

# ACTAS DO COLÓQUIO O DIREITO PENAL E O TEMPO

31 · OUTUBRO · 2015

JOACHIM RENZIKOWSKI  
INÉS FERNANDES GODINHO  
ALAOR LEITE  
BRUNO MOURA

Prefácio:  
JOSÉ DE FARIA COSTA



2016

O presente trabalho foi realizado no âmbito das atividades do Grupo de Investigação “O Direito e o Tempo” do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, integradas no Projeto “Desafios sociais, incerteza e direito” (UID/DIR04643/2013).

EDITOR

Instituto Jurídico da  
Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra

COMPOSIÇÃO GRÁFICA

Ana Paula Silva | Jorge Ribeiro

MORADA

Faculdade de Direito da  
Universidade de Coimbra  
Pátio da Universidade  
3004-545 Coimbra

ISBN

978-989-8891-37-2

DEPÓSITO LEGAL

415266/16

**FCT** Fundação para a Ciência e a Tecnologia

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CIÊNCIA

É proibida a distribuição, comercialização ou  
reprodução, total ou parcial, do presente trabalho.

SETEMBRO 2016

INSTITUTO JURÍDICO | FACULDADE DE DIREITO | UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**AUTORES**

JOSÉ DE FARIA COSTA

JOACHIM RENZIKOWSKI

INÊS FERNANDES GODINHO

ALAOR LEITE

BRUNO MOURA



## ÍNDICE

Prefácio.....	9
<i>José de Faria Costa</i>	
Aquinas on Eternal and Time Bound Law .....	11
<i>Joachim Renzikowski</i>	
Temporal Law and Timeless Human Rights.....	31
<i>Inês Fernandes Godinho</i>	
Proibição de Retroatividade e Alteração Jurisprudencial A Irretroatividade da Jurisprudência Constitutiva do Injusto Penal.....	43
<i>Alaor Leite</i>	
Os Limites Temporais da Negligência nos Crimes de Resultado....	89
<i>Bruno Moura</i>	

CC  
O DI

Sala

## PROGRAMA

**9:30 | Abertura**

**9:45 - 11:15 | Primeira Sessão**

Moderação: Professor Doutor JOSÉ DE FARIA COSTA  
Universidade de Coimbra | Provedor de Justiça

**9:45 - 10:30 | “Aquinas on eternal and time-bound law”**

Professor Doutor JOACHIM RENZIKOWSKI  
Universidade de Halle-Wittenberg

**10:30 - 11:00 | “Temporal laws and timeless human rights”**

Professora Doutora INÊS FERNANDES GODINHO  
Universidade de Coimbra

**11:00 - 11:15 | Debate**

Intervalo (11:15 - 11:30)

# COLÓQUIO

## REITO PENAL E O TEMPO

*Grupo O Direito e o Tempo*

### 31 de Outubro de 2015

8 da Faculdade de Direito de Coimbra

**11:30 - 12:45 | Segunda Sessão**

Moderação: Professora Doutora MARIA JOÃO ANTUNES  
Universidade de Coimbra

**11:30 - 12:00 | “Proibição de retroactividade e alteração jurisprudencial”**

Mestre ALAOR LEITE  
Universidade de Munique

**12:00 - 12:30 | “Os limites temporais da negligência”**

Mestre BRUNO MOURA  
Universidade de Coimbra

**12:30 - 12:45 – Debate**

**12:45 | Encerramento**

---

Apoio:

**FCT**  
Fundação para a Ciência e a Tecnologia  
CONGREGAÇÃO DE INSTITUTO TECNOLÓGICO E DE INVESTIGACÃO



INSTITUTO JURÍDICO  
FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

[www.ij.fd.uc.pt](http://www.ij.fd.uc.pt)





## Prefácio

Pensar e realizar – coloquemos em suspenso, no contexto de um simples e desprezioso prefácio, a densa e complexa questão da separação entre o pensar e o realizar, mormente quando estamos mergulhados na disciplina da razão prática que o direito é, porquanto este é um é que deve ser e não, em nosso entender, um dever ser que é – o direito implica movermo-nos em um horizonte balizado por diversos referentes, entre os quais o tempo. Tempo esse que, na ambição criada, um pouco demiúrgica, da perenidade das normas, se movimenta em um permanente presente, tão instantâneo que é, já, passado. Por vezes recente, mas sempre passado. É, por conseguinte, nesta intrincada dinâmica de um presente que foi e que amanhã se julgará que o saber jurídico quotidianamente se concretiza. E o direito penal não é exceção.

A relação que se entretetece entre o tempo e o direito penal consubstancia-se, destarte, na “actualidade” com que se olha para o passado. Para ajuizar da censurabilidade criminal de uma determinada conduta, importa que recuemos ao momento da prática do facto. É neste preciso arco temporal – por vezes de complexa definição, como pode suceder quando o crime é cometido com negligência – que se buscam, via de regra, as normas a aplicar aos seus autores ou cúmplices, assim como as específicas circunstâncias do agente que possam, eventualmente, conduzir à sua inimizabilidade. Só desta forma se cumpre o princípio da legalidade criminal: os comportamentos que não são, sob pena de sanção, permitidos devem ser, antecipadamente, conhecidos. Por esta razão, as normas incriminadoras não podem ter efeitos retroactivos. Mais: o normal decurso do tempo influi, de um jeito indelével, na paulatina consolidação da paz jurídica comunitária, quebrada pela infracção criminal. Influência que se reflecte na existência e proporcionalidade das normas prescricionais: os crimes mais graves demoram mais tempo a prescrever, assim como é mais longo o tempo que tem de se verificar para que não se possa executar uma pena mais elevada.

As questões que, a traço grosso, se esboçaram são somente exemplos do complexo e necessário relacionamento que une o tempo e o direito penal. Problemas que foram o mote de uma conferência realizada na Escola conimbricense, no passado dia 31 de Outubro de 2015, e que foram cuidadosamente tratados por Joachim Renzikowski, Inês Fernandes Godinho, Alaor Leite e Bruno Moura. Para que melhor se compreenda o universo temático em apreço, não será de mais mencionar que coube a Joachim Renzikowski uma referência ao pensamento de São Tomás de Aquino e à excepção que os princípios de direito natural, pela sua imutabilidade e universalidade, podem impor à proibição da retroatividade da lei penal. Na mesma linha argumentativa, Inês Fernandes Godinho apresenta-nos uma abordagem ilustrativa e conciliadora das diversas formas de relação do tempo e do direito penal, concluindo pela preponderância da defesa, sempre intemporal, dos direitos humanos em detrimento do rigoroso cumprimento da legislação. Por seu turno, Alaor Leite trata da aplicação da referida proibição às decisões judiciais que, a par e por causa da apreciação casuística, possuem um *quid* diferenciador: há uma certa margem de indefinição que, *ad exemplum*, as normas penais em branco e os conceitos indeterminados exigem do juiz um trabalho de concretização que, no limite, se pode equiparar a um novo recorte – ainda que parcial – do tipo legal de crime. A localização, no pretérito, do momento a partir do qual se inicia o cometimento do crime negligente – e o seu confronto com o princípio da execução do crime doloso – foi objecto de análise por Bruno Moura, que nos desvela os muitos e complexos problemas que este tema, com o consequente alargamento das margens de punibilidade, encerra.

O livro que, ora, se publica, com o resultado das intervenções destes cultores, verdadeiros e autênticos – e dizemos verdadeiros e autênticos, não subjectivamente apoiados em meras intuições valorativas do nosso “saber de experiência feito” mas antes e definitivamente ancorados nos seus trabalhos já publicados –, da ciência jurídico-criminal, é, por todas as razões, um *plus* na reflexão séria e dogmaticamente interessada que se faça sobre o direito, em particular sobre o direito penal.

*José de Faria Costa*

# AQUINAS ON ETERNAL AND TIME BOUND LAW

*Joachim Renzikowski\**

## I. Introduction

Positive law is time bound and contingent, because it is man-made. The legislator creates new law and strikes down the old. This causes various problems. For instance the rule for the conflict between an old and a new law is *lex posterior derogat legi priori*. Another question is whether a new law can be applied retroactively. In criminal law the principle of *nulla poena sine lege* contradicts retroactive liability. So when a legal system in a state changes, the question of transitional criminal justice may pose a fundamental problem. As Thomas Hobbes wrote: “Harme inflicted for a Fact done before there was a Law that forbad it, is not Punishment, but an act of Hostility.”<sup>1</sup> Article 7 § 2 of the European Convention on Human Rights which refers to the “general principles of law recognized by the civilized nations”<sup>2</sup> does not answer the fundamental question. Clearly, it orders that grave breaches of human rights shall not remain unpunished because the effective law at the time did not contain pertinent criminal offence. However, while Article 7 § 2 does not indicate the rule

---

\* I am very grateful to Kevin Crow for improving the worst linguistic deficits in my text.

<sup>1</sup> *Thomas Hobbes*, *Leviathan or The Matter, Forme & Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civill*, London 1651, Chap. XXVII.

<sup>2</sup> Also Article 15 § 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights, General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966.

which declares the said conduct a crime, it implies such a rule. This rule cannot be part of the defective positive law. Therefore, it must be part of natural law, which means that its validity must be universal and timeless, so as to avoid any problems with its retroactive application. As retroactivity presupposes time, there can be no retroactivity in timeless law. Further questions arise. How can natural law be justified? What makes natural law valid? And what constitutes the judicial character of natural law in contrast to other rules which guide human behaviour, for example moral rules?

A prominent representative of natural law doctrine is Thomas Aquinas. And a seminar on “Law and Time” is, especially at this place, a good opportunity for a lecture on Aquinas. There are some relations between Aquinas and Coimbra. From the very first the Jesuits taught and commented on Aquinas’ *Summa Theologiae* in their lectures in *studium generale*. Later one of the most famous scholastic philosophers, Francisco Suárez (1548–1617), held lectures on the chapter on law, *prima-secundae, quaestiones* XC to XCVII, from 1601 to 1603 at the University of Coimbra. This is also the goal of my much more modest contribution.

## II. The Hierarchy of Laws

### 1. The Essence of Law

Aquinas starts his considerations on law with the essence of law<sup>3</sup> and presents four elements. Law

“is nothing else than a guideline given by reason, to serve the public welfare, set by him who has care of the community, and promulgated.”<sup>4</sup>

<sup>3</sup> *Aquinas*, *Summa Theologiae*, IaIIae, qu. XC, pr.: “Circa legem autem in communi tria occurrunt consideranda, primo quidem, de essentia ipsius ...”

<sup>4</sup> ST, IaIIae, qu. XC, art. IV, co.: “definitio legis, quae nihil est aliud quam quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata.”

Law is something pertaining to reason in two respects. First, law is a binding order to act and only reasonable beings can act, because

“it belongs to reason to direct to the end, which is the first principle in all matters of action.”<sup>5</sup>

Precisely because reason is the capability to choose between different ends it can be directed by the law.<sup>6</sup> Second, law originates from practical reason (*ratio practica*), because it is itself directed to a special end.

The end of every law is the public welfare, as Aquinas deduces in three steps. The first principle in practical matters, which are the object of practical reason, is the last end. The last end of human life is felicity. Consequently, the law must regard the felicity of all.<sup>7</sup> This concept of law seems to be material, but also for Aquinas at last the legislator decides what is useful for the common good.<sup>8</sup> However, the problem then raises whether a bad law is still a law. We will revisit this question later.

Not everybody can enact a law, but only those who are responsible to preserve the common good: a monarch or the assembly of the people. An individual can only give advice, but not a legally binding command. Moreover, an individual does not have the coercive power to enforce laws.<sup>9</sup> Afterwards the same consideration appears again. Law is a prescription (*praeceptum*) – not only a deliberation (*consilium*) – and uses certain instruments:

---

<sup>5</sup> ST, IaIIae, qu. XC, art. I, co.: “rationis enim est ordinare ad finem, qui est primum principium in agendis.”

<sup>6</sup> Cf. ST, IaIIae, qu. XC, art. I, ad 2 and 3.

<sup>7</sup> Cf. ST, IaIIae, qu. XC, art. II, co.

<sup>8</sup> See also ST, IaIIae, qu. XCII, art. II, co.

<sup>9</sup> Cf. ST, IaIIae, qu. XC, art. III, co.: “...persona private non potest inducer efficiatur ad virtutem. Potest enim solum monere, sed si sua monitio non recipiatur, non habet vim coactivam; quam debet habere lex, ad hoc quod efficaciter inducat ad virtutem.” – “A private person cannot lead another to virtue efficaciously. He can only advise, and if his advice is not observed, he has no coercive power, such as the law should have, in order to prove an efficacious inducement to virtue.”

“It is the fear of punishment that law makes use of in order to ensure obedience, in which respect punishment is an effect of law.”<sup>10</sup>

Likewise, the law does not operate with rewards (*praemia*). Punishment is not in the competence of an individual, but it needs a legal frame and an authority by which the pain is inflicted.<sup>11</sup>

Finally, one aspect of law is its publicity. The addressee of the norm can follow the norm only if he or she knows it, so the law must be promulgated.

“In order that the law obtains the binding force which is proper to law, it must be applied to the human beings who have to be ruled by it. Such application is made by that what can be deduced from it notification by promulgation. Wherefore promulgation is necessary for the law to obtain its force.”<sup>12</sup>

The natural law, however, in spite of being law, does not need promulgation.<sup>13</sup> Aquinas solves this problem by the consideration that the natural law is sown in everybody’s mind by God, so every human being can recognize it by his or her own nature.<sup>14</sup>

---

<sup>10</sup> ST, IaIIae, qu. XCII, art. II, co.: “Id autem per quod inducit lex ad hoc quod sibi obediatur, est timor poenae, et quantum ad hoc, ponitur legis effectus punire.” See also ad 4: “quod per hoc quod aliquis incipit assuefieri ad vitandum mala et ad implendum bona propter metum poenae, perducitur quandoque ad hoc quod delectabiliter et ex propria voluntate hoc faciat.” – “From becoming accustomed to avoid evil and fulfill what is good, through fear of punishment, one is sometimes led on to do so likewise, with delight and of one’s own accord.”

<sup>11</sup> Cf. ST, IaIIae, qu. XCII, art. II, ad 3.

<sup>12</sup> ST, IaIIae, qu. XC, art. IV, co.: “Quod lex virtutem obligandi obtinet, quod est proprium legis, oportet quod applicetur hominibus qui secundum eam regulari debent. Talis autem applicatio fit per hoc quod in notitiam eorum deducitur ex ipsa promulgatione. Unde promulgatio necessaria est ad hoc quod lex habeat suam virtutem.”

<sup>13</sup> ST, IaIIae, qu. XC, art. IV, arg. 1.

<sup>14</sup> ST, IaIIae, qu. XC, art. IV, ad 1: “Quod promulgatio legis naturae est ex hoc ipso quod Deus eam mentibus hominum inseruit naturaliter cognoscendam.” – “The natural law is promulgated by the very fact that God seed it into man’s mind so as to be recognized by him naturally.”

