxin/Schroth* (eds.), *Medizinstrafrecht*, 2ª edição, 2001, pp. 313-319.

E certo que a decisão final incumbe à mulher, de maneira que o aborto nos primeiros três meses permanece impune mesmo quando inexistente qualquer indicação específica. Neste aspecto, o modelo de aconselhamento fica mais próximo da solução de prazo. Ele se aproxima, por outro lado, da solução de indicações, uma vez que, em primeiro lugar, a orientação dada à mulher deve esclarecer-lhe, como diz a lei (§ 219, I, 3, StGB), que "a interrupção da gravidez só pode ser considerada em situações excepcionais", e porque, em segundo lugar, um aborto sem indicações, ocorrido nos primeiros três meses, após a orientação, apesar de impune, permanece, seguindo uma exigência expressa do Tribunal constitucional, antijurídico. Há justificação unicamente, até o fim da gravidez, se for o caso de uma indicação médico-social (§ 218a II StGB), e, além disso, nas primeiras 12 semanas, se a gravidez decorrer de um delito sexual (§ 218a III StGB).

Já o direito brasileiro segue uma solução de indicações relativamente rígida, autorizando o aborto somente quando praticado por médico, não havendo outro meio de salvar a vida da gestante (o assim chamado aborto necessário, art. 128, I, CP), ou se a gravidez resultar de estupro, estando presente o consentimento da gestante (aborto sentimental, art. 128, II, CP)⁷.

Qual será a regulamentação correta? Pessoalmente, sempre defendi uma solução de indicações bastante generosa, e a considero ainda hoje preferível, em teoria, uma vez que ela deixa claro que o aborto pressupõe um caso de conflito e uma ponderação, na qual os interesses vitais da gestante prevalecem sobre os do embrião. A proteção à vida em formação fica desconsiderada de modo bastante unilateral, se a interrupção da gravidez nos primeiros três

7 Cf., p. ex., *Jesus*, Direito Penal..., p. 124.

meses permanecer impune, mesmo que ausente qualquer motivo razoável, que ela decorre do puro arbítrio ou comodidade, de modo que o aconselhamento pareça mera formalidade. A insistência do Tribunal constitucional alemão no sentido da antijuridicidade de tal aborto pode melhorar a proteção à vida do embrião no mundo dos conceitos jurídicos, mas não na realidade social.

Por outro lado, não se pode negar à solução de aconselhamento do direito alemão uma certa sabedoria prática que, por fim, acaba por me reconciliar com ela. Afinal, a proteção mais rígida e adequada concedida ao embrião pela solução de indicações fica, de início, só no papel. Ela é ineficaz se uma mulher de qualquer maneira decidida a abortar vai a um charlatão e ali realiza a intervenção cirúrgica. A história prova que isso ocorre; e tais fatos podem ocorrer sem qualquer perigo, pois aquilo que é praticado em segredo, cujos participantes são passíveis de punição, dificilmente pode ser descoberto. Tais conseqüências são, porém, especialmente indesejadas, uma vez que elas acarretam para a gestante perigos que vão desde lesões à saúde até extorsões. Sob este aspecto, a solução de aconselhamento ao menos assegura um assessoramento médico competente, dando à mulher a possibilidade de pensar com calma a respeito da própria decisão.

A assim chamada proposta minoritária do Projeto Alternativo⁸, da qual fui co-autor em 1970, sugeria⁹ vincular

8 (N.T.) O Projeto Alternativo de Código Penal foi uma iniciativa de um grupo de professores, entre os quais *Roxin*, apresentando à Câmara de Deputados alemã (Bundestag) pelo Partido Liberal-democrático (FDP), e que influenciou, em grande parte, o StGB, atualmente vigente, e as várias leis de reforma que sucederam nessas últimas três décadas.

9 Como a nota de rodapé 5, p. 35 e ss.

uma solução de indicação com generosos auxílios financeiros, sociais e familiares, que deveriam solucionar os problemas e conflitos da gestante, fazendo desaparecer o desejo de abortar. Talvez este fosse ainda hoje o melhor modelo para proteger a vida em formação. Mas que Estado empenhará os meios financeiros e estruturais necessários para realizar tal projeto?

IV. O instante do nascimento

O instante do nascimento tem grande importância jurídico-penal, pois só a partir daí começa a total proteção que o direito penal dispensa ao homem vivo. Este é protegido de modo eficaz contra o homicídio doloso, através das mais severas cominações penais, e também contra o homicídio culposo e lesões corporais dolosas e culposas. O embrião, por sua vez — ao menos no direito alemão e no brasileiro —, é protegido somente contra o homicídio doloso, através da incriminação do aborto, e, como vimos, de forma restrita. Matar culposamente um embrião (p. ex., pela provocação desatenta de um aborto) é tão impune quanto lesioná-lo, ainda que as lesões se manifestem no homem posteriormente vivo como uma deficiência física.

O § I^o do Código Civil alemão dispõe: "A capacidade jurídica do homem começa com a conclusão do nascimento". Para o direito civil, o homem só surge com a dissociação completa do corpo da mãe. No direito brasileiro, apesar de o Código não fazer expressa menção à conclusão do nascimento, mas tão-só ao "nascimento com vida" (art. 4^o, Código Civil brasileiro), a doutrina espousa, ao que parece, opinião semelhante¹⁰. Se o direito penal seguisse tal deli-

10 Assim, p. ex., *Serpa Lopes*, Curso de Direito Civil, vol. I, 8^a edição,

mitação, ficariam impunes as lesões que alguém provocasse durante o processo do nascimento, p. ex., através de erros de médicos ou da parteira. Nem mesmo a causação culposa de uma morte durante o nascimento poderia ser punida. Tais conseqüências seriam, é claro, político-criminalmente pouco desejáveis, e é por isso que a opinião unânime na Alemanha entende que há uma pessoa, em sentido jurídico-penal, já no início do nascimento.

Quando, porém, tem início o nascimento? A jurisprudência alemã recorre às dores do parto e distingue três estágios: "As dores prévias começam nas últimas semanas e dias da gravidez e duram até quase o início do nascimento. As dores do trabalho de parto são divididas entre as dores de abertura (dores durante o período de abertura) e dores de pressão (dores durante o período do expulsão)" (BGHSt 32, 195). O *Bundesgerichtshof* fixa o início do nascimento nas dores de abertura, através das quais o canal do parto é dilatado até que o nascituro possa por ali passar. As dores de pressão, que expulsam a criança do corpo da mãe, não precisam ter começado. Daí decorre que, segundo a jurisprudência alemã, após o início das dores de abertura já se deve admitir que exista um homem, mesmo que este se encontre ainda por completo dentro do corpo da mãe. Isso é de grande importância para a tutela penal da vida e da saúde, porque a duração do período de abertura é bem mais longa que a do período de expulsão. Considero esta jurisprudência correta; pois justamente durante o nascimento, um período que, com freqüência, não é isen-

Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1996, nº 132, p. 286; *Caio Mário da Silva Pereira*, Instituições de Direito Civil, vol. I, 18ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1996, nº 43, p. 146: "Ocorre o nascimento quando o feto é separado do ventre materno".

A "eutanasia pura", que consiste numa mitigação da dor, requerida pelo paciente, sem qualquer efeito de redução da vida, é, obviamente, autorizada. No direito alemão, esta mitigação da dor é inclusive obrigatória, apesar de ela não ocorrer de modo ainda suficiente. Sua recusa é punível a título de lesões corporais por omissão (§ 223 StGB) ou omissão de socorro (§ 323 c StGB).

A "eutanasia indireta", na qual é dada ao paciente uma substância anestésica que possa, eventualmente, acelerar-lhe a morte, não só é permitida, como mesmo obrigatória. O Tribunal Federal alemão a reconheceu expressamente em 1996 (BGHSt 42, 301). A eutanásia indireta pode ser harmonizada com a punibilidade, prevista no direito alemão, do homicídio a pedido da vítima (§ 216, StGB)¹², se interpretarmos este dispositivo de maneira adequadamente restritiva. O doente não pede, aqui, sua morte, mas uma anestesia, não almejando a possível diminuição da vida, mas assumindo o risco de que ela ocorra. Isso é permitido em virtude não só da vontade real ou presumida do paciente, como também de uma ponderação objetiva: pois uma vida um pouco mais curta sem dor vale mais do que uma vida não muito mais longa sob dores dificilmente suportáveis. O direito brasileiro, apesar de não conter dispositivo expresso tipificando o homicídio a pedido da vítima, abarca tal conduta no próprio homicídio simples, ou no privilegiado (art. 121, *caput*, e § 1º, CP). Ao que me parece, a problemática se coloca de modo idêntico, podendo ser solucionada da mesma forma, interpretando restritivamente o alcance dos dispositivos mencionados.

A eutanásia passiva, isto é, a suspensão do tratamento a pedido do paciente que leve à morte, é permitida também segundo o direito alemão. O médico deve, inclusive, do-

12 (N.T.) O teor literal do dispositivo encontra-se no anexo.

brar-se à vontade do paciente, uma vez que inexiste qualquer direito a tratamentos forçados. Se o paciente recusa, portanto, a operação que salvaria sua vida, ou a necessária internação numa unidade de tratamento intensivo, deve o médico abster-se de tais medidas e, se for o caso, deixar o paciente morrer. Esta solução é deduzida, corretamente, da autonomia da personalidade do paciente, que pode decidir a respeito do alcance e da duração de seu tratamento. O *Bundesgerichtshof alemão* abriu uma exceção unicamente para os pacientes suicidas. Se forem encontrados vivos, devem eles ser levados a um hospital, mesmo que se tenham manifestado por escrito e de modo expresso em sentido contrário (BGHSt 32, 367). A literatura alemã recusa, em geral e com acerto, esta limitação.

A chamada interrupção técnica do tratamento é também vista como um caso de eutanásia passiva. Assim, se o paciente só se mantém vivo através de aparelhos médicos, e, no intuito de morrer, pede ao médico que desligue o aparelho, o ato de desligar o aparelho não é considerado um homicídio a pedido da vítima, punível segundo o § 216 StGB, mas como omissão do ulterior tratamento, à qual o médico está obrigado, por desejo do paciente.

O caso do paciente que não pode mais exteriorizar sua vontade, porque perdeu a consciência de modo irreversível, apresenta grandes dificuldades. Isto ocorre não raro nas mais severas lesões cerebrais, em especial na assim chamada síndrome de descerebração (*apallische Syndrom*), na completa perda das funções do encéfalo. Se um tal paciente se encontrar há meses sem consciência, em aparelhos, sendo alimentado artificialmente, e estiver claro que ele jamais recuperará a consciência, pode-se desligar em algum momento os aparelhos? Nosso BGH trata tal caso, acertadamente, sob o ponto de vista da eutanásia passiva, recorrendo, portanto, à vontade do paciente. Se o paciente

não possui mais qualquer vontade atual, utiliza-se, no lugar desta, a vontade presumida (BGHSt 40, 257). O que interessa, portanto, é o que desejaria o paciente, se ainda fosse possível perguntar-lhe. Para a descoberta da vontade presumida, pode-se recorrer a anteriores declarações do paciente, em especial a "disposições do paciente", que o doente tenha escrito anteriormente, para o caso de que perdesse a capacidade de decisão. Se ele ali exigir a suspensão de medidas inúteis de prolongamento da vida, o médico pode e deve satisfazer a estes pedidos, sem que esteja cometendo um delito de homicídio.

O caso de eutanásia mais difícil e controvertido internacionalmente refere-se à eutanásia ativa, na qual o médico não se contenta em suspender o ulterior tratamento a pedido do paciente, mas o mata, de modo direto, a pedido deste, p. ex., através de uma injeção.

O direito alemão pune tal homicídio a pedido da vítima com pena privativa de liberdade, de seis meses até cinco anos (§216 StGB); o direito brasileiro pode puni-lo a título de homicídio privilegiado (art. 121, § 1º CP), com pena de seis a 20 anos, que pode ser reduzida. Na Alemanha, porém, deixa-se uma saída aberta, uma vez que, diferentemente da maioria dos Estados, entre os quais o Brasil, não se pune a participação em suicídio. Será portanto punível o médico que, a pedido do paciente que está dolorosa e incuravelmente acometido de câncer, lhe ministra uma injeção letal. Mas não se punirá o médico que lhe entregar uma cápsula de veneno, que o paciente ingere para fins de suicídio.

Ao contrário do direito alemão, uma lei holandesa de abril de 2001 legalizou a eutanásia ativa¹³. Segundo esta lei,

13 Trata-se da Lei sobre o controle da eliminação da vida a pedido e do auxílio no suicídio. Ela foi publicada em tradução alemã em diversos

pode o médico — atendendo certos pressupostos e controles de segurança — eliminar a vida do paciente, se ele "chegou à convicção de que a situação do paciente é sem esperança e de que seus sofrimentos são insuportáveis" (art. 2, 1, b, da lei), e se o paciente tiver "formulado seu pedido de modo voluntário e após madura reflexão" (art. 2, 1, a), valoração essa que será feita a juízo do médico, o qual deve recorrer à opinião de um segundo médico. O legislador belga expediu norma similar no outono de 2001, que está prevista para entrar em vigor neste ano.

É difícil decidir-se entre as diversas soluções, ainda mais porque se deve levar em conta a terceira solução, adotada, por exemplo, pelo direito brasileiro, em que se pune tanto o homicídio a pedido da vítima quanto a participação em suicídio. De qualquer maneira, e mesmo reconhecendo os esforços da lei holandesa no sentido de conceder ao doente morte humana, parece-me que ela foi longe demais. Eu não gostaria de ir a um hospital em que não só se cura, mas também se mata. Mas, além de tudo, se o homicídio a pedido da vítima se tornar uma instituição quase normal, regulada pelo Estado, pode surgir nos doentes sem esperança a impressão de que sua família ou a sociedade esperam que ele renuncie à sua vida.

