

CARL-FRIEDRICH STUCKENBERG

REFLEXÕES
SOBRE O DIREITO E O PROCESSO PENAL

GUILHERME FRANCISCO CEOLIN
LUCAS MINORELLI
(ORGANIZAÇÃO)

 Marcial
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	9
PREFÁCIO	11
NOTA DOS ORGANIZADORES	13
Proteção de bens jurídicos como requisito fundamental da punibilidade?	17
1. Introdução	17
2. Proteção de bens jurídicos enquanto limite juridicamente vinculante da legislação penal?	19
2.1. Validade suprapositiva?.....	19
2.2. Validade imanente à Constituição?	22
3. Proteção ao bem jurídico como máxima de política jurídica aconselhável?.....	26
3.1. Falhas metodológicas	27
3.1.1. Subdeterminação intensional	27
3.1.2. A desacertada fixação em uma hipótese	29
3.2. Liberalidade?	31
4. Perspectivas	33
Referências.....	34

Dolo, consciência da ilicitude e teoria do erro	45
1. Introdução	45
2. Teoria de Welzel	47
2.1. Dolo e erro de tipo	47
2.1.1. A vontade da ação final	47
2.1.2. Identidade entre o dolo e a vontade da ação ...	49
2.1.3. Dolo como elemento do tipo	50
2.1.4. Elementos conceituais e espécies de dolo	52
2.1.5. Exigências do conhecimento	55
2.1.6. Formas do erro de tipo	56
2.2. Consciência da ilicitude e erro de proibição	57
2.2.1. Consciência da ilicitude	57
2.2.2. Erro de tipo permissivo	63
3. Consequências	65
4. Tentativa de uma apreciação: o permanente, o transitório e o não realizado	68
Referências	75
 Problemas de “imputação subjetiva” no direito penal na- cional e internacional	 87
1. Introdução	87
2. As regiões limítrofes da intenção	88
3. O caso especial do <i>dolus specialis</i>	96
4. O erro do direito ao regular o erro de direito	99
5. Conclusão	103
Referências	104

Quem é presumido inocente do que e por quem?	111
1. Introdução	111
2. Os componentes da presunção de inocência	113
2.1. Inocência	113
2.2. Presunções	116
2.3. A presunção de inocência como presunção jurídica	121
2.3.1. Base factual (“Quem?”).....	121
2.3.2. Presunção de inocência “real”	121
2.3.3. Presunção de inocência “formal”	123
2.3.4. Conclusão.....	125
3. Uma proposta para um conceito normativo de presunção de inocência	126
Referências.....	133

Princípio da culpabilidade e busca da verdade. Observa- ções sobre a relação entre o direito material e o direito processual	139
1. Introdução	139
2. Derivações do Tribunal Constitucional do comando pro- cessual-penal de busca da verdade	141
2.1. Proteção de direito fundamental por meio do pro- cesso	141
2.2. Busca da verdade como questão de bem-estar co- mum.....	144
2.3. Princípio da culpabilidade.....	146
3. O fundamento normativo para a busca da verdade ju- dicial.....	150
3.1. Verdade como condição de aplicação do direito ...	150
3.2. Critérios e métodos da busca da verdade	152

3.3. Digressão: o erro na valoração de prova como aplicação errada do direito material?	155
4. Implicações para o amparo constitucional da busca da verdade	156
Referências.....	161
SOBRE OS TRADUTORES	167

PREFÁCIO

Os escritos reunidos nesta pequena coletânea abordam diferentes tópicos de Direito Penal e Direito Processual Penal, embora todos compartilhem a mesma abordagem metodológica, hoje tida como clássica (*neokantiana*), segundo a qual os conceitos jurídicos são exclusivamente concebidos por valorações, considerações e propósitos jurídicos, e não por pressupostos apriorísticos ou descobertas ontológicas acerca da “natureza das coisas” ou de verdades socialmente construídas. Isso se mostra verdadeiro sobretudo em relação às noções presentes nas interações sociais cotidianas como *intenção* (*dolus*), *verdade* e *inocência*.