## 2. Four Kinds of Law

Now Aquinas takes the Stoic natural law-doctrine and transforms it into his Christian conception of the world. He presents a hierarchy of four kinds of law: *lex aeterna*, *lex naturae*, *lex humana* and *lex divina*.<sup>15</sup>

### a) *Lex aeterna*

First, he asks about the timelessness of law. At first sight, any law seems to be time bound for three reasons: First, it is imposed on someone, but no one eternal except God, who is not bound by any law; second, because of its promulgation, it must have a beginning; and lastly, it serves an end.<sup>16</sup>

*Lex aeterna* is the perfect order by divine reason and in this way the concept of a universal world order in its very meaning. Before anything can come into existence, there logically must be an idea of it. In this sense, the *lex aeterna* is the Divine Reason's idea of the government of things in the whole universe, because God itself is the creator of all.<sup>17</sup> As such, law is a command of practical reason by a sovereign who governs a community. God is the ruler of the universe, and consequently the Divine Reason bears the character of law.<sup>18</sup> God alone is eternal<sup>19</sup> and one cannot separate the Divine Reason from God, so its conception

<sup>15</sup> ST, IaIIae, qu. XCI, pr.

<sup>16</sup> ST, IaIIae, qu. XCI, art. I, arg. 1–3.

<sup>17</sup> See ST, IaIIae, qu. XCIII, art. I, co.: “Sicut ratio divinae sapientiae in quantum per eam cuncta sunt creata, rationem habet artis vel exemplaris vel ideae; ita ratio divinae sapientiae moventis omnia ad debitum finem, obtinet rationem legis.” – “As the reasoning of the Divine Wisdom, inasmuch as by It all things are created, has the character of art, example or idea; so the reasoning of Divine Wisdom, as moving all things to their due end, bears the character of law.”

<sup>18</sup> ST, IaIIae, qu. XCI, art. I, co.: “Ipsa ratio gubernationis rerum in Deo sicut in principe universitatis existens, legis habet rationem.” – “The very Idea of the government of things in God the Ruler of the universe, has the nature of a law.”

<sup>19</sup> See ST, IaIa, qu. X, art. II and III. Eternity means “uniformity outside a movement” (qu. X, art. I, co.: “in apprehensione eius quod est omnino extra motum, consistit ratio aeternitatis”) and “simultaneously the whole” (ibid.: “quod ipsa aeternitas successione caret, tota simul existens”).

of the world is not subject to time, but eternal. Consequently, the *lex aeterna* is eternal.<sup>20</sup> Also, the eternal law is “simultaneously the whole”<sup>21</sup>, because it is the preordination of any possible condition of the universe. This is the very meaning of Divine providence.<sup>22</sup>

As we have seen, a key feature of every law is its publicity. For to be law the eternal law must also be promulgated. The

“promulgation is made by speaking or in writing; and in both ways the eternal law is promulgated by God, because both the Divine Word and the writing of the Book of Life are eternal.”<sup>23</sup>

However, the addressees as finite entities cannot recognize an infinite truth.<sup>24</sup> This is true not only with regard to time: A non-omniscient being cannot know all possible states in the universe. Nevertheless,

“every rational creature knows it in its reflection, greater or less. For any knowledge of truth is a kind of reflection and participation of the eternal law, which is the unchangeable truth.”<sup>25</sup>

---

<sup>20</sup> ST, IaIIae, qu. XCI, art. I, co.: “Et quia divina ratio nihil concipit ex tempore, sed habet aeternum conceptum (...); inde est quod huiusmodi legem oportet dicere aeternam.”

<sup>21</sup> See ST, IaIa, qu. X, art. IV, co.: “aeternitas est tota simul”. Therefore it is impossible to premise anything different. So the last end of the Divine government is God Himself. ST, IaIIae, qu. XCI, art. 1, ad 3: “Sed finis divinae gubernationis est ipse Deus, nec eius lex est aliud ab ipso. Unde lex aeterna non ordinatur in alium finem.”

<sup>22</sup> Cf. ST, IaIIae, qu. XCI, art. I, ad 1.

<sup>23</sup> ST, IaIIae, qu. XCI, art. I, ad 2: “Promulgatio fit per verbo et scripto; et utroque modo lex aeterna habet promulgationem ex parte Dei promulgantis, quia verbum divinum est aeternum, et Scriptura libri vitae est aeterna.”

<sup>24</sup> Ibid.: “Sed ex parte creaturae audientis et inspicientis, non est promulgation aeterna.” See also qu. XCII, art. 1, co.: “Legem aeternam nullus potest cognoscere secundum quod in seipsa est, nisi solum beati, qui Deum per essentiam vident.” – “No one can know the eternal law, as it is in itself, except the blessed who see God in His Essence.”

<sup>25</sup> ST, IaIIae, qu. XCIII, art. II, co.: “Omnis creatura rationalis ipsam cognoscit secundum aliquam eius irradiationem, vel maiorem vel minorem. Omnis enim cognitio veritatis est quaedam irradiatio et participatio legis aeternae, quae est veritas incommutabilis”



So knowledge is participation. This participation is possible for every human being according to his own capacity.<sup>26</sup> Aquinas holds that at least the common principles of natural law (*principia communia legis naturalis*) are generally well-known.<sup>27</sup> This capacity to recognize is based on his nature and stems from God.

Since the eternal law is God's plan of government of the universe, all other inferior governors are derived from it, assuming they partake in right reason (*ratio recta*).<sup>28</sup> Failing this, the laws are unjust and by their very nature not law but pure violence.<sup>29</sup> However, an unjust law remains to be law insofar it stems from a properly installed authority. Aquinas claims that an unjust law must retain at least some appearance of law (*aliquid de similitudine legis*),<sup>30</sup> and the question arises whether this is related to its source only or whether there are some other criteria. One important point of every human law is that it establishes order in a society where otherwise there is confusion. But, as will be shown later, the main purpose of positive law is the promotion of the common good. Accordingly a law which obviously misses this end or, worse, is in plain opposition to the *lex aeterna*, cannot claim obedience. It is another question whether violent resistance is permitted in this case. Finally, the human law is not as perfect as the eternal law. It is impossible to rule every conduct. Nevertheless, even an imperfect law is derived from the eternal law.<sup>31</sup>

According to this view, because the eternal law is the Divine Government of the universe, all things created by God, whether they are contingent or necessary, are subject to the eternal

<sup>26</sup> Cf. ST, IaIIae, qu. XCIII, art. II, ad 2.

<sup>27</sup> Cf. ST, IaIIae, qu. XCIII, art. II, co.

<sup>28</sup> Cf. ST, IaIIae, qu. XCIII, art. III, co.

<sup>29</sup> Cf. ST, IaIIae, qu. XCIII, art. III, ad 2: "In quantum vero a ratione recedit, sic dicitur lex iniqua, et sic non habet rationem legis, sed magis violentiae cuiusdam."

<sup>30</sup> Ibid.: "Et tamen in ipsa lege iniqua in quantum servatur aliquid de similitudine legis propter ordinem potestatis eius qui legem fert, secundum hoc etiam derivatur a lege aeterna, omnis enim potestas a domino Deo est." – "Nevertheless even an unjust law, in so far as it retains some appearance of law, though being framed by one who is in power, is derived from the eternal law; since all power is from the Lord God."

<sup>31</sup> Cf. ST, IaIIae, qu. XCIII, art. III, ad 3.

law.<sup>32</sup> God himself is not subordinated by the eternal law because it is identical to His Will and so belongs itself to the Divine Essence.<sup>33</sup> The world is subject to eternal law in two different ways.

“... irrational creatures are subject to the eternal law, through being moved by Divine providence ...”<sup>34</sup>

In this way, the eternal law determinates the universe and all further – physical – change just by the act of creation and serves as the laws of physics, of biology, etc. In a different way the eternal law brings order to rational beings. It

“... imprints on their minds a rule which is a principle of action.”<sup>35</sup>

But rational creatures are not be moved by the Divine Commandment. Rather, they follow their destiny through perception.<sup>36</sup> What is more, they have, through their free will, the choice to obey or not. Nevertheless by their rational nature (*rationalis natura*), they have a natural inclination (*naturalis inclinatio*) to follow the eternal law according to their knowledge.<sup>37</sup> Both the knowledge and the natural inclination can be darkened by vicious passions and habits of sin. But Aquinas remains confident that no one can be corrupted completely, and therefore

“sin does not destroy the good of nature.”<sup>38</sup>

---

<sup>32</sup> ST, IaIIae, qu. XCIII, art. IV, co.: “Sic igitur legi aeternae subduntur omnia quae sunt in rebus a Deo creatis, sive sint contingentia sive sint necessaria.”

<sup>33</sup> Ibid.; see also ad 1: “Voluntas Dei sit ipsa eius essential ... est idem quod lex aeterna.”

<sup>34</sup> ST, IaIIae, qu. XCIII, art. V, co.: “... creaturae irrationales subduntur legi aeternae, inquantum moventur a divina providentiae ...”; see also art. VI, co.

<sup>35</sup> Ibid.: “... imprimi menti earum quondam regulam quae est principium agendi.”

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> ST, IaIIae, qu. XCIII, art. 6, co.

<sup>38</sup> Ibid., ad 2: “... peccatum non tollit totum bonum naturae.”

## b) *Lex naturalis*

The natural law is

“nothing else than the rational creature’s participation of the eternal law.”<sup>39</sup>

All human beings are equipped with a free will by Divine Providence to follow their own ends. In this way, they perform the natural law. Irrational animals as well are subject to natural law, but not by recognizing and drawing conclusions, which is an intellectual and rational manner, but rather by what Aquinas describes as law “by way of similarity”.<sup>40</sup> At surface level, this seems to be no different than the eternal law, because it also determines the course of their lives. However, in contrast to the eternal law, the natural law is contingent. Since the idea comes logically before its realization, the eternal law is prior to the natural law, which is derived from the former. Accordingly, the Divine Idea of a universe is not this universe itself. Moreover, the eternal law is not directed to God’s Will or binding upon Him, but rather His will itself. Thus, God was free to create this world or another, and therefore, the existing universe was not necessary *ab initio*. So it is contingent, and the same applies to its order, the natural law. Furthermore, the natural law is not eternal as the *lex aeterna*, but limited as the universe, too. It starts with the Divine act of creation and ends on the day of judgement. On the other hand the natural law is not time bound as the positive law, because nobody knows the end of the universe. Therefore, the period of natural law lies between eternity and time.<sup>41</sup>

The participation of rational creatures means a certain kind of natural habitus to understand the universal order, and hence, a natural habitus to direct one’s behaviour according to this understanding. So the natural law is

---

<sup>39</sup> ST, IaIIae, qu. XCI, art. II, co.: “Lex naturalis nihil aliud est quam participatio legis aeterna in rationali creatura.”

<sup>40</sup> Ibid.: “In creatura autem irrationali non participatur rationaliter, unde non potest dici lex nisi per similitudinem.”

<sup>41</sup> Cf. ST, IaIa, qu. C, art. V, co., where Aquinas speaks about “aevum” and “aeviternum”.

“the light of natural reason, whereby we discern what is good and what is evil”.<sup>42</sup>

This habitus correlates to the Divine Reason which orders the eternal law. Thereby, the participation of rational beings in Divine Reason and the eternal law

“is nothing else than an imprint on us of the Divine light”.<sup>43</sup>

Since this habitus is essential, it cannot be acquired but only cultivated. In this way, the *synderesis*, as Aquinas calls it,<sup>44</sup> instructs more and more actions according to natural law, which can be named ‘human’ in the proper sense because they are rational. Conversely, sin is against reason and in this way against the very nature of human.<sup>45</sup>

The natural law contains theoretical and practical reason. The subject of theoretical reason is the entity as ground for knowledge and its end, and this term cannot be further analyzed or correctly defined.<sup>46</sup> Also, the good as common ground for action and its end does not need further explanation.<sup>47</sup> Therefore, the first principle of knowledge, the principle of contradiction, and the first principle of action, that good is to be done, are not demonstrable.<sup>48</sup> But from these first principles, further inferior principles can be deduced, which also belong to the natural law.

---

<sup>42</sup> ST, IaIIae, qu. XCI, art. II, co.: “lumen rationis naturalis, quo discernimus, quid sit bonum et malum”.

<sup>43</sup> Ibid.: “impressio divini luminis in nobis”.

<sup>44</sup> ST, IaIIae, qu. XCIV, art. 1, ad 2.

<sup>45</sup> ST, IaIIae, qu. XCIV, art. III, ad 2: “... omnia peccata, in quantum sunt contra rationem, sunt etiam contra naturam.”

<sup>46</sup> ST, IaIIae, qu. XCIV, art. 2, co: “... primum principium indemonstrabile est, quod non est simul affirmare et negare, quod fundatur supra rationem entis et non entis ...” – “... the first indemonstrable principle is that ‘the same thing cannot be affirmed and denied at the same time’, which is based on the notion of ‘being’ and ‘not-being’ ...”

<sup>47</sup> Ibid.: “Inest enim primo inclinatio homini ad bonum secundum naturam in qua communicat cum omnibus substantiis, prout scilicet quaelibet substantia appetit conservationem sui esse secundum suam naturam.” – “Because in human there is first of all an inclination to good in accordance with the nature which he has in common with all substances: inasmuch as every substance seeks the preservation of its own being, according to its nature.”

<sup>48</sup> Ibid.; see also ST, IaIIae, qu. XCI, art. III, co.

In the field of practical reason, they are organized into a hierarchy according to the order of the natural inclinations: The inclination to the good in relation to the treatment of the natural as such is directed to self-preservation. The inclination to the good in relation to the treatment of the special physical or animal nature is directed to the preservation of species. And the inclination to the good in relation to natural reason is directed to the knowledge of the Divine truth and one's life in a society. Insofar as relevant norms correspond to the natural inclination to the good, they belong to the natural law.

However, the development of reason as a characteristic habitus for humans can be due to contingent facts more or less advanced or neglected. Therefore, the subordinate rules can differ at various times and in various places while the first principles of natural law are unchangeable.<sup>49</sup> Also, the subordinate principles can change if the benefit of human life makes it appropriate.<sup>50</sup> In particular, the written law must correct the natural law in such situations.<sup>51</sup> At this point, Aquinas refers to the following example: Originally the natural law assumed the possession of all things in common, but after the fall of mankind, the distinction of possessions was introduced by human reason, since this institution could better serve the common good.<sup>52</sup> The first principles of the natural law, however, cannot entirely be blotted out from one's heart.<sup>53</sup>

### c) *Lex humana*

Because *lex naturalis* is characterized as a habitus, the way of its realization is contingent. Although every human being has a natural aptitude for virtue, one's perfection needs further

<sup>49</sup> ST, IaIIae, qu. XCIV, art. IV, co.

<sup>50</sup> ST, IaIIae, qu. XCIV, art. V, co.

<sup>51</sup> See ST, IaIIae, qu. XCIV, art. V, ad 1: "... quia per legem scriptam suppletum est quod legi naturae deerat."

<sup>52</sup> Cf. IaIIae, qu. XCIV, art. V, ad 3. The transition from the original common property to private property is elaborated in detail in IIaeIIae, qu. LVII, art. III, qu. LXVI, art. II.