Também se deve pensar que se pode manter a vontade de viver de várias pessoas severamente adoentadas dispensando-lhes calor humano, consolo e compaixão. Existem hoje na Alemanha muitas pessoas que prestam, gratuitamente, serviços de acompanhamento aos que estão falecendo, ajudando os doentes a encontrar um sentido na última fase de suas vidas. Se se puder eliminar ou mitigar os sofrimentos físicos do paciente através de uma eficaz tera-

jornais. Cito agora a tradução *on-line* do jornal *Frankfurter Rundschau*, de 24.4.2001.

pia contra dor, a morte natural me parece mais humana que o homicídio regulado pelo Estado.

Além disso, a legalização do homicídio ativo a pedido da vítima pode prejudicar os esforços intensivos de acompanhamento daqueles que estão morrendo, bem como uma terapia eficiente contra a dor, uma vez que está aberta a cômoda saída do homicídio a pedido da vítima. Isto também não me parece desejável. Nos raros casos sem saída de tormentos completamente insuportáveis, em que o paciente não está mais acessível a qualquer conselho, a válvula de escape da não-punição da participação em suicídio ou a admissão de uma causa de isenção de pena em casos muito extremos ainda me parece melhor do que se fazer da morte de outrem uma forma em princípio aceitável de terminar uma vida. Admito, porém, que o posicionamento aqui sustentado se trata de uma decisão de consciência, e não de uma conclusão racionalmente inquestionável.

VI. Momento da morte e transplante de órgãos

O momento da morte é relevante para o direito penal, em primeiro lugar, porque a proteção da vida termina com ele. Isso não significa que o corpo do falecido tenha de ficar sem proteção penal. O direito alemão tipifica a conduta de "perturbação da paz dos mortos" (§ 168, StGB), protegendo o corpo do falecido contra a subtração ou "abusos ofensivos" (*beschimpfenden Unfug*), e existem normas similares no direito brasileiro (arts. 211 e 212, CP). Mas essa proteção encontra-se num plano completamente diverso.

O segundo significado do momento da morte para o direito penal, de maior relevância prática, está em que, segundo a opinião dominante na Alemanha e também internacionalmente, só a partir da ocorrência da morte se

pode cogitar da extração de um órgão para fins de transplantação.

A partir de que momento o ser humano morre?¹⁴ A antiga posição, que recorria à parada do coração e da circulação, deixou de ser sustentável a partir do momento em que, através de respiração artificial, se pode, mesmo após a parada cardíaca, fazer o organismo voltar à capacidade de funcionamento. Na maioria dos países do mundo, considera-se a completa extinção de todas as funções cerebrais como o instante da morte. Assim, para dar unicamente o exemplo da Alemanha, lê-se nas diretrizes da junta consultiva científica do Câmara Federal de Médicos (na redação de 1998): "A morte encefálica é definida como o estado de irreversível extinção das funções gerais do encéfalo, do cerebelo e do tronco encefálico (...) Com a morte encefálica, verifica-se, de modo científico-medicinal, a morte do homem". A lei alemã de Transplantes de Órgãos, de novembro de 1997, não se manifesta explicitamente a respeito da questão do momento da morte, mas parte dos mesmos fundamentos, uma vez que enuncia como pressuposto do transplante a "perda definitiva e irreversível do funcionamento geral do córtex cerebral, do cerebelo e do tronco encefálico" (§ 3, II, n° 2 Lei de Transplantes). Já no Brasil, a lei de 1997 que regula o transplante de órgãos e tecidos posiciona-se de mais claro: em seu art. 3º, declara que qualquer retirada de órgãos ou tecidos "deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica" (Lei n° 9.434, de 1997). No que se refere à verificação da extinção de todas as funções cerebrais, recorre a lei alemã à "situação atual dos conhecimentos da ciência médica". Nesta sede, não posso

14 Uma ótima exposição do estado mais atual das discussões (defendendo a morte encefálica como critério de morte) encontra-se em *Oduncu*, in: *Roxin/Schroth*, como a nota de rodapé 6, pp. 199-249.

apresentar os procedimentos científicos utilizados para tanto. Mas os especialistas asseguram que "a diagnose da 'morte encefálica'(...) é provavelmente a mais segura na medicina como um todo"¹⁵.

Ainda assim, a morte encefálica como o momento da morte não é, de modo algum, incontroversa. Uma vasta corrente, no mundo inteiro, que possui muitos seguidores também na Alemanha e, p. ex., no Japão chega a ser majoritária, considera que o homem vive também após a morte encefálica, e por tanto tempo quanto as demais funções vitais do corpo se conservarem através do tratamento médico intensivo. Uma pessoa encefalicamente morta pode, p. ex., ainda apresentar uma temperatura corporal normal; seu coração bate, seus órgãos funcionam mais ou menos; eventualmente, pode uma grávida inclusive ter um filho após a morte encefálica.

Penso, entretanto, e com a opinião dominante na ciência, que nada disso basta para que se fale de uma pessoa viva nos casos de morte encefálica. Afinal, a vida vegetativa, que existe de forma variada também na natureza, não é o suficiente para fazer de algo um homem. A pessoa encefalicamente morta carece, de antemão, de qualquer possibilidade de pensar ou sentir; falta-lhe o centro de integração, que estruturará as diversas funções do corpo numa unidade. O critério da morte encefálica como o momento da morte é, assim, um dado prévio antropológico, e não como que uma construção para possibilitar transplantes de órgãos.

Além disso, a opinião contrária, que recorre à idéia da "morte total", não é realizável de modo conseqüente. Segundo ela, ter-se-ia de manter os mortos cerebrais respi-

15 *Schlake/Rosen*, *Der Hirntod ais der Tod des Menschen*, 1995, p. 77.

rando artificialmente, até que sua última célula tivesse morrido. E transplantes de órgãos não poderiam jamais ocorrer, uma vez que eles pressuporiam matar pessoas ainda vivas. A maior parte dos defensores da concepção da "morte total" não extrai estas conseqüências, mas deseja permitir, após a morte encefálica, a suspensão do ulterior tratamento médico intensivo, bem como o transplante de órgãos. Com isso, eles se colocam, primeiramente, em dificuldades quase insolúveis — pois têm de tornar a vida humana objeto de uma ponderação de valores — e reconhecem, em segundo lugar, a morte encefálica como o instante decisivo, com o que acabam por aceitar, *de fado*, a posição que situa aqui o momento da morte.

Uma palavra, ainda, sobre o transplante de órgãos¹⁶, que ao menos para os defensores do critério da morte encefálica, aqui defendido, está estreitamente relacionada ao momento da morte, uma vez que a morte do doador é o pressuposto de sua possibilidade.

Na discussão internacional são defendidos, principalmente, três modelos. Segundo a solução estrita de concordância, que vige nos EUA, no Canadá, na Austrália, na Nova Zelândia e na Grã-Bretanha, o transplante de órgãos só é permitido se o doador, antes de morrer, tiver manifestado expressamente sua concordância. Ainda mais estreita é a solução japonesa¹⁷, que exige, além do consentimento do doador falecido, o de seus parentes.

16 A respeito, detalhadamente, com todas as referências, *Oduncu*, Hirntod und Organtransplantation, 1998; *Sabass*, Die postmortale Organspende, in: *Roxin/Schroth*, como a nota 6, pp. 251-270.

17 A respeito, *Saito*, Über Organtransplantationen und Todeszeitpunkt in Japan aus strafrechtlicher Sicht, in: Kühne/Miyazawa (eds.), Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland, 2000, pp. 121-127.

Um caminho intermediário é o seguido pela solução de concordância estendida, que inspira a lei alemã de transplantes. Segundo esta solução, primeiramente importa a concordância do doador de órgãos falecido (§ 3 TPG). Se, eventualmente, não tiver ele se manifestado sobre a questão de um transplante de órgãos após a sua morte, o decisivo será a concordância do parente mais próximo, que deve respeitar a vontade presumida do possível doador de órgãos (§ 4 TPG). A solução atualmente em vigor no Brasil é também bastante próxima (art. 4º da Lei nº 9.434/97, na redação dada pela Medida Provisória 2.083-30, de 2000).

O transplante de órgãos é permitido com maior alcance pela chamada solução de recusa, que permite um transplante sempre que o doador potencial não o tenha expressamente recusado durante sua vida. Este modelo vige em países como a França, Bélgica, Espanha, Áustria, Dinamarca, Polônia, Suécia, e foi adotado no Brasil até há pouco tempo¹⁸. Ele também fora adotado por antigos projetos alemães, mal sendo defendido atualmente na Alemanha, uma vez que, segundo opinião difundida, ele viola o direito de autodeterminação do doador de órgãos.

A despeito disso, confesso-me, pessoalmente, defensor da solução de recusa. Afinal, ainda hoje morrem muitas pessoas, na maioria dos países, e também na Alemanha, que poderiam ter sido salvas por um transplante de órgãos, se existisse um número suficiente de órgãos à disposição. Este problema só pode ser solucionado pela solução de recusa.

18 O art. 4º da Lei nº 9.434/97, em sua redação original, dispunha: "Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica 'post mortem'", tendo tal dispositivo sido revogado pela Medida Provisória 2.083-30, de 2000.

Eu a considero bastante defensável do ponto de vista ético, para não dizer obrigatória. Com efeito, os órgãos do falecido, expostos, segundo o curso natural dos acontecimentos, à rápida corrupção, não lhe podem servir de mais nada, enquanto que a salvação de vidas humanas, ou ao menos a cura de graves lesões à saúde que se poderiam conseguir, realiza os mais altos valores jurídicos, correspondendo da melhor forma possível o mandamento do amor ao próximo. Se ainda assim, alguém não desejar contribuir, após a sua morte, para este nobre fim de salvação, ele pode consignar sua recusa em seu documento, com o que seu direito à autodeterminação estará assegurado. Levando em conta a importância dos bens jurídicos em jogo, não consigo enxergar o motivo pelo qual tal recusa seja inexigível.

Com isso, termino. Nesta palestra, pude unicamente expor, de modo bastante resumido, alguns pontos controvertidos atuais, bem como minha própria opinião, no que atine à proteção da vida através do direito penal. Espero, porém, que tenha surgido um quadro relativamente claro da complexidade das questões com que o direito penal, ao proteger a vida humana, tem de se ocupar. Este é, certamente, um dos mais importantes e difíceis setores de nossa ciência. Muito obrigado¹.

A APRECIÇÃO JURÍDICO-PENAL DA EUTANÁSIA¹

I. Introdução

Por eutanásia² entende-se a ajuda que é prestada a uma pessoa gravemente doente, a seu pedido ou pelo menos em consideração à sua vontade presumida, no intuito de lhe possibilitar uma morte compatível com a sua concepção da dignidade humana³. Pode-se distinguir a eutanásia em sen-

1 (N. T.) Este estudo *{Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe}* foi originalmente publicado em *Roxin/Schroth* (eds.), *Medizinstrafrecht, Stuttgart et ai.*, 2000, p. 87 e ss.

2 (N. T.) O termo alemão é *Sterbehilfe*, que poderia ser traduzido literalmente como "ajuda para morrer". Preferi, no entanto, utilizar eutanásia, por se tratar de vocábulo mais corrente, sem que esta escolha tenha maior significação, até porque o próprio autor considera irrelevantes tais discussões terminológicas (ver a nota seguinte).

i Os novos "Grundsätze der Bundesärztekammer zur ärztlichen Sterbebegleitung" (Princípios da Câmara Federal dos Médicos para o acompanhamento médico à morte), de 11.9.1988, NJW 1998, p. 3.406 e ss., evitam a expressão "eutanásia" [*Sterbehilfe*], por ser demasiado carregada emocionalmente. Mas o termo "acompanhamento" acaba fazendo esquecer que é também possível um comportamento médico que acieie a morte. Também a utilização do termo "eutanásia" (*Euthanasie*) é •ontroversa. Por um lado, a expressão é malvista por muitos, em razão

tido estrito daquela em sentido amplo. Tem-se a eutanásia em sentido estrito quando a ajuda é prestada após o início do processo da morte, em casos, portanto, em que a morte, com ou sem a ajuda, é iminente. Em sentido amplo, pode-se falar em eutanásia também quando se contribui para a morte de outra pessoa que, apesar de poder viver mais tempo, pretende — real ou presumidamente — pôr fim à sua vida, já tida como insuportável por causa do sofrimento causado pela doença. Ambos os casos serão objeto deste estudo. Fora do conceito de eutanásia encontram-se aquelas hipóteses em que um doente é morto independentemente de sua vontade, ou é abandonado à morte pela ausência ou interrupção de tratamento. Elas serão, ainda assim, aqui examinadas, em parte por causa da proximidade à eutanásia e dos limites turvos existentes entre as duas figuras, e em parte porque, sob a forma da chamada eliminação das vidas indignas de viver⁴, até hoje perturbam a discussão do tema.

A apreciação da eutanásia é um dos mais complicados problemas do direito penal, e isso por três motivos. Primeiramente, falta um dispositivo legal que dela trate expressamente. Os parágrafos de nosso StGB que incriminam o homicídio simples, privilegiado e qualificado⁵ ou não foram

do assim chamado Programa de Eutanásia (*Euthanasieprogramm*) da época do nacional-socialismo, que tinha por objetivo a eliminação dos doentes mentais (veja-se, item VII). Por outro lado, há quem deseje reservar o termo para a chamada ajuda ao morrer [*Hilfe beim Sterben*], ou seja, para o caso de uma atenuação da dor de que não resulte encurtamento da vida. Não vale a pena discutir sobre tais questões terminológicas. O conceito será aqui utilizado tal como foi definido no texto.

