

LUÍS GRECO

AS RAZÕES DO DIREITO PENAL.  
QUATRO ESTUDOS

*Organização e Tradução*

EDUARDO VIANA  
LUCAS MONTENEGRO  
ORLANDINO GLEIZER

 Marcial  
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

## SUMÁRIO

Referências dos originais.....	5
Autor e Organizadores/Tradutores .....	7
Apresentação dos organizadores/tradutores .....	9
Algumas palavras do autor.....	13
Lista de siglas e abreviaturas.....	19
<b>Dogmática e Ciência do Direito Penal .....</b>	<b>23</b>
I. ....	23
II. ....	24
III.....	29
<b>O que é tortura? .....</b>	<b>31</b>
I. Introdução .....	31
II. Sobre a necessidade de um conceito de tortura .....	33
III. Requisitos metateóricos para um conceito de tortura....	35
IV. Em busca do conceito de tortura .....	37
1. A Convenção das Nações Unidas contra a Tortura....	37
2. A jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.....	39

3. Uma tentativa .....	41
4. Síntese .....	47
V. Concretização: pequeno sistema da tortura .....	47
VI. Conclusão .....	51
<b>Opõe-se o princípio da culpabilidade à penalização de pessoas jurídicas? – Reflexões sobre a conexão entre pena e culpabilidade</b> .....	53
I. Introdução .....	53
II. Ponto de partida: impossibilidade de uma culpabilidade da pessoa jurídica .....	57
1. O conceito “vazio” de culpabilidade .....	58
2. O chamado modelo de imputação .....	60
3. Culpabilidade própria da pessoa jurídica .....	63
4. Primeira conclusão intermediária .....	65
III. Por que a pena exige culpabilidade? Sobre o conceito de pena .....	65
1. O conceito “tradicional” de pena: a pena como mal ..	67
2. O conceito “moderno” de pena: a pena como censura	68
3. A própria proposta .....	70
4. Segunda conclusão intermediária .....	75
IV. A “punição” da pessoa jurídica .....	76
V. Porque ainda assim não deve existir uma “punição” de pessoas jurídicas .....	77
VI. Porque a “punição” de pessoas jurídicas é quase de todo inconstitucional .....	80
VI. Conclusão final .....	82

<b>Punição da cumplicidade por meio de ações neutras apenas em caso de alta probabilidade do fato principal? – Reflexões por ocasião de uma decisão do Bundesgerichtshof (5 StR 468/12) .....</b>	<b>83</b>
I. Introdução .....	84
II. Tensões sistemáticas: critérios objetivos no tipo subjetivo?.....	88
III. Tensões materiais: reconhecível inclinação para o fato somente em face de alta probabilidade de uma facilitação do fato principal? .....	91
IV. Em busca do argumento faltante .....	94
V. Cumplicidade por ação neutra posterior ao comportamento típico? .....	101
VI. Conclusão .....	102

## APRESENTAÇÃO

### DOS ORGANIZADORES/TRADUTORES

Esta coletânea oferece ao público brasileiro recentes artigos de autoria de Luís Greco. Publicados originalmente em língua alemã e pela primeira vez traduzidos para o português, os textos foram revisados e levemente adaptados pelo próprio autor. Aos artigos foram adicionadas algumas notas de tradutor, com o fim, sobretudo, de contextualizar o leitor brasileiro quando são feitas referências ao direito alemão.

O primeiro deles, *Dogmática e ciência do direito penal*, publicado em 2014, teve como ensejo a celebração do septuagésimo aniversário de Bernd Schnünemann, professor e orientador de Luís Greco em sua tese de livre-docência. Em vez de uma celebração laudatória, Luís Greco confere à ocasião um caráter metodológico: a reflexão sobre a razão de ser do professor e do aparato institucional à sua disposição abre um caminho inusitado que leva aos conceitos de dogmática e ciência jurídica. Uma demonstração de que o maior elogio à ciência é seu próprio exercício.

