

ERIC HILGENDORF

BRIAN VALERIUS

DIREITO PENAL

PARTE GERAL

Tradução da 2ª edição alemã e comentários de
adaptação para o direito brasileiro
por Orlandino Gleizer

 Marcial
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

SUMÁRIO

Prólogo.....	5
Apresentação da tradução	7
Biografias	9
Prefácio – Luís Greco	11
Abreviaturas, siglas e palavras estrangeiras.....	29
§ 1. Introdução	33
A. Direito Penal e Código Penal	33
B. Teorias e fins da pena	35
I. Fundamentos.....	35
II. Evolução.....	37
C. Princípios fundamentais do direito penal	39
I. Princípio da legalidade (<i>nullum crimen, nulla poena sine lege</i>)	40
II. Princípio da culpabilidade (<i>nulla poena sine culpa</i>).....	43
III. Princípio da dúvida (<i>in dubio pro reo</i>)	44
IV. Princípio da <i>ultima ratio</i>	45
V. Princípio do direito penal do fato.....	46
D. Regras de interpretação	46
E. Classificação dos delitos.....	49
I. Delitos comissivos e omissivos	49
II. Delitos dolosos e culposos	50

III. Delitos comuns, especiais e de mão própria.....	50
IV. Delitos de lesão e de perigo.....	51
V. Delitos de resultado e de atividade.....	52
VI. Delitos instantâneos e permanentes.....	53
VII. “Crimes” e “delitos” (Verbrechen und Vergehen).....	53
§ 2. Âmbito de validade do direito penal	55
A. Validade espacial das normas penais (Direito de aplicação do direito penal).....	55
I. Conceito.....	55
II. Fatos intraterritoriais	56
III. Fatos extraterritoriais	59
1. Fundamentos	59
2. Princípio da personalidade (ativa e passiva).....	63
3. Princípio da proteção do Estado e princípio da jurisdição universal	64
B. Validade temporal das normas penais.....	65
Aproximações ao direito brasileiro.....	67
§ 3. O esquema de resolução de casos penais	69
A. As circunstâncias fáticas e sua avaliação jurídica.....	69
I. Circunstâncias concretas e norma jurídica geral	69
II. Avaliação jurídica de circunstâncias concretas.....	70
B. Resolução de casos em análises jurídicas	72
I. Estilo de parecer	72
II. A controvérsia	77
C. Particularidades das resoluções de casos jurídico-penais.....	81
Aproximações ao direito brasileiro.....	83
§ 4. O delito doloso de ação consumado: a tipicidade	85
A. Fundamentos	85
B. O tipo objetivo.....	87
I. Fundamentos.....	87

II. Conceito de ação	88
1. Teoria da ação	88
2. Ação e não-ação	89
III. Causalidade	91
1. Teoria da condição ou da equivalência	92
2. Casos especiais	95
a) Causalidade cumulativa	95
b) Causalidade alternativa	97
IV. Teoria da imputação objetiva	99
1. Fundamentos	99
2. Grupos de casos	101
a) Riscos gerais da vida	101
b) Diminuição de risco	102
c) Curso causal atípico	103
d) Autolesão responsável	105
e) Intervenção posterior responsável de um terceiro	106
C. O tipo subjetivo	106
I. Fundamentos	107
II. Dolo	107
1. Fundamentos	107
2. Elementos do dolo	109
a) Elemento cognitivo	109
b) Elemento volitivo	111
3. Tipos de dolo	111
a) Fundamentos	111
b) Delimitação entre dolo eventual e culpa consciente	112
4. Formas especiais de dolo	116
a) <i>Dolus cumulativus</i> e <i>dolus alternativus</i>	117
b) <i>Dolus generalis</i>	118
D. Condições objetivas de punibilidade	121

Aproximações ao direito brasileiro.....	121
§ 5. O delito de ação doloso e consumado: a antijuridicidade	123
A. Fundamentos	123
I. Tipicidade e antijuridicidade	123
II. Tipos de causas de justificação	125
B. Defesa de um outro bem jurídico	126
I. Fundamentos.....	126
II. Legítima defesa (§ 32 StGB).....	127
1. Fundamentos	127
2. Situação de legítima defesa.....	128
3. Ação de legítima defesa	131
a) Fundamentos.....	131
b) Necessidade	132
c) Imperatividade	134
4. Elemento subjetivo da justificação.....	137
III. Direitos de autotutela e de emergência no direito civil	139
1. Autotutela (§§ 229, 230 BGB).....	139
2. Direitos de proteção e retomada da posse (desforço imediato e legítima defesa da posse – <i>Besitzkehr</i> e <i>Besitzwehr</i> § 859 BGB)	141
IV. Estado de necessidade justificante (§ 34 StGB)	142
1. Fundamentos	142
2. Situação de estado de necessidade	143
3. Ação em estado de necessidade	145
a) Necessidade	145
b) Ponderação de interesses e adequação.....	146
4. Elemento subjetivo da justificação.....	148
V. Estados de necessidade do direito civil.....	148
1. Estado de necessidade defensivo (§ 228 BGB)	149
2. Estado de necessidade agressivo (§ 904 BGB).....	150
VI. Direito de prender (§ 127 Abs. 1 StPO)	151