4 (N. T.) Essa era a expressão utilizada pelos nazistas, para justificar ações de extermínio de doentes. Veja-se a rápida referência à nota 2, bem como o item VII.

5 (N. T.) *Mord*, que os espanhóis traduzem como "asesinato", é o *nomen iuris* que o StGB dá ao que entre nós se chama de homicídio

talhados para a eutanásia, ou, como o homicídio a pedido da vítima (§ 216 do StGB⁶), só abrangem parte da problemática, deixando várias questões em aberto. Em segundo lugar, os problemas existenciais que surgem em decisões sobre a vida e a morte dificilmente podem ser regulados através de normas abstratas; afinal, o direito vive de situações cotidianas tipificáveis, nem sempre conseguindo, em sua necessária conceituação generalizante, dar um tratamento adequado ao processo individual e irrepetível da morte. Em terceiro lugar, o consenso sobre o permitido e o proibido na eutanásia é dificultado por não se tratar de seara exclusiva do penalista. Nesta esfera, também médicos⁷, filósofos⁸, teólogos e literatos⁹ reclamam para si — e com razão — o direito de ingressar no debate, direito esse cujo exercício por um lado enriquece a discussão, ao mesmo tempo era que, por causa das várias premissas extrajurídicas que, na opinião pública, advêm de ideologias ou concepções de mundo entre si contraditórias, dificulta o consenso sobre a apreciação jurídico-penal.

Ainda assim, a discussão dos últimos 20 anos ao menos conseguiu chegar a uma "opinião dominante", a julgados fundamentais do Bundesgerichtshof, e a uma importante

qualificado; o *Totschlag* compreende as demais hipóteses do nosso homicídio.

6 (N. T.) Para o teor deste dispositivo, ver o anexo. O leitor notará que, várias vezes, faz *Roxin* referência a este artigo e à valoração que lhe subjaz para fundamentar outros pontos de vista. Apesar de inexistir uma análoga forma privilegiada de homicídio em nosso direito, ninguém nega que o homicídio a pedido da vítima continua punível, de modo que toda a argumentação do texto que leve em conta este dispositivo parece sem mais reservas aplicável ao nosso direito.

7 Cf. p. ex. os chamados "Grundsätze der Bundesärztekammer" (Princípios da Câmara Federal dos Médicos), citados à nota 3.

8 Cf., recentemente, *Hoerster*, *Sterbehilfe im säkularen Staat*.

9 Quanto a isso, *Jens/Küng*, *Menschenwürdig sterben*.

modernização dos "Princípios" da Câmara Federal dos Médicos¹⁰, que levou em conta todo esse desenvolvimento. No presente texto, colocarei em primeiro plano as normas que a prática jurisprudencial considera reitoras, acrescentando eventual crítica contra elas feita ou a fazer. Procederei de maneira a examinar uma a uma as diferentes hipóteses, tanto de eutanásia, quanto de casos a serem resolvidos junto a ela.

II. A "eutanásia pura"

1. A anestesia desejada e sem diminuição da vida

Pode-se chamar de "eutanásia pura" a hipótese em que se ministram ao moribundo meios lenitivos que não possuam efeitos de diminuir-lhe o tempo de vida. Tal conduta, se praticada por desejo ou com o consentimento do paciente, é, obviamente, impunível. Na hipótese de não poder mais o moribundo emitir uma declaração de vontade, ou já não estar ele em condições de o fazer de modo responsável, a conduta também será impunível, se corresponder à sua vontade presumida — como em regra deverá ser o caso. Em virtude da obviedade de suas soluções, mal se faria necessário mencionar este grupo de problemas, se não fossem puníveis as hipóteses em que, contra o desejo do paciente, a eutanásia pura é prestada ou omitida.

2. A anestesia em oposição à vontade do paciente

Isso vale, em primeiro lugar, para o certamente raro, mas ainda assim existente caso do moribundo que recusa a

10 Cf. a respeito a nota 3.

injeção de meios que lhe aliviem a dor, porque deseja viver a sua morte em plena consciência, sem a ver transformada num sono suave. Pode o doente ter razões teológicas ou filosóficas para tanto, ou ser simplesmente uma pessoa sobremaneira corajosa, que deseje comunicar-se com os que lhe são íntimos, ou regular problemas sucessórios. De qualquer maneira, seu desejo deve ser respeitado. Se for ministrada ao doente uma injeção, talvez porque o médico considere a recusa algo irracional, ter-se-á uma intervenção não permitida na integridade física alheia, punível nos termos do § 223 do StGB¹¹, como lesão corporal. É verdade que, segundo forte opinião, ainda que não acolhida pela jurisprudência, se exclui o tipo de lesões corporais nas intervenções cirúrgicas curativas contrárias à vontade do paciente. Mas não é disso que aqui se trata, de maneira que está clara a punibilidade.

3. A anestesia omitida contra a vontade do paciente

Possui maior importância prática o caso oposto, em que o anestésico não é ministrado, ou só o é em quantidade insuficiente, apesar de o moribundo o requerer de modo expresso. Também este comportamento consubstancia, em regra, lesões corporais, e através de omissão, pois a posição de garantidor do médico e de parentes próximos (o ter de responder, nos termos do § 13 do StGB¹²) também compreende o dever de evitar sofrimentos desnecessários ao paciente; e a não suspensão ou não diminuição de dores

11 (N. T.) Teor literal no anexo.

12 (N. T.) Para o teor literal, cf. o anexo. O dispositivo citado é análogo ao art. 13, § 2º, de nosso CP.

constitui lesões corporais (§ 223 do StGB¹³). Se inexistir no caso concreto a posição de garantidor, é sempre possível que se configure uma omissão de socorro (§ 323c do StGB¹⁴). Tudo isto deve ser ressaltado, porque a terapia para dores na Alemanha está aquém dos padrões internacionais, sendo por vezes praticada com reservas dificilmente compreensíveis¹⁵. A consciência de que o dever de atenuar a dor está garantido pela ameaça de uma pena pode contribuir para modificar a situação.

III. A "eutanásia indireta"

1. A princípio, permitida

Fala-se de eutanásia indireta quando são praticadas medidas lenitivas sobre o moribundo, apesar de poderem elas antecipar a ocorrência da morte. A permissão de tal eutanásia indireta é já há tempo reconhecida pela literatura e também pela práxis médica, apesar de várias questões ainda permanecerem controversas. O Bundesgerichtshof decidiu em novembro de 1996 pela primeira vez neste sentido. Diz-se na ementa da decisão (BGHSt 42, 301): "Uma medicação lenitiva, necessária do ponto de vista terapêutico, em correspondência à vontade declarada ou presumida do paciente, não deixa de ser permitida em caso de morte, se a aceleração deste resultado surgir como efeito colateral não almejado, mas cujo risco foi assumido". Em sentido análogo manifestam-se os "Princípios" da Câmara Federal

13 (N. T.) Ver nota 11.

14 (N. T.) Para o teor literal do dispositivo, vide o anexo.

15 Quanto a isto, com minuciosas referências, *Kutzer*, in: Salger-FS, p. 663 e ss.

de Médicos¹⁶: "No caso de pessoas que estão a morrer, o alívio da dor pode ser tão importante, a ponto de tornar permitido aceitar uma diminuição da vida possivelmente inevitável". Porém, mesmo que haja consenso a respeito de ser em princípio impunível a eutanásia indireta, permanecem controversos os fundamentos desta solução, bem como seu alcance concreto.

2. Exclusão do tipo ou estado de necessidade justificante?¹⁷

A fundamentação traz dificuldades, porque a diminuição da vida provocada comissiva e dolosamente (ou seja, ao menos com dolo eventual) em todos os demais casos configura um homicídio (§ 212 do StGB) ou um homicídio a

16 NJW 1998, 3.406, parágrafo 2, frase 2.

17 (N. T.) O legislador alemão adotou expressamente a teoria diferenciadora do estado de necessidade, havendo portanto um que exclui a antijuridicidade da conduta (§ 34), outro que afeta somente a culpabilidade (§ 35). O primeiro — estado de necessidade justificante — pressupõe o sacrifício de interesse de menor valor para salvar outro de valor consideravelmente superior (cf., p. ex., *Samson*, in: Rudolphi etc, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7ª edição, Luchterhand, Berlim, 1997, § 34/1-3). Apesar de nosso código não fazer expressamente a diferenciação, é bem possível entender, juntamente com *Fragoso*, Lições de Direito Penal — Parte Geral, 5ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1983, p. 194 e p. 215, e *Zaffaroni/Pierangeli*, Manual de Direito Penal Brasileiro, 1ª edição, Ed. RT, São Paulo, 1997, p. 591, que a lei brasileira regulou as duas formas de estado de necessidade num único dispositivo (cf. Luís Greco, Teoria diferenciadora do estado de necessidade: por que só *de lege ferenda*, in: A Crítica, julho/agosto de 2000, p. 23 e ss.), de modo que tudo o que está exposto no texto de *Roxin* possa aplicar-se integralmente a nosso direito vigente.

pedido da vítima (§ 216 do StGB). Por que aqui deve ocorrer algo diverso? Segundo uma opinião, a eutanásia indireta permitida exclui já o tipo dos §§ 212 e 216 do StGB (logo, qualquer caso de homicídio), por ser socialmente adequada e não estar compreendida pelo sentido destes dispositivos. De acordo com a outra opinião, hoje dominante, haverá, sim, um homicídio, que porém é impunível em virtude do consentimento ou do consentimento presumido¹⁸.

O BGH¹⁹ deixou a questão em aberto. Ela deveria, porém, ser respondida, pois só quando uma das duas soluções for reconhecida como correta, poderá excluir-se com segurança a terceira — e antes também defendida — opinião de que haveria um homicídio punível. Considero correto o posicionamento hoje dominante²⁰. Afinal, a adequa-

18 (N. T.) Os autores brasileiros poucas vezes se referem expressamente à causa de justificação do "consentimento presumido" [*mutmassliche Einwilligung*], o que justifica duas palavras a seu respeito. Segundo a doutrina majoritária, trata-se de uma causa de justificação, que tem por pressuposto uma ação que, apesar de lesar algum bem jurídico da vítima, seja praticada — em seu interesse ou não — em condições que não lhe permitiram manifestar sua vontade, mas que fariam presumir, objetivamente e *ex ante*, seu consentimento. Vejam-se, a respeito, *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts — Allgemeiner Teil, 5ª edição, Duncker & Humblot, Berlim, 1996, p. 385 e ss., e *Roxin*, Über die mutmassliche Einwilligung, in: *Welzel-FS*, DeGruyter, Berlim, 1974, p. 447.

19 BGHSt 42, p. 305, com argumentos tanto para uma quanto para outra opinião. *Herzberg*, NJW 1996, p. 3043, nota 1, fornece vários argumentos para o solução de justificação, apesar de defender ele próprio a atipicidade. *Merkel*, JZ 1996, p. 1147 e ss., fundamentou recentemente a solução de justificação de modo expresso — utilizando o § 34 (N. T.: É o artigo que prevê o estado de necessidade justificante; para o teor literal, vide o anexo). Mais referências para a solução da atipicidade em *Tröndle/Fischer*, vor § 211, nm. 17.

20 Neste sentido, em conclusão, já *Roxin*, in: *Bläha* e outros (eds.),

ção social, o sentido ou fim de uma norma são critérios demasiado vagos para fundamentar a impunibilidade de homicídios, ainda mais quando o § 216 do StGB, ao declarar punível a morte pedida — frequentemente por causa de sofrimentos dolorosos — não confere ponto de apoio algum para a não-punibilidade da eutanásia indireta sob o ângulo do tipo.

Se a eutanásia indireta é impunível, trata-se do resultado de uma ponderação, determinada pela vontade do paciente, em que o dever de estender a vida alheia o máximo de tempo possível cede lugar ao dever de diminuição do sofrimento alheio. Uma vida pouco mais curta sem graves dores pode ser mais valiosa que uma não muito mais longa, plena de dores dificilmente suportáveis. Se o paciente ainda puder manifestar sua vontade, então é esta decisiva. O § 216 do StGB não se opõe a esta solução, pois o fundamento da punibilidade deste dispositivo (proteção contra ações de curto circuito do que deseja morrer, e interesses-tabu da coletividade) não abrange a morte acompanhada pelo médico²¹. Se o paciente não estiver mais em condições de tomar uma decisão responsável, importa sobretudo sua vontade presumida. Na determinação desta devem ser levadas em consideração não só suas anteriores declarações, como também o grau de proximidade da morte, a probabilidade e a medida da redução da vida, bem como a intensidade dos sofrimentos a serem suportados.

Schutz des Lebens — Recht auf Tod (Proteção à vida — Direito à morte), p. 87; *Roxin*, 140 Jahre Goldammers Archiv, p. 189.

21 Cf., quanto a isso, *Verrel*, JZ 1996, p. 226 e ss.; *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung, p. 104, nota 132; *Niedermair*, Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten, p. 139, e também nota 531.

*Herzberg*²², que recentemente se manifestou no sentido da negação de um homicídio em tais casos, parte da consideração de que inexistente uma colisão de interesses, tal como necessário às causas de justificação. Nestas hipóteses, inexistiriam tanto o "interesse de viver do atingido", como o "interesse de outras pessoas pelo respeito ao tabu". Ainda assim, é de convir-se que uma vida, mesmo que plena de dores e próxima da morte, continua a ser um bem jurídico, não perdendo todo valor. Também o atingido se encontra numa situação de ponderação, cujo resultado de modo algum precisa estar já definido *a priori*.

Permanecem ainda três questões controversas sobre o alcance da eutanásia indireta.