No artigo seguinte, *O que é tortura?*, como o título permite intuir, o autor dedica-se à pergunta sobre o conceito de tortura. Servindo-se de uma metodologia que conduz o leitor do abstrato ao concreto, o autor parte de requisitos metateóricos, mas também maneja o aparato normativo para responder à pergunta sobre o que é tortura. Ao final, a correção e rendimento da proposta conceitual são testadas em casos concretos. Uma possível argumentação a favor da natureza absoluta

da proibição de tortura, inclusive com suas consequências para o direito penal (p. ex., em situações justificantes excepcionais), ganha, com o conceito proposto, um suporte mais sólido.

No terceiro, *O princípio da culpabilidade contrapõe-se à penalização de pessoas jurídicas?*, Luís Greco expõe sua opinião sobre o controvertido tema da penalização de pessoas jurídicas. O esforço de resolver a questão o leva a apresentar suas ideias originais sobre os conceitos de pena e culpabilidade, bem como a natureza da relação entre ambas. Alerta, ao final, para o risco que se corre ao manejar os termos pena e culpabilidade de forma imprópria, tomando como ponto de apoio a comparação entre o uso que alguns sistemas jurídicos fazem desses termos e o respectivo modelo de imputação que adotam.

O último artigo, *Punição da cumplicidade neutra apenas em caso de alta probabilidade do fato principal?*, oferece uma análise de uma decisão do BGH (tribunal alemão equivalente ao STJ) sobre a punibilidade do que se convencionou chamar de cumplicidade neutra. A decisão, criticada tanto em sua fundamentação quanto no resultado, serve de ocasião para demonstrar o desempenho teórico do critério da idoneidade desenvolvido pelo autor. O texto é um exemplo da tarefa crucial de vigilância que cabe à academia jurídica, um exemplo do exercício da razão como o quarto poder de que fala Luís Greco no primeiro artigo. Em tempos de crise institucional no Brasil, não é difícil enxergar o preço que pagamos por negligenciar essa tarefa.

Realizada essa breve apresentação do conteúdo que o leitor encontrará neste volume, pareceu-nos interessante fazer mais alguns esclarecimentos sobre o conteúdo da obra que o leitor tem em mãos. Se nós, tradutores, merecemos a censura por eleger um critério que, à primeira vista, parece reunir artigos que têm pouco em comum, que nos seja dada ao menos a chance de reverter essa aparente disparidade de temas em favor do autor traduzido.

O interesse científico de Luís Greco estende-se por um amplo espectro de temas, como demonstram os artigos traduzidos. Engana-se, no entanto, quem supõe que o autor só tem soluções pontuais a oferecer, meras respostas *ad hoc* para determinados problemas, que não se relacionam entre si nem se deixam reconduzir a princípios e ideias fundamentais. Os textos traduzidos não são uma exceção.

Sem nenhuma pretensão de esgotamento, tomemos um exemplo partindo de sua tese de doutorado *O vivo e o morto na teoria da pena de Feuerbach* (publicações em alemão e espanhol). Luís Greco elege, como uma das epígrafes de seu livro, a seguinte frase de Eberhard Schmitt: “toda a história do direito gira em torno da oposição entre poder e direito, entre finalidade e justiça”. De uma forma ou de outra, os artigos traduzidos se vinculam à forma como Luís Greco compreende essa relação entre poder e direito, entre consequencialismo e deontologia em direito penal.

O primeiro texto define direito como “a tentativa de subordinar o poder a razões” e prescreve à ciência jurídica, em especial à ciência jurídico-penal, um papel chave nesse sentido. Direito não é mera facticidade, é uso do poder amparado em razões. O conceito de tortura proposto deixa entrever a argumentação a favor de limites deontológicos, espaços de proteção inacessíveis à atividade do Estado, que não se deixam justificar nem eliminar por considerações de ordem consequencialista. A ideia de que pena é a perda de um direito inato em razão de um comportamento falho, defendida no terceiro artigo, situa o foco da atenção nesse limite entre poder e direito, entre exercício legítimo de coação e puro arbítrio. Por fim, as considerações do último artigo exemplificam a contraface dos limites deontológicos, as considerações consequencialistas que fundamentam a ideia de proteção de bens jurídicos. O conceito material de delito ou, como Luís Greco prefere denominar, os fins da pena de primeira ordem são trazidos à tona para resolver o problema da cumplicidade por ações neutras.