1. Fundamentos	152
2. Situação de flagrante.....	152
3. Ação de prisão.....	154
VII. O direito de apreensão dos pais	155
C. Concordância do titular do direito.....	155
I. Consentimento.....	156
1. Fundamentos	156
2. Disponibilidade e poder de disposição	157
3. Capacidade de consentimento e ausência de vício de vontade	158
4. Declaração de consentimento antes do fato	161
5. Ausência de violação aos bons costumes.....	161
6. Elemento subjetivo de justificação.....	163
II. Consentimento presumido.....	163
1. Fundamentos	163
2. Subsidiariedade	164
3. Correspondência com a vontade presumida	164
III. Consentimento hipotético	165
Aproximações ao direito brasileiro.....	167
§ 6. O delito comissivo doloso e consumado: a culpabilidade	173
A. Fundamentos	173
B. Capacidade de culpabilidade	174
I. Fundamentos.....	174
II. <i>Actio libera in causa</i>	176
1. Fundamentos	176
2. <i>Actio libera in causa dolosa</i>	177
a) Modelo da exceção	177
b) Modelo da extensão	178
c) Modelo do tipo penal	179
d) Situação jurídica atual	180
3. <i>Actio libera in causa culposa</i>	180

4. Sugestões para esta etapa de análise do delito	181
C. Causas de exculpação	184
I. Fundamentos	184
II. Excesso na legítima defesa (§ 33 StGB)	184
III. Estado de necessidade exculpante (§ 35 StGB)	187
1. Situação de estado de necessidade	188
2. Ação em estado de necessidade	189
3. Elemento subjetivo da exculpação	190
IV. Estado de necessidade exculpante supralegal	191
V. Inexigibilidade de um comportamento adequado à norma	192
Aproximações ao direito brasileiro	193
§ 7. Fixação da pena e persecução penal	197
A. Fixação da pena	197
B. Persecução penal	198
Aproximações ao direito brasileiro	200
§ 8. Teoria do erro	201
A. Fundamentos	201
B. Erro de tipo	204
I. Fundamentos	204
II. Casos especiais: <i>error in persona vel obiecto e aberratio ictus</i>	207
C. Erro de proibição	211
D. Erros sobre causas de justificação	212
I. Fundamentos	212
II. Erro de tipo permissivo	213
1. Teoria dos elementos negativos do tipo	213
2. Teoria do dolo	214
3. Teoria estrita da culpabilidade	214
4. Teoria limitada da culpabilidade	215
5. Sugestões para esta etapa de análise do delito	217

III. Erro permissivo.....	218
1. Fundamentos	218
2. Erro duplo	219
E. Erros especiais.....	220
I. Erro sobre causas de exculpação	220
II. Erro sobre causas pessoais de exclusão da pena	221
III. Erro sobre pressupostos da persecução penal	222
Aproximações ao direito brasileiro.....	223
§ 9. Autoria e Participação.....	227
A. Fundamentos	227
I. Formas de concurso.....	227
II. Delimitação entre autoria e participação.....	229
1. Fundamentos.....	229
2. Teoria do domínio do fato e teoria subjetiva	229
3. Sugestões para esta etapa de análise do delito	231
B. Autoria.....	231
I. Autoria imediata (§ 25 Abs. 1 Var. 1 StGB).....	232
II. Autoria mediata (§ 25 Abs. 1 Var. 2 StGB).....	233
1. Fundamentos.....	233
2. Ausência de responsabilidade penal do intermediário	234
3. “Autor por trás do autor”	240
4. O tipo subjetivo	241
5. Sugestões para esta etapa de análise do delito	245
III. Coautoria (§ 25 Abs. 2 StGB).....	247
1. Fundamentos.....	247
2. Plano delitivo comum.....	247
3. Execução conjunta do fato.....	250
4. Sugestões para esta etapa de análise do delito.....	251
I. Atuação em lugar de um terceiro (§ 14 StGB).....	254
1. Fundamentos.....	255

2. Âmbito de aplicação	255
3. Elementares pessoais especiais.....	257
C. Participação	258
I. Fundamentos.....	258
1. Princípio da acessoriedade limitada.....	258
2. Sugestões para esta etapa de análise do delito	260
II. Instigação (§ 26 StGB).....	262
1. Tipo objetivo	262
a) Fato principal doloso e antijurídico	262
b) Determinação.....	263
2. Tipo subjetivo	266
III. Cumplicidade (§ 27 StGB)	269
1. Tipo objetivo	269
a) Fato principal doloso e antijurídico.....	269
b) A prestação de auxílio.....	269
2. Tipo subjetivo	272
VI. Elementares pessoais especiais (§ 28 StGB)	273
Aproximações ao direito brasileiro.....	278
§ 10. Tentativa	283
A. Fundamentos	283
I. Fundamento de punibilidade	283
II. Etapas da execução do delito	284
III. Sugestões para esta etapa de análise do delito.....	286
B. Pré-verificação.....	286
C. Resolução para o fato	288
I. Fundamentos.....	288
II. Tentativa inidônea e delito imaginário.....	289
D. Começar imediatamente (§ 22 StGB)	292
I. Fundamentos.....	292
II. Casos especiais.....	295