3. A dimensão temporal da eutanásia indireta

A primeira delas tem a ver com a sua dimensão temporal. O Bundesgerichtshof e os Princípios da Câmara Federal de Médicos falam somente de um "moribundo". Isto me parece muito restrito, pois, p. ex., em casos de câncer incurável, podem surgir dores insuportáveis também semanas e meses antes da morte, ou seja, em um período no qual o doente ainda não está para morrer. Anestésicos eficientes devem poder ser ministrados a tais doentes também se trouxerem consigo um certo perigo de aceleração da morte, e o paciente assumir este risco.

É por essas razões que o Projeto Alternativo sobre a Eutanásia²³, de autoria conjunta de juristas e médicos, não restringiu a eutanásia indireta aos moribundos, estenden-

²² *Herzberg*, NJW 1996, p. 3.048.

²³ *Baumann* e outros (eds.J, Alternativ-Entwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe (Projeto alternativo de uma lei sobre a eutanásia), § 214a, nota 4.

do-a aos "mortalmente doentes", devendo-se entender por doença mortal aquela "em cujo desenvolvimento mortífero a atividade médica já não consegue intervir de modo decisivo". Esta solução, que também é defendida pela ética cristã, pode ser entendida como parte do direito vigente, indo-se além do entendimento da jurisprudência e da Câmara Federal de Médicos.

4. Só dores ou também estados de grave sofrimento como pressuposto da eutanásia indireta?

O segundo problema refere-se à questão quanto a se a permitida eutanásia indireta pressupõe necessariamente estados de grave dor no paciente. Afinal, também o medo de sufocar-se provocado por dificuldades de respiração²⁴ e estados análogos podem tornar-se insuportáveis, fazendo, em certas circunstâncias, necessária uma intervenção médica não livre de riscos. Assim, será melhor partir, ao invés da dor, que continua a ser o caso principal, de "estados de sofrimento graves e não de outra forma remediáveis", como faz o Projeto Alternativo²⁵. Também os "Princípios da Câmara Federal de Médicos" se referem, acertadamente, só a um "alívio do sofrimento".

5. A forma do dolo na eutanásia indireta

Em terceiro lugar, também a forma de dolo necessária para a eutanásia indireta está incerta e controvertida. De

24 (N. T.) Esta passagem foi de difícil tradução, de modo que consigno o original, para evitar quaisquer mal-entendidos: "Denn auch Erstickenangst auslösende Aternnot..."

25 *Baumann* e outros, *Alternativ-Entwurf*, § 214a, nota 2.

acordo com a opinião mais antiga, somente o dolo eventual poderia ser justificado, ou seja, o caso em que uma diminuição da vida em decorrência do tratamento contra a dor seja possível, mas não segura. Neste sentido declaram também os novos Princípios da Câmara Federal de Médicos que "é permitido, em certos casos, aceitar uma diminuição da vida *possivelmente* inevitável." Em sentido oposto, o Projeto Alternativo sobre a Eutanásia, que também incluiu o caso de certa redução da vida no âmbito da eutanásia indireta²⁶.

A posição do BGH não é suficientemente clara. Diz a corte²⁷ que um "efeito colateral não almejado, mas cujo risco se assume, pode acelerar a morte". A palavra "pode" parece defender a restrição ao dolo eventual²⁸, enquanto a palavra "inevitável", ao invés de "possivelmente inevitável", parece compreender o dolo direto²⁹. Esta última opi-

26 *Baumann* e outros, *Alternativ-Entwurf*, § 214a, nota 3.

27 BGHSt 42, p. 301 (p. 305).

28 É assim que *Schöch*, NStZ 1997, p. 411, compreende o BGH, apesar de também sentir falta de uma "clareza definitiva" na decisão.

29 (N. T.) No Brasil, costuma-se, na esteira do Código, diferenciar unicamente duas formas de dolo, o eventual e o direto. Na Alemanha, fala-se normalmente em três: além do dolo eventual, haveria o dolo direto de 1º grau — *aAbsicht*, o propósito, que compreende aquilo que em última instância se almeja com a ação; e o dolo direto de 2º grau, que compreende as conseqüências mesmo não queridas, mas que o agente sabe necessariamente ligadas à sua ação (vejam-se, por todos, *Roxin*, *Strafrecht — Allgemeiner Teil*, Vol. I, 3ª edição, Beck, Munique, 1997, § 12/7 e ss.; *Luís Greco*, Algumas observações preliminares à "Distinção entre dolo e culpa", de *Ingeborg Puppe*, in: *Ingeborg Puppe*, *A distinção entre dolo e culpa*, trad. Luís Greco, Manole, São Paulo, 2004, p. IX e ss. [p. XII e ss.]). No texto, parece estar o autor referindo-se ao dolo direto de 2º grau, vez que dois parágrafos abaixo trata de modo expresso da morte causada propositadamente, com dolo direto de primeiro grau, propondo solução diversa.

nião parece mais condizente com o caso concreto julgado, no qual haviam decidido os acusados "não levar mais" a paciente "a um hospital, matando-a com uma *overdose* de dolantina rapidamente ministrada".

A importância prática da controvérsia não é mais tão grande, pois a terapia de dores está atualmente tão desenvolvida, que ela só raramente leva a certas (ou a quaisquer) diminuições de vida³⁰. Por causa disso, em regra, existirá somente dolo eventual. Mas mesmo quando a diminuição da vida é segura, não deveria tornar-se impossível a terapia contra dores. Uma vez assumido o risco da aceleração da morte, não deveria haver diferença se a existência de tal caso já é de antemão segura, ou se só se revela posteriormente³¹.

Permanece punível a "eutanásia", porém, quando praticada com propósito³² de matar, quando o motivo não é a atenuação do sofrimento, mas o homicídio. Em tais casos, também na existência de expresso pedido do moribundo haverá um homicídio a pedido da vítima³³. O motivo de liberar a vítima de sua dor, portanto, não justifica. É possível que no caso concreto haja mesmo um homicídio qualificado, como na hipótese decidida pelo BGH, em que o autor mata a vítima que está a sofrer, para "com uma morte rápida (...) poder herdar através de um testamento falsificado".

30 Cf. *Eser*, in: *Sch/Sch*, vor § 211, nm. 26; *Schöch*, NStZ 1997, p. 410 e ss.

31 A favor da restrição da justificação ao dolo eventual, por último, *Schöch*, NStZ 1997, p. 411.

32 (N. T.) Veja-se a nota 29.

33 Quanto às questões-limite e às controvérsias a respeito, veja-se abaixo, E I 2.

IV. A eutanásia passiva

Fala-se em eutanásia passiva quando uma pessoa de confiança — em regra o médico e seus ajudantes, mas também, p. ex., um parente — se omite em prolongar a vida que se aproxima de seu fim. É o caso de se renunciar a uma operação ou a um tratamento intensivo, capaz de possibilitar ao paciente uma vida mais longa. Aqui surgem três possibilidades, que merecem ser tratadas diversamente pelo direito: a omissão das medidas prolongadoras da vida pode ocorrer ou por desejo do paciente, ou contra a sua vontade; o terceiro caso é o de não se encontrar mais o paciente em condições de manifestar-se.

1. A omissão ou a suspensão de medidas prolongadoras da vida, por desejo do paciente

a) O princípio: quem decide é só o paciente

Em tais situações a questão jurídica é em princípio clara. Não haverá punibilidade, porque não é permitido tratar um paciente contra a sua vontade. Se um canceroso se recusa a deixar-se operar (como, p. ex., o caso do penalista Peter Noll, muito discutido e também documentado pela literatura)³⁴, a operação não poderá ser feita. É frequente que a pessoa idosa, doente e próxima da morte recuse o tratamento em uma unidade intensiva, que só adiará um pouco a morte. Tal desejo deve ser respeitado. A vontade do paciente é decisiva, mesmo nos casos em que um juízo objetivo a considere errônea, ou que seja irresponsável aos olhos de muitos observadores. Também quando a

34 Cf. quanto a isso *Jens*, in: *Jens/Küng*, como a nota 9, p. 111 e ss.

mãe de quatro filhos proíbe aos médicos, por motivos religiosos, que lhe ministrem uma transfusão de sangue que lhe salvaria a vida — este caso realmente ocorreu³⁵ — devem os médicos curvar-se e deixar a mulher morrer.

b) Existe alguma exceção para o caso de pacientes suicidas?

O BGH abriu somente uma exceção a estes princípios: para os pacientes suicidas³⁶. No famoso caso Wittig, decidido em 1984, uma senhora de 76 anos, gravemente doente e cansada de viver desde a morte de seu marido, decidiu pôr um fim a sua vida através de uma *overdose* de morfina e remédios para dormir. Ela deixou, ao lado de outros textos com conteúdo idêntico, um bilhete, em que declarava: "No pleno uso de minhas faculdades, peço a meu médico que não me interne em um hospital, em um lar de tratamento ou em uma unidade intensiva, assim como não quero que sejam utilizados medicamentos capazes de prolongar minha vida. Desejo morrer uma morte digna." O médico da casa chegou quando a senhora já se encontrava inconsciente, mas ainda viva. Ele se omitiu em interná-la num hospital, esperando no apartamento até que sobreviesse a morte. O BGH acabou concluindo pela absolvição do médico (Wittig); mas só porque a paciente, se fosse salva, ficaria grave e irreversivelmente lesada, o que torna is BVerfGE 32, p. 98 e ss.

36 (N. T.) Cumpre discutir se a decisão valorativa consubstanciada em nossa lei, no art. 146, § 3º, II (que considera lícito o constrangimento ilegal para impedir suicídio), altera a apreciação de tais casos em face do direito brasileiro. Parece-me que não, mas o problema de como harmonizar esse dispositivo com um direito penal liberal, isto é, não-paternalista, ainda mal foi visto e precisa ser mais bem esclarecido (ou declarado insolúvel) por nossa ciência do direito penal.

va sustentável a decisão de consciência do médico de evitar a internação em uma unidade de tratamento intensivo. Em regra, porém, seria "em princípio proibido" ao médico curvar-se diante "do desejo de morte do suicida"³⁷.

Os fundamentos da decisão foram largamente repudiados pela literatura³⁸, e isso com acerto. O BGH aduz que os suicidas freqüentemente não agem em condições de plena responsabilidade, sendo comum, em caso de salvamento, arrependem-se de suas ações quando voltarem a seu normal estado de espírito. E realmente, se a perturbação psíquica for reconhecível, ter-se-á de afirmar a existência de um dever de salvamento e tratamento. Não sendo este o caso ou estando ele seguramente excluído, como na hipótese da nossa sentença, inexistente motivo racional para desrespeitar a decisão autônoma do paciente também no suicídio. A desaprovação moral, na maior parte decorrente de motivos religiosos, da qual o BGH derivava originariamente a irrelevância de qualquer decisão de suicídio³⁹, não pode ter tal relevância numa ordem jurídica que acolhe a liberdade de religião e de consciência.

De resto, pode o paciente também arrependem-se de sua recusa em submeter-se a tratamento — recusa essa independente de qualquer decisão no sentido do suicídio —, mas em um ponto tal que seja tarde demais para a salvação. Se isso nada altera na não-punibilidade eutanásia passiva, não pode o mesmo argumento levar a soluções

37 BGHSt 32, p. 367 e ss., p. 368, p. 380 e ss.

38 Cf. quanto a isso, com extensas referências à literatura, *Eser*, in: *Sch/Sch*, vor § 211, nm. 41-43.

39 BGHSt 6, 147 e ss. (plenário). Também BGHSt 32, p. 375 e ss., deixa "em aberto", "se a dada fundamentação ainda hoje pode ser reconhecida em sua plena extensão".

opostas no suicídio. Há sinais de que também a jurisprudência, com o tempo, acabará por adotar este posicionamento⁴⁰.

c) A interrupção técnica do tratamento como omissão

A eutanásia passiva correspondente à vontade responsável do paciente terá, portanto, de ser admitida em todos os casos. Um caso desta espécie, e com isso chego a um novo problema bastante discutido, ocorre também quando um comportamento direcionado à omissão de ulteriores tratamentos se vincula a uma ação positiva. A hipótese clássica é a do aparelho respiratório que é desligado a pedido do paciente. Pressionar o botão de desligar é uma ação. Porém, não se trata aqui de uma eutanásia ativa, em princípio punível como homicídio a pedido da vítima (§ 216 do StGB), pois o fato, em seu significado social, representa uma suspensão do tratamento, portanto, uma omissão de ulteriores atividades. O limite entre eutanásia ativa, punível, e a passiva, impunível, não deve ser traçado de modo naturalista, levando em conta somente a prática ou não de um movimento corpóreo. Interessa, isso sim, se, do ponto de vista normativo, a ação deve ser entendida como uma suspensão do tratamento. Neste caso, haverá, em sentido jurídico, uma omissão, impunível se condizente com a vontade do doente.

O posicionamento que considera a chamada interrupção técnica do tratamento uma omissão é hoje domi-

40 Em NStZ 1988, p. 127 diz o 2º Senado Penal do BGH que ele "tende a conferir à decisão de suicídio séria e tomada de modo livre e responsável maior relevância jurídica", do que a que fora dada em BGHSt 32, p. 367 ess.

nante⁴¹. Mas também os autores que vêem aqui um comportamento ativo acabam por chegar à solução da não-punibilidade, por considerarem, sob diversos fundamentos, que comportamento não se enquadra no fim de proteção dos tipos de homicídio⁴². Como corretamente diz *Eser*⁴³, não pode haver dúvida que "nos casos em que é permitido interromper o tratamento com base em remédios, também tem de ser permitido interromper o tratamento com base em aparelhos". No fim das contas existe, portanto, acordo.

d) A interrupção técnica do tratamento por um não-médico

Uma interrupção do tratamento como a acima tratada é normalmente atribuição do médico. Mas ela pode, em casos particulares, ser praticada também por particulares. Um exemplo tocante nos dá a decisão do LG Ravensburg, do ano de 1987⁴⁴. No caso, o marido cuidava de sua esposa, que padecia de uma paralisia progressiva, com dedicação tal que teve de sacrificar seu emprego. Por fim, ela foi levada moribunda para um hospital, onde a ligaram a um aparelho de respiração artificial. Mas este lhe causava um "sofrimento insuportável", o que a fez declarar, no "pleno domínio de suas faculdades mentais", como ela própria escreveu, com a ajuda de uma máquina de escrever elétrica especial, o único meio através do qual ela ainda se comuni-

41 Para uma fundamentação mais detalhada, veja-se *Roxin*, in: *Engisch-FS*, p. 395 e ss.; para mais referências sobre o estado atual das controvérsias, veja-se *Eser*, in: *Sch/Sch*, vor § 211, nm. 32.