Esperamos que esta coletânea, portanto, seja não só uma oportunidade para que o público brasileiro reflita sobre os diferentes temas abordados, mas também que sirva como estímulo para se debruçar sobre o pensamento de um autor que tem coragem e originalidade para pensar o direito de uma forma abrangente, preocupando-se em arrastar o peso de suas repostas a problemas fundamentais até casos e problemas concretos.

Por fim, algumas breves palavras de agradecimento. A ideia que nos moveu ao traduzir os textos é a de que, de modo semelhante à atitude tomada por Luís Greco em relação ao seu professor no primeiro artigo, muito mais do que palavras ou elogios, vale aqui

o esforço de realizar traduções as mais precisas e fiéis possíveis. Agregado aos textos traduzidos, vai o nosso mais sincero e profundo agradecimento.

Os organizadores/tradutores,

EDUARDO VIANA

LUCAS MONTENEGRO

ORLANDINO GLEIZER

Augsburg, fevereiro de 2017.



## ALGUMAS PALAVRAS DO AUTOR

A iniciativa de meus alunos e amigos, Eduardo Viana, Lucas Montenegro e Orlandino Gleizer, da qual é resultado o presente livro, enche-me de alegria, orgulho e gratidão. Uma vez que parece quase sacrílego acrescentar qualquer parágrafo à bela introdução com que me honraram, serei extremamente breve, limitando-me, em especial, a mencionar algo sobre o contexto em que escrevi cada um dos textos aqui compilados.

O primeiro deles, sobre “Dogmática e Ciência do Direito Penal” foi destinado à revista *Rescriptum*, uma publicação dos estudantes da Faculdade de Direito da Ludwig-Maximilians-Universität, de Munique, na qual me formei, doutorei-me e habilitei-me (não exatamente nessa ordem). Esse estudo, o mais curto dos três, foi aquele a que menos acrescentei adaptações tendo em vista o público brasileiro, uma vez que não queria acrescentar assimetrias à estrutura do texto. Por isso, acrescentei algumas notas, explicando os aspectos da realidade acadêmica alemã que o original podia dar por conhecidos.

Nos outros textos, tomei maiores liberdades no sentido de adaptá-los para o leitor brasileiro. O segundo texto, sobre o conceito de tortura, complementa trabalho anterior sobre a legitimidade desse instituto.<sup>1</sup> Uma síntese do argumento do terceiro texto, sobre culpa-

1. As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados “casos de bomba-relógio”, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 78

bilidade e pessoa jurídica, acaba de ser publicada;<sup>2</sup> a versão completa do trabalho é, contudo, a que o leitor agora tem em mãos. O último artigo, sobre a cumplicidade por meio de ações neutras, é um retorno ao tema a que dediquei meu primeiro livro.<sup>3</sup>

Por fim, esse não é apenas um lugar para agradecimentos, como também para desculpar-me. Os dois anos e meio que passei na Universidade de Augsburg foram de intenso convívio com os três organizadores/tradutores do presente livro. A ideia original, segundo vejo, teria sido publicar o livro como um pequeno documento desse convívio, quando ainda de sua duração; o trabalho foi concluído em fevereiro de 2017. Uma sobrecarga de afazeres, da qual fez parte também minha mudança para a Humboldt-Universität zu Berlin em outubro de 2017, fez com que eu só conseguisse proceder às adaptações que pensava necessárias agora, mais de um ano depois. Devo, assim, mais do que um obrigado, um sincero pedido de desculpas, que espero os três possam aceitar.