1. Começo imediato em casos de coautoria.....	295
2. Começo imediato em casos de autoria mediata.....	298
3. Começo imediato em delitos qualificados e exemplos regulatórios	300
E. Desistência da tentativa.....	301
I. Fundamentos.....	302
II. Ausência de tentativa fracassada.....	304
III. Desistência do autor solitário (§ 24 Abs. 1 StGB).....	306
1. Diferenciação entre tentativa inacabada e tentativa acabada.....	306
2. Pressupostos da desistência no caso de tentativa inacabada.....	309
3. Pressupostos da desistência no caso de tentativa acabada.....	310
a) Fundamentos.....	310
b) Desistência segundo o § 24 Abs. 1 Satz 1 Var. 2 StGB.....	311
c) Desistência segundo o § 24 Abs. 1 Satz 2 StGB.....	312
IV. Desistência no caso de concurso de vários agentes (§ 24 Abs. 2 StGB).....	313
V. Voluntariedade.....	313
F. Tentativa de concurso de agentes.....	315
I. Fundamentos.....	316
II. Instigação tentada (§ 30 Abs. 1 StGB).....	317
1. Fundamentos.....	317
2. Pré-verificação.....	317
3. Resolução para o fato.....	320
4. Começar imediatamente.....	320
5. Desistência conforme o § 31 Abs. 1 Nr. 1 e Abs. 2 StGB.....	321
III. Ações preparatórias do § 30 Abs. 2 StGB.....	322
1. Fundamentos.....	322
2. Declarar-se disposto (§ 30 Abs. 2 Var. 1 StGB).....	322
3. Aceitação da oferta (§ 30 Abs. 2 Var. 2 StGB).....	323
4. Pôr-se em acordo para o delito (§ 30 Abs. 2 Var. 3 StGB).....	323
5. Desistência nos termos do § 31 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 ou § 31 Abs. 2 StGB.....	323

Aproximações ao direito brasileiro.....	325
§ 11. Delitos omissivos.....	327
A. Fundamentos	327
I. Delitos omissivos próprios e impróprios.....	328
II. Estrutura do delito omissivo impróprio.....	328
B. Tipo objetivo	329
I. Omissão da ação devida	329
1. Delimitação entre ação e omissão.....	329
2. Omissão.....	333
3. Omissão por meio de ação (<i>omissio libera in causa</i>)	334
II. Causalidade hipotética	335
III. Posição de garante	336
1. Fundamentos	336
2. Garantes de proteção.....	337
a) Relações pessoais próximas.....	337
b) Assunção voluntária	339
c) Funcionários públicos.....	340
3. Garantes de vigilância	341
a) Responsabilidade por determinadas fontes de perigo.....	341
b) Responsabilidade pelo comportamento de terceiros.....	341
c) Ingerência	342
IV. Cláusula de correspondência (cláusula de equiparação)	345
C. Tipo subjetivo.....	345
D. Antijuridicidade.....	347
E. Culpabilidade.....	349
F. Tentativa.....	350
G. Autoria e participação	351
I. Concurso para um delito omissivo por meio de um atuar ativo.....	351
II. Concurso para um delito comissivo por meio de uma omissão.....	352
Aproximações ao direito brasileiro.....	354

§ 12. Delitos culposos	355
A. Fundamentos	355
I. Fundamento da responsabilidade penal.....	355
II. Modalidades de culpa.....	356
III. Sugestões para esta etapa de análise do delito.....	356
B. Tipicidade.....	359
I. Violação objetiva do dever de cuidado	359
II. Previsibilidade objetiva.....	361
III. Imputação objetiva.....	361
1. Nexo do fim de proteção da norma	361
2. Nexo de violação do dever.....	362
3. Outros grupos de casos	363
IV. Antijuridicidade	363
V. Culpabilidade	364
C. Autoria e participação	365
D. O delito omissivo impróprio culposo	365
E. Combinações dolo-culpa	367
I. Fundamentos	367
II. Estrutura do delito qualificado pelo resultado.....	369
III. Relação de perigo específica do tipo.....	370
IV. Participação	372
V. Casos de tentativa	374
1. Tentativa qualificada pelo resultado	374
a) Fundamentos.....	374
b) Punibilidade da tentativa do delito base	375
c) Desistência.....	376
2. Tentativa da qualificação pelo resultado.....	376
Aproximações ao direito brasileiro.....	379
§ 13. Concurso de delitos	381
A. Fundamentos	382

B. Unidade de ação ou pluralidade de ações.....	384
I. Ação em sentido natural e unidade natural de ação	384
II. Unidade jurídica de ação	385
C. Concurso de normas	386
I. Concurso de normas no caso de unidade de ação	386
1. Especialidade	386
2. Subsidiariedade	387
3. Consunção.....	388
II. Concurso de normas no caso de pluralidade de ações	388
D. Unidade fática e pluralidade fática.....	389
I. Unidade fática	389
II. Pluralidade fática.....	390
Aproximações ao direito brasileiro.....	392
§ 14. Dúvidas sobre a situação fática e verificação alternativa	395
A. Fundamentos	395
B. Incerteza unilateral sobre a situação fática.....	396
I. Princípio da dúvida (<i>in dubio pro reo</i>).....	396
II. Relação de níveis.....	396
III. Pós- e pré-pendência.....	397
C. Incerteza alternativa sobre a situação fática (verificação alternativa)..	399
I. Fundamentos	399
II. Verificação alternativa imprópria.....	399
III. Verificação alternativa própria.....	400
§ 15 Definições essenciais.....	403
A. Causalidade e imputação	403
B. Dolo e culpa.....	403
C. Antijuridicidade.....	404
I. Legítima defesa	404
II. Estado de necessidade	404