42 Mais detalhes em *Roxin*, NStZ, 1987, p. 349.

43 *Eser*, in: *Sch/Sch*, nm. 32, vor § 211.

44 NStZ 1987, p. 229, com comentário de *Roxin*, NStZ 1987, p. 348.

cava: "Eu quero morrer, porque minha condição não é mais suportável. Quanto mais rápido, melhor. É isso que eu desejo, de todo o coração." Por causa disso, o marido, que permanecia no quarto, desligou o aparelho num momento em que não era observado, e tomou conta da esposa até que uma hora depois sua morte sobreviesse, em consequência da parada cardíaca.

Se considerarmos este caso um homicídio através de ação positiva, haverá um homicídio a pedido da vítima (§ 216 do StGB), punível. Se, em contrário, a "interrupção técnica do tratamento" for entendida como uma eutanásia passiva com o consentimento do paciente, o marido ficará impune. Não me parece haver dúvida a respeito de que esta segunda solução, que, em conclusão, é também defendida pelo LG de Ravensburg, seja correta. Ela corresponde àquilo que o Projeto Alternativo sobre a Eutanásia formulara expressamente em seu sugerido § 214: "Quem interrompe ou omite medidas mantenedoras da vida, não age antijuridicamente, se o atingido o exigir expressa e seriamente." Ainda assim, este ponto de vista pode ser fundamentado já com base no direito vigente, como vimos acima.

2. A omissão de medidas mantenedoras da vida contra a vontade do paciente

a) Em princípio, há um dever de prolongar a vida

No caso inverso, isto é, quando o tratamento é interrompido ou omitido, apesar de o paciente o desejar, há um homicídio por omissão, se a inatividade tiver provocado ou adiantado a morte e o omitente ocupar uma posição de garantidor, o que, em caso de médicos e parentes, é a regra.

Faltando a posição de garantidor, pode-se tratar sempre ainda de um caso de omissão de socorro (§ 323c do StGB).

Se o paciente assim o desejar, deverá ele ser levado à unidade de tratamento intensivo, ainda que não seja possível obter uma cura, mas somente um prolongamento de sua vida. Não importa que o médico considere tal conduta insensata face aos interesses do paciente. Pode o médico, entretanto, recusar os desejos cujo atendimento em nada contribuiria para o aumento da vida, e tampouco melhoraria a sorte do paciente — p. ex., através de uma anestesia. Afinal, não se pode exigir do médico que ele preste uma atividade sem sentido, a qual o subtrairia de suas reais tarefas.

b) O limite do dever médico de tratamento

Além disso, igualmente no prolongamento artificial da vida deve existir uma fronteira, além da qual a vontade do paciente — na maior parte dos casos exteriorizada em um estado anterior da doença — não pode mais ser decisiva. Afinal, os recursos técnicos e financeiros de nosso serviço sanitário não são inesgotáveis. E, principalmente, procrastinar de modo indefinido o inevitável processo da morte através de modernos aparelhos não corresponde à nossa concepção de uma morte condizente com a dignidade humana.

Como linha reitora pode valer o que declarou o Bundesgerichtshof (BGHSt 32, 379 e ss.), para quem "inexiste um dever jurídico de manter a qualquer preço a vida que se esvai. Medidas de prolongamento da vida não são obrigatórias, pelo simples fato de que sejam tecnicamente possíveis. Tendo em vista a evolução da tecnologia médica, que ultrapassa os limites até então reconhecidos, a indicação sobre os limites do dever de tratamento não pode mais

depender da eficiência dos aparelhos, sendo isso um problema a ser resolvido através de uma decisão do caso concreto, orientada pelo respeito à vida e à dignidade humana." Tal ponto de vista deixa um certo espaço livre, que não se poderá precisar através de regras generalizadoras. Mesmo assim já é possível dizer que não são pontos de vista econômicos que devem estar em primeiro plano, mas sim a consideração a respeito de se o prolongamento da agonia ainda pode ter, segundo um juízo objetivo, algum sentido para o paciente.

3. A omissão de medidas mantenedoras da vida em pacientes incapazes de exteriorizar sua vontade no momento da decisão

a) A dispensa de medidas prolongadoras da vida durante o processo da morte

Os casos de pacientes incapazes de decidir compõem o que há de mais difícil e controvertido no âmbito da eutanásia passiva. O problema, entretanto, não está no campo da eutanásia em sentido estrito, em que o processo da morte já teve início, estando ela bastante próxima. Aqui, ao menos quando o paciente se tiver tornado definitivamente incapaz de decidir, permite o BGH que se dispensem medidas prolongadoras da vida, como a respiração, a transfusão de sangue ou a alimentação artificial⁴⁵. Isto está em consonância com o que já foi exposto a respeito da interrupção do tratamento durante o processo da morte, ainda que em oposição à vontade anteriormente manifestada do paciente.

45 BGHSt 40, p. 257, p. 260.

b) A interrupção do tratamento de pacientes não-moribundos, principalmente nos casos da chamada síndrome de descerebração

b.1) A jurisprudência mais recente e suas conseqüências

Controvérsias ainda não resolvidas surgem somente quando o tratamento for interrompido, apesar de o paciente gravemente adoentado ainda não estar morrendo, tendo a possibilidade de viver meses ou anos, mesmo que não seja mais capaz de declarar sua vontade. O caso clássico é o do paciente que perde sua consciência de modo irreversível. Fala-se aqui de uma síndrome de descerebração⁴⁶, na qual o córtex, o *pallium*, pára de funcionar, apesar de o tronco cerebral permanecer ativo.

Decisiva para a apreciação destes casos na jurisprudência foi uma sentença do *Bundesgerichtshof* de setembro de 1994 (BGHSt 40, 257), que foi confirmada em seus traços essenciais por uma decisão civil do OLG de Frankfurt, de julho de 1998⁴⁷. No caso decidido pelo BGH tratava-se de uma senhora idosa "com gravíssimas lesões cerebrais", que desde o fim de 1990 já não era mais capaz de compreender os outros, de caminhar ou de levantar-se, tinha de receber alimentação artificial, e só reagia a estímulos óticos, acústicos ou de pressão com convulsões faciais ou resmungos; inexistiam sinais de que ainda fosse sensível à dor. No início de 1993, o médico encarregado e o filho que fazia as vezes de enfermeiro instruíram à equipe que cuidava da senhora no sentido de, a partir do dia 15 de março, substituir a alimentação artificial por chá, o que provocaria a rápida morte da senhora por inanição. O chefe dos serviços

46 (N. T.) O termo alemão é *apallische Syndrom*.

47 NJW 1998, p. 2.749, com comentário de *Knieper*, p. 2.720; também *Verrel*, JR 1999, p. 5.

de enfermagem mostrou reservas em face deste procedimento, voltando-se para o Juízo de Tutela⁴⁸, que vetou a interrupção da alimentação artificial. A paciente morreu nove meses depois, por causa de um edema pulmonar.

O problema jurídico que aqui nos interessa é de se ambos os homens de trás (médico e filho) são puníveis a título de homicídio tentado. O BGH considerou, acertadamente, a interrupção da alimentação como uma conduta omissiva. A posição de garantidor do médico e do filho igualmente deve ser afirmada. Tampouco se pode falar em eutanásia em sentido estrito, de modo que os princípios acima desenvolvidos para a resolução deste grupo de casos (compare-se D II 2) não podem fundamentar a isenção de pena. Mas também antes do início do processo da morte deve ser respeitado o direito de autodeterminação do paciente. Uma interrupção do tratamento será portanto permitida na hipótese, mas somente na hipótese, em que corresponder à vontade presumida do paciente incapaz de decidir. O BGH exige ainda do filho que busque a autorização do Juízo de Tutela, numa aplicação análoga do § 1904 do BGB⁴⁹, que só fala, a rigor, em exames e tratamentos arriscados. Já que também o Juízo deve decidir com base na vontade presu-

48 (N. T.) A palavra alemã é *Vormundschaftsgericht*. Trata-se de uma ramificação do *Amtsgericht*, que é o Juízo de 1ª instância, eqüivalendo mais ou menos à nossa vara de órfãos ou vara de família, por ser uma vara especializada em resolver assuntos referentes à tutela de incapazes.

49 (N. T.) "§ 1904 BGB. Medidas médicas. 1. O consentimento do tutor ou curador (*Betreuer*) num exame do estado de saúde, num tratamento curativo ou numa intervenção médica necessita da aprovação posterior (*Genehmigung*) do Juízo de Tutela, quando existir perigo fundado de que o representado venha a falecer ou sofrer um dano grave e duradouro para sua saúde por causa da medida. Sem a aprovação da autoridade a medida só poderá ser executada se houver perigo na demora. 2. (...)"

mida, é deste critério que afinal de contas depende a justificação material da conduta.

O BGH aplica critérios severos para admitir a vontade presumida. Devem ser levadas em consideração anteriores declarações orais ou escritas do doente, bem como suas convicções religiosas e ulteriores opiniões, sua expectativa de vida com relação à idade e também a existência ou não de dor. Na dúvida, deve a proteção à vida prevalecer sobre as convicções pessoais do médico e dos pacientes. A circunstância de oito ou dez anos atrás, sob a impressão de um programa televisivo, em que se tratava de um caso similar, ter a paciente declarado que "não gostaria de terminar assim", não pareceu ao BGH fundamento suficiente para uma interrupção do tratamento. Por causa disso, quase se acabou por condenar os dois réus na instância inferior, à qual o caso foi devolvido⁵⁰. Mas ainda assim, o LG de *Kempton* chegou à absolvição, por encontrar outras circunstâncias fáticas capazes de fundamentar a vontade presumida da paciente⁵¹.

Na mesma linha encontra-se a citada decisão civil do OLG de Frankfurt, de julho de 1998. Através da controversa aplicação analógica do § 1904 do BGB, considerou o Tribunal que é o Juízo de Tutela, em princípio, quem tem a competência para examinar a vontade presumida do doente e decidir em concordância com ela se o tratamento deve ou não prosseguir.

50 (N. T.) De acordo com o § 354 da StPO, no recurso de revisão (*Revision* — análogo ao nosso recurso especial), o Tribunal *ad quem* poderá proferir uma nova decisão se a sentença for cassada devido à violação da lei, no caso de a matéria ser exclusivamente de direito. Já em caso de se fazerem necessárias novas provas, deve o processo ser devolvido à instância cuja decisão foi cassada [*Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25ª edição, Beck, Munique, 1998, § 53/72).

51 Cf. *Verrel*, JZ 1996, p. 229, nota 63; *Schöch*, Hirsch-FS, p. 697.

A referida jurisprudência traz três essenciais esclarecimentos e novidades:

Primeiramente, fica claro que também nas hipóteses de uma perda irreversível da consciência o tratamento não pode ser pura e simplesmente interrompido. O Projeto Alternativo sobre a Eutanásia tinha dito (§ 214, I, n° 2): "Quem interrompe ou omite medidas mantenedoras da vida não age ilicitamente, se o atingido, de acordo com o conhecimento médico, tiver perdido a consciência de modo irreversível", ha vendo-se tomado como premissa que tal corresponderia, em regra, à vontade presumida do paciente⁵². De acordo com a recente jurisprudência, será necessário em tais casos encontrar fundamentos fáticos concretos para que se afirme a vontade presumida.

Em segundo lugar, a decisão é retirada das mãos dos médicos e parentes, sendo transferida para o Juízo de Tutela. Isto alivia estas pessoas de uma responsabilidade dificilmente suportável e "garante uma maior medida de objetividade e racionalidade do que haveria na decisão por pessoas imediatamente envolvidas no tratamento"⁵³.

Em terceiro lugar, esta jurisprudência concederá a manifestações por escrito dos pacientes, que por muito tempo foram consideradas pouco importantes, um extraordinário significado⁵⁴, pois a determinação por escrito a respeito de se e como o paciente deseja ser tratado quando incapaz de decidir, nos casos de doença mortal, é o mais confiável indicio de sua vontade presumida. Se esta determinação for renovada anualmente (isto é, assinada outra

52 *Baumann* e outros, *Alternativ-Entwurf*, p. 17; assim também *Roxin*, in: *Blaha* e outros, como na nota 22, p. 89.

53 *Schöch*, *NStZ* 1995, p. 156.