Berlim, setembro de 2018.

LUÍS GRECO

(2009), pp. 7 e ss.; também disponível online em versão espanhola, Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs, trad. Eduardo Javier Riggi, in: InDret 4/2007, Nr. 423, p. 1 e ss.

2. Por que é ilegítimo e quase de todo inconstitucional punir pessoas jurídicas, in: Busato (org.), Seminário Brasil-Alemanha Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas, Florianópolis, 2018, p. 69 e ss.

3. Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação, Rio de Janeiro, 2004.

# DOGMÁTICA E CIÊNCIA DO DIREITO PENAL

A BERND SCHÜNEMANN, POR OCASIÃO DE  
SEUS 70 ANOS EM 1º DE NOVEMBRO DE 2014

## I.

A primeira dificuldade que toda tomada de posição relacionada à dogmática e à ciência do direito encontra é a ausência de um conteúdo claro para esses conceitos. Eu não quero discutir palavras.<sup>1</sup> Evitarei, aqui, problemas conceituais, tentando encontrar um acesso diferente aos fenômenos a serem discutidos. Esse acesso se dará por meio da *atividade* que os *professores de direito, enquanto professores de direito, exercem nas universidades alemãs*. A expressão “enquanto professores de direito” indica que não pretendo limitar-me à descrição de uma situação real, mas ao mesmo tempo elaborar um conceito que, de forma ideal, esteja, pelo menos implicitamente, subjacente aos fenômenos.

1. Como já foi observado em fascículos anteriores dessa revista, ver *Lepsius*, rescriptum 2013/1, 71 (71); *Rieble*, Rescriptum 2013/2, 163 (163 s.).

A atividade dos professores de direito se revela problemática quando se observa tudo o que ela implica. Socialmente, o título de professor porta uma autoridade especial. Os contribuintes são obrigados a financiar não apenas professores, mas toda a sua equipe, incluindo membros da cátedra ou do instituto e a respectiva infraestrutura. Aquele que deseja essa profissão precisa de fôlego para trilhar um caminho em que terá de produzir dois grossos livros, sem a garantia de, no final, ser recompensado pelo seu esforço.<sup>2</sup> É necessário justificar à sociedade, aos contribuintes e à nova geração profissional por que eles devem respeito, dinheiro e tempo de vida ao professor.

## II.

1. Poder-se-ia dizer que os professores educam os futuros juristas. No entanto, isso também é feito pelo docente não-professor, que dá aulas na universidade (*Lehrbeauftragter*), e até mesmo pelo repetidor, que ensina fora dela. A universidade não precisaria ser mais do que um curso técnico para cumprir de forma adequada essa tarefa. Uma segunda tentativa: são os professores que, por seu trabalho interpretativo, tornam manuseável o direito positivo.<sup>3</sup> Mas a necessidade é a mãe da criatividade: os práticos aprendem como manusear seus instrumentos, eles escrevem artigos e comentários, com ou sem a “ajuda” dos professores.<sup>4</sup> Por isso, há quem prefira

2. Na Alemanha, a palavra Professor compreende, fundamentalmente, apenas o professor titular (detentor de uma *Professur*) e o catedrático (detentor de um *Lehrstuhl*). Somente pode ostentar essa titulação quem é nela investido por uma universidade, o que, em princípio, apenas ocorrerá depois de um doutorado e de uma habilitação, consistentes, cada qual, principalmente em respectivas teses – os dois grossos livros de que fala o texto – e do êxito em um concurso em outra universidade, diversa daquela em que o candidato se habilitou. A idade tida como normal para que se inicie a carreira de professor está, assim, em torno dos 40 anos. A atividade docente na universidade não é exercida apenas pelos professores, como também pelos assistentes científicos (*wissenschaftliche Mitarbeiter*) adscritos às cátedras e pelos *Lehrbeauftragte*, literalmente: encarregados de docência, que são juristas práticos que cultivam uma relação de proximidade com a universidade.