III. Consentimento	404
D. Culpabilidade.....	405
E. Autoria e participação	405
F. Tentativa.....	406
G. Delitos omissivos	407
Índice remissivo	409
Índice de esquemas de análise do delito e panoramas	419
Bibliografia	421

PRÓLOGO

Graças à boa recepção deste manual podemos apresentar agora a sua segunda edição. Além da habitual revisão fundamental de conteúdo e da inclusão das novidades da jurisprudência e da literatura, nós agora remetemos o leitor, antes do início de todos os capítulos, às recentes e clássicas decisões dos tribunais que são relevantes para os exames jurídicos e a alguns artigos científicos que permitirão ao estudante aprofundar-se, por conta própria, no tema. Além disso, nós também inserimos outros exemplos de casos e esquemas de análise do delito. Esses complementos também servem, assim como antes, ao objetivo que perseguimos com esse livro, o de apresentar a parte geral do direito penal de forma concisa, clara e didática. Este manual de direito penal é, portanto, dirigido principalmente a estudantes dos primeiros semestres e deve facilitar-lhes o ingresso no mundo do direito penal. Mas serve, da mesma forma, à preparação, de véspera, para o Primeiro Exame de Estado na Alemanha,¹ porque permite uma revisão compacta e sumária dos conteúdos examinados.

Maximilian Bunte, Benjamin Ehrhardt e Sandra Nöth, todos eles da Universidade de Bayreuth,² nos ajudaram, energeticamente, com a revisão dos manuscritos. Em relação a Würzburg,³ devemos menção, sobretudo, a *Jochen Feldle*. Também nessa oportunidade, gostaríamos de agradecer-lhe de coração

1. N.T.: O Primeiro Exame de Estado (Erste Juristische Staatsprüfung) na Alemanha é organizado pelos Ministérios da Justiça dos diversos estados da federação e realizado ao término do curso superior. O futuro jurista alemão é avaliado de forma unificada por meio desse exame, que é requisito para todas as carreiras jurídicas, como a de advogado, juiz ou promotor.

2. N.T.: Onde leciona o Professor Dr. Brian Valerius.

3. N.T.: Onde leciona o Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf.

pelas suas propostas de muito valor e suas sugestões de melhoria, que muito nos ajudaram.

Todas as sugestões e críticas construtivas dos leitores, especialmente dos estudantes dos primeiros semestres, são muito bem-vindas a qualquer momento! Vocês nos encontram pelos e-mails:

hilgendorf@jura.uni-wuerzburg.de e brian.valerius@uni-bayreuth.de

Würzburg/Bayreuth, maio de 2015.

ERIC HILGENDORF e BRIAN VALERIUS

APRESENTAÇÃO DA TRADUÇÃO

Este livro dos Profs. Drs. Eric Hilgendorf e Brian Valerius, que agora chega às mãos dos estudantes e profissionais do direito brasileiros, é, na Alemanha, exemplo de um simples e didático manual de direito penal. O livro cumpre a fundamental função de aplicar a teoria na prática, ensinando os alunos e operadores do direito a resolver os problemas com que a vida os confronta diariamente a partir do imenso e, por vezes, complexo universo teórico do direito penal. Essa função dos livros de ciência jurídica parece estar esquecida entre nós. Mas este livro não é apenas simples e didático, é também completo. Todos os principais tópicos da disciplina direito penal, parte geral, são abordados com profundidade e detalhe, contendo valiosas referências literárias e jurisprudenciais ao leitor brasileiro, que os mais curiosos poderão usar de guia para incursões particulares. É por isso que acredito que este livro vem em excelente hora e, com as adaptações ao direito brasileiro, convirá tanto ao ensino do direito penal em nossas faculdades jurídicas como servirá de referência aos práticos e de consulta aos acadêmicos pós-graduados.

Nesta oportunidade, também entendo necessário ressaltar ao leitor que, tendo em vista se tratar de uma tradução (adaptada), este livro confere com seu original publicado em 2015 na Alemanha e, portanto, não considera a legislação alemã ulterior à publicação do original.

Por fim, gostaria apenas de incluir aqui meus sinceros agradecimentos aos autores, Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf e Prof. Dr. Brian Valerius, pela oportunidade de traduzir seu manual e pela confiança que depositaram em meu trabalho. Ao Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf também agradeço pelo especial apoio para que este projeto pudesse ser realizado. Também agradeço ao meu professor e amigo Prof. Dr. Luís Greco pela indicação e imensurável contribuição para esta tarefa e ao meu querido amigo Lucas Montenegro pela cirúrgica leitura desta tradução.

Espero que este livro seja recebido da forma como merece por meus conterrâneos e como sinal de meu imutável compromisso com a melhoria do ensino jurídico brasileiro.

Berlim, janeiro de 2018.