O primeiro escrito trata dos limites do Direito Penal ou, melhor dizendo, dos limites da criminalização. Desde o Iluminismo o poder punitivo exercido pelo Estado deve passar pelo teste da razão. Contudo, os critérios para avaliar quais condutas podem ser proibidas e punidas por um Estado liberal estão longe de serem claros. Um candidato popular é a “proteção de bens jurídicos” (*Rechtsgüterschutz*), o qual se demonstra teoricamente insatisfatório bem como supérfluo em ordenamentos jurídicos que contam com um sistema bem elaborado de normas constitucionais. O segundo trabalho remonta ao desenvolvimento de um elemento central da doutrina da ação final (*finale Handlungslehre*) de Welzel, notadamente a doutrina do dolo, da consciência de ilicitude e as consequências para a teoria do erro. Curiosamente, alguns aspectos da doutrina de Welzel exercem uma influência duradoura ao menos na legislação alemã, apesar de que a ideia segundo a qual os

conceitos jurídicos devem respeitar fundamentos ontológicos tenha se tornado obsoleta. Os problemas de definição do conceito de “dolo” no Direito Penal nacional e internacional são o tema do terceiro trabalho, em particular a distinção entre dolo e outras formas mais brandas de responsabilidade, como a imprudência, e as noções de *dolus specialis* e erro de direito.

A presunção de inocência é uma das máximas universalmente aceitas do processo penal e que adquiriu o status de direito fundamental, embora seja espantosamente obscuro e controverso o que essa máxima precisamente acarreta. O quarto trabalho analisa os componentes da presunção e seus possíveis significados para, finalmente, propor uma compreensão normativa do princípio. O último escrito diz respeito às supostas conexões entre direito material e processual, no caso, entre o princípio da culpabilidade e a busca da verdade no processo penal. Argumenta-se que a exigência de uma verdade (processual) não pode ser deduzida de exigências de direito material como a culpabilidade, mas sim que é um requisito geral da aplicação da lei aos fatos.

Sou imensamente grato a Guilherme Francisco Ceolin e a Lucas Minorelli pela organização desta publicação e por parte das traduções – tenho uma ideia do quão difícil deve ter sido –, aos demais tradutores, Emília Merlini Giuliani, Matheus Almeida Caetano e Wagner Marteleto Filho, pelo empenho e aos editores da Marcial Pons, por aceitarem esta pequena obra em sua coleção.

Bonn, setembro de 2021.

CARL-FRIEDRICH STUCKENBERG

NOTA DOS ORGANIZADORES

O livro que o leitor tem em mãos reúne diferentes estudos do Professor Carl-Friedrich Stuckenberg. Com a esperança de que sejam proveitosos para a ciência jurídica brasileira, o intuito dos organizadores foi o de facilitar o acesso a eles, por vezes dificultado em função da barreira linguística. Por causa dessa mesma barreira, além de traduzir e adaptar as referências citadas segundo o modelo nacional, julgamos pertinentes algumas palavras sobre o autor e sua obra.

Após exercer a docência em várias universidades alemãs¹, desde 2011 Stuckenberg ocupa o cargo de Professor Catedrático de Direito Penal, Processo Penal, Direito Penal Comparado, Direito Penal Internacional e História do Direito Penal na Universidade de Bonn, onde também se graduou e defendeu as suas teses de doutorado e de habilitação. Trata-se de espaço privilegiado para o fomento de ideias jurídico-penais, conhecido dos brasileiros pela repercussão de Günther Jakobs e, sobretudo, de Hans Welzel, bem como de outros autores com coletâneas também publicadas pela Marcial Pons, como Ingeborg Puppe² e Urs Kindhäuser³. Enquanto autor, a sua produção é vasta, podendo-se mencionar os comentários a dispositivos do StPO (*Strafprozeßordnung* – Código de Processo Penal alemão)⁴ e artigos