3. Assim *Augsberg*, rescriptum 2014/1, 63 (64): a dogmática “garante, sobretudo, que pelo menos se possa decidir”.

4. Ver (bem exagerado) *Fischer*, em: Michalke et alii (Orgs.), *Festschrift für Hamm*, 2008, p. 63 ss.; de forma crítica, *Schünemann*, GA 2011, 445.

outra resposta, que é também correta. Os professores fazem mais: eles fazem ciência do direito.

2. O que é essa tal *ciência do direito* que fazem os professores, enquanto professores? Incontestável, por enquanto, é que ela é mais do que didática e prática.

a) A ciência do direito trata daquilo que é *direito*, ou seja, do direito enquanto direito. A ordem jurídica é uma ordem coativa; entretanto, ela não quer ser apenas isso, porque o bando de ladrões de Santo Agostinho também o é.<sup>5</sup> Todo aquele que possui poder pode coagir; o direito começa no momento em que o poderoso se esforça para justificar sua coação e precisamente em relação àquele a quem ela afeta. Direito é a tentativa de domar o poder por razões, ou melhor, de reconduzir a pura faticidade da *voluntas* à altura da *ratio*. Porque a vontade do poderoso só a ele interessa; a ela o afetado só pode opor sua própria vontade, que é fraca por definição. A relação entre os dois permanece uma relação de poder, o mais forte vence, o mais fraco se curva. Entretanto, se o poderoso atua no plano da razão, ele não diz um simples “eu quero”, mas também um “porquê”, surgindo uma relação de direito, que não mais compele o mais fraco à obediência, mas passa a merecer o reconhecimento de um ser racional.

Mas e quanto aos termos “decisões valorativas do legislador” e “decisões judiciais”, que nós usamos sem preocupação? Nós não enxergamos no direito, acima de tudo, *voluntas*, *auctoritas*, e não *ratio*, *veritas*? Talvez o voluntarismo positivista, o qual muitos cientistas do direito declaram subscrever, tenha conseguido, impercebido, penetrar na linguagem da disciplina. No entanto, parece significativo que nós não demos aos atos dos juízes enquanto juízes o mero nome de decisão, senão também de julgamento ou juízo; no passado, falava-se em conhecimento ou veredito. Diante de decisões, o afetado se curva enquanto mais fraco; diante da verdade, ele a reconhece enquanto ser racional.

Com isso, parece evidente haver uma relação, talvez singular em termos teórico-científicos, entre a ciência jurídica e o seu objeto, o direito. Seria, é verdade, exagerado afirmar que a ciência do direito

5. *Santo Agostinho*, Vom Gottesstaat (A Cidade de Deus), traduzido por Thimme, Arthemis Editora Zurich, 1955, livro 4, cap. 4, p. 213.

produz seu objeto. No entanto, certamente, essa afirmação tem algo de correto: por faltar qualquer poder à ciência do direito enquanto ciência, já que opera apenas na esfera das razões, ela *contribui para a juridicidade do direito*. Que o legislador tenha o poder de criar leis, e o juiz de tomar decisões, essa ciência toma como fato. Mas é a ciência do direito que, no seu cotidiano, coloca à prova a pretensão, implicitamente existente, de que esses atos sejam mais do que simples atos de poder. A ciência do direito, portanto, como um “quarto poder” impotente,<sup>6</sup> vigia se as atividades dos outros três poderes potentes se sustentam em razões. Ela não pratica essa vigilância por meio de força corporal, senão racional, a fim de que essas razões também suportem seus resultados. Ela obriga o poderoso a prestar contas de suas decisões e o denuncia quando as razões indicadas por ele, na verdade, são uma racionalização insincera. A ciência do direito é, portanto, a *ciência da distinção* entre direito e poder.