<sup>53</sup> ST, IaIIae, qu. XCIV, art. VI, co.

education.<sup>54</sup> But human reasoning can err in deducing particular rules for particular matters from the general principles of natural law, so the knowledge of Divine Reason is imperfect.<sup>55</sup> What is more, one, trying to build up his virtue, can be detracted by undue pleasures, so a human needs training from others, first by one's father, but this is not enough. Through fear of punishment, which is the special method of law, acts against natural law can be prevented and virtue can be promoted. As Aquinas writes with a pedagogical attitude: The fear of punishment induces to virtuous or legal behaviour even him who is unimpressed by words only and so leads by habit to virtue.<sup>56</sup> One who acts virtuously on own's own does not need coercion by the law, and therefore, is in this respect not bound by the law.<sup>57</sup>

The positive law not only promotes the virtue, but also serves the peace in society. Since the end of human law is the public welfare, as prescribed by the natural law, the positive law must to regulate all matters of living together in a society, for example, basic rights and duties or the fair distribution of goods.<sup>58</sup> Thus, the positive law must concretise what the public welfare, generally described by the natural law, really is from case to case.<sup>59</sup>

---

<sup>54</sup> ST, IaIIae, qu. XCV, art. I, co.: "Homini naturaliter inest quaedam aptitudo ad virtutem; sed ipsa virtutis perfectio necesse est quod homini adveniat per aliquam disciplinam."

<sup>55</sup> See ST, IaIIae, qu. XCI, art. III, ad 1.

<sup>56</sup> ST, IaIIae, qu. XCV, art. I, co.: "Sed quia inveniuntur quidam protervi et ad vitia proni, qui verbis de facili moveri non possunt; necessarium fuit ut per vim et metum cohiberentur a malo, ut saltem sic male facere desistentes, et aliis quietam vitam redderent, et ipsi tandem per huiusmodi assuetudinem ad hoc perducerentur quod voluntarie facerent quae prius metu implebant, et sic fierent virtuosii." – "But since some are found to be depraved, and prone to vice, and not easily amenable to words, it was necessary for such to be restrained from evil by force and fear, in order that, at least, they might desist from evil-doing, and leave others in peace, and that they themselves, by being habituated in this way, might be brought to do willingly what hitherto they did from fear, and thus become virtuous."

<sup>57</sup> Cf. ST, IaIIae, qu. XCVI, art. V, co.: "Et hoc modo homines virtuosii et iusti non subduntur legi, sed soli mali."

<sup>58</sup> Cf. ST, IaIIae, qu. XCVI, art. III, co.

<sup>59</sup> Cf. ST, IaIIae, qu. XCI, art. III, co.: "Ex praeceptis legis naturalis, quasi ex quibusdam principiis communibus et indemonstrabilibus necesse est quod ratio humana procedat ad aliqua magis particulariter disponenda. Et istae particulares dispositiones adinventae secundum rationem humanam,

This derivation is possible in the same way as in the sciences, by deduction or by specifying general norms according to the social needs of a certain community.<sup>60</sup> For example, that “one must not kill” can be deduced from the general principle *neminem laede*. Also, the natural law states that every perpetrator shall be punished, but it does not fix a certain degree of punishment. This is the purpose of the human law, and can be accomplished only by positing.<sup>61</sup>

Aquinas emphasizes that a regulation by the law is better than leaving the things to be decided by judges. He presents three arguments. First, it is easier to find a few wise men competent to frame right laws than to find the many judges who would be necessary to decide each single case properly. Secondly, more time is available for legislation than for the courts, because the cases must be ruled speedily. Finally, the lawgivers judge in general and for the future, since those who must decide a present affair could more easily be influenced by emotions and prejudices.<sup>62</sup> Nevertheless, the law cannot rule any detail,<sup>63</sup> so at last, judges are indispensable.

Since social conditions may change, also the laws may change according to the progress in the instruction of human reason and efficiency regarding the common good.<sup>64</sup> Moreover, various conditions in different societies require different answers to the question of what is best for the community.<sup>65</sup> In this re-

---

dicuntur leges humanae ...” – “It is from the precepts of the natural law, as from general and indemonstrable principles, that the human reason needs to proceed to the more particular determination of certain matters. These particular determinations, devised by human reason, are called human laws ...”

<sup>60</sup> Cf. ST, IaIIae, qu. XCV, art. II, co.: “... a lege naturali dupliciter potest aliquid derivari, uno modo, sicut conclusiones ex principiis; alio modo, sicut determinationes quaedam aliquorum communium.” – “... something may be derived from the natural law in two ways: first, as a conclusion from premises, secondly, by way of determination of certain generalities.”

<sup>61</sup> Ibid.

<sup>62</sup> Cf. ST, IaIIae, qu. XCV, art. I, ad 2.

<sup>63</sup> Cf. ST, IaIIae, qu. XCV, art. I, ad 3.

<sup>64</sup> Cf. ST, IaIIae, qu. XCV, art. III, co; qu. XCVII, art. I, co.

<sup>65</sup> Cf. ST, IaIIae, qu. XCV, art. II, ad 3: “Quod principia communia legis naturae non possunt eodem modo applicari omnibus, propter multam varietatem rerum humanarum. Et exinde provenit diversitas legis positivae apud diversos.”

gard, the human law is time bound according to the concrete situation to be ruled, since the general principles of the natural law are of timeless validity.<sup>66</sup>

It is quite clear that the human law, though derived via natural law from eternal law, is imperfect and fallible.<sup>67</sup> Thus, the binding force of the law is problematic. Laws are just if they serve the common good, are enacted by the legitimate authority within its power, and distribute burdens to their subjects according to an equality of proportion. In contrast, laws are unjust, if they serve the own cupidity of the author, go beyond the limits of legitimate power, and impose burdens unequally on the community.<sup>68</sup> Although just laws are binding in the forum of conscience, which is derived from the eternal law (*vim obligandi in foro conscientiae a lege aeterna*), this is not the case with unjust laws, except insofar as they avoid scandal or disturbance.<sup>69</sup> Hence, Aquinas argues for a kind of balance between justice and the consequences of disobedience. Only a human law which runs contrary to the commandments of God must in no case be observed.<sup>70</sup>

#### d) *Lex divina*

The *lex divina* is necessary because the guidance of natural law and positive law is not sufficient. First, laws shall order actions which are appropriate to achieve their concrete goal. The final end of every human being is eternal happiness, which is

<sup>66</sup> Cf. ST, IaIIae, qu. XCVII, art. I, ad 1.

<sup>67</sup> Cf. ST, IaIIae, qu. XCI, art. III, ad 3.

<sup>68</sup> ST, IaIIae, qu. XCVI, art. 4, co.: “Dicuntur autem leges iustae et ex fine, quando scilicet ordinantur ad bonum commune; et ex auctore, quando scilicet lex lata non excedit potestatem ferentis; et ex forma, quando scilicet secundum aequalitatem proportionis imponuntur subditis onera in ordine ad bonum commune. (...) Iniustae autem sunt leges dupliciter. Uno modo, per contrarietatem ad bonum humanum, e contrario praedictis, vel ex fine, sicut cum aliquis praesidens leges imponit onerosas subditis non pertinentes ad utilitatem communem, sed magis ad propriam cupiditatem vel gloriam; vel etiam ex auctore, sicut cum aliquis legem fert ultra sibi commissam potestatem; vel etiam ex forma, puta cum inaequaliter onera multitudini dispensantur, etiam si ordinentur ad bonum commune.”

<sup>69</sup> Ibid.

<sup>70</sup> Ibid.: “Et tales leges nullo modo licet observare.” See also ad 2.



inproportionate to his natural faculty. In other words, this end transcends the world. Therefore only a law, given by God, can direct mankind to this last end.<sup>71</sup>

Furthermore, human judgement is uncertain and different people form different judgements on human acts, from which different and contrary laws can result. Only a law, given by God is certain and cannot err, and therefore, only by such a law can one know without doubt what to do and what to avoid.<sup>72</sup> At first sight, the problem remains that human knowledge about the divine law is uncertain as well. But the application of *lex divina* is not the office of human judges. The Lord himself will judge all humans at the Last Judgement according to their individual guilt. God has given a conscience to all human beings to recognize the Divine Order, and the question will be whether one has followed or ignored the voice of his conscience.

From this follows a third reason. One can set laws only in those matters of which one is competent to judge. Interior movements are hidden and are therefore not objects to judgements. Only exterior acts which appear can be objects of the law. Yet for the perfection of virtue, interior acts are also relevant. Consequently, for this purpose, a Divine law should supervene to conduct the perfection of all human inner habits.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> ST IaIIae, qu. XCI, art. IV, co.: “Sed quia homo ordinatur ad finem beatitudinis aeternae, quae excedit proportionem naturalis facultatis humanae, (...) ideo necessarium fuit ut supra legem naturalem et humanam, dirigeretur etiam ad suum finem lege divinitus data.”

<sup>72</sup> Ibid.: “Quia propter incertitudinem humani iudicii, praecipue de rebus contingentibus et particularibus, contingit de actibus humanis diversorum esse diversa iudicia, ex quibus etiam diversae et contrariae leges procedunt. Ut ergo homo absque omni dubitatione scire possit quid ei sit agendum et quid vitandum, necessarium fuit ut in actibus propriis dirigeretur per legem divinitus datam, de qua constat quod non potest errare.”

<sup>73</sup> Ibid.: “Quia de his potest homo legem ferre, de quibus potest iudicare. Iudicium autem hominis esse non potest de interioribus motibus, qui latent, sed solum de exterioribus actibus, qui apparent. Et tamen ad perfectionem virtutis requiritur quod in utrisque actibus homo rectus existat. Et ideo lex humana non potuit cohibere et ordinare sufficienter interiores actus, sed necessarium fuit quod ad hoc superveniret lex divina.”

Finally, human laws cannot criminalize all evils nor can criminal justice punish all crimes. Thus, only the Divine Law prevents a culprit from going unpunished.<sup>74</sup>

#### IV. Natural and Positive Right

According to this division, Aquinas later differentiates between natural (*ius naturale*) and positive right (*ius positivum*).<sup>75</sup> The term right (*ius, iustum*) denotes a work (*opus*) which is related to another person by way of some kind of equity (*aequalitas*).<sup>76</sup> Like Aristotle before him, Aquinas holds justice to be a virtue which governs the relation to others. Because the relations between humans are the matter of law, be it natural or positive, justice, understood as equity,<sup>77</sup> is the object of law. In this sense, a single act can be just as well as a rule for actions.<sup>78</sup>

Aquinas presents two criteria for equity: the nature of a thing itself (*ex ipsa natura rei*) or a contract (*ex conducto*). The equity by a thing's nature is called *ius naturale*, if one gives just as much as he gets. Classical examples are commutative justice in civil law (*iustitia commutativa*) or retributive justice in criminal law (*lex talionis*). A respective contract can be concluded between privates in case of an agreement or by the whole people or the ruler. A contract then defines these things and how a thing is seen to be

<sup>74</sup> Ibid.: “Ut ergo nullum malum improhibitum et impunitum remaneat, necessarium fuit supervenire legem divinam, per quam omnia peccata prohibentur.”

<sup>75</sup> ST, IIaeIIae, qu. LVII, art. 2.

<sup>76</sup> ST, IIaeIIae, qu. LVII, art. 4 co: “ius, sive iustum dicitur per commensurationem ad alterum”; cf. also art. 1, co. A noteworthy example is the question of just wages, see *ibid.*: “recompensatio mercedis debitae pro servitiae impenso”—“the payment of a wage due for a service rendered”. For a more detailed analysis see *Rube*, Die Gerechtigkeit im Handel als Gerechtigkeit der Arbeit – Untersuchung zur Tauschgerechtigkeit bei Albertus Magus, in: *Rechtsphilosophie – Zeitschrift für Grundlagen des Rechts (RphZ)* 2015, pp. 403–418.

<sup>77</sup> ST, IIaeIIae, qu. LVII, art. 1, ad 3: “Iustitia aequalitatem importat.”

<sup>78</sup> ST, IIaeIIae, qu. LVII, art. 1, co.

equal to another. But the freedom to contract is limited by the principles of natural law, for one can rule only what does not contradict a natural right.<sup>79</sup> These considerations can be illustrated by criminal law. Natural law defines the crime and orders its punishment. The concrete degree of penalty must be fixed by the positive law. But the positive law cannot legalize what is by its very nature wrong. Lastly, it becomes clear that, strictly speaking, only a positive right implies a constitutional state and implies that a positive law forces only those who do not follow the virtue of justice on their own.

## V. Final Remarks

If natural law is the participation in eternal law necessitating the habitus to recognize its principles simultaneously, and all humans – and this means heathens, too – are equipped with this habitus by nature, then in the further development of natural law doctrine the importance of God retreats into the background. The Divine law cannot be known completely. By revelation, in wordings and scriptures it is, as such, inaccessible to the heathen. But heathens as well must be informed of what is naturally just. So God changes from the ground of knowledge to the basis of validity of law and the attention turns to face the natural law principles, which must be clarified according to the standards of human reason (*recta ratio*) as if God does not exist.<sup>80</sup>

The question of retroactive punishment requires a different solution. At least as far as a crime is defined first and only by positive law retroactive punishment is strictly forbidden. Before the criminal law, there is no criminal offense, and also, no

---

<sup>79</sup> ST, IIaeIIae, qu. LVII, art. 2, ad 2: “Sed si aliquid de se repugnantiam habeat ad ius natural, non potest voluntate humana fieri iustum.” – “If, however, a thing is, of itself, contrary to natural right, the human will cannot make it just.”

<sup>80</sup> Cf. *Suárez*, Tractatus de legibus ac Deo legislatore I–IV (1612), Edición crítica bilingüe por Luciano Pereña u.a., Madrid 1971–1981, lib. II, cap. VI, n. III: “Etiam si daremus non esse Deum.” Also for example Grotius, De Jure Belli ac Pacis. Libri tres, editio nova, Amsterdam 1680, Prologus XI.

sanctioned rule which could be followed.<sup>81</sup> In contrast, so called *delicta mere prohibita* for *mala per se* retroactive punishment does not seem problematic for Aquinas. First, the Divine law determines what is a *malum per se*. These crimes will be punished reliably by God at the day of the Last Judgement. Just therein lays the purpose of the *lex divina*. Therefore, it is not terribly unjust if someone does not pay for his sins on earth. He still expects Divine justice. So one could ask whether this kind of retroactive punishment should be reserved to God in general. Or more critically: Do humans presume to be like God by punishing crimes retroactively? From the standpoint of natural law, this is not the case. Already natural law, which derives its validity forever and independent from positive law, constitutes crimes. Furthermore, the *lex naturalis* claims that all crimes shall be punished. It belongs to positive law to fix the concrete sanction.<sup>82</sup> In this way, it empowers the infringement on the accused rights, and respectively, it announces the perpetrator to be punished if he is caught and his perpetrations are proven. But the culpability of conduct and by this the legal coercions' external motives to avoid it are already fixed by natural law.<sup>83</sup> The question then arises how this kind

---

<sup>81</sup> Cf. *Suárez*, Tractatus de legibus, lib. III, cap. XIV, n. VIII: "... quando autem constituit novum ius, introducit novam regulam operandi; ergo ex natura sua fertur pro actibus futuris." – "... if a new law is constituted, it introduces a new rule to act; so by its nature it is valid for future actions."