1. Universidades de Marburg, Dresden, Münster, Greifswald e Saarlandes.

2. PUPPE, Ingeborg. *Estudos de imputação objetiva e subjetiva*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

3. KINDHÄUSER, Urs. Dogmática penal no Estado democrático de direito. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

4. STUCKENBERG, Carl-Friedrich. §§ 257–267 StPO. In: HEINTSCHEL-HEINNEGG, Bernd von; STÖCKEL, Heinz (Hrsg.). *KMR – Kommentar zur Strafprozeß-*

sobre variados temas do Direito Penal, como, além daqueles que o leitor agora tem em mãos, o concurso de delitos⁵, o tratamento da inimputabilidade no âmbito do direito penal comparado⁶ e os crimes informáticos⁷, para mencionar somente alguns.

A obra fala por si, como o leitor poderá concluir; porém, gostaríamos de enfatizar duas características dos trabalhos de Stuckenberg que podem ser muito proveitosas ao leitor brasileiro. A primeira delas diz respeito à profundidade na investigação que enseja cada escrito. Pouco importam o local e a época de um argumento (direito romano, filosofia antiga, medieval, moderna ou contemporânea, textos religiosos, sociologia etc.) ou mesmo seu idioma (além do alemão, latim, italiano, francês, espanhol, inglês e russo): caso ele se demonstre relevante – não só para fins genealógicos –, certamente será levado a sério e incorporado na discussão. A segunda diz respeito ao rigoroso estudo de direito comparado, em que a menção de legislação estrangeira significa apenas um ponto de partida para uma investigação intergeracional da doutrina e precedentes de vários países e diversas tradições, ultrapassando a dicotomia entre *civil law* e *common law*. Julgamos necessária essa ênfase para que o leitor não considere apenas a recepção irrefletida das ideias, mas sobretudo como o autor as constrói, o que pode representar um fecundo ponto de partida para a academia brasileira.

ordnung. Köln: Wolters Kluwer, 2013. STUCKENBERG, Carl-Friedrich. § 198-§ 212 b e §§ 256-260, 262-295 StPO. In: LÖWE, Ewald; ROSENBERG, Werner (Hrsg.). *Großkommentar zur StPO und zum GVG*. Berlin: De Gruyter, 2018.

5. STUCKENBERG, Carl-Friedrich. Multiplicity of Offenses: *Concursus Delictorum*. In: FISCHER, Horst; KREß, Claus; LÜDER, Sascha Rolf (Hrsg.). *International and National Prosecution of Crimes under International Law: Current Developments*. Berlin: Verlag Arno Spitz, 2001. p. 559-604.

6. STUCKENBERG, Carl-Friedrich. Comparing Legal Approaches: Mental Disorders as Grounds for Excluding Criminal Responsibility. *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, Bergen, v. 4, p. 48-64, 2016.

7. STUCKENBERG, Carl-Friedrich. Digitaler Hausfriedensbruch? Von trügerischen Analogien zur analogen Welt. In: BUBLITZ, Jan Christoph et al (Hrsg.). *Recht – Philosophie – Literatur*. Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, v. 2, 2020. p. 931-949; STUCKENBERG, Carl-Friedrich. Der missratene Tatbestand der neuen Datenhehlerei (§ 202d StGB), *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Gießen, v. 11, n. 8, p. 526-533, 2016; STUCKENBERG, Carl-Friedrich. Zur Strafbarkeit von Phishing. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin, v. 118, p. 878-912, 2006.

Levando em conta o que foi dito no parágrafo anterior, os escritos foram selecionados de modo a abordar diferentes tópicos que possam interessar ao debate brasileiro, e podem ser classificados em três grandes grupos: teoria da criminalização, teoria da imputação e teoria do processo penal. No primeiro deles, encontra-se uma vigorosa recusa à teoria do bem jurídico, amplamente aceita em nosso país e na Alemanha, apesar da crescente oposição. Nesse sentido, o artigo foi escolhido em razão da diminuta presença de contrapontos à posição majoritária em língua portuguesa, com o intuito de fomentar o debate qualificado.