54 Igualmente quanto a isto *Schöch*, *NStZ* 1995, p. 155; também *Verrel/Schmidt*, *Frankfurter Rundschau* 6.8.1998, p. 16, bem como *Verrel*, *MedR* 1999 (no prelo).

vez), dificilmente se poderá chegar à conclusão de que o paciente iria mudar de idéia, se ainda se pudesse formular-lhe a pergunta outra vez. Também os Princípios da Câmara Federal dos Médicos dizem⁵⁵: "Disposições do paciente são obrigatórias, desde que se refiram à concreta situação de tratamento e não haja indícios de que o paciente não as deixaria mais valer". Também, de resto, as disposições do paciente são designadas como "um auxílio essencial para o agir do médico".

b.2) A mais recente jurisprudência em meio às controvérsias

As posições acima expostas têm majoritariamente encontrado apoio na literatura jurídica e médica. Também os novos Princípios da Câmara Federal de Médicos seguem a linha da jurisprudência e tentam facilitar a aceitação desta, recusando os termos eutanásia passiva e interrupção do tratamento, em favor de uma atenuada "modificação do objetivo da terapia". No caso de doença avançada é possível que também para os pacientes em síndrome de descerebração "se figure uma modificação do objetivo da terapia e a omissão de medidas prolongadoras da vida"⁵⁶.

Apesar de os Princípios da Câmara Federal de Médicos não possuírem qualquer efeito jurídico vinculante, nem tampouco possuírem a importância prática de uma decisão judicial, provocaram eles imediatamente uma calorosa discussão, que no fim das contas acaba por atingir também e principalmente a mais recente jurisprudência. Nesta polémica, os fundamentalistas da defesa da vida, que criticam os Princípios, fazem-se notar de modo especialmente signi-

55 NJW 1998, p. 3.406 e ss., V, §§ 2º e Iº, com critérios concretizadores.

56 NJW 1998, p. 3.406 e ss., III, § 2º, alínea 1.

ficativo. O ministro da Justiça (*Bundesjustizminister*) então em exercício (*Schmidt-Jortzig*) pensa⁵⁷ que a possibilidade admitida pelos "Princípios" "de que se omitam medidas prolongadoras da vida com base numa vontade presumivelmente descoberta intervém de modo imediato no princípio constitucional da proteção à vida. Decisões de tal alcance só podem ser tomadas pelo legislador". *Hohlmeier*, política da CSU⁵⁸, manifestou-se no mesmo sentido: os médicos não poderiam determinar antes do processo legislativo quem deve contar com que medidas salvadoras da vida. A Fundação Alemã de Hospícios⁵⁹ (*Deutsche Hospizstiftung*), a cujo conselho diretor pertence *Hohlmeier*, considera a interrupção do tratamento de seres humanos que ainda não estão a morrer um "homicídio a pedido presumido da vítima", tratando-a como punível, já que também o homicídio a pedido da vítima o é.

Por outro lado, já se ergueram vozes na ciência que, levando em conta a decisiva sentença do BGH de 1994 (BGHSt 40, p. 257 e ss.), querem autorizar uma interrupção do tratamento de modo ainda mais abrangente. Assim é que defende *Merkel*⁶⁰ a opinião segundo a qual seria permitido interromper o tratamento de pessoas em síndrome de descerebração, quando faltar qualquer indício de seu prévio posicionamento. Afinal, não só haveria uma forte

57 Aqui e no que segue: FAZ (*Frankfurter Allgemeiner Zeitung*), de 14.9.98, em repetição do declarado diante da revista "Focus" (N. T.: Revista semanal similar às nossas *Veja* ou *Época*).

58 (N. T.) Trata-se do partido político Christlich-Soziale Union — União Social-cristã, com sede em Munique, de orientação mais conservadora.

59 Estou citando uma reportagem da *Süddeutschen Zeitung* de 12./13.9.1998, p. 1.

60 *Merkel*, ZStW 107 (1995), 545 e ss. (p. 573); quanto a isso, de modo diferenciado, *Schöch*, em Hirsch-FS, p. 702 e ss.

presunção de que o paciente estivesse de acordo⁶¹, como também é condizente com a nossa imagem de homem "não se ater a uma concepção exclusivamente biologista de proteção à vida, nem forçar através dos parágrafos do homicídio que seja mantido um corpo completa e irreversivelmente incapaz de sentir o que quer que seja, e cujo antigo sujeito pessoal já não mais existe". Em sentido similar manifesta-se o jusfilósofo *Hoerster*⁶²: "O lema superior deve ser não 'na dúvida, pela defesa da vida', mas 'na dúvida contra o tratamento prolongador (da vida)'"'. Deduz o autor tal máxima da consideração de que não é a interrupção do tratamento, mas a sua continuação no caso de um paciente incurável e incapaz de decidir que precisa de um consentimento presumido. Quando uma vontade presumida não puder ser descoberta, não se pode partir dela para decidir o que seja.

Ponderando-se as polêmicas opiniões uma em face da outra numa análise racional, ter-se-á de dar maior razão à segunda, simpática à interrupção do tratamento. Afinal, o paciente com síndrome de descerebração que estiver para sempre privado de consciência e sensações, uma vez mergulhado nesta condição, não possui mais interesses; pois estes pressupõem a possibilidade de uma escolha pessoal. É verdade que ele poderia, enquanto ainda estivesse consciente, ter tido algum interesse em ser mantido vivo tanto tempo quanto possível no caso de uma irreversível síndrome de descerebração. Mas é difícil fundamentar este interesse de modo convincente, pois uma existência estritamente biológica, sem consciência ou sensação, não pode ter utilidade ou sentido algum para a pessoa adoentada⁶³.

61 *Merkel* baseia-se em questionários americanos de pacientes (como a nota anterior, p. 559).

62 *Hoerster*, como na nota 8, p. 87 e ss. (p. 90).

63 Cf. *Merkel*, ZStW 107 (1995), p. 572.

Mas, apesar disso, parece-me que ambas as opiniões — principalmente a que defende a ilimitada proteção à vida — são determinadas por temores irracionais. Elas acabam provocando uma sobrecarga emocional do tema, que dificilmente permite uma discussão sóbria. Os opositores estritos da interrupção do tratamento vivem sob o medo incontrolável de que este possa ser interrompido por erro ou leviandade, ou por causas abusivas, p. ex., de índole econômica, antes que tenha desaparecido a última esperança de que o paciente recupere a sua consciência — e eles tendem a jamais perder esta esperança. E aqueles que pleiteiam pela interrupção em caso de dúvida padecem sob a idéia, para eles terrível e insuportável, de passar talvez anos como uma espécie de cadáver vivo, reduzido a um objeto da medicina de aparelhos.

O direito penal não pode ignorar a realidade social de tais temores; afinal, eles perturbam nossa sensação de determinar autonomamente a própria vida e morte, que deve ser salvaguardada pelo estado de direito. É por isso que a solução da jurisprudência me parece em princípio correta, apesar de necessitar de uma modificação explicativa. A jurisprudência, ao considerar decisivo o direito de autodeterminação e, por isso, a vontade presumida do doente, concede a todos a oportunidade de transformar, tanto quanto possível, a sua concepção pessoal de um tratamento condizente com a dignidade humana na linha mestra do tratamento médico, bastando para tanto uma disposição do paciente, formulada com clareza e renovada anualmente. Se o paciente deixou de fixar por escrito sua disposição, sua vontade presumida deverá ainda ser procurada através de outros indícios, cuja univocidade em princípio menor se torna menos problemática se lembrarmos que esta omissão em declarar a própria vontade de forma decidida, por si só, já representa um indício de que o paciente seja pouco inte-

ressado no problema. Se, em tais casos, a solução permanecer incerta, não se deve — e é neste ponto que discordo tanto do BGH como da contraposta opinião de *Merkel* e *Hoerster* — seguir o adágio "*in dúbio pro pita*", prolongando o tratamento *ad infinitum*, tampouco interrompê-lo sempre, de acordo com o "*in dúbio contra vitam*". Deve-se, isso sim, decidir em favor dos indícios mais fortes. No caso decidido pelo BGH, o procedimento aqui proposto chegaria a uma interrupção do tratamento, pois os esforços empenhados por mais de dois anos, sem qualquer sucesso, a total ausência de possibilidade de melhora (lesões cerebrais "das mais graves") e sua anterior manifestação no sentido de que não queria acabar assim — tudo isso parece indicar mais o desejo de que em tais situações o tratamento deva ser interrompido. A sentença afinal absolutória proferida pelo LG de Kempten⁶⁴ deve, portanto, ser acolhida em seu resultado, independentemente de que se pudessem encontrar outros indícios para a vontade presumida de morrer.

É também controvertido o problema de se, mesmo quando coberta pela vontade presumida do paciente, a interrupção do tratamento pode dar-se através da suspensão da alimentação artificial. Os críticos falam aqui de um "deixar morrer de fome", que, ao contrário da suspensão de outros tratamentos, é por eles considerada inaceitável. O BGH e o OLG de Frankfurt não acataram esta limitação, e com acerto. Afinal, tanto a ministração de medicamentos, a oxigenação e a alimentação são formas de prolongamento da vida, de igual maneira necessárias e "artificiais". Não há razão convincente que justifique seu diverso tratamento jurídico. E óbvio que nos casos de subsistir a sensibilidade à dor, deva ser escolhida uma forma de suspensão do trata-

64 Cf. acima, nota 56.

mento não dolorosa e que seja a menos danosa possível. Mas isso ocorre em todas as hipóteses de interrupção do tratamento; assim, p. ex., se devem ministrar continuamente líquidos para evitar um doloroso ressecamento do paciente.

V. A eutanásia ativa

Corresponde à opinião francamente dominante, ainda que não incontroversa, nem *de lege lata*, nem *de lege ferenda* (veja-se, V. II), que a eutanásia ativa, entendida como a morte dada a alguém que está a morrer ou gravemente doente, é proibida e punível segundo o direito vigente. Isto é deduzido do § 216 do StGB, que considera punível — se bem que com pena atenuada — o homicídio a pedido da vítima. Ainda assim, deve-se deixar de antemão claro que este princípio só vale com três restrições, das quais duas já foram discutidas. A primeira delas é a permissão da eutanásia indireta (acima, III), a qual consiste em um homicídio comissivo praticado durante a terapia anestésica. A segunda é a interrupção técnica do tratamento, quando este pressupõe alguns comportamentos comissivos (acima, IV. 1, c), ou quando o fato global deve ser considerado uma omissão. A terceira e mais importante das restrições está em ser a eutanásia ativa sempre impunível, quando ela representar um auxílio a suicídio. Esta hipótese necessita de um exame mais detalhado.

1. A impunidade do auxílio a suicídio

De acordo com o direito alemão — contrariamente ao estabelecido em vários outros ordenamentos jurídicos⁶⁵ —

65 (N. T.) É quase despidendo lembrar que o CP brasileiro, ao contrário do alemão, pune a participação em suicídio (art. 122). Parece-me,

não é punível o auxílio a suicídio. Todo auxílio pressupõe um fato principal antijurídico de um autor. Já que o suicídio não se compreende no tipo dos crimes de homicídio, os quais pressupõem a morte de uma outra pessoa⁶⁶, também não há auxílio para este delito inexistente. Quem, através da entrega de veneno ou de uma pistola, possibilita a um homem gravemente adoentado que dê termo à própria vida, não responde penalmente. O caso mais claro da jurisprudência é o do médico Hacketal, que em 1984 entregou veneno (cianeto de potássio) a uma mulher "em estado gravíssimo", padecedora de um câncer facial incurável que já lhe havia atingido o cérebro. A paciente bebeu este veneno misturado à água, adormecendo pouco depois, de modo suave e sem agonia. A denúncia feita pelo Ministério Público, a título de homicídio a pedido da vítima (§ 216 do StG), foi indeferida tanto pelo LG de Traunstein como pelo OLG de Munique⁶⁷.

Ainda assim, a distinção entre a participação em suicídio, impunível, e o punível homicídio traz à tona várias controvérsias, das quais somente as três mais importantes serão rapidamente tratadas⁶⁸.

contudo, que muitas das considerações tecidas por *Roxin* continuam importantes mesmo em face de nosso direito, eis que vários dos problemas abordados — com destaque para a distinção entre a participação em suicídio e a autoria de um homicídio — igualmente se colocam entre nós.

66 Na literatura, isto só é questionado por vezes isoladas, sob quase total repúdio. Mais detalhes a respeito em *Roxin*, Dreher-FS, p. 331 e ss.

67 Cf., quanto a isso, o julgado do OLG de Munique — que merece ser lido — NJW 1987, 2940, e foi influenciado de modo decisivo por um estudo de *Herzberg*, NJW 1986, p. 1635 e ss.

68 Uma exposição mais detalhada encontra-se em *Roxin*, NStZ 1987, p. 345 e ss.; *Roxin*, in: Pohlmeier (ed.), Selbstmordverhütung, p. 85 e

a) A limitação da impunidade à hipótese do suicídio responsável

É incontroverso, desde já, que só há isenção de pena para o homem de trás no caso de suicídios "responsáveis". Quem auxilia um psicótico, que pela sua doença já corre o risco de suicidar-se, deve ser sempre punido como autor de um homicídio simples (§ 212 do StGB) ou até mesmo de qualificado (§ 211 do StGB⁶⁹).

E controvertido, porém, sob que pressupostos ainda se pode falar de um suicídio responsável⁷⁰. Enquanto uma corrente recorre às regras jurídico-penais da inimputabilidade, outra prefere valer-se dos princípios que orientam a eficácia do consentimento ou de um pedido sério⁷¹, no sentido do § 216 do StGB. Ela considera irresponsável o suicídio, quando for cometido de modo apressado, irrefletido ou em consequência de um humor momentâneo. Esta solução leva a uma punibilidade muito extensa do partícipe.

Sempre defendi a opinião mais estrita, que faz uso das regras da imputabilidade, pois o recurso ao juízo e à prudência do suicida leva à insegurança jurídica, que é especialmente insuportável neste âmbito limite entre punibilidade do homicídio e total isenção de pena. Ainda assim, a importância da controvérsia para nosso tema, que trata da contribuição para o suicídio de pessoas gravemente doentes e decididas a morrer, é bastante reduzida. Afinal, quan-

ss.; *Roxin*, in: 140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht, p. 177 e ss.

