

## 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



## SUMÁRIO

Prólogo .....	5
Apresentação da tradução .....	7
Biografias .....	9
Prefácio – Luís Greco .....	11
Abreviaturas, siglas e palavras estrangeiras.....	29
<b>§ 1. Introdução</b> .....	<b>33</b>
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
<b>§ 2. Âmbito de validade do direito penal.....</b>	<b>55</b>
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
<b>§ 3. O esquema de resolução de casos penais.....</b>	<b>69</b>
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
<b>§ 4. O delito doloso de ação consumado: a tipicidade.....</b>	<b>85</b>
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 e dolus alternativus</i> .....	117
b) <i>Dolus generalis</i> .....	118
D. Condições objetivas de punibilidade.....	121

Aproximações ao direito brasileiro .....	121
<b>§ 5. O delito de ação doloso e consumado: a antijuridicidade .....</b>	<b>123</b>
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 repreensão 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
<b>§ 6. O delito comissivo doloso e consumado: a culpabilidade.....</b>	<b>173</b>
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
<b>§ 7. Fixação da pena e persecução penal.....</b>	<b>197</b>
A. Fixação da pena.....	197
B. Persecução penal .....	198
Aproximações ao direito brasileiro.....	200
<b>§ 8. Teoria do erro.....</b>	<b>201</b>
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
<b>§ 9. Autoria e Participação.....</b>	<b>227</b>
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
<b>§ 10. Tentativa .....</b>	<b>283</b>
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
<b>§ 11. Delitos omissivos</b> .....	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

<b>§ 12. Delitos culposos</b> .....	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
<b>§ 13. Concurso de delitos</b> .....	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
<b>§ 14. Dúvidas sobre a situação fática e verificação alternativa.....</b>	<b>395</b>
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
<b>§ 15 Definições essenciais.....</b>	<b>403</b>
A. Causalidade e imputação.....	403
B. Dolo e culpa.....	403
C. Antijuridicidade.....	404
I. Legítima defesa .....	404
II. Estado de necessidade .....	404



SUMÁRIO

27

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