<sup>82</sup> Cf. *Suárez*, Tractatus de legibus, lib. I, cap. XV, n. XIII: "Lex naturalis licet faciat vel ostendat actum esse malum, tamen ut est mere naturalis non taxat modum vel quantitatem poenae; nulla enim ratione intelligi potest hoc fieri sine decreto alicuius liberae voluntatis. [...] unde taxatio poenae isto modo aut fit per legem aeternam Dei maxime quoad poenam vitae futurae aut fit per legem positivam quoad poenas quae in hac vita et in humano foro imponuntur." – "That means that the natural law makes or shows that an action is bad. But as pure natural it does not measure the kind or the level of punishment. By no reason it can be seen that this happens without the order of anybodys free will. [...] Wherefore the sentencing happens either by the eternal law of God, with regard to the punishment in future life, or by positive law with regard to punishment which is imposed in this life and by the human court."

<sup>83</sup> Cf. *Suárez*, Tractatus de legibus, lib. III, cap. XIV, n. III: "Ergo ante legem declarativam erat lex. (...) ergo lex declarative ex se non habet novum effectum." – "So the law was before the promulgated law. (...) Consequently, the

of foundation of criminal law is possible, which, after all, can only be by rational law – if one will not be satisfied by authority alone. This question is not only relevant for the legitimacy of the Nuremberg trials against the leading figures of the Third Reich, but also of the various UN special tribunals trying crimes that took place before the passing of the Rome Statute for the International Criminal Court in 1998.<sup>84</sup> These fundamental problems cannot be solved here.

---

promulgated law does not have a new effect.” And n. IX: “At vero quoad effectum poenae, potest lex per voluntatem legislatoris extendi ad actum praeteritum (...) ergo ut posit per posteriorem legem juste puniri, necesse est ut supponatur fuisse contra aliquod jus antiquum.” – “In all truth, with regard to the effect of punishment the law can be extended on a bygone action by the will of the lawgiver (...) therefore to punish righteously according to the posterior law, it must be necessarily supposed, that [the action] is against any traditional right.”

<sup>84</sup> Art. 24 § 1 ICC Statute excludes retroactive criminal responsibility.



# TEMPORAL LAW AND TIMELESS HUMAN RIGHTS\*\*

*Inês Fernandes Godinho\**

## Introduction

Two main ideas integrating the value of time constitute the pillars of this study, namely temporal law, on the one hand, and timeless human rights, on the other hand. The idea of temporal law represents worldly or secular law, thus law relating to time. The idea of timeless human rights signifies a reality not affected by the passage of time. Having as a general theme criminal law and time, and following the lecture of Professor Joachim Renzikowski on “Aquinas on eternal and time-bound law”, we aim to analyse the effects of time regarding punishment, in particular offenses to human rights.

## 1. Temporal law

Aquinas, one of the great philosophers of the Middle Ages (13th century), was – unlike Saint Augustine – an optimist in his perceiving of man or human nature not as deteriorated, but only as corrupted by original sin, thus still maintaining an original virtue and felicity being the ultimate end of human life<sup>1</sup>.

---

\* Invited Assistant at the Faculty of Law of the University of Coimbra; Assistant Professor at the Law Faculty of Oporto Lusófona University; UCILeR researcher.

\*\* Research paper integrated in the activities of UCILeR’s “Law and Time” Research Group in the framework of the “Social Challenges, Uncertainty and Law” Project (UID/DIR/04643/2013).

<sup>1</sup> Luís Cabral de MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, I, reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2006, 76-77. A consequence thereof is the fact that

In this sense, Aquinas, echoing Aristotle's thought, defines God intellectually<sup>2</sup> as thought of thought so that *logos*, or divine intelligence, becomes the guiding principle of the world<sup>3</sup>.

This guiding principle leads to the understanding – much as Aristotle – that human happiness consists of activities of reason (of the soul). Law, therefore, belongs to reason, since reason is the source of human acts. According to Aquinas, “Law is an ordination of reason for the common good by one who has the care of the community, and promulgated”<sup>4</sup>.

Since the common good is the end of the *populus* (the people as a political unit), law-making must therefore belong “either to the whole people or to a public personage who has the care for the whole people”<sup>5</sup>. Because the law needs coercive power to induce others to virtue – to oblige persons to act – it is only effective if obeyed by those subject to it, even if sometimes they obey it out of fear of punishment. This is why promulgation is necessary: it leads the subjects of law – the whole people – to knowledge of law.

God, being thought of thought and, as such, theoretical reason, His reason governs the entire community of the universe, and His conception of it is eternal; God's law is eternal law, the end of which is God himself<sup>6</sup>.

As a rational creature, man takes part in eternal law, since man is subject to God's providence, and said participation is natural law.

Both theoretical and practical reason have a similar process of proceeding from principles to conclusions: human law is then the exercise of reason in drawing conclusions from indemonstrable first principles, or better, precepts of natural law, to the matter particularly regulated<sup>7</sup>.

---

Augustine understands the principle of justice not in the nature of things nor in reason, but in the imperative divine will, thus voluntarism, whereas Aquinas follows intellectualism. IDEM, 63-64, 78.

<sup>2</sup> And not as will.

<sup>3</sup> Cabral de MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, I, 80.

<sup>4</sup> AQUINAS, *Summa Theologica*, Q 90, art. 4.

<sup>5</sup> AQUINAS, *Summa Theologica*, Q 90, art. 3.

<sup>6</sup> Cabral de MONCADA, *Filosofia do Direito e do Estado*, I, 80-81.

<sup>7</sup> A. KAUFMANN, *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, 25.



As such, although natural law is mutable, it is not time-bound, in contrast to human law. However, under Aquinas' thought, human laws should only be revised insofar their revision serves the commonweal<sup>8</sup>: "laws can be rightly revised to suit the changed conditions of human beings, and different things are expedient for human beings according to their different circumstances"<sup>9</sup>.

So, human laws are temporal. Temporal in the sense of not only being worldly, but also of including their time-bound significance: the change of circumstance can determine a change of law.

Only natural law is not time-bound, since it signifies the participation in eternal law and "a human law diverging in any way from the natural law will be a perversion of law and no longer a law"<sup>10</sup>.

In Aquinas' thought we can find two important elements: *i*) punishment is regarded upon as a means of leading the subjects of law to virtue (a virtue they could not reach by themselves, by obeying the law); *ii*) eternal law, and natural law is a part thereof, signifies the direction to supreme virtue.

Four centuries after Thomas Aquinas, another Thomas makes a significant contribution to the perception of natural law. 17<sup>th</sup> century *Leviathan* (1651), by Thomas Hobbes, signifies a shift of meaning in the way universal order is seen. In fact, by casting aside the idea of common good on the grounds that it is unrealistic or impossible, Hobbes ceases to base universal order in the divine:

"For there is no such *finis ultimus* (utmost aim) nor *summum bonum* (greatest good) as is spoken of in the books of the old moral philosophers. (...) Felicity is a continual progress of the desire from one object to another, the attaining of the former being still but the way to the latter"<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> AQUINAS, *Summa Theologica*, Q 97, art. 2.

<sup>9</sup> AQUINAS, *Summa Theologica*, Q 97, art. 1.

<sup>10</sup> AQUINAS, *Summa Theologica*, Q 95, art. 2.

<sup>11</sup> Th. HOBBS, *Leviathan*, XI, 60.

For Hobbes, natural law ceases thus to reflect the teleological view of human nature: man becomes a mechanical model seeking the satisfaction of selfish passions and is held together as a people by a coercive sovereign.

The idea of greatest good is therefore an illusion, which only reinforces the importance of the minimal good. The minimal good (of avoiding death), being common to all selfish beings, becomes the basis for natural law, and is no longer understood as a duty but as the right to preserve one's own life. Hobbes states:

“For though they that speak of this subject [*lex naturalis*/law of nature] used to confound *jus* and *lex*, right and law, yet they ought to be distinguished, because right consists in liberty to do, or to forbear; whereas law determines and binds to one of them: so that law and right differ as much as obligation and liberty (...)”<sup>12</sup>.

Herein lies the major shifting away from the thought of Aquinas, namely in the fact that natural law is now perceived as a right or liberty<sup>13</sup>, in other words, as natural rights.

These natural rights reflect the universal moral truths that are immanent to human nature. Positive (or temporal) law is then a means to ensure security and consequent civil peace of the community.

## 2. Timeless human rights

The idea of natural rights constituted the foreground for the modern perception of human rights. In fact, the ultimate purpose of natural law is that the legal order regulating society be just and as such respectful of human dignity. Human rights embody the first principle of justice and so, under a secular view of human nature as based on human dignity, human rights – in the sense of the hobbesian “minimal good” – are the body of

<sup>12</sup> HOBBS, *Leviathan*, XIV, 80.

<sup>13</sup> KRAYNAK, “Thomas Hobbes: From classical natural law to modern natural rights”, *Natural Law, Natural Rights, and American Constitutionalism* <<http://www.nlnrac.org/earlymodern/hobbes>>, 2.

natural law. The ultimate purpose of justice constitutes the basis for the international protection of human rights<sup>14</sup>: the rights that allow man to attain self-fulfilment. Along this line of thought, human rights, as natural law, are timeless; in other words, they are universal and not limited by time.

Natural law principles are applicable at any time and place where there is law, because of their eternal validity claim as prototype of the ideal legal order<sup>15</sup>. Human rights, as natural law, constitute general principles and not a complete legal system applicable without mediation to a particular situation<sup>16</sup>. However, natural law principles, as models for any temporal legal order, can also complement or overcome legal gaps of said legal order.

Human rights, as natural law, are thus considered the pillars of any legal order. The human rights theory rests upon the perception of a legitimate universal order (an idea that can be traced to moral universalism), following the argument of Aristotle's *Nicomachean Ethics* concerning a natural moral order: "the natural is that which has the same validity everywhere and does not depend upon acceptance"<sup>17</sup>. In this sense, human rights and natural law share the same origin. With one difference, though: classical natural law relates to the direction of the acts, whereas human rights relate – in Locke's wording – to the possibility of self-preservation<sup>18</sup>.

In other words, although classical natural law and the human rights theory share the same conceptual origin of a universal order, their outcome stands at opposite points: natural law has "subjects", whereas the human (or natural) rights have "power": the power to set limits to the authority of the ruler, better, the State<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> VARELA QUIRÓS, "Posibilidad y Esencia del Derecho Natural em Helmut Coing", *Revista de Ciencias Jurídicas* 71 (1992) 37-61, p. 48.

<sup>15</sup> VARELA QUIRÓS, "Posibilidad y Esencia del Derecho Natural em Helmut Coing", 48.

<sup>16</sup> H. COING, *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, Barcelona: Ariel 1961, p. 172.

<sup>17</sup> ARISTOTLE, *Nicomachean Ethics*, (Book V, 7) 1134b18.

<sup>18</sup> LOCKE, *Two Treatises of Government*, 1689.

<sup>19</sup> Although there have been opponents to the idea of the validity of human rights as natural rights, as BENTHAM, in *Anarchical Fallacies*, who states that

It is true that the human rights theory has evolved and today human rights activists speak of – economic and social – second generation rights, and even third generation human rights (*e.g.*, environmental rights). However, the debate over the origin of these second and third generation human rights is much more disputed than that of first generation (civil and political) – natural – human rights. As such, one can consider the timeless nature of human rights is held only by first generation human rights, since they do not depend upon institutions or circumstances that may or may not exist. In fact, a

“human right, by definition, is something that no one, anywhere, may be deprived of without a grave affront to justice. There are certain actions that are never permissible, certain freedoms that should never be invaded, certain things that are sacred”<sup>20</sup>.

### 3. Punishment and time

The theory of temporal – or positive – law and timeless human rights has implications in the framework of the limitation of punishment by time. The right of the State to punish is exercised under criminal law rules.

Criminal law, as a part of the legal system, is to be understood as a legal order of peace, *i.e.* as legal peace<sup>21</sup>. And there can be no peace without justice. This undisputed relationship of

---

“natural rights is simple nonsense”, *apud* A. SEN, “Elements of a theory of Human Rights”, *Philosophy and Public Affairs* 32/4 (2004) 315-356, p. 316. It is also possible to dispute the ontological universality of human rights based on the absence of its anthropological universality, only to accept their relative universality, as J. DONNELLY, “The relative universality of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, 29/2 (2007) 281-306, p. 293.

<sup>20</sup> M. CRANSTON, “Are there any Human Rights?”, *Daedalus*, 112/4 (1983) 1-17, p. 12, who adds: “Thus the effect of a universal declaration that is overloaded with affirmations of economic and social rights is to push the political and civil rights out of the realm of the morally compelling into the twilight world of utopian aspirations”.

<sup>21</sup> José de Faria COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Penal*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2015, 11.

the impossibility of the existence of peace without justice brings time as a mediation factor of justice through criminal punishment, both past time and future time, considering the time of commission of the offense.

The liberal ideas and principles of the Enlightenment have much influenced the criminal system, in particular the *ius puniendi* of the State. One of the most important principles is the principle of legality. Based on the rule-of-law principle and expressing today's democratic principle, the principle of legality is, moreover, an expression of the principle of culpability.

The value of time is significant in connection with many of the elements of the principle of legality. On the one hand, as far as the principle of culpability is concerned, a person cannot be punished for his or her actions if those actions are not defined as crime before their commission. On the other hand, under the *nulla poena sine lege praevia* maxim, retroactive application of criminal law (to the detriment of the offender) is also prohibited.

The idea of peace through time is then present in the prohibition of retroactive application of criminal law. Here, it refers to past time. The “no punishment without law” principle – of which the above mentioned prohibition is a part of – is expressly foreseen (or, in Aquinas' terms, promulgated) in art. 7 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms<sup>22</sup>. Under art. 7 (1) *no one shall be held guilty of any criminal offense on account of any act or omission which did not constitute a criminal offense under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offense was committed.*

However, the ECHR limits this principle in number 2 of article 7<sup>23</sup>, in the sense that the punishment of the offender can exist without previous law if the *act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognized by civilised nations.* This number 2 represents a “modern addition” relating to offenses under international law. Although,

<sup>22</sup> Signed in Rome on November 4th, 1950.

<sup>23</sup> G. DANNEKER, *Das intertemporale Strafrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1993, 180.

at the time the Convention was drafted, international law was not clearly defined,

“the Nuremberg trials have established the principle that individuals may be held responsible before an international tribunal for acts which are criminal according to the general principles of law recognized by civilised nations. This principle applies even though such acts may not have been specifically defined as criminal by the law of any particular state at the time they were committed”<sup>24</sup>.

This rule recognizes a conflict of interests, namely between the prohibition of retroactive application of criminal law and the impunity of offenses against core values recognized as such by the international community. These core values are the *corpus* of international criminal law; values which constitute the essential human rights and freedoms<sup>25</sup>. The fact of the matter is that international criminal law should only be called upon when the States fail, through national law, to duly protect those values<sup>26</sup>. Herein lies the scope of art. 7(2) ECHR and the meaning of the limitation to the principle of prohibition of retroactive application of criminal law: in such cases, when sufficient protection of those values is not accomplished by national criminal law, legal peace can only be ascertained if justice – through punishment of the offenses to those values – is made.

Concerning punishment and time there is also another important aspect, namely, prescription or statutory limitation.

Statutory limitation, or periods of prescription, is a time limit. This time limit sets forth the maximum period of time after an event that legal proceedings based on that event may be initiated.

---

<sup>24</sup> COBLENTZ/WARSHAW, “European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, *California Law Review* 44 (1956) 94-104, p. 99.