69 (N. T.) Veja-se a nota 5.

70 Quanto a isto, aprofundadamente, *Roxin*, in: 140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht, p. 178 e ss.

71 (N. T.) O "pedido sério" é uma elementar do tipo do homicídio a pedido da vítima. Para o texto, veja-se o anexo.

do tal pessoa deseja morrer, não age ela em estado de inimputabilidade, mas dispondo de total juízo da situação, e tendo feito uma ponderação cuidadosa de todas as circunstâncias decisivas. Pelo menos, isso será a regra. No caso Hacketal, p. ex., o caráter responsável do suicídio estaria fora de dúvida em face de qualquer das teorias a respeito.

b) A delimitação entre a participação em suicídio e o homicídio a pedido da vítima

Não é pacífica, igualmente, a delimitação entre participação em suicídio e homicídio a pedido da vítima. De acordo com a opinião preponderante, o que interessa é quem possui o domínio sobre o último e irrevogável ato que leve à morte. Se o possuir o suicida, a contribuição de um estranho somente poderá constituir uma participação impune; se, pelo contrário, pertencer o domínio ao estranho, trata-se de um homicídio a pedido da vítima, punível. Será portanto impunível aquele que prepara o veneno ou carrega o revólver, com o qual a vítima dá cabo da própria vida. Mas, por outro lado, será punível a título do § 216 aquele que matar a pessoa gravemente adoentada e desejosa de morrer a pedidos desta, através de uma injeção ou de um tiro de revólver.

São freqüentes as dúvidas a respeito de ser esta distinção sensata e possível na prática. Isto deve ser afirmado em princípio, apesar de existirem — como em toda parte no direito — casos-limite, que podem apresentar algumas dificuldades⁷². A justificação material deste critério assenta sobre a consideração de que, aos olhos do legislador, a autonomia do ato suicida contra possíveis influências exter-

72 Um enfrentamento de tais difíceis casos-limite encontra-se em *Roxin*, in: 140 Jahre Goltdammers Archiv für Strafrecht, pp. 183-186.

nas só estará assegurada se o desejoso de morrer cometer o suicídio de modo personalíssimo, isto é, mantendo o "domínio sobre o momento provocador da morte" em suas mãos. Quem se mata com as próprias mãos, ultrapassou a decisão final e deve responder pela sua própria morte. Já quem se deixa matar, delega a outrem a decisão irrevogável, a qual ele talvez não seria capaz de executar por si próprio. Nestas hipóteses, é o estranho que possui a responsabilidade final pela morte da vítima, fazendo-se portanto punível segundo o § 216 do StGB.

Surge um problema especial nos casos em que os atos do suicida e os do estranho se seguem temporalmente. Um exemplo para tanto oferece o caso *scophedal*, decidido pelo BGH⁷³. Um médico idoso e doente, há um tempo já de cama, tomou, de modo plenamente responsável, a decisão de matar-se através de uma injeção de *scophedal*⁷⁴ (um narcoanalgésico). Já que temia não ter forças para tanto, dirigiu-se ele a seu sobrinho, pedindo-lhe que o ajudasse, se necessário. Alguns dias depois, deu o médico início à execução de seu plano, adormecendo imediatamente. O sobrinho, temendo que a tentativa de suicídio talvez falhasse, deu ao tio mais uma injeção. Este morreu uma hora depois. Talvez o médico tivesse morrido já em decorrência da injeção por ele mesmo aplicada. Mas a única coisa que se podia determinar com segurança era que, sem a intervenção do sobrinho, o médico teria vivido ao menos uma hora a mais.

Com a concordância da doutrina dominante, condenou o BGH o sobrinho por homicídio a pedido da vítima. Em apoio deste ponto de vista argumenta-se que o sobrinho, através de uma ação de homicídio intencional, comissiva, e

73 NStZ 1987, p. 365, com comentário de *Roxin*, NStZ 1987, p. 345.

74 (N. T.) Trata-se de um narcoanalgésico, mais ou menos equivalente a nosso seconal.

que já não estava contida na atividade do médico, diminuiu-lhe a vida em ao menos uma hora, e, segundo as regras da causalidade e da imputação, qualquer diminuição da vida, por menor que seja, já constitui uma ação de homicídio. Entretanto, parece-me mais acertado considerar, numa apreciação do fato global, que existe somente uma participação em suicídio, impunível: afinal, o médico já havia, de mão própria, determinado a própria morte de forma irreversível, de modo que a posterior ajuda do sobrinho não passa de um auxílio causador de pequenas modificações no desenrolar do acontecimento.

c) Punibilidade pela omissão de salvar o suicida?

Por fim, a isenção de pena da participação em suicídio acaba sendo restringida pela jurisprudência, eis que ela castiga o estranho que não salva o suicida incapaz de agir, deixando de o conduzir a um hospital ou de praticar outras ações idôneas. Se existente a posição de garantidor, responde ele pelo delito de homicídio por omissão, nos demais casos pela omissão de socorro (§ 323c do StGB⁷⁵). Já se aludiu a esta jurisprudência na análise da eutanásia passiva, a propósito do caso Wittig (IV. 1, b); ela não deve ser aceita, pelos motivos ali apontados. Além disso, através do recurso à construção do delito omissivo, contraria ela a não-punibilidade da participação em suicídio, que acaba sendo punida. Isto é também injusto, pois o que participa no suicídio poderá escapar sem problemas da punição, se o suicídio for cometido de tal maneira que seja impossível um posterior salvamento. Assim é que, p. ex., Hacketal, no caso narrado (V. 1), escolheu um meio que teria efeitos

75 (N. T.) Veja-se a nota 15.

letais pouco tempo após sua ingestão, não deixando mais espaço para qualquer ajuda.

2. O homicídio a pedido da vítima

a) A opinião dominante: punibilidade irrestrita

Já o homicídio a pedido da vítima, enquanto consistir num ato comissivo que objetive um encurtamento da vida e que possua o domínio sobre o ato imediatamente provocador da morte, é, de acordo com a doutrina dominante, punível sob quaisquer circunstâncias. Ainda que o paciente sofra dores horríveis, esteja próximo da morte e peça a injeção libertadora de modo fervoroso: quem a injetar, será sempre punido pelo crime do § 216 do StGB. Também os novos Princípios da Câmara Federal de Médicos dizem (I, § 2º, frase 3): "Uma diminuição intencional da vida através de medidas que provoquem a morte ou que acelerem o seu processo não é permitida, mas punível".

b) Restrições à punibilidade e propostas divergentes de lei feitas pela literatura

Esta solução não é, de modo algum, óbvia, e tampouco incontroversa. Assim é que o direito holandês, mediante determinadas cautelas processuais, autoriza uma eutanásia ativa⁷⁶, e também na Alemanha há autores de renome a defender, ou já *de lege lata*, ou ao menos *de lege ferenda*, sob diversos pressupostos, que se isente de pena o homicí-

76 Cf. *Scholten*, in: *Eser/Koch* (eds.), *Materialien zur Sterbehilfe*, Landesbericht Niederlande, p. 451; *Schreiber*, *Behandlungsabbruch und Sterbehilfe*, in: *Bottke*, cit., p. 129 e ss. (p. 130).

dio a pedido da vítima. Desejo citar somente alguns exemplos mais destacados dos últimos anos.

Jakobs, em uma apresentação na Academia Bávara das Ciências (Bayerische Akademie der Wissenschaften)⁷⁷, de 1998, defendeu que o tipo do § 216 do StGB seja interpretado restritivamente, de modo a só abranger homicídios irracionais. Se o desejo de morrer do interessado for, porém, racional, neste caso seu direito à autodeterminação deve ser respeitado exatamente como na eutanásia indireta ou passiva⁷⁸. No caso *scophedal*, acima narrado (E I 2), chega ele, em consonância comigo e contra a opinião dominante, também a uma absolvição do sobrinho, mas sua tese é por ele acertadamente considerada ao mesmo tempo mais radical e mais comedida⁷⁹. "Ela é mais radical, pois basta um pedido feito com base em tal motivo para que se exclua por vez o tipo do homicídio a pedido da vítima; o sobrinho não deveria ser punido, ainda que tivesse injetado no tio já a primeira dose de veneno. E é mais comedida, pois ela exige que o desejo de morrer seja objetivamente fundado. Se o tio tivesse agido por causa de uma preocupação amorosa, dever-se-ia punir o sobrinho pelo homicídio a pedido da vítima, caso o fato se desdobrasse conforme o exposto."

Outros autores, como *Herzberg*³⁰ e *Merkel*^m, consideraram preenchido o tipo do § 216 no caso de uma morte direta a pedido do paciente que padece de graves sofrimen-

77 *Jakobs*, Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem, p. 25.

78 *Jakobs*, Tötung auf Verlangen, p. 29 e ss.

79 *Jakobs*, Tötung auf Verlangen, p. 31.

80 *Herzberg*, NJW 1986, p. 1.635 e ss. (p. 1.638 e ss.).

81 *Merkel*, in: Hegselmann/Merkel (eds.), Zur Debatte über Euthanasie (Sobre o debate da eutanásia), p. 71 e ss.

tos, mas querem aplicar, se for o caso, o estado de necessidade justificante (§ 34 do StGB)⁸². Ou seja, eles ampliam o modelo da eutanásia indireta fazendo-o também abranger a eutanásia direta ativa e vêm no uso desta, sem que haja terapia contra a dor, uma forma de eliminação do sofrimento. *Herzberg* procede de modo cauteloso, pois ele justifica através do § 34 do StGB principalmente os casos que, segundo a opinião dominante, são considerados como auxílio ao suicídio. No caso da injeção mortífera requerida pela vítima, hesita ele diante de uma total não-aplicação do § 34, e acaba por evitar, ao fim, "uma tomada de posição neste árduo problema"⁸³. *Merkel* vai além, declarando de forma genérica⁸⁴: "também o homicídio a pedido da vítima praticado comissiva e propositadamente deve ser justificado segundo o § 34, se o interesse (manifesto) da pessoa no término de sua dor superar, de modo unívoco, o seu interesse em permanecer viva..." Mas nas ponderações individuais prefere ele não se comprometer, frisando: "Os exatos critérios de tal ponderação são certamente difíceis, e será improvável chegar a eles sem uma diferenciada casuística".

*Hoerster*⁸⁵, por outro lado, propõe um novo § 216a:

(1) O médico que matar alguém que esteja a sofrer de modo grave e incurável, não age ilicitamente, se o atingido desejar expressamente a ação homicida, em virtude de livre e madura reflexão, ocorrida esta num tal estado em que seja ele capaz de escolher e esteja escl-

82 (N. T.) Veja-se o anexo.

83 *Herzberg*, NJW 1986, p. 1.640.

84 *Merkel*, agora e no que segue como a nota 81, p. 71 e ss.

85 *Hoerster*, como a nota 8, p. 169 e ss.

recido de sua situação, ou se, no caso de não estar ele em condições de proceder a tal reflexão, for justificado supor que ele desejaria a ação homicida em virtude de tal reflexão.

(2) A existência dos pressupostos previstos no parágrafo 1 só exclui a ilicitude, se tanto o médico que cometer a ação homicida quanto um outro a documentarem por escrito.

Numa linha parecida parece situar-se o proposto pelo teólogo *Hans Küng*⁸⁶, o qual, dispensando fazer uma explícita proposta legislativa, pensa que "é em primeira linha tarefa dos médicos e dos juristas construir as concretas diretrizes para a superação da manifesta insegurança jurídica".

c) Posicionamento

De que maneira se poderá tomar posição a respeito disso? As propostas acima apresentadas não possuem, na Alemanha de hoje, chances concretas de serem reconhecidas, pois médicos, juristas e teólogos, e também associações influentes, como a *Deutsche Hospizstiftung*⁸⁷, consideram a eutanásia ativa simplesmente indiscutível. O dever de curar do médico, o tabu do homicídio, medos difusos de que se vá longe demais e a lembrança do chamado programa de eutanásia, da época nazista — que, por sinal, se referia a fatos completamente distintos⁸⁸ —, constituem barreiras muito fortes a que se dê tal passo.

86 *Küng*, como a nota 9, p. 65 e ss. (p. 66).

87 (N. T.) Esta fundação já foi referida acima: IV 3 b 2.

88 Veja-se a seguir, VII.

Mas ainda que se relativize, com bons argumentos, a importância de tais barreiras, sublinhando-se o interesse humano no fim de um sofrimento interminável, ainda assim me parecem ter mais peso as reservas contra uma ampla permissão da eutanásia ativa⁸⁹. Pois se quiséssemos, como propõem os referidos autores, fazer a solução já *de lege lata* depender da racionalidade do desejo de morrer ou de uma ponderação de interesses, acabaríamos criando uma insegurança jurídica insuportável para qualquer paciente ou médico. A circunstância de que nem mesmo os defensores destas regras conseguem trazer soluções concretas já o demonstra suficientemente. Também a ambigüidade de critérios como "racionalidade" e "interesse" constitui uma porta aberta para tendências criticáveis, porta essa que seria melhor não abrir.

Uma regulamentação legislativa, como a proposta por *Hoerster*, que exige uma fundamentação documentada e a presença de um segundo médico, é menos vulnerável a tais críticas. Mas será realmente necessário dar tal passo, que transformaria o médico, o qual até então só possui o dever de curar e atenuar as dores alheias, num executor de mortes quase oficiais, modificando a imagem de sua carreira de modo tão drástico?

Os opositores da eutanásia ativa apontam para o fato de que, segundo relatam os próprios médicos, os pacientes só em casos raros pedem a própria morte, e que podem ser reduzidos ainda mais tais desejos de morrer se, através de um acompanhamento humano e compreensivo da morte e de um eficaz tratamento das dores, forem eliminados os

89 Também a Reunião Parlamentar do Conselho da Europa em Estrasburgo se pronunciou, em junho de 1999, contra uma legalização da eutanásia ativa (ao mesmo tempo em que reconheceu a eutanásia indireta); compare-se FAZ, de 26.6.1999.

motivos (abandono e sofrimentos insuportáveis) que levam a este pedido⁹⁰.