bb) Essa sua tarefa diferenciadora tem ainda mais importância no *direito penal*. A pena é o instrumento mais odioso e violento do poder. A ela é inerente uma colisão entre a poderosa ordem jurídica e o impotente indivíduo. Justamente por isso, ela é extremamente carente de justificação e, na melhor das hipóteses, passível disso. Uma pena tem que poder satisfazer a exigência de respeitar o seu destinatário como ser racional. Muitos dos tradicionais princípios do direito penal são possivelmente<sup>7</sup> deduzidos dessa exigência – dentre outros: o princípio de que o direito penal deve atuar para a segurança das condições de uma vida conjunta pacífica, ou seja, que deve servir à proteção de bens jurídicos; o princípio de que a pena pressupõe uma cominação legal prévia, ou seja, o princípio do *nullum crimen, nulla poena*; e o princípio de que nenhuma pena deve ultrapassar a medida do merecimento, o chamado princípio da culpabilidade. Esses princípios da legitimação da pena – que podem ser resumidos sob

6. Pioneiramente, *Schünemann*, em: Schünemann et alii (coords.), *Festschrift für Roxin*, Berlin/New York, 2001, p. 1 ss. (8 s.); próximo, em substância, *Gimbernat*, *ZStW* 82 (1970), 379 (405 ss.); *Rieble*, *rescriptum* 2013/2, 163 (166 s.).

7. O que não pode ser aqui desenvolvido em detalhe; para uma aproximação ao problema, ver *Greco*, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2009, 253 ss., 303 ss., 484 ss. (= *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, trad. Dropulich/Béguelin, Madrid etc., 2015, p. 184 e ss., 228 e ss., 373 e ss.)

o termo política-criminal – não podem permanecer no campo das abstrações não vinculantes, que são assunto das seções introdutórias dos manuais jurídicos, mas devem ser projetados sobre as concretas conclusões que se extraem do direito positivo.<sup>8</sup>

cc) E assim se chega à *dogmática jurídico-penal*. Tentarei mais uma vez iniciar sem uma definição; abrirei mão, acima de tudo, da explicação sobre a relação entre dogmática jurídica e ciência jurídica. Como consequência do princípio da proteção de bens jurídicos, a proibição jurídico-penal, em princípio, só se orienta a condutas perigosas; isso significa, concretamente, que as condutas que não representam perigo juridicamente relevante não são objeto dos tipos penais. O princípio do *nullum crimen* obriga a que se enxergue nos tipos penais não uma mera descrição de condições equivalentes umas às outras, *sine quibus non* de um resultado, mas, mais do que isso, que condições próximas e distantes sejam diferenciadas umas das outras. Isso significa também que o princípio conduz a uma diferenciação entre autores e partícipes, no sentido de que só os primeiros praticam o tipo penal (conceito restritivo de autor). Do princípio da culpabilidade se extrai que considerações de necessidade de pena só são pertinentes quando já está claro que o destinatário realmente merece uma pena. Isso significa, concretamente, que os “erros de direito” não podem ser irrelevantes, e que, no mais tardar, portanto, os erros de proibição inevitáveis devem afastar a pena. E, de forma ainda mais concreta, significa que considerações de ordem preventiva, no melhor dos casos, podem influenciar apenas secundariamente a determinação da inevitabilidade de um erro de proibição, ou seja, que só podem entrar em cena quando a pergunta anterior, sobre se a pena em si é merecida, já tiver sido respondida afirmativamente.

b) Com isso, fica claro a quais perigos, sobretudo a quais tentações a ciência jurídica é exposta,<sup>9</sup> e por que razão ela é dependente do *ambiente institucional* que, afortunadamente, ainda existe na Alemanha.

8. Pioneiramente, *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2ª. ed. 1973 (= Política criminal e sistema jurídico-penal, 2ª. ed. 2002).

9. Para esses perigos, também *Lepsius*, rescriptum 2013, 71 (74); ver também *Vogel*, em: Beck et alii (coords.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, 2011, p. 205 (207 ss., 210).