No segundo grupo, encontramos a teoria da imputação. O primeiro escrito sob essa rubrica consiste em um aprofundado estudo da doutrina do dolo e do erro de Hans Welzel, largamente difundida e aceita em nossa academia. O interesse ao público brasileiro pode ser encontrado na apresentação do permanente e do transitório do pensamento finalista para o Direito Penal. Ato contínuo, encontra-se o texto que oferece uma análise acerca do difícil problema da definição do conceito de dolo e sua distinção em relação à culpa ao nível da doutrina alemã e do direito comparado e internacional⁸.

O terceiro e último grupo lida com temas relacionados ao Direito Processual Penal, em que a doutrina alemã ainda tem muito para contribuir à produção nacional, segundo a nossa percepção. No primeiro texto, o autor revisita o tema de sua tese de doutorado, a presunção de inocência⁹. Apesar de universalmente reivindicada como um direito fundamental, é difícil encontrar quem atribui a ela um conceito determinado. Aqui, Stuckenberg nos brinda com uma formulação própria, apta para delimitar o âmbito de influência do conceito. Por fim, o último trabalho lida com tema que suscita calorosos debates no direito processual penal nacional: a busca da verdade. O autor toma posição e oferece argumentos consistentes de por que a verdade deve ser buscada, diferenciando os possíveis fundamentos para tanto.

8. Discutido com profundidade em seu trabalho de habilitação: STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht: Versuch einer Elementarlehre für eine übernationale Vorsatzdogmatik*. Berlin: De Gruyter, 2007.

9. STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung*. Berlin: De Gruyter, 1998.

Certos de que o destaque deve ser exclusivo do autor, encerramos aqui a nossa breve nota, agradecendo ao Professor Stuckenberg, sempre solícito aos pedidos de dois pesquisadores brasileiros outrora desconhecidos, inclusive recebendo um deles para duas temporadas em um estágio doutoral junto à sua cátedra. Agradecemos, também, aos demais tradutores, Emília Merlini Giuliani, Matheus Almeida Caetano e Wagner Marteleto Filho, aos Professores Luís Greco e Adriano Teixeira, coordenadores da coleção *Reflexões Jurídicas*, e à Editora Marcial Pons, na pessoa de Marcelo Porciuncula, pela generosa acolhida deste projeto.

Erechim-RS/Birigui-SP, setembro de 2021.

Os organizadores

PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS COMO REQUISITO FUNDAMENTAL DA PUNIBILIDADE? *

1. Introdução

A questão que me foi colocada, qual seja se a proteção de bens jurídicos deveria ser considerada um requisito fundamental da punibilidade, pode ser compreendida de duas formas: primeiro, como indagação sobre se a produção de tutela de bens jurídicos seria a única finalidade juridicamente permitida da legislação penal e, segundo, caso não haja uma tal vinculação jurídica, como interrogação sobre se a tutela de bens jurídicos ao menos fornece uma máxima legislativa jurídico-politicamente digna de ser considerada, ou mesmo preferível, e, portanto, aconselhável. Em ambos os casos, a questão deve ser respondida total e inequivocamente em sentido negativo.

Todos os argumentos relevantes desse debate são conhecidos há décadas¹, de modo que aqui serão apenas evocados os mais cruciais.

* Publicação original: Rechtsgüterschutz als Grundvoraussetzung von Strafbarkeit? *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 129, n. 2, p. 349-362, 2017. DOI: 10.1515/zstw-2017-0014) Tradução de Emília Merlini Giuliani.

1. Para referências, remete-se a ENGLÄNDER, *ZStW* 127, p. 616 e a KUDLICH, *ZStW* 127, p. 635; v. Também APPEL, *Verfassung und Strafe*, p. 333-390 e, do id., *KritV* 1999, p. 278; SWOBODA, *ZStW* 122, p. 24, 33 ss.; STUCKENBERG, *GA* 2011, p. 656 ss., bem como a abrangente monografia de FIOLKA, *Das Rechtsgut*.