<sup>25</sup> LEONOR ASSUNÇÃO, “TPI e Lei Penal e Processual Penal Portuguesa”, in Vital Moreira *et al.*, *O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, 49 s., p. 53.

<sup>26</sup> LEONOR ASSUNÇÃO, “TPI e Lei Penal e Processual Penal Portuguesa”, 53.

Statutory limitation defines criminal law as a legal order of peace through time. The passing of time or future time. In fact, it would be difficult, if not impossible, to conceive a legal order of peace – peace amongst its members – if there were no time limit for the prosecution of offenses. This limit, however, is bound by the principle of proportionality<sup>27</sup>, meaning that more serious offenses have a longer prescription period.

However, this time limit does not determine whether the action or omission ceases to be understood as an offense. It only aims to contribute to a pacification of the community, stating that the punishment pretension of the State – aiming criminal justice – has to be exercised within a certain time frame. Here it is also important to underline the above mentioned principle of legality (here, of criminal prosecution): statutory limitation is also part of those rules that should pre-exist to the time of commission of the offense<sup>28</sup>.

Both the prohibition of retroactive application of criminal law and the prescription periods are examples that justice exists through time. Either one of them limits the punishment of the offense based on the time factor.

Existing through time, Justice is, moreover, a universal and timeless first principle of natural rights. So, an offense against a human right is therefore timeless. And there can only be justice if said offense is punished. As Aquinas states, the natural law ordains that crimes should be punished, and temporal laws should derive said ordainment into penalties for crimes<sup>29</sup>. In some cases, temporal law correctly draws the conclusions from natural law, and the offense to the human right is punished with respect to time limitations of punishment. Justice is made and then there can be legal peace. But, along the line of Aquinas, it is also possible that temporal laws do not respect the first principle of justice and are, as such, no law at all. In the absence of a temporal

---

<sup>27</sup> Faria COSTA, “O Direito Penal e o Tempo (Algumas reflexões dentro do nosso tempo e em redor da prescrição)”, *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*, 2005, 163-190, p. 187.

<sup>28</sup> Faria COSTA, “O Direito Penal e o Tempo”, 178-179.

<sup>29</sup> AQUINAS, *Summa Theologica*, Q 95, art. 2; KAUFMANN, *Introdução à Filosofia do Direito*, 25.

law without binding or coercive power, there can only be natural rights (as natural law). And natural rights pursue the first principle of justice. The impunity of an offense to a human right is the denial of said first principle of justice. Considering justice is also made through punishment, the impossibility of punishment due to time limitations cannot be applicable when it is the case of imperfect temporal laws that do not respect the first principle of justice, because they fail to duly protect timeless human rights. Justice can only exist if offenses to human rights are punished.

Naturally, none of these considerations could be possible if the penalty were to be regarded as an evil. However, the penalty is a good. Following Faria Costa, the penalty cannot be perceived as an evil, since the penalty has in itself, unlike an evil, the limits of its own expansion, through the principle of legality. And the penalty is a good, because through the penalty it is possible to rebuild the early original care-of-peril relationship destroyed by the offense<sup>30</sup>. Thus, the punishment of an offense to a human right by a penalty serves justice.

### Some temporary conclusions

Offenses against human rights should be promulgated by temporal laws. However, human rights are timeless. This means that even if a criminal offense against human rights has not been promulgated by a temporal law, said offense already existed as natural law, since human rights are to be perceived as the body of natural law. The human rights theory acknowledges the timeless validity of said rights.

Human rights, as said before, set limits. And, given the timeless nature of said rights, those limits are not time-bound. This means that, on the one hand, time-bound laws cannot overrule human rights – in terms of not granting them protection or dismissing them – and, on the other hand, the violation of human rights also constitutes a timeless offense.

---

<sup>30</sup> Faria COSTA, “Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal”, *Linhas de Direito Penal e de Filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*, 2005, 205-235, p. 219-20; IDEM, *Noções Fundamentais de Direito Penal*, 351-352.



Punishment of an offense against human rights serves justice. This punishment should be carried out within the time limits set by past time and by future time. However, if a temporal law does not grant due protection to a human right, said law is not valid and the punishment of the offense is not time-bound by that law.

In this regard it is also important to bear in mind the teachings of Aquinas: punishment is a means used to lead the subjects of law to virtue. And by doing so, we might add, it has the virtue of contributing to peace through justice.



# PROIBIÇÃO DE RETROATIVIDADE E ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL

*A IRRETROATIVIDADE DA JURISPRUDÊNCIA  
CONSTITUTIVA DO INJUSTO PENAL*

*Alaor Leite*

*Retroactivity and judicial decision*

ABSTRACT: No one questions that a person should never be punished by retroactive criminal *laws* (principle of non-retroactivity of criminal laws). Sometimes, however, it happens that a new *interpretation* of a criminal law may be as disadvantageous for the defendant as a new law. The purpose of this essay is to examine the question whether some kinds of new interpretations of criminal statutes should be deprived of retroactive effects. Indeed, there are many new interpretations made by the judges that are comparable in terms of effects to a new criminalization made by the lawmaker. The paper concludes that these *judicial decisions with constitutive criminalization effects* should never retroact against the defendant.

KEYWORDS: criminal law; principle of legality; non-retroactivity; judicial decision.

## I. O problema jurídico

### 1. Direito do cidadão à jurisprudência do tempo do fato?

A proibição de retroatividade da lei penal posterior mais gravosa ao acusado possui status de obviedade jurídica, insculpida com destaque nos estatutos jurídicos modernos (Art. 103 II GG; art. 29 CR Portuguesa; art. 1.º CP Português; art. 7 CEDH). Igualmente óbvia é a possibilidade de que a jurisprudência altere os seus posicionamentos. As razões que podem conduzir a uma alteração são plúrimas: avanço da técnica, irrupção de fatos inéditos ou ainda alteração de valoração jurídica. Nos termos da definição mais tradicional, uma alteração jurisprudencial ocorre quando, sem modificação lingüística da lei penal<sup>1</sup>, um posicionamento anterior fixado é abandonado em favor de um novo entendimento<sup>2</sup> – uma definição modesta e lacônica. O novo entendimento jurisprudencial pode, por vezes, revelar-se mais gravoso ao cidadão concretamente acusado no processo em que a alteração se deu<sup>3</sup>, com o que surge imediatamente um protesto: “por que

<sup>1</sup> *Mattil* GA 1965, 129 e ss., 132; no começo do século XX, questionava-se se a alteração de lei “extra-penal” estaria submetida à proibição de retroatividade: *O. Neumann*, *Das Blankostrafgesetz*, 1908, p. 81 e ss.; *Kückel*, *Die Bedeutung des Strafgesetzbegriffes in der Lehre von der strafrechtlichen Rückwirkung*, 1915, p. 3 e ss., 14 e ss., 194; *Kuhlen*, *Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum*, 1987, p. 392 e ss.; *Laaths*, *Das Zeitgesetz gemäß § 2 Abs. 4 StGB*, 1995, p. 5 e ss., 30; recentemente, *Schuster*, *Das Verhältnis von Strafnormen und Bezugnormen aus anderen Rechtsgebieten*, 2012, p. 220 e ss.

<sup>2</sup> Por todos, *Roxin*, *Strafrecht AT* 4. ed. 2006, § 5 nm 61; o penalista italiano Cadoppi, em estudo valioso, propõe interessante classificação dos contrastes jurisprudenciais: contrastes *diacrônicos* seriam aqueles em que uma jurisprudência anteriormente é abandonada em favor de um novo entendimento; contrastes *sincrônicos* seriam aqueles que se caracterizam pela coexistência de várias decisões judiciais divergentes sobre o mesmo tema: *Cadoppi*, *Il valore del precedente nel Diritto Penale*, 2 ed., 2014, p. 109 e ss.; em Portugal, com essa terminologia, *N. Brandão* *Liber Discipulorum para Figueiredo Dias* 2003, p. 1289 e ss., 1301 e ss.

<sup>3</sup> Parte-se do pressuposto de que o juiz movimentou-se dentro dos limites semânticos da lei, vale dizer: que ele respeitou a *intensão* dos termos legais e não praticou analogia; a esse respeito ver *Puppe*, *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen*, 1979, p. 22 e ss.; *Schlüchter*, *Mittlerfunktion der Präjudizien*, 1986, p. 23 e s.; *Ferrajoli*, *Diritto e Ragione*, 9 ed. 2008, p. 94 e ss. Não desconheço as críticas ao critério dos limites semânticos: *Kudlich* FS-Puppe 2011, 123 e ss.; *Kudlich/Christensen* ARSP 93 (2007), 128 e ss.; *idem*. JR 2011, 146 e ss.; *Herbert*, *Rechtstheorie als Sprachkritik*, 1995, p. 240; ver, todavia, as convincentes contra-argumentações de

precisamente *eu* devo suportar as consequências dessa alteração jurisprudencial?”. Nesse momento, as obviedades desvanecem-se e, em seu lugar, prorrompem intrincadas questões jurídicas. Afinal, uma substancial e brusca inflexão jurisprudencial pode piorar a situação jurídica de um acusado em maior grau do que uma leve e marginal alteração legislativa. Contudo, nos termos da posição tradicional, apenas a última está proscrita de retroagir.

Tal protesto afigura-se inatacável sob o ponto de vista individual. Ao protestar nestes termos, o acusado lança uma pretensão à manutenção, no seu caso, da jurisprudência “vigente” ao tempo da prática do fato. A pergunta a ser formulada é, pois, pela possibilidade de generalização desse protesto: *existiria, em alguns casos, um direito do cidadão à jurisprudência do tempo do fato, tal como há em relação à lei vigente ao tempo do fato?* Esse questionamento a respeito da *extensão da proibição de retroatividade a ao menos algumas alterações jurisprudenciais* adquire imensa envergadura jurídica ao convocar à discussão fundamentais problemas de natureza metodológica (os limites do papel criativo da jurisprudência), constitucional (o alcance de determinadas normas constitucionais) e, naturalmente, jurídico-penal.<sup>4</sup> O que se deve discutir, em última análise, é se e em que medida a ratio da proibição de retroatividade comporta essa extensão.

## 2. Casos

Alguns *casos* de alteração jurisprudencial prejudicial ao acusado – uns reais, outros fictícios – auxiliam a ilustrar o problema e a sua relevância prática<sup>5</sup>:

---

*Baumann* MDR 1958, 394 e ss.; *Schünemann* FS-Klug Volume I 1983, 169 e ss.; *idem.* FS-Puppe 2011, 243 e ss.; *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2. ed. 2011, p. 77 e ss., 106 s.; *Dutige* FS-Krey 2010, 39 e ss.; *Klatt*, Theorie der Wortlautgrenze, 2004, p. 235 e ss.; *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2005, p. 100 e ss.; em Portugal, no mesmo sentido *Costa Andrade* RLJ 3924/3925, Coimbra, 2001, 72 e ss.; *Figueiredo Dias*, Direito Penal I 2. ed. 2007, p. 188 e ss.

<sup>4</sup> *Gross*, Rückwirkungsverbot und richterliche Tatbestandsauslegung im Strafrecht, 1969, p. 139: por trás dessa pergunta “esconde-se um caudal de perguntas fundamentais da teoria do direito, do direito constitucional e do direito penal”.

<sup>5</sup> Assim, *Hettinger/Engländer* FS-Meyer-Goßner 2001, 145 e ss., 147; a opinião pouco fundamentada de Tröndle, segundo a qual tratar-se-ia de um “falso

(a) A progressiva redução da taxa limite de alcoolemia no sangue de 1,5% para 1,3% e depois para 1,1% operada pelo *Bundesgerichtshof* alemão ao interpretar o elemento “incapacidade absoluta para dirigir” no contexto do delito de embriaguez na condução de veículos automotores (§§ 315c, 316 StGB; *Promillengrenzen-Fälle*: BGHSt 5, 168; 21, 157; 37, 89). A discussão doutrinária alemã iniciou-se, a rigor, a partir desses casos. A primeira decisão é de 1966<sup>6</sup>;

(b) A “revogação judicial” da categoria da *autodenúncia parcial* (*Teilselbstanzeige*) no crime fiscal (§ 371 AO), com efeitos liberadores de pena, operada pelo *Bundesgerichtshof* (BGHSt 55, 180)<sup>7</sup>;

(c) A nova definição judicial do elemento “crime fiscal de grandes proporções” (§ 370 III AO), com a conseqüente diminuição considerável do valor suficiente para a afirmação da modalidade qualificada (BGHSt 48, 360; 53; 71)<sup>8</sup>;

(d) A chamada “*interpretação benevolente aos direitos humanos*” (*menschenrechtsfreundliche Auslegung*) operada pelo *Bundesgerichtshof* com o fim de excluir a possibilidade de aplicação da causa de justificação do § 27 DDRGrenzG vigente à época dos homicídios praticados pelos atiradores do muro – os chamados Mauerschützen – na antiga DDR (BGHSt 39, 1; 41, 101, 111)<sup>9</sup>;

(e) A alteração do conceito jurídico de patrimônio no delito de estelionato (§ 263 StGB)<sup>10</sup>. Imagine-se a alteração de um conceito puramente jurídico para um conceito puramente econômico de patrimônio, compreendendo, assim, pretensões juridicamente inválidas como objetos legítimos de proteção antes inabarcáveis pelo tipo penal;

---

problema” de natureza acadêmica não corresponde à realidade, como se verá: *Tröndle* FS-Dreher 1977, 117 e ss.; em Portugal, Nuno Brandão indica que, apesar da grande relevância prática, o tema nunca foi intensamente debatido a partir de casos concretos realmente existentes: *N. Brandão*, *Liber Discipulorum* para Figueiredo Dias, 2003, p. 1289 e ss., 1302.

<sup>6</sup> BGHSt 5, 168; 21, 157; 37, 89; em detalhes, *Otto* FS-BGH, Volume IV 2000, 111 e ss.

<sup>7</sup> Já me manifestei detalhadamente sobre essa decisão em *Leite* RBC-Crim Vol. 90 2011, São Paulo, 111 e ss.

<sup>8</sup> Sobre essa decisão ver *Stam* NStZ 2013, 144 e ss.

<sup>9</sup> A esse respeito *Hettinger/Engländer* FS-Meyer-Goßner, 145 e ss., 146.

<sup>10</sup> Fundamentalmente RGSt 16 (1888), 1; RGSt 44 (1911), 230; a esse respeito, criticamente, *Naucke*, FS-Kargl 2015, p. 233 ss.

(f) As alterações podem ocorrer na interpretação de categorias da Parte Geral: a adoção da teoria da possibilidade, no que diz respeito à distinção entre dolo eventual e culpa consciente; a admissão de um atuar doloso em casos de “cegueira deliberada”; a adoção da teoria do domínio da organização, transformando um interveniente, antes instigador, em autor mediato, a construção de limites ético-sociais ao direito de legítima defesa etc.