ORLANDINO GLEIZER

BIOGRAFIAS

Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf

Nascido em 1960 em Stuttgart, Alemanha, terminou o segundo grau em Ansbach em 1980. Estudou Filosofia, História Moderna, Ciências Religiosas e Ciências Jurídicas na Universidade de Tübingen. Graduou-se nas áreas de Filosofia e História com trabalho sobre a “Evolução histórica da liberdade de expressão parlamentar na Alemanha” (*Entwicklungsgeschichte der parlamentarischen Redefreiheit in Deutschland*, Peter Lang, Frankfurt a.M. et alii, 1991). Em 1990, obteve o título de Doutor em Filosofia, com a tese “Argumentação na ciência jurídica: da recepção da filosofia analítica e da teoria crítica na investigação fundamental da ciência jurídica” (*Argumentation in der Jurisprudenz: Zur Rezeption von analytischer Philosophie und kritischer Theorie in der Grundlagenforschung der Jurisprudenz*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1991). Em 1992, obteve o título de Doutor em Direito, com sua tese “Responsabilidade jurídico-penal pelo produto na ‘sociedade de riscos’” (*Strafrechtliche Produzentenhaftung in der ‘Risikogesellschaft’*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1993). Em 1997, obteve sua *venia legendi* na Universidade de Tübingen para as áreas de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito, com sua tese de habilitação “Da delimitação entre proposições sobre fatos e juízos de valor no direito penal” (*Zur Abgrenzung von Tatsachenaussagen und Werturteilen im Strafrecht*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1998). Após a habilitação como professor, foi Professor Titular de Direito Penal na Universidade de Konstanz; desde 2001, leciona na Universidade Julius-Maximilians de Würzburg, como Professor Catedrático de Direito Penal, Direito Processual Penal, Teoria do Direito, Direito da Informação e Informática Jurídica. De 2010 a 2012, foi decano da Faculdade de Direito da Universidade de Würzburg. Seus principais âmbitos de pesquisa são a dogmática jurídico-penal geral, o direito

penal da medicina, o direito penal biológico, o direito penal econômico e o direito penal da técnica. A isso se soma seu compromisso com a investigação sobre os fundamentos do direito (direito comparado, filosofia do direito, teoria do direito, bioética, história do pensamento jurídico e história do direito penal).

Prof. Dr. Brian Valerius

Nasceu em 1974, em Bad Kreuznach, na Alemanha. Após terminar o segundo grau em Nördlingen (1993), estudou ciências jurídicas na Universidade Julius-Maximilian de Würzburg (1994-1999). Foi aprovado no Primeiro Exame de Estado em 1999 e, no segundo, em 2002. De 2002 a 2009, foi assistente científico na cátedra do Prof. Hilgendorf. Em 2004, obteve o título de Doutor em Ciências Jurídicas (Universidade de Würzburg), com sua tese “Investigações das autoridades de persecução penal nos serviços de comunicação de internet” (*Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden in den Kommunikationsdiensten des Internet*, Logos Verlag, Berlin, 2004, 250 pp). Em 2009, obteve sua *venia legendi* em Direito Penal e Processual Penal, Direito Europeu e Internacional, e Direito Penal Econômico, com sua tese de habilitação “Cultura e direito penal: a consideração das ideias valorativas culturais na dogmática jurídico-penal alemã” (*Kultur und Strafrecht: Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*, Duncker & Humboldt, 2011, 424 pp.). Desde 2011, é Professor Catedrático de Direito Penal, Processual Penal e Direito Penal da Medicina na Universidade de Bayreuth. Desde então, seus temas principais de pesquisa são as questões internacionais e interculturais do direito penal material e do direito processual penal.

Orlandino Gleizer

Nascido em 1989, no estado do Rio de Janeiro, graduou-se bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ) em 2012. Desde então, atua como advogado criminal no Brasil. Em 2015, obteve o título de Mestre em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), com a dissertação “Sobre um possível papel do *compliance* criminal na aferição da culpabilidade penal das pessoas jurídicas”. Mudou-se para a Alemanha em 2015, para cursar LL.M. em Direito na Universidade de Augsburg, para o qual apresentou a dissertação de mestrado “Diferentes problemas do monitoramento de telecomunicações” (*Verschiedene Streitpunkte der Telekommunikationsüberwachung*). Desde 2016, é assistente científico na cátedra do Prof. Eric Hilgendorf na Universidade Julius Maximilian de Würzburg. Em 2017, iniciou seu doutorado em direito na Universidade Humboldt de Berlim, sob orientação do Prof. Dr. Luís Greco. Seus principais âmbitos de pesquisa são a dogmática da parte geral do direito penal, o direito penal econômico e o direito processual penal.

PREFÁCIO

A tradução para o português do manual de *Direito Penal, Parte Geral*, dos catedráticos Eric Hilgendorf (Würzburg) e Brian Valerius (Bayreuth), que nos proporciona Orlandino Gleizer, assistente científico do prof. Hilgendorf e meu doutorando, é muito bem-vinda. No presente prefácio, dedicarei algumas palavras ao livro, em seguida aos dois autores, por último, ao tradutor.

O leitor tem em mãos um *livro* acessível, despretensioso, escrito para um público de estudantes em busca de um primeiro contato com a matéria, e que informa com precisão sobre o estado da arte das principais discussões em torno da Parte Geral do Direito Penal alemão. Um dos maiores méritos do trabalho é a concisão com que ele dá conta de todo o conteúdo da teoria do delito, desde o tipo até a culpabilidade, passando pelo delito culposos, omissivo, e pelos indigestos temas do concurso de agentes, da tentativa e do concurso de delitos.