Geralmente² se distingue, hoje, entre dois conceitos de bem jurídico: um *imane*nte e um *transcendente* ao sistema – ou um *formal* e um *material*³. O conceito de bem jurídico formal ou imane

nte ao sistema designa, na formulação de Binding, aquilo que o legislador “aspira preservar diante de lesões e perigos”⁴ por meio da norma por ele editada ou, nas palavras tingidas por um tom neokantiano de Honig, “o fim que o legislador reconheceu em cada preceito penal, em sua fórmula mais sucinta”⁵. Poder-se-ia denominar de *descritivo* esse conceito de bem jurídico, porquanto ele descreve o fim de uma norma positiva. Uma vez que ele é moldado pelo legislador, falta-lhe um imprescindível potencial crítico à legislação. Esse conceito de bem jurídico carrega também os atributos *hermenêutico*, *metodológico* ou *metodológico-teleológico*⁶ e é considerado útil para a interpretação e sistematização dos tipos penais⁷ – porventura injustamente, tendo em vista que ele é não apenas a “abreviação”⁸ da *ratio legis*⁹, mas sua hipótese, o produto da sua reificação [*Reifikat*], de modo que existe o perigo de uma argumentação circular, algo já apontado por Koriath, dentre outros¹⁰.

Aqui nos interessa somente o conceito de bem jurídico transcendente ao sistema, crítico ao sistema ou material, o qual poderia ser chamado também de *normativo*. O conceito, nos moldes em que hoje é discutido, surge apenas no pós-guerra¹¹. Uma vez que ele deve guiar o legislador, o conceito material não pode ser por este criado, senão que

2. A diferenciação remonta a HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, p. 19 ff.; v. Também HIRSCH, *FS-Spinellis*, p. 428 ss., p. 436 ss.; em sentido crítico: BARATTA, *FS-Arthur Kaufmann*, p. 393 ss., p. 398.

3. Por todos, ENGLÄNDER, *ZStW* 127, p. 620 ss.

4. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung* I, p. 353 ss., 355.

5. HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten*, p. 94.

6. Sobre isso, v. ENGLÄNDER, *ZStW* 127, p. 621, com outras referências.

7. Mesmo por críticos como STRATENWERTH, *FS-Lenckner*, p. 388 e HIRSCH, *FS-Spinellis*, p. 443 ss.

8. GRÜNHUT, *FS-Frank* I, p. 8.

9. Cf., apenas, AMELUNG, *Die Rechtsgutstheorie*, p. 156 ss.; HIRSCH, *FS-Spinellis*, p. 436 ss., ambos com mais referências.

10. KORIATH, *GA* 1999, p. 576; HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, p. 25; FIOLKA, op. cit. (nota 1), p. 448 ss., p. 452 s., todos com mais referências.

11. Sobre isso, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, p. 273 ss.; ROXIN, *FS-Hassemer*, p. 576.

deve receber seu conteúdo de outras fontes¹². De onde esse conteúdo provém, qual é o seu nome e qual o grau de sua vinculatividade são questões notoriamente controversas. A seguir, serão abordadas, em um primeiro momento, a questão de um conceito de bem jurídico juridicamente vinculante e, após, a de um conceito de bem jurídico político-criminal.

2. Proteção de bens jurídicos enquanto limite juridicamente vinculante da legislação penal?

Quanto à pergunta sobre se o objetivo de tutela de bens jurídicos vincularia juridicamente o legislador penal, supõe-se, em um primeiro momento e a título de argumentação, que seria possível construir um conceito de bem jurídico material suficientemente orientado por critérios. O problema relativo à determinação do seu conteúdo será abordado em seguida.