### 3. Terminologia

O caráter multifacetário do questionamento jurídico proposto exige *cuidados terminológicos*. Alguns conceitos utilizados na discussão, como “*direito judicial*” (*Richterrecht*) ou “*jurisprudência complementadora ou conformadora da lei*” (*gesetzsergänzende Rechtsprechung*) ou são imprecisos<sup>11</sup>, ou implicam em antecipação indevida de uma tese normativa que, a rigor, ainda carece de escrutínio e de fundamentação<sup>12</sup>. Quando o que se busca é a mera enunciação de um conceito jurídico, deve-se distinguir claramente entre o conceito e os pressupostos da tese que se quer avançar, sob pena de incorrer-se em procedimento próprio da jurisprudência dos conceitos, denunciado pelos teóricos da jurisprudência dos interesses, qual seja o do chamado método da inversão: introduz-se no conceito o que dele, em verdade, quer-se posteriormente retirar<sup>13</sup>. Trata-se de evitar o que Hart chamou de definitional stop

<sup>11</sup> Sobre a polissemia do conceito de *Richterrecht* ver *Danz* DJZ 1911, 566 e ss.; *Hirsch* JR 1966, 334 e ss.: *Richterrecht* em sentido estrito como a ultrapassagem contra legem dos limites legais; *Eb. Schmidt*, Die Sache der Justiz, 1961, p. 31; *Engisch*, Die Idee der Konkretisierung, 2. ed. 1968, p. 178 e ss.; *H. Schneider*, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht, 1969, p. 7 e ss., 27 e ss.; *Müller*, „Richterrecht“, 1986, p. 9 e ss., 126; *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 1968, p. 457 e ss.; *J. Vogel*, Juristische Methodik, 1998, p. 83 e ss.; *D. Simon*, Die Unabhängigkeit des Richters, 1975, p. 9; *Böhm*, Strafrechtliche Gesetzmäßigkeit als Prinzip?, 2013, p. 233 e ss.; *Rudolph*, Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, 1969, p. 98 e ss.; *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung, 1975, p. 24 e ss.; corretamente, sobre os riscos da terminologia *Grunsky*, Grenzen der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, 1970, p. 27: Richterrecht como “palavra mágica”; é equivocada a conclusão de que “consequências jurídicas devam ser extraídas do conceito”.

<sup>12</sup> Com essa terminologia, *A. H. Albrecht* FS-Denckner, 1 e ss., 3.

<sup>13</sup> Ver em detalhes *Heck*, Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekämpfen?, in: *Ellscheid/Hassemer*, Interessenjurisprudenz, 1974, p. 41 e ss.,

ou abuse of definition<sup>14</sup>. O modesto conceito de *alteração jurisprudencial* é suficientemente preciso e não antecipa nenhuma tomada de posição – nada se diz, até aqui, sobre se tal alteração deve ou não retroagir –, razão pela qual deve ser preferido em detrimento de seus rivais.

#### 4. O caminho da investigação

Uma resposta ao questionamento proposto exige que o problema seja inicialmente inserido no contexto atual, em que se verifica a substituição da compreensão estática do princípio da legalidade por uma compreensão dinâmica (abaixo II.). Após, a posição tradicional, que rechaça in totum a possibilidade de extensão da proibição de retroatividade às alterações jurisprudenciais deve ser exposta e criticada (abaixo III.), para, então, chegar-se à posição intermediária, que, com base na ideia de proteção da confiança, admite excepcionalmente o alargamento do campo de atuação da proibição de retroatividade (abaixo IV.). Demonstrada a insuficiência da posição intermediária, enfim chegar-se-á à fundamentação da própria posição, no sentido de que há duas espécies de jurisprudência: a jurisprudência concretizadora de injusto penal e a jurisprudência constitutiva de injusto penal. Apenas a última deve estar proscrita de retroagir em desfavor do acusado (abaixo V.).

### II. A atualidade do problema

#### 1. A nova compreensão do princípio da legalidade

Karl Binding controverteu-se intensamente, no primeiro volume de suas Normas, com o argumento dominante de que haveria uma espécie de direito adquirido do autor à *lei penal* do

---

p. 42 e s; sobre os riscos desse modo de argumentar, em torno da necessidade de distinção entre o conceito de pena e os pressupostos de legitimidade desta, ver *Greco*, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, Berlin, 2009, p. 275 e ss.

<sup>14</sup> *Hart*, *Prolegomena*, in: *Punishment and responsibility*, 2.<sup>a</sup> ed., 2008, p. 5-6.



tempo da prática do fato<sup>15</sup>. Binding, como se sabe, rechaçou tal possibilidade<sup>16</sup>. À época, em 1872, não se cogitava da possibilidade de postulação de um suposto direito do autor à *jurisprudência* do tempo da prática do fato. O verdadeiro *impulso inicial* para que a temática ingressasse na pauta jurídico-penal não se deve diretamente aos influxos de teses metodológicas sobre o papel criativo do juiz ou sobre a porosidade ínsita à linguagem, mas sim a fato mais mundano e menos espetaculoso: o já referido (acima I., 2., (a)) caso da redução de taxa de alcoolemia no sangue, em 1966, julgado pelo *Bundesgerichtshof*, que atinou os penalistas para o fato de que, eventualmente, a jurisprudência estaria se aproximando indevidamente de um mister propriamente legislativo. Após o impulso inicial, a discussão desenvolveu-se timidamente, em esparsas, mas interessantes, manifestações (abaixo II., 4.; III.).

O problema, que também ocupa a literatura portuguesa<sup>17</sup>, tornou-se especialmente *atual* na discussão alemã recente. Poder-se-ia apontar como razões para tal atualidade o iniludível protagonismo contemporâneo da jurisprudência na produção do direito<sup>18</sup> ou a acentuação da secular incerteza em torno dos métodos

<sup>15</sup> *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Vo. I., Leipzig, 4.<sup>a</sup> ed., 1922 (1.<sup>a</sup> ed., 1872), p. 169 e ss., p. 172 e ss., p. 175 e s.

<sup>16</sup> Cf. nota acima. Manifestei-me a esse respeito em estudo ainda inédito: *Leite*, Die Normentheorie Bindings und die Strafrechtsdogmatik, München, 2010, 92 páginas.

<sup>17</sup> Sem pretensão de exaurir toda a bibliografia existente, ver especificamente sobre o tema *Castanheira Neves* in: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Eduardo Correia 1984, Coimbra, 307 e ss., 325 e ss.; *Palma* in *Palma e outros* (Org.), Jornadas sobre a revisão do Código Penal, Lisboa, 1998, p. 414 e ss.; *N. Brandão Liber Discipulorum* para Figueiredo Dias 2003, p. 1289 e ss.; *Figueiredo Dias*, Direito Penal I, p. 197 e s.

<sup>18</sup> *Mattil* GA 1965, 129 e ss., 135; *Schünemann* in: Achterberg (Org.), Rechtsprechungslehre, 1986, p. 461 e ss., 462; *Schünemann* FS-Klug Volume I 1983, 169 e ss., 174; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8 ed. 2006, p. 113: “Transposição da tônica, do direito legal para o direito judicial”; *Krey* Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977, p. 90 e ss.; *Fiandaca*, El Derecho penal entre la Ley y el Juez, Madrid, 2013, p. 49 e ss.; *Donini*, Europeismo Giudiziario e Scienza Penale, Milano, 2011, p. 49 e ss., 53 e ss., 63 e ss., 77 e ss.; *Burmeister*, Vertrauensschutz im Prozeßrecht, 1979, p. 1 e ss., 14; *Sauer* in: Roellecke (Org.), Zur Problematik der höchstrichterlichen Entscheidung, 1982, p. 92 e ss., 113; *Rüthers* NJW 2005, 2759 e ss.; *idem*. JZ 2006, 53 e ss., 60; *Roellecke* in: Roellecke (Org.) (n. 18), p. 1 e ss., 18 e ss.: “quase legislador”; *Gross* (n. 4), p. 4; note-se também que a enunciação do tenor, das chamadas Leitsätze, das decisões de Tribunais

de interpretação e, em decorrência disso, os dilemas em torno da aplicação do direito<sup>19</sup>. A metodologia do direito contemporânea oferece valiosas páginas a esse respeito<sup>20</sup>. O fator mais imediato e determinante a indicar a especial atualidade da temática em matéria penal é todavia outro, a saber: *a nova compreensão do princípio da legalidade* e de seus conhecidos corolários. A compreensão clássica do princípio da legalidade vem sendo aos poucos reformulada, e à clássica *compreensão estática* de outrora vem se opor uma moderna *compreensão dinâmica*.

## 2. A compreensão estática

A *compreensão estática* era dotada de uma – chamemo-la assim – simplicidade postal: para cada corolário do princípio da legalidade havia um respectivo destinatário exclusivo. Assim, a proibição de analogia e a proibição de fundamentação ou agravamento da punibilidade por meio da utilização de direito consuetudinário dirigiram-se ao *juiz*; o mandamento de determinação e a proibição de retroatividade, por sua vez, ao *legislador*. Dentro desse quadro, de fato, fazia pouco sentido estender a proibição de retroatividade também às alterações jurisprudenciais, de modo que não chega a surpreender que tal questionamento tenha sido apenas marginalmente colocado pela doutrina e que tenha encontrado pouca ressonância na jurisprudência.

---

superiores também assemelha-se, por vezes, à redação legislativa, como se pode ver no caso da interrupção de tratamento médico (*Behandlungsabbruch*) julgado pelo *Bundesgerichtshof* (BGHSt 55, 191).

<sup>19</sup> Naucke, *Zur Lehre vom strafbaren Betrug*, 1964, p. 182 e ss., 202 e ss., 204; Schönemann FS-Klug Volume I, 169 e ss., 174: “sincretismo metodológico”; sobre o imemorial problema da hierarquia dos métodos de interpretação ver Simon, (n. 3) p. 24 e ss., 585, 599: “como em um microscópio, as alterações jurisprudenciais podem escancarar a utilização variável da metodologia do direito”; atualmente, fala-se no problema da chamada “interpretação normativa”: F. C. Schroeder JZ 2011, 187 3 e ss.; Engländer in: Engländer e outros (Org.), *Strafverteidigung – Grundlagen und Stolpersteine*, 2012, p. 85 e ss.; adicione-se a esse quadro o fato de nunca ter sido satisfatoriamente desenvolvida uma “teoria da legislação”; ver sobre esse último aspecto Noll, *Gesetzgebungslehre*, 1973, p. 9 e ss., 57 e ss.; Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, 2013, p. 13 e ss.

<sup>20</sup> Ver Castanheira Neves in: *Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Eduardo Correia* 1984, Coimbra, 307 e ss.; especificamente sobre o tema ver Neumann FS-Beulke 2015, 197 e ss., 200 e ss.

### 3. A compreensão dinâmica

A *compreensão dinâmica* conheceu seu ápice na decisão de 2010 do *Bundesverfassungsgericht* (BVerfGE 126, 170, 199)<sup>21</sup>, que respondeu afirmativamente ao questionamento a respeito da constitucionalidade do tipo penal da *Untreue* (§ 266 StGB, correspondente à infidelidade patrimonial portuguesa, art. 224.º CP), sob a alegação de que o tipo penal respeita o mandamento de determinação que se extrai do princípio da legalidade (Art. 103 II GG). Nessa decisão, o *Bundesverfassungsgericht* avançou duas considerações altamente relevantes: Em primeiro lugar, (a) a Corte alemã compreendeu que o mandamento de determinação se dirige também ao juiz, que deve auxiliar o legislador na tarefa de precisar o conteúdo dos tipos penais, de modo que, ao longo do tempo, um tipo penal indeterminado possa tornar-se determinado por meio da construção de uma jurisprudência consolidada que, por sua vez, solidifique conceituações gerais aplicáveis a grupos de casos. A essa tarefa dirigida aos juízes deu-se o nome de *mandamento de precisão* (*Präzisierungsgesbot*). Na mesma decisão, embora sem indicar critérios mais precisos, (b) a Corte alemã afirmou que essa exigência poderia traduzir-se em alguns cuidados a serem tomados em face de alterações jurisprudenciais,<sup>22</sup> que deveriam ocorrer de tal forma que a confiança dos cidadãos na estabilidade do direito seja levada em consideração. Nesse contexto, surge o argumento de que logo me ocuparei, qual seja o da *proteção da confiança* dos cidadãos na estabilidade das decisões judiciais (abaixo IV). Em 2011, o *Bundesverfassungsgericht* admitiu em *obiter dictum* a possibilidade da extensão da proibição de retroatividade às alterações jurisprudenciais<sup>23</sup>. Aquela simplicidade postal parece não mais existir .

<sup>21</sup> Embora já tivesse sido esboçada anteriormente: BVerfGE 93, 266, 292.

<sup>22</sup> BVerfGE 126, 170, 199; em detalhes, *Beckemper* ZJS 2011, 88 e ss.; *Fischer* StV 2010, 95 e ss.; *Saliger* NJW 2010, 3195: “decisão fundamental”; *Kraatz* JR 2011, 434 e ss.; *Kuhlen* JR 2011, 246 e ss.; *Böve* Jura 2011, 617 e ss.; *Krüger* NStZ 2011, 369 e ss.; *Safferling* NStZ 2011, 376 e ss.; *Kudlich* ZWH 2011, 1 e ss.; *Schulz* FS-Roxin 2011, 305 e ss.; *Basak* in: Brunhöber e outros (Org.), *Strafrecht und Verfassung*, 2013, p. 71 e ss.; sobre as consequências da decisão para os outros corolários do princípio da legalidade ver *Wittig* ZIS 2011, 660 e ss.; especificamente sobre o problema da retroatividade da jurisprudência, *A. H. Albrecht* FS-Denckner 2012, 1 e ss., 2.; por último, *Neumann* FS-Beulke 2015, 197 e ss.

<sup>23</sup> BVerfG 2 BvR 1230/10 (1.ª Câmara do segundo Senado) = HRRS 2011 Nr. 737; em detalhes sobre a decisão, *Kuhlen* HRRS 2012, 114 e ss.; *idem.* in:

Essa *nova compreensão do mandamento determinação*, evidentemente, produz os seus efeitos na extensão da proibição de retroatividade<sup>24</sup>. Sobre a relação de complementaridade entre os dois corolários muito já se escreveu (cf. abaixo V., 1.). A nós interessa sobremaneira uma dedução de natureza lógica: *se* a jurisprudência pode salvar tipos penais indeterminados e, assim, co-constituir, ao lado do legislador, a norma de conduta, que só a partir da intervenção de decisões judiciais passa a ser considerada *legalmente determinada* nos termos do Art. 103 II GG, *então* a proibição de retroatividade deveria dirigir-se igualmente à jurisprudência que torna o tipo penal determinado<sup>25</sup>. A bem de se ver, essa tarefa atribuída aos juízes e Tribunais não visa apenas a garantir maior certeza do direito para os cidadãos, mas também a salvar tipos penais que mereceriam, doutro modo, o rótulo de inconstitucionais<sup>26</sup>. O conceito de “legalmente determinada” passa a ser constituído pela soma das intervenções do legislador e da jurisprudência. Afinal, se apenas o labor jurisprudencial ao longo do tempo é que operou a transformação de um tipo penal indeterminado – e, assim, “liminarmente inconstitucional” – para um tipo penal determinado, então há no labor jurisprudencial algo de inaugural e originário, que o aproxima do labor genuinamente legislativo. O desafio atual é o de tirar conclusões dessa relevante consideração.

A discussão, considerada marginal no quadro da compreensão estática, passa a ser, portanto, *urgente* diante da nova compreensão dinâmica do princípio da legalidade.

---

Hilgendorf (Org.), *Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht*, 2013, p. 45 e ss., 62.; já em 1990 o *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG NStZ 1990, 537) havia admitido a possibilidade de irretroatividade de jurisprudência que promovesse uma alteração da valoração jurídica, um critério que será discutido abaixo V., 2.