A minha experiência didática em quase duas décadas na Alemanha convenceu-me de que o método de aprendizagem do direito alemão de que muitas vezes nos valemos nós mesmos e que também sugerimos a nossos estudantes, consistente na leitura de um voluminoso tratado de direito penal estrangeiro (de preferência o de Roxin, que se encontra traduzido, ainda que em edição superada, para o espanhol), não é o mais promissor. O estudante alemão, antes de deparar-se com uma obra de tamanha dimensão e profundidade, familiariza-se com livros como o presente, que se restringem a linhas mestras e que o colocam em condições de, em um segundo ou terceiro momento, digerir obras mais pretensiosas. O presente livro tem, assim, potencial para tornar-se peça-chave na difusão do raciocínio jurídico germânico sobre a Parte Geral do Direito Penal, permitindo aos interessados um primeiro contato com esse universo conceitual.

Gostaria de destacar um aspecto adicional. Uma preocupação constante do presente livro é a de preparar quem o leia para a aplicação do conhecimento teórico nele contido na resolução de casos. O estudo do direito alemão apenas começa com a teoria; seu verdadeiro objetivo está em colocar o estudante em condição de resolver casos, de aplicar as teorias aprendidas para dar respostas a problemas concretos, em geral formulados a partir de situações reais julgadas pelos tribunais superiores alemães.

Volto-me, agora, aos *autores*. O prof. *Eric Hilgendorf* doutorou-se em filosofia (1990) com a dissertação “Argumentação na ciência jurídica: da recepção da filosofia analítica e da teoria crítica na investigação fundamental da ciência jurídica” (Argumentation in der Jurisprudenz: Zur Rezeption von analytischer Philosophie und kritischer Theorie in der Grundlagenforschung der Jurisprudenz, 1991). Além disso, doutorou-se em direito (1992) com dissertação sobre a “Responsabilidade jurídico-penal do produtor na ‘sociedade de riscos’” (Strafrechtliche Produzentenhaftung in der ‘Risikogesellschaft’, 1993). Habilitou-se (1997), na Universidade de Tübingen, com a tese “Da delimitação entre proposições sobre fatos e juízos de valor no direito penal” (Zur Abgrenzung von Tatsachenaussagen und Werturteilen im Strafrecht, 1998). Tornou-se Professor Titular de Direito Penal na Universidade de Konstanz em 1997 e Professor Catedrático na Universidade Julius-Maximilians de Würzburg em 2001, onde detém desde então a cátedra de Direito Penal, Direito Processual Penal, Teoria do Direito, Direito da Informação e Informática Jurídica. Entre os muitos temas de seu interesse, eu destacaria a responsabilidade penal pelo produto, o direito penal da medicina (aviso o leitor que um pequeno livro introdutório também se encontra, em tradução de Gleizer, no prelo), o direito penal econômico e a digitalização no direito em geral e no direito penal em particular.

O Prof. *Brian Valerius* doutorou-se em Ciências Jurídicas na Universidade Julius-Maximilian de Würzburg em 2004, com dissertação sobre as “Investigações das autoridades de persecução penal nos serviços de comunicação de internet” (Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden in den Kommunikationsdiensten des Internet, 2004), escrita sob a orientação de Hilgendorf, em cuja cátedra trabalhava como assistente. Em seguida, habilitou-se com trabalho sobre “Cultura e direito penal” (Kultur und Strafrecht, 2011), em que estuda os desafios enfrentados por uma sociedade multicultural como a alemã. Valerius compartilha com o seu professor o interesse pelas implicações da digitalização para o direito penal.

Não poderia deixar de dedicar algumas palavras ao *tradutor*, *Orlandino Gleizer*, mestre pela UERJ, doutorando na Universidade Humboldt de Berlim, sob minha orientação, e assistente científico junto à Cátedra do Prof. Hilgendorf, em Würzburg. Orlandino Gleizer cujo trabalho de LL.M. em Augsburg, sob a interceptação de telecomunicação, foi aprovado com a nota máxima e está em vias de tradução para o português, é, além de comprometido e talentoso, um amigo. Ele não se restringiu a traduzir o conteúdo do livro para o português,

mas acrescentou notas e apartados para tornar o resultado final mais facilmente compreensível para o leitor brasileiro.

Penso que ele pode orgulhar-se de seu trabalho, cujo resultado final fala por si. Nada mais me resta do que desejar ao leitor uma boa e fecunda leitura!

Berlim, 2 de outubro de 2018.