2.1. Validade suprapositiva?

O direito penal é competência legislativa da União [*Bund*], de modo que se poderia presumir que o legislador penal alemão estaria limitado juridicamente apenas pela Constituição Federal, em especial pelos direitos fundamentais. Esse é, notoriamente, o entendimento do Tribunal Constitucional Federal Alemão [*Bundesverfassungsgericht*]¹³ e também da maior parte dos defensores do dogma do bem jurídico¹⁴; contudo, algumas vozes não estão satisfeitas com a Constituição Federal, pois ela deixaria uma margem de manobra muito grande ao legislador.

Por exemplo, Schünemann, em particular, afirmou e repetiu diversas vezes recentemente que o dogma do bem jurídico seria uma mera “reformulação”¹⁵ do princípio do dano social [*Sozialschadensprinzip*] de Beccaria e, pois, parte integrante do contrato social: “Sobre o princípio da soberania popular que a ele se encontra ambi-

12. APPEL, op. cit. (nota 1), p. 357.

13. BVerfGE 120, 224, p. 241 s.

14. Recentemente, ROXIN, *GA* 2013, p. 450 com mais referências; JAHN/BRODOWSKI, *JZ* 2016, p. 970.

15. SCHÜNEMANN, *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, p. 232.

guamente vinculado, também a exclusiva limitação do direito penal ao fim de prevenção de danos sociais está ancorada nas premissas de toda Constituição democrática de Estado, e está, portanto, necessariamente à frente de toda Constituição Positiva de Estados democráticos como seu componente implícito”¹⁶.

O conceito material de delito daí resultante não estaria à disposição do legislador¹⁷. O princípio democrático regularia apenas a organização de um poder estatal já estabelecido¹⁸; além disso, a democracia enquanto “governo do povo” não deveria ser confundida com o “poder do parlamento”¹⁹. Em outras palavras, em um contrato social constitutivo da República Federal da Alemanha os membros da sociedade só teriam transferido o direito de promulgar leis penais para a proteção de bens jurídicos; a Constituição Federal seria, com isso, apenas uma espécie de regulamento de execução acessório ao contrato social.

A insustentabilidade dessa posição já foi suficientemente demonstrada por Engländer, em palestra de clareza exemplar proferida na Conferência de Penalistas de Augsburg [*Augsburger Strafrechtslehrertagung*]²⁰: além da insuficiência filosófica – já severamente criticada por Hume²¹ e Hegel²² – das teorias do contrato social, especialmente nas versões ingênuas da época do Iluminismo, aqui um grande número de abordagens teóricas completamente incompatíveis entre si tem seu conteúdo distorcido e

16. SCHÜNEMANN, *ZIS* 2016, p. 657, similarmente p. 659, p. 661; id., *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, p. 232 s.; id., *GA* 2016, p. 511; id., *Die Rechtsgutstheorie*, p. 141 ss.

17. SCHÜNEMANN, *Die Rechtsgutstheorie*, p. 141; id., *ZIS* 2016, p. 659.

18. SCHÜNEMANN, *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, p. 233.

19. SCHÜNEMANN, *ZIS* 2016, p. 659 s. Aqui reside uma incompreensão fundamental acerca da democracia representativa da Constituição, ao lado de uma confusão entre *pouvoir constituant* e *pouvoir constitué*. Sobre a adoção da doutrina do *pouvoir constituant* e do povo como poder constituinte (*Verfassungsgeber*), v. ISENSEE, *Das Volk als Grund der Verfassung*, p. 72 s: “conto da cegonha para juristas plenos” („Klapperstorchmärchen für Volljuristen“).

20. ENGLÄNDER, *ZStW* 127, p. 622 s.; v. Também APPEL, op. cit. (nota 1), p. 358 ss., 363 ss.

21. HUME, *Selected Essays*, p. 274 ss.

22. HEGEL, *Grundlinien einer Philosophie des Rechts*, §§ 75, 100; v. Também JAKOBS, *FS-Amelung*, p. 42 ss.; id., *Verbindlichkeit unter den Bedingungen der Pluralität*, p. 27 ss.