<sup>24</sup> Também discute-se atualmente e a proibição de analogia não se dirige, em alguma medida, também ao legislador; a esse respeito, em detalhes, *Greco* GA 2012, 452 e ss.

<sup>25</sup> “Caso ele (o juiz) interfira ativamente na determinação do direito penal, então afigura-se clara a hipótese de submetê-lo à proibição de retroatividade”, *Kuhlen* in: Kudlich e outros (Org.), *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, 2012, p. 429 e ss., 438, com uma fundamentação “realista”; *idem.* FS-Otto 2007, 89 e ss., 100 e ss.; *idem.* in: Hilgendorf (Org.) (n. 23), p. 45 e ss., 62 e s.; MK-*Schmitz* § 1 StGB 2003, nm. 33 e ss.; *Kunig* in: v. Münch/Kunig, GGK II 6. ed. 2012, Art. 103, nm. 32a; *Pieroth* in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 12. ed. 2012, Art. 103, nm 66; ver também *Basak* in: Brunhöber e outros (Org.) (n. 22), p. 71 e ss., 86 e s.

<sup>26</sup> Assim, *Neumann* FS-Beulke 2015, 197 e ss. 198 e s.

#### 4. Estado atual da discussão

O *estado atual da discussão* caracteriza-se pela existência de *três consensos* e de uma *incerteza fundamental*:

Há *consenso* sobre (a) a igualdade fática, desde a perspectiva do cidadão, quanto aos efeitos das alterações legislativas e jurisprudenciais<sup>27</sup>. Sob o prisma do efeito causado, ao acusado pouco importa o fato de o agravamento de sua situação ter sido ocasionado por alteração legislativa ou jurisprudencial. Também reconhece-se amplamente que (b) representa flagrante injustiça a punição irrestrita do cidadão surpreendido<sup>28</sup>, com o que se costuma mencionar o erro sobre a ilicitude (§ 17 StGB; art. 17.º CP Português) como solução possível, uma espécie de “solução resignada baseada em sentimento de justiça”<sup>29</sup>. Reconhece-se, de

<sup>27</sup> *Baumann*, Strafrecht, AT 7. ed. 1975, p. 124: “Uma forte reviravolta na jurisprudência pode pesar mais, dentro de determinadas circunstâncias, do que uma ínfima alteração legislativa”; *W. Knittel*, Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung, 1965, p. 22; assim também *Krey* (n. 18), p. 94 e ss., 96; *Kublen* (n. 1), p. 378; *Müller-Dietz* FS-Maurach 1972, 41 e ss., 43; *Zielinski* FS-Grünwald 1999, 811 e ss., 812 e ss., 815; *Robbers* JZ 1988, 481 e ss.; *Neumann* FS-Beulke 2015, 197 e ss., 198; *N. Brandão* Liber Discipulorum para Figueiredo Dias 2003, p. 1289 e ss., 1302 e ss.; *Juratowitch*, Retroactivity and the Common Law, Oxford, 2008, p. 120 e s.; *Cirino dos Santos*, Direito Penal, 1. ed. 2006, Curitiba/Rio de Janeiro, 2006, p. 54 e s.; *Busato*, Direito Penal, São Paulo, 2013, p. 140 e ss.; esse argumento foi avançado pelos reclamantes no caso julgado pela Corte Constitucional alemã em 1990 (BVerfG NStZ 1990, 537): “A nova determinação dos limites da incapacidade absoluta para dirigir possui o efeito de uma alteração legislativa”; sobre a chamada “validade fática dos precedentes” ver as observações de *Welzel*, An den Grenzen des Rechts, 1966, p. 17 e s, especialmente n. 54.

<sup>28</sup> Mesmo um grande opositor da solução reconhece esse fato: *Tröndle* FS-Dreher, 117 e ss., 135 e s.; ver também *Otto* FS-BGH Volume IV, 111 e ss., 115 e s.: “De toda maneira, permanece um mal-estar quando uma alteração de jurisprudência consolidada produz efeitos retroativos (...)”; *Kisker*, Die Rückwirkung von Gesetzen, 1963, p. 124 e ss.; *Haffke*, Das Rückwirkungsverbot des Art. 103 II GG bei Änderung der Rechtsprechung zum materiellen Recht, 1970, p. 212 e ss., 216 e ss., 228 e s.; *Burmeister* (n. 18) p. 1 e ss., 28.

<sup>29</sup> Veja-se *Stratenwerth/Kublen*, Strafrecht, AT. 6. ed., 2011, § 3, nm 31; *Castanheira Neves* in: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Eduardo Correia 1984, Coimbra, 307 e ss., 325 e ss., 333; *Figueiredo Dias*, Direito Penal I, p. 197 e s.; *N. Brandão*, Liber Discipulorum para Figueiredo Dias 2003, p. 1289 e ss., 1307; *W. Knittel* (n. 27), p. 41; *Grunsky* (n. 11), p. 18 e s.; *Burmeister* (n. 18), p. 1 e ss., 36; digna de leitura é também a decisão do OLG Köln NJW 2012, 2128, que afirmou, decidindo um impasse existente na doutrina e jurisprudência, estar preenchido o

outro lado, (c) a impossibilidade de ampliação irrestrita da proibição de retroatividade para toda e qualquer alteração jurisprudencial, com o que se causaria uma indesejável petrificação da jurisprudência e um imobilismo dos conceitos jurídicos, produzidos necessariamente a partir da interação entre legislação, jurisprudência e doutrina. Ninguém parece defender seriamente que toda e qualquer alteração jurisprudencial deve estar proscrita de retroagir.

Resta a *incerteza fundamental* quanto ao critério distintivo para uma possível admissão parcial da irretroatividade de algumas decisões judiciais, solução que se afigura desde logo como a mais razoável. É dessa incerteza que quero me ocupar.

### III. A posição tradicional: inadmissibilidade do alargamento do âmbito de proteção da proibição de retroatividade

Uma admissão parcial da ampliação da proibição de retroatividade deve partir de uma crítica à posição tradicional. Essa posição, embora venha sendo cada vez mais intensamente questionada por setores relevantes, ainda mantém-se firme no sentido de restringir a proibição da retroatividade às alterações legislativas. Os argumentos em favor da posição tradicional não são definitivos e, ao fim, não se mostram capazes de evitar uma admissão parcial da irretroatividade de algumas decisões judiciais. Esses argumentos, contudo, possuem parcela de razão – daí ser também a solução diametralmente oposta, a da admissão total, insustentável –, e devem, por isso, ser levados em consideração na construção de uma solução racional do problema. É possível mencionar, no mínimo, *quatro argumentos* contrários ao alargamento do âmbito de proteção da proibição de retroatividade, a saber: o argumento legalista (1.); o argumento dedutivista (2.); o argumento essencialista (3.) e o argumento processual (4.).

---

tipo de lesão corporal (§ 223 I StGB) no caso de “circuncisão” (Knabenbeschneidung), porém reconheceu o erro de proibição inevitável do acusado.

## 1. O argumento legalista

A Constituição alemã e a Constituição portuguesa exigem que a punição esteja *legalmente determinada* antes do fato<sup>30</sup>. Nada se diz a respeito da jurisprudência. Esse argumento parte de uma retrógrada visão isolacionista da lei – não deixa de ser irônico que se recorra a um argumento de exegese gramatical precisamente no tema que se está a discutir. Diante da nova compreensão dinâmica no princípio da legalidade, esse argumento passa a ser obsoleto, pois a própria literatura e jurisprudência contemporâneas flexibilizaram o conceito de *lei determinada* de tal modo a incorporar a existência de uma jurisprudência consolidada como objeto da avaliação da constitucionalidade da incriminação. Como se viu, a avaliação da constitucionalidade de um tipo penal suspeito de violar a exigência de determinação que decorre do princípio da legalidade inclui a letra do texto produzido pelo legislador e o labor jurisprudencial (BVerfGE 93, 266, 292; 126, 179, 199).<sup>31</sup> Essa parece ser, de fato, a forma mais compatível de enxergar a realidade jurídica e corresponde à opinião de Faria Costa, em Portugal, no sentido de “que a construção ou a gênese da norma e sua imprescindível interpretação apareçam e se mostrem como etapas fundamentais para uma correcta visão normativa”<sup>32</sup>. Ora, esse mesmo conceito amplo de lei válido para o mandamento de determinação deve valer para a proibição de retroatividade<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> *Rudolphi* (n. 11), p. 97 e ss.; ironicamente sobre esse argumento, *Naucke*, KritV – Sonderheft, W. Hassemmer zum 60. Geburtstag 2000, 132 e ss., 133: “Retroatividade de alterações jurisprudenciais prejudiciais? Problema algum. O Art. 103 II GG atinge em sua literalidade apenas a legislação”.

<sup>31</sup> Dessa forma, a redação um tanto lacônica do tipo penal alemão de injúria (§185 StGB) seria de ser considerada determinada, na medida em que foi concretizada “por meio de uma jurisprudência secular e, no essencial, uníssona”: BVerfGE 93, 266, 292; a esse respeito LK-*Dannecker* § 1, 12. ed. nm 185 e ss.; o Bundesgerichtshof também ampliou o conceito de lei ao responder a pergunta sobre a vinculação do ministério público à jurisprudência dominante dos Tribunais superiores (BGHSt 15,155); a esse respeito ver *W. Knittel* (n. 27), p. 18 e s.; ver *Stahl*, Die Bindung der Staatsgewalten an die höchstrichterliche Rechtsprechung, 1973, p. 169 e ss.; em detalhes, mais recentemente, *Breneselovic*, Die Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung, 2013, p. 27 e ss.

<sup>32</sup> *Faria Costa* RLJ n. 3933, Coimbra, 2002, 354 e ss., 355.

<sup>33</sup> Por um conceito amplo de lei penal determinada, que também abrange a aplicação do direito, ver a tese de *Hettinger/Engländer* FS-Meyer-Göfner, 145 e ss., 154, baseada em preceitos da filosofia da linguagem.

Caso essa interpretação extensiva da exigência de determinação legal não seja aceita, nada impede a proposição de uma aplicação analógica do art. 103 II GG em favor do acusado, de modo que, de novo, o argumento legalista perde força. O caminho da aplicação analógica possui a vantagem de destacar a divisão funcional entre legislação e jurisprudência, um argumento relevante na discussão, como se verá (abaixo V.)<sup>34</sup>.

## 2. O argumento dedutivista

Alguns autores buscam deduzir as soluções do problema de teorias metodológicas. A decisão judicial seria mero ato de conhecimento, e não ato de criação do direito. A “nova” decisão seria a decisão correta, apenas tardiamente reconhecida<sup>35</sup>, de modo que o acusado não poderia reportar-se à antiga e incorreta interpretação<sup>36</sup>. Dessa consideração decorre outra, no sentido de que, precisamente por ter estado desde sempre na lei, ainda que recôndita, tal “nova” interpretação seria previsível ao acusado. Esse argumento padece de grande ingenuidade metodológica<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Assim, *Schreiber* JZ 1973, 713 e ss., 715; ver também *Straßburg* ZStW 82 (1970), 948 e ss., 965 e s.

<sup>35</sup> Assim, por exemplo, *Roxin* AT I, § 5 nm 61; *Rudolphi* (n. 11), p. 98 e ss.

<sup>36</sup> *Bockelmann*, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 3. Volume AT 37. Reunião, 1958, p. 288 e ss., 289; *Ha*, Belastende Rechtsprechungsänderungen und die positive Generalprävention, 2000, p. 245 e s; em Portugal, ver também *Palma* in *Palma* e outros (Org.), Jornadas sobre a revisão do Código Penal, Lisboa, 1998, p. 414 e ss.

<sup>37</sup> Ver *v. Weber*, Rechtseinheit und Rechtsprechung, 1929, p. 4; *idem*. DJZ 1931, 664 e ss.; *W. Küper*, Die Richteridee der Strafprozessordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen, 1967, p. 1 e ss; *Rottleuthner*, Richterliches Handeln, 1973, p. 1 e ss., 7 e ss.; *Noll* (n. 19), 57 e s.; *Larenz*, FS-Henkel 1974, 31 e ss.; *Fikentscher*, Methoden des Rechts IV, 1977, p. 202 e ss., 313 e ss.: teoria da norma do caso (Fallnorm); *Castanheira Neves* Boletim da Faculdade de Direito 74, Coimbra, 1998, 10 e ss.; *Tavares*, ADPCP 1987, Madrid, 753 e ss., 763 e ss.; *J. Vogel*, Norm und Pflicht, 1993, 313 e ss., 326 e ss.; *Faria Costa* RLJ n. 3933, Coimbra, 2002, 354 e ss., 364 e ss. *Puppe* FS-Rudolphi 2004, 231 e ss., 232.; *Roxin*, AT I, § 5, nm 27; *Silva-Sánchez* in: Kudlich e outros (n. 25), p. 55 e ss., 57 e s.; *Ortiz de Urbina*, ebd., p. 87 e ss., 91 e ss.; *Gnastini*, Il diritto come linguaggio, 2. ed. 2006, Torino, p. 127 e ss.; *di Giovine*, L'interpretazione nel Diritto penale, Milano, 2006, p. 6 e ss.; da mesma forma, a tradição hermenêutica: *Gadamer*, Wahrheit und Methode, 7. ed. 2010, p. 270 e ss., 330 e ss.; *Arthur Kaufmann*, Analogie und Natur der Sache, 2. ed. 1982; *Hassemer*, Tatbestand und Typus, 1968, p. 160 e ss.; exagerado, todavia, *Grasnick* GA 2000, 153 e ss., 155: “Temos apenas Richterrecht”; contrariamente,



Nem sequer Feuerbach, no final do século XVIII, deixou de reconhecer limitado papel criador do juiz no momento de interpretar a lei: “*Richter sind keine Decretirmaschinen*”<sup>38</sup>. A divisão dura entre texto e norma sempre teve status de proposição normativa, nunca de proposição descritiva. O questionamento sempre foi de natureza quantitativa, não qualitativa. De outro lado, não se pode incorrer no já mencionado famoso equívoco da jurisprudência dos conceitos. Em razão disso é que não se pode partir para o extremo oposto, qual seja o de, por exemplo, a partir da admissão de um *Richterrecht* como fonte do direito, estender a proibição de retroatividade indistintamente a qualquer alteração jurisprudencial<sup>39</sup>. Qualquer solução puramente dedutivista, que não esteja aberta à relação dialética entre sistema e problema concreto<sup>40</sup>, deve ser rechaçada.

### 3. O argumento essencialista

O argumento essencialista pode ser dividido em duas considerações. A primeira é a de que a (a) jurisprudência é essencialmente retroativa, pois decide casos já ocorridos e não

---

de maneira correta, *Neumann*, GA 2000, 41 e ss., 43 e s.; a rigor, apenas essa abertura para a atividade interpretativa do juiz é que permite que o problema de que tratamentos sequer seja colocado: *Roellecke* in: *Roellecke* (Org.) (n. 18), p. VII; *Gross* (n. 4), 19 e ss.; *Schreiber* JZ 1973, 713 e ss.; *Castanheira Neves* in: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Eduardo Correia 1984, Coimbra, 307 e ss., 325 e ss.; *Neumann* ZStW 103 (1991), 331 e ss., 341.