LUÍS GRECO

§ 1. Introdução

A. Direito Penal e Código Penal

Em um sentido amplo, o direito penal engloba o direito penal material e o direito processual penal. O *direito penal material* regula os pressupostos e as consequências jurídicas de um fato penal, determinando quais são as implicações jurídico-penais de determinados comportamentos socialmente danosos. Por exemplo, o § 303 StGB (Código Penal alemão) estipula que a danificação ou destruição de uma coisa alheia (pressupostos) é sancionada com pena de prisão de até dois anos ou multa (consequências jurídicas). A pretensão de exigir a imposição de pena àquele que praticou tal comportamento, no entanto, não é conferida ao lesado (por exemplo, ao proprietário da coisa danificada ou destruída). Essa pretensão punitiva incumbe ao Estado, a quem cabe, em princípio, a tarefa de averiguar a existência desse direito e de buscar efetivá-lo – dentre outras razões, para evitar a justiça com as próprias mãos. A maneira pela qual o Estado é autorizado a perseguir esse interesse é, por sua vez, regulada pelo direito penal formal, também chamado de *direito processual penal*. 1

Os dispositivos penais de ordem jurídico-material se encontram, principalmente, no Código Penal (em alemão, *Strafgesetzbuch* – adiante *StGB**), que, em regra, é o único objeto dos exames jurídicos e dos trabalhos acadêmicos em matéria penal durante a faculdade de direito. No entanto, várias outras leis contêm normas penais, que se diferenciam das normas de outras naturezas, na maioria das vezes, apenas por meio da combinação de trechos como “com pena ou multa” ou por virem precedidas do título “Dos crimes e das penas”. Como exemplo dessas leis, podem-se citar o 2

* N.T.: A decisão por manter nessa tradução a referência ao StGB objetiva deixar clara a referência à lei alemã, evitando assim a confusão com o Código Penal brasileiro, ao qual se fará referência ao longo do livro por meio da sigla CP.

Código de Trânsito alemão (*Straßenverkehrsgesetz* – adiante StVG), a Lei de Direitos Autorais alemã (*Urhberrechtsgesetz* – adiante UrhG), o Código Tributário alemão (*Abgabenordnung* – adiante AO) e a Lei de Entorpecentes alemã (*Betäubungsmittelgesetz* – adiante BtMG).⁺

- 3 Os tipos penais do StGB são também descritos como direito penal nuclear [*Kernstrafrecht*] em contraposição ao chamado direito penal extravagante ou acessório [*Nebenstrafrecht*] (prescrições penais que aparecem em outras leis).¹ O conceito “direito penal acessório” não pode, no entanto, nos conduzir à falsa ideia de que delitos não regulados no Código Penal não são extremamente importantes, na prática, para a composição do todo do direito penal. Isso se aplica, dentre outros, para o motorista que dirige sem habilitação, de acordo com o § 21 do StVG, assim como para o sonegador de impostos, de acordo com o § 370 do AO.
- 4 O direito processual penal é, essencialmente, regulado pelo Código de Processo Penal (em alemão, *Strafprozessordnung* – adiante StPO). Outras disposições se encontram na Lei de Organização Judiciária alemã (*Gerichtsverfassungsgesetz* – GVG) e – no caso de procedimentos contra crianças e adolescentes, ou seja, pessoas entre 14 e 21 anos de idade – no Estatuto da Criança e do Adolescente (em alemão, *Jugendgerichtsgesetz* – adiante JG). Além disso, a Convenção (Europeia) de Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH) recebe cada vez mais atenção para suas disposições processuais.
- 5 O Código Penal (StGB) é dividido entre uma Parte Geral (*Allgemeiner Teil* – §§ 1/79b StGB) e uma Parte Especial (*Besonderer Teil* – §§ 80-358 StGB). A *Parte Especial* contém tipos penais que descrevem condutas puníveis, como homicídio (§ 212 StGB), lesão corporal (§ 223 StGB), furto (§ 242 StGB) e dano (§ 303 StGB).² Já a *parte geral* estabelece normas aplicáveis a todos os delitos da Parte Especial que, por esse motivo, são reguladas na primeira parte do Código Penal. Por isso, a “parte geral” vem, por assim dizer – como o primeiro livro do Código Civil alemão (BGB), que também carrega esse nome – “antes dos parênteses”.^{*} Ela estabelece, por exemplo, quando um comportamento

⁺ *Nota de adaptação:* A mesma observação vale para o ordenamento jurídico brasileiro, no qual diversos diplomas legais específicos – e.g., a Lei de Combate ao Crime Organizado (12.850/2013), a Lei de Combate ao Tráfico de Entorpecentes (11.343/2006), a Lei de Combate à Lavagem de Capitais (9.603/1998), etc. – também criminalizam condutas.

1. *Kindhäuser* AT § 1 nm. 2; com tratamento geral a respeito da organização sistemática do direito penal, *Baumann/Weber/Mitsch* § 4.

2. Para a Parte Especial, consultar os manuais de *Haft/Hilgendorf (Strafrecht BT I)* assim como de *Haft (Strafrecht BT II)*, que se apresentam como sucessão um do outro; de forma abrangente, *AWHH*.

^{*} N.T.: No original, o autor utiliza a expressão “vor die Klammer gezogen”, em referência ao que se chama de técnica de parênteses (*Klammertechnik*) na confecção

típico – ou seja, aquele que preenche os pressupostos dos tipos penais como os previstos na Parte Especial do Código Penal – é justificado e, por isso, não punível (como o tiro fatal em situação de legítima defesa). Além disso, é também na parte geral que, dentre outras coisas, se estabelece a partir de que momento a tentativa de um fato delituoso já passa a ser punível (como o soco que erra o alvo) ou ainda em quais circunstâncias outros concorrentes no delito podem ser punidos (como o vendedor da arma utilizada no homicídio ou o motorista do carro de fuga em um assalto). Essas normas da parte geral são o objeto do presente manual.