Não se pode negar que uma combinação entre o acompanhamento cuidadoso da morte e uma eficaz anestesia consista, em face do homicídio a pedido da vítima, no melhor caminho para tratamento de doentes que estão para morrer⁹¹. Não seria errado temer que uma (limitada) permissão do homicídio a pedido da vítima pudesse inclusive ser um obstáculo para o desenvolvimento dos tratamentos anestésicos, que na Alemanha já são atrasados, bem como do acompanhamento intensivo da morte, que é bastante dificultoso do ponto de vista humano; afinal, sempre haveria um caminho aparentemente mais fácil. Esta não seria uma solução humana.

Por outro lado, ainda hoje não é possível dominar de modo suficiente todos os estados de sofrimento⁹²; e a existência real de casos em que há um pedido urgente e compreensível de morrer é suficientemente demonstrada pelos exemplos da jurisprudência. Porém, devemos refletir que, segundo o direito alemão — diferentemente de quase todas as ordens jurídicas estrangeiras —, a participação em suicídio sempre foi impunível. O procedimento levado a cabo por Hacketal (veja-se, V. 1) continua possível já em face do direito positivo, como último caminho, quando todos os meios empregados no sentido de tornar supérfluo o urgente desejo de morrer falharem. Se, em tal caso, quem deseja morrer esvaziar ele mesmo o copo, cujo conteúdo

90 Projeto Alternativo, como a nota 25, p. 34; mas também *Hoerster*, como a nota 7, p. 137 e ss.

91 Neste sentido, o próprio *Hoerster*, como a nota 8, p. 148. Cf., quanto a tudo, também *Schreiber*, *Behandlungsabbruch und Sterbehilfe*, in: *Bottke*, cit., p. 129 e ss. (p. 141 e ss.).

92 Quanto a isto, veja-se *Hoerster*, como a nota 8, p. 141 e ss.

lhe concede uma morte suave, deu o agente o último passo sozinho. Isto me parece, ainda assim, mais suportável que um homicídio legalmente institucionalizado e processualmente regulado.

Quando se leva isto em conta, sobram para a legítima eutanásia ativa somente alguns raros casos-limite, nos quais a pessoa, que está doente de morte, sofrendo de modo grave, e desejosa de morrer, não pode ser libertada de suas dores, e tampouco está em condições de pôr ela mesma um fim à sua vida. Isto pode ocorrer, quando se tratar de uma pessoa completamente paralítica, ameaçada por sufocações. Parece-me que o caso (IV. 1, d) decidido pelo LG de Ravensburg pertence a esta categoria. O marido que, neste caso, ajuda a mulher a morrer através do desligamento do aparelho de respiração também não mereceria ser apenado, ainda que tivesse se utilizado não de uma interrupção técnica do tratamento, mas do homicídio direto.

O exemplo igualmente demonstra que tais situações-limite não envolvem somente médicos. É bastante discutida a hipótese (talvez fictícia) na qual o motorista fica preso, de maneira que se torne impossível soltá-lo, num caminhão que está pegando fogo, e pede a outrem que o mate, para escapar à dolorosa morte pelo fogo. Tampouco aqui seria compreensível punir aquele que presta ajuda a título de homicídio a pedido da vítima.

Para situações sem saída similares, nas quais inexistente outro meio disponível, propôs o Projeto Alternativo⁹³ um § 216, § 2º, com o seguinte teor:

O tribunal pode, se presentes os pressupostos do § 1º (isto é, no homicídio a pedido da vítima, acréscimo do Autor), isentar o agente de pena, se o homicídio serve

93 Como a nota 25, p. 34.

para dar fim a uma condição de sofrimento não mais suportável pelo atingido, que não possa ser eliminada ou atenuada por outros meios.

O Deutsche Juristentag aderiu, em 1986, a esta proposta⁹⁴. Ele aceitou, como possibilidade última, a isenção da pena para o homicídio a pedido da vítima, deixando ao mesmo tempo claro que devem ter sido esgotados todos os outros meios para ajudar o mortalmente doente. Pelas razões expostas, penso que se deve preferir esta solução a uma ampla isenção para o homicídio a pedido da vítima. Em tais casos pode igualmente ocorrer uma exclusão da responsabilidade tendo em vista a decisão de consciência do autor⁹⁵.

VI. A eutanásia precoce

Um problema específico ainda pouco esclarecido refere-se a deixar morrer recém-nascidos gravemente deformados⁹⁶. Não se trata de um caso autêntico de eutanásia individual, pois a criança recém-nascida não possui vontade, e igualmente não é possível encontrar uma vontade presumida. A única possibilidade de permitir a interrupção do tratamento será através do estado de necessidade justifi-

94 Cf. NJW 1986, p. 3.065, p. 3.073.

95 *Roxin*, AT I³, § 22, nm. 118; mais detalhes sobre o fato de consciência e também sobre esta constelação em *Roxin*, in: *Maihofer-FS*, p. 389 e ss. Se deve haver justificação do agente, é algo que necessita maiores discussões.

96 Na literatura antiga, são especialmente importantes os trabalhos de *Arthur Kaufmann*, JZ 1982, p. 481 e ss., e *Hanack*, MdR 1985, p. 33 e ss. O primeiro trabalho monográfico abrangente a respeito do assunto nos traz *Merkel*, *Früheuthanasie*, 1999.

cante, naquelas hipóteses em que o recém-nascido gravemente lesado jamais adquirirá consciência⁹⁷, ou quando, segundo uma apreciação objetiva, as dores e aleijões aos quais tal pessoa está submetida superarem claramente seu interesse em viver. Tal medida possui a vantagem de manter objetivos eugênicos longe desta esfera⁹⁸. Ao invés de tais fins deve-se procurar, isso sim, a solução que, segundo nossa ciência e consciência, melhor corresponda ao interesse do recém-nascido. Nesta ponderação igualmente deve ser levada em conta a atitude dos pais. Além disso, deve-se estar esclarecido a respeito de que uma decisão favorável à manutenção da vida do recém-nascido somente será possível na medida em que a coletividade estiver preparada para suportar os gravames que daí derivam, possibilitando aos pais da criança uma vida que não se despedace⁹⁹.

As declarações concretas formuladas nos novos Princípios da Câmara Federal de Médicos parecem-me conciliáveis com o aqui exposto. Lá se diz (II, § 2º): "No caso de recém-nascidos com gravíssimas deformidades ou graves defeitos de metabolismo, inexistindo qualquer perspectiva de cura ou melhora, é permitido, após suficiente diagnose e com o acordo dos pais, omitir ou interromper o tratamento prolongador da vida, que substitui a função vital inoperante ou insuficiente. O mesmo vale para crianças extremamente prematuras, cuja morte é inevitável, e para recém-nascidos que tenham sofrido graves lesões no cérebro. Uma lesão menos grave não é motivo suficiente para a suspensão

97 É esta circunstância que importa para o Projeto Alternativo, § 214 I. n°2 § (como a nota 25, p. 13, com motivos a p. 20.)

98 Veja-se, porém, *Sch/Sch-Eser*, vor § 211, nm. 32 a: "Deve ficar claro que em tal 'eutanásia precoce' não se trata mais de eutanásia individual, mas de eugenia no interesse da sociedade".

99 Veja-se, quanto a isto, *Sch/Sch-Eser*, vor § 211, nm. 32 a.

ou a interrupção de medidas prolongadoras da vida, nem mesmo na hipótese de os pais assim desejarem."

VII. A "eliminação de vidas indignas de viver"

A assim chamada eliminação de vidas indignas de viver está completamente fora de qualquer forma considerável de eutanásia. Trata-se, aqui, de matar, no interesse da coletividade, pessoas capazes e com vontade de viver, mas que sofram de doenças mentais incuráveis. A discussão a respeito foi impulsionada pelo inglório e até hoje conhecido escrito de *Binding/Hoche*, do ano de 1920: "A permissão da eliminação das vidas indignas de viver". Estas propostas, até 1933, encontraram preponderante repúdio, e foram retomadas posteriormente pelos nacional-socialistas. Uma permissão legal para tais homicídios, porém, não surgiu nem mesmo no intervalo entre 1933-1945. O chamado programa de eutanásia do Estado nacional-socialista, que na prática foi além de tudo que já fora proposto por qualquer autor, reportava-se a um decreto confidencial de Hitler, datado de 1º de setembro de 1939. Tal programa teve de ser interrompido já em agosto de 1941, por causa da inquietude e protestos do povo, que tomara conhecimento de tal prática.

Segundo o direito vigente, uma lei que tivesse por finalidade autorizar tais homicídios seria inconstitucional e nula, por violar a garantia à vida do art. 2º, § 2º, GG, e não é, obviamente, sugerida em lugar algum.

VIII. Conclusão

O panorama exposto possivelmente demonstrou em que terreno extraordinariamente complicado e controver-

so nos movemos ao falar da apreciação jurídico-penal da eutanásia. Uma "regulamentação satisfatória", que é o que nós, juristas, noutras esferas, temos como meta, e às vezes inclusive alcançamos, aqui não é possível; pois a morte dolorosa de uma pessoa sempre permanece algo horrível. Mas pode-se, mesmo assim, tentar moldar o direito de tal forma que ele, na medida do possível, dê ou ofereça ajuda, ou, pelo menos, somente tolere o mal menor. Isto foi o que tentei demonstrar, e como resultado viu-se que a maior parte das soluções aqui propostas já pode ser alcançada através de uma interpretação do direito vigente. Mas o leitor também terá percebido que a teia de situações e regras é intrincada, em parte controversa, e de difícil conhecimento, inclusive para o especialista. Uma regulamentação legislativa da matéria, tal como a proposta no Projeto Alternativo — hoje, porém, bastante passível de correções —, poderia trazer maior clareza e segurança jurídica.

ANEXO:

Tradução dos dispositivos do Código Penal alemão (StGB) mais citados

"§ 13. *Comissão por omissão.* (1) Quem se omite de impedir um resultado, que integra um tipo legal, só é punível por esta lei se tiver de responder juridicamente [*rechtlich einzustehen hat*] pela não ocorrência do resultado, e se a omissão corresponder à realização do tipo legal através de um agir."

"17. *Erro de proibição.* Se, ao cometer o fato, falta ao autor o conhecimento de realizar um injusto, age ele sem culpabilidade, se este erro não puder ser evitado. Sendo-lhe possível evitá-lo, pode a pena ser reduzida segundo o § 49 I."

"§ 20. *Incapacidade de culpabilidade por perturbações anímicas.* Atua sem culpabilidade aquele que, ao praticar o fato, por perturbação anímica doentia [*krankhafte seelische Störung*], por uma perturbação profunda da consciência [*tiefgreifende Bewusstseinsstörung*] ou por imbecilidade [*Schwachsinn*] ou qualquer outra grave degeneração anímica, seja incapaz de compreender o caráter ilícito do fato ou agir segundo essa compreensão".

"§ 33. *Excesso na legítima defesa*. Não é punível o autor que, por motivo de desorientação, medo ou susto, ultrapasse os limites da legítima defesa."

"§ 34. *Estado de necessidade justificante*. Aquele que, para afastar perigo atual, não evitável de outra maneira, para a vida, integridade física, liberdade, honra, propriedade ou outro bem jurídico, comete um fato, para afastar o perigo de si ou de outrem, não age antijuridicamente se, na ponderação dos interesses conflitantes, a saber, dos bens jurídicos envolvidos e do grau de perigo que os ameaça, o interesse protegido superar consideravelmente o lesionado. Isto só vale, contudo, se o fato for um meio adequado para afastar o perigo".

"§ 35. *Estado de necessidade exculpante*. (1) Aquele que, em perigo atual, não evitável de outra maneira, para a vida, integridade física ou liberdade, comete uma ação antijurídica para afastar o perigo de si, de um parente ou de uma pessoa próxima, age sem culpabilidade. Isto não vale se, segundo as circunstâncias, lhe fosse exigível enfrentar o perigo, a saber, por ter o próprio autor o causado ou por se encontrar ele numa relação jurídica especial; ainda assim, a pena pode ser reduzida segundo o § 49, Abs. 1, se o autor não tivesse que enfrentar o perigo com base na relação jurídica especial. (2) Se, ao cometer o fato, supõe erroneamente o autor circunstâncias que o iriam desculpar segundo o Abs. 1, só será punido se o erro for evitável. A pena deve ser reduzida segundo o § 49, Abs. 1."

"§216. *Homicídio a pedido (Tötung auf Verlangen)*. (1) Se o autor foi determinado a realizar o homicídio por pedido expresso e sério de quem foi morto, será imposta pena privativa de liberdade de seis meses a cinco anos. (2) A tentativa é punível."

"§ 223. *Lesão corporal.* Quem maltrata corporalmente outrem ou lesa a sua saúde é punível com pena privativa de liberdade de até cinco anos, ou com multa".

"§ 323c. *Omissão de socorro.* Quem, em caso de acidente ou perigo comum ou necessidade, não prestar ajuda, apesar de isso ser necessário e, de acordo com as circunstâncias, exigível, especialmente por ser possível sem elevado perigo próprio e sem violação de outros deveres importantes, é punido com pena de privação de liberdade até um ano ou com pena de multa."

Impresso em offset nas oficinas da
FOLHA CARIOCA EDITORA LTDA.
Rua João Cardoso, 23 - Rio de Janeiro-RJ
CEP 20220-060-Tel.: **2253-2073** - Fax : **2233-5306**