B. Teorias e fins da pena

Literatura para aprofundamento: Heger, Die Rolle des Opfers im Strafverfahren, JA 2007, 244; Hörnle, Straftheorien, 2011; Momsen/Rackow, Die Straftheorien, JA 2004, 336.

I. Fundamentos

Caso o Estado realize sua pretensão punitiva, estará, necessariamente, intervindo nos direitos fundamentais de seus cidadãos. A intervenção mais considerável se manifesta no momento em que ele executa uma pena de prisão, que significa a suspensão da liberdade de locomoção do condenado. Não é à toa que o direito penal é chamado de “a arma mais letal do Estado”.³ 6

O StGB prevê, como possíveis consequências jurídicas para um comportamento punível, penas principais e acessórias (Haupt-, Nebenstrafen) e consequências acessórias (Nebenfolgen). Dentre as *penas principais*, incluem-se a pena restritiva de liberdade (temporária ou perpétua; §§ 38, 39 StGB), a pena de multa (§ 40 ss. StGB), a pena para jovens (Jugendstrafe; para crianças e adolescentes: JGG) e a pena de arresto (Strafarrest; para militares; WStG). 7

Por sua vez, a única *pena acessória* prevista no StGB é a proibição de dirigir (§ 44 StGB), utilizada com frequência na prática. O BVerfG, em decisão de 20.3.2002,⁴ declarou nula a redação concreta do dispositivo da chamada pena de perda do patrimônio [*Vermögensstrafe**], outra modalidade de pena acessória inicialmente inserida no § 43a StGB, considerando-a 8

de leis. O termo faz alusão a uma regra algébrica. Na álgebra, aquilo que vem junto aos parênteses – por exemplo, o “a” em $a(b+c)$ – se aplica ao resultado da equação interna aos parênteses como um todo e, por isso, o legislador, ao formular a ordem das normas, coloca aquelas de aplicações gerais antes das específicas, em relação às quais têm aplicação.

3. BVerfGE 32, 98 (109); 39, 1 (45); *Jescheck/Weigend* § 1 I. 1.

4. BVerfGE 105, 135.

* N.T.: A pena de perda do patrimônio [*Vermögensstrafe*] significava a perda do patrimônio inteiro do apenado.

incompatível com o mandado de determinação da lei penal – previsto na Constituição Federal Alemã (GG) no art. 103 Abs. 2 (→ nm. 34 s.).

- 9 As *consequências acessórias* de uma condenação podem ser a perda da capacidade de exercer cargos públicos ou a perda dos direitos políticos ativos e passivos (§ 45 StGB).
- 10 Como toda intervenção em direitos fundamentais, essas medidas necessitam de uma legitimação, tarefa desempenhada pelas *teorias da pena*. As *teorias absolutas da pena* buscam essa legitimação nos ideais de retribuição, expiação e restauração da justiça. Elas são descritas como absolutas porque se limitam, essencialmente, a uma reação à conduta do autor e à vontade de “compensar” o injusto praticado e a culpa realizada. Essas teorias simplesmente negligenciam a questão a respeito de quais consequências a pena pretende produzir para os autores ou para a sociedade.⁵
- 11 Já as *teorias relativas da pena* não enxergam na função da pena tão somente uma compensação (repressiva) ao injusto e à culpabilidade. Ao contrário, para elas a penalização se encontraria a serviço de propósitos sociais, como a intimidação (preventiva) ou a ressocialização, e serviria, por isso, à tarefa de prevenir o cometimento futuro de delitos.⁶ Desses propósitos sociais originam-se suas diferentes vertentes:
- uma primeira diferença diz respeito ao círculo de destinatários. A teoria da *prevenção geral* tem em vista o efeito da pena sobre a sociedade, enquanto a da *prevenção especial* coloca a influência da pena sobre o autor do delito em primeiro plano.
 - uma segunda diferença está no fato de se a pena pretende, de forma *positiva*, gerar uma atitude de respeito ao direito e reforçar a confiança na ordem jurídica ou se, de forma *negativa*, deve dissuadir as pessoas da prática de outros comportamentos socialmente danosos.⁷
- 12 Por meio da combinação das possíveis diferenças umas com as outras, é possível estabelecer um esquema
- das ideias da *prevenção geral negativa ou positiva* de um lado (dissuasão da coletividade ou fortalecimento da confiança social na ordem jurídica) assim como
 - da *prevenção especial negativa ou positiva* de outro (inocuição ou ressocialização do autor).⁸

5. Jäger AT nm. 5 s.; Rengier AT § 3 nm. 10; Wessels/Beulke/Satzger nm. 12; com profundidade, Stratenwerth/Kuhlen § 1 nm. 4 ss.

6. Jäger AT nm. 6; Rengier AT § 3 nm. 14; Wessels/Beulke/Satzger nm. 12; com profundidade, Stratenwerth/Kuhlen § 1 nm. 16 ss.

7. Jäger AT nm. 6; Wessels/Beulke/Satzger nm. 12.

8. Jäger AT nm. 6; Rengier AT § 3 nm. 15 ss.; Wessels/Beulke/Satzger nm. 12.