<sup>38</sup> *Feuerbach*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts II, 1800, p. XLI.; a esse respeito ver o estudo exaustivo de *Greco* (n. 13), p. 52 e ss.

<sup>39</sup> Assim, todavia, *Puppel* FS-Rudolphi, 231 e ss., 232.; *idem*. AT, § 19, nm. 5; também a tentativa ambiciosa de *Kähler* de formular uma teoria geral das alterações jurisprudenciais tende ao fracasso ao desconsiderar os problemas específicos de cada ramo, como é o caso da especial relevância do princípio da legalidade para o direito penal: *Kähler*, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. ed. 2011, p. 15 e ss.; sobre as relações entre direito constitucional e direito penal ver os estudos de *Greco* in: Brunhöber entre outros (Org.) (n. 22), p. 13 e ss. e de *Kublen* in: Estudos em homenagem a Figueiredo Dias I, Coimbra, 2009, p. 401.

<sup>40</sup> Sobre a relação entre sistema e problema ver *Roxin*, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2.<sup>a</sup> ed., 1973, p. 10 e ss.; *Schünemann* JA 1975, 435 e ss., 436; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981, p. 22: “primado genético” do problema sobre o sistema.

formula regras gerais vinculantes erga omnes<sup>41</sup>. Uma extensão da proibição da retroatividade poderia ter como consequência solidificação de entendimentos equivocados<sup>42</sup>. Adicionalmente, o argumento essencialista aduz que as ordens jurídicas da civil law não conhecem uma vinculação jurídica obrigatória a precedentes.<sup>43</sup> Os precedentes, especialmente aqueles de Tribunais superiores, seriam no máximo uma razão para seguir aquele entendimento, a ser confrontada com outras razões. A possibilidade de divergência e de alteração permaneceria, doutro modo a jurisprudência estaria proibida de aprender com os seus erros.<sup>44</sup> O juiz é independente (Art. 97 I GG) e está submetido apenas à lei, e não à jurisprudência de Tribunais. Mesmo quando os juízes “criam” direito, por exemplo, nas instâncias superiores de revisão, a nova interpretação jurídica possui validade inter partes e não erga omnes (§ 358 StPO).<sup>45</sup> Enfim, os juízes, ao contrário do legislador, não formulam regras gerais com vistas ao futuro<sup>46</sup>. A primeira consideração não convence, pois acaba por confundir a referência aos fatos passados que o mister judicial necessariamente possui com a aplicação retroativa de novos entendimentos

<sup>41</sup> Fundamental, *Radbruch*, *Der Geist des englischen Rechts*, 1956 (1. ed. 1946), p. 22 e ss., 57 e ss., 60, n. 1; a esse respeito, com posições diversas, *Tröndle* FS-Dreher, 117 e ss., 133; *Rudolph* (n. 11), p. 97 e ss.; *Krey*, *Keine Strafe ohne Gesetz*, 1983, p. 119, n. 385.

<sup>42</sup> Assim, por exemplo, *Haffke* (n. 28), p. 228; *Rudolph* (n. 11), p. 97 e ss.; *Lemmel*, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege*, 1970, p. 168 e ss.; *Schiinemann*, *Nulla poena sine lege?*, 1978, p. 28 e s.: “petrificação”; *Hassemer*, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2. ed. 1990, p. 263; *Nolte* in: *Mangoldt/Klein/Starck*, GG III 6. ed., Art. 103, nm. 120.

<sup>43</sup> Nesse sentido, *Binding* DJZ 1911, 554 e ss.; *Huber* GS 80 (1913), 186 e ss.; *Stammler*, *Der Richter*, 1924, p. 71 e s.; *Beling*, *Deutsches Reichsstrafprozeßrecht*, 1928, p. 48 e s.; *Sauer*, *Juristische Methodenlehre*, 1940, p. 383, 390 e ss.; *Meier-Hayoz*, *Der Richter als Gesetzgeber*, Zürich, 1951, p. 5, 23 e ss., 185 e ss.; *Eh. Schmidt*, *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz I*, 1964, p. 270 e s.; *Lemmel* (n. 42), p. 146 e s.; *Larenz* FS-Henkel, 31 e ss., 33; *Fikentscher* (n. 37), p. 336 e ss.; *Koch/Rüßmann*, *Juristische Begründungslehre*, 1982, p. 186 e ss.; *Hilbert* JZ 2013, 130 e ss., 134; *Fischer* in: *Roellecke* (Org.) (n. 18), p. 368 e ss., 372 e ss., 383 e s.; assim também *v. Weber* (n. 37), p. 11, n. 13.

<sup>44</sup> *Jakobs* AT, 2. ed., 1. Livro, 2. Cap., nm. 80; *v. Weber* (n. 37), p. 7.; em Portugal, ver o estudo valioso de *N. Brandão* *Liber Discipulorum para Figueiredo Dias* 2003, p. 1289 e ss.

<sup>45</sup> A esse respeito ver *Woblers*, SK-StPO § 358, nm. 5.

<sup>46</sup> Assim, *Stree*, *Deliktsfolgen und Grundgesetz*, 1960, p. 79.

jurídicos.<sup>47</sup> Uma extensão da proibição de retroatividade não traz como consequência lógica a proibição de que a jurisprudência altere os seus posicionamentos.<sup>48</sup> Esse argumento repete a visão estática e anacrônica da relação entre legislação e jurisprudência. Evidentemente, o mister essencial da jurisprudência repousa na solução justa dos casos concretos e nenhuma solução alternativa parece propor algo diverso disso. Além disso, negar qualquer dignidade normativa às proposições – ao menos às *rationes decidendi* – contidas em decisões judiciais de determinado grau é equivocado<sup>49</sup>, na medida em que parte de uma visão míope da atual realidade jurídica. Ainda que não haja no ordenamento jurídico português e alemão (à exceção do § 31 BVerfGG – decisão que declara a inconstitucionalidade<sup>50</sup>) vinculação obrigatória a precedentes, há que se reconhecer que, se a existência fática de uma jurisprudência consolidada ou de uma decisão de fixação de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça português (ver art. 445, 3. CPP português<sup>51</sup>) possui grande força persuasiva – isto é,

<sup>47</sup> *Hettinger/Engländer* FS-Meyer-Goßner, 145 e ss., 157.

<sup>48</sup> Corretamente, *Neumann ZStW* 103 (1991), 331 e ss., 340: “Não se trata de perguntar-se sobre a possibilidade de se divergir da jurisprudência atual, mas sobre se isso pode ocorrer com efeitos retroativos”; assim também *Grunsky* (n. 11), p. 9; sobre a possibilidade de adotar um novo modelo de decisão, como a decisão de alteração com efeitos *ex nunc*, ver *Kohlmann*, *Der Begriff des Staatsgeheimnisses* (§ 93 StGB und § 99 Abs. 1 StGB a. F.) und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften (Art. 103 Abs. 2 GG), 1969, p. 289 e ss.; *Straßburg ZStW* 82 (1970), 948 r dd., 967; *Neumann ZStW* 103 (1991), 331 e ss., 356; ver logo abaixo 4.

<sup>49</sup> *Kähler* (n. 39), p. 214; anteriormente já *Engisch*, *Einführung in das juristische Denken*, 11. ed. 2010, p. 307 e ss., 310 e s.; ver também *Puppe* (n. 3), 17: “Uma mudança de entendimento de nossos Tribunais superiores ocorre raramente”; *Rengier* FG-50 Jahre Bundesgerichtshof 2000, 467 e ss., 469; em detalhes, *Simon* (n. 3), p. 588 e ss.; *J. Vogel* (n. 11), p. 84 e ss.; *Kuhlen* (n. 1), p. 377 e s.: “Precedentes são passíveis de alteração, mas apenas sob estritos pressupostos”; ver a investigação empiricamente fundamentada de *Kudlich/Christensen*, *Die Methodik des BGH in Strafsachen*, 2009, p. 38 e ss., 56 e ss. (sobre a relevância de decisões anteriores); *Germann* in: *Germann, Methodische Grundfragen*, 1946, p. 54 e ss., 58 e s.; *Neumann ZStW* 103 (1991), 331 e ss., 339; assim também *A. H. Albrecht* FS-Denckner, 1 e ss., 11.

<sup>50</sup> Sobre os efeitos vinculantes do § 31 BVerfGG ver o estudo fundamental de *Kriete*, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. ed., 1976, p. 290 e ss.; *Schlüchter* (n. 3), p. 25 e ss.; *K. Lange* JuS 1978, 1 e ss.; *Tröndle* FG-50 Jahre Bundesgerichtshof 2000, 527 e ss., 529 e ss.

<sup>51</sup> Sobre essa regra processual ver de *N. Brandão* *Liber Discipulorum* para *Figueiredo Dias* 2003, p. 1289 e ss.

apenas pode ser afastada diante de novos e fortes argumentos (vinculação negativa), e isso parece incontroverso há tempos<sup>52</sup> —, então está-se diante de uma *consideração jurídica*, e não meramente fática: a existência de uma jurisprudência consolidada é a priori uma razão jurídica para a sua manutenção<sup>53</sup>. Na já mencionada decisão a respeito da constitucionalidade da *Untrene* (acima II., 2.) o *Bundesverfassungsgericht*, ao dirigir aos juízes o chamado mandamento de precisão das leis penais, indicou que parte dessa tarefa repousa na “construção de premissas gerais referidas a grupos de casos”.<sup>54</sup> Alguns enxergam que tal decisão formulou mesmo uma espécie de “proibição de alteração” (*Abweichungsverbot*) dirigida aos Tribunais inferiores e aos juízes<sup>55</sup>. De alguma maneira,

<sup>52</sup> Há tempos com essa posição, *v. Weber* (n. 37), p. 13; *W. Knittel* (n. 27), p. 14; ver também *Neumann ZStW* 103 (1991), 331 e ss., 336: “diagnóstico praticamente incontesté”; no mesmo sentido, *Schmitt*, *Gesetz und Urteil*, 2. ed. (1. ed. 1912), 1969 p. 106 e s.; *Schlüchter FG-50 Jahre Bundesgerichtshof* 2000, 933 e ss., 938; *Straßburg ZStW* 82 (1970), 948 e ss., 954 e ss.; *Hassemer* in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Org.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 8. ed. 2011, S. 263 e ss.; sob o ponto de vista histórico, ver o estudo informativo de *Weller*, *Die Bedeutung der Präjudizien im Verständnis der deutschen Rechtswissenschaft*, 1979, p. 17 e ss., p. 106 e ss.

<sup>53</sup> *Neumann ZStW* 103 (1991), 331 e ss., 338 e s.; *idem*, FS-Beulke 2015, 197 e ss.; 201; *Kriele* (n. 50), p. 160 e ss., 243 e ss.: “presunção causada pelo precedente”; *Arndt*, *Probleme rückwirkender Rechtsprechungsänderung*, 1974, p. 1 e s.: “Durante os 12 anos, por exemplo, em que o BGH manteve-se no patamar de 1,5 de taxa de alcoolemia, entre muitos milhares de casos decididos, há conhecimento de que apenas 4 Tribunais inferiores divergiram desse limite”; ver o já bastante citado estudo de *v. Weber* (n. 37), p. 5 e ss.

<sup>54</sup> BVerfGE 126, 170, 210 e s.

<sup>55</sup> *Kuhlen* JR 2011, 246 e ss., 250; *idem*, in: Hilgendorf (Org.) (n. 25), p. 45 e ss., 62 e ss.; ver *Degenhart* in: Sachs (Org.), *Grundgesetz* 6. ed., Art. 103 II, nm. 69; esse novo entendimento do *Bundesverfassungsgericht* guarda semelhanças com a chamada *stare decisis* da tradição da common law: *Cardozo*, *The Nature of the Judicial Process*, New York 2009 (1. ed. 1921), p. 142 e ss.; *Wasserstrom*, *The Judicial Decision*, Stanford, 1961, p. 39 e ss.; ver o estudo clássico de *Cross/Harris*, *Precedent in English Law*, 4. ed. 1991, p. 97 e ss.; *Duxbury* (n. 63), p. 13 e ss.; *Gerhardt*, *The Power of Precedent*, Oxford 2008, p. 47 e ss.; *Goldstein* *The Cambridge Law Journal* Vol. 43 1984, 88 e ss.; *Schauer* *Stanford Law Review* Vol. 39 1987, 571 e ss.; *McCormick* in *Goldstein* (Org.), *Precedent in Law*, Oxford, 1987, p. 1155 e ss.; *M. Moore* *ebda.*, p. 183 e ss.; *Dunn* *The Yale Law Journal* Vol. 113 2003, 493 e ss.; *Martens* JZ 2011, 349 e ss.; na Inglaterra, desde o chamado *Practice Statement* da House of Lords, a *stare decisis* não é mais tomada em sua forma mais estrita: *Friedland* *The University of Toronto Law Journal* Vol. 24 1974, 170 e ss.; em detalhes, *Cross/Harris* (n. 55), p. 135 e ss.

portanto, se bem que não da mesma forma que a lei, pode-se dizer que a concretização jurídica operada pela jurisprudência pode ser considerada como uma formulação de regras também dirigida ao futuro<sup>56</sup> – pense-se nos incidentes de solução de divergências, como a *Vorlagepflicht* do direito processual alemão (§§ 121, 132 GVG)<sup>57</sup> e no recurso de fixação de jurisprudência do direito processual português (art. 437 e ss. CPP português).

A segunda consideração do argumento essencialista é (b) a de que a jurisprudência, também por sua natureza, é controvertida e fácil de ser alterada<sup>58</sup>. Essa forma de argumentar não convence, na medida em que também a lei é, por vezes, pouco clara e permite alterações bastante fáceis, como comprova o exemplo das leis penais em branco.

#### 4. O argumento processual

A estrutura do processo penal atual não comporta o alargamento da proibição de retroatividade para decisões judiciais<sup>59</sup>. Por ex., caso saiba-se desde logo que uma eventual alteração pretendida mais gravosa ao acusado não poderá ser aplicada no caso concreto, então dificilmente se estará diante da chamada *suspeita suficiente* (*hinreichender Tatverdacht*) de que fala, no caso alemão, o § 203 StPO, como pressuposto tanto da propositura (§ 170 I StPO) quanto do recebimento da denúncia<sup>60</sup>. Assim, a rigor, nunca se chegaria a uma alteração jurisprudencial<sup>61</sup>. Esse

<sup>56</sup> *Kohlmann* (n. 48), p. 244 e ss.; *Neumann ZStW* 103 (1991), 331 e ss., 338; da mesma forma *Robbers JZ* 1988, 481 e ss., 485; corretamente, *Kublen* (n. 1), p. 377 e s.

<sup>57</sup> Ver *Krey* (n. 18), p. 77 e ss.; *W. Knittel* (n. 27), p. 55 e s.; *Grunsky* (n. 11), p. 14 e ss., 18; na Itália, ver *Fiandaca* (n. 18), p. 38 e s.

<sup>58</sup> *Roxin JöR* 2011, 1 e ss., 24.

<sup>59</sup> Em detalhes, *Tröndle FS-Dreher*, 117 e ss.; *Stratenwerth/Kublen AT*. § 3, nm. 29 e ss.; *Ha* (n. 36), p. 105; *A. H. Albrecht FS-Denckner*, 1 e ss., 20 e ss., com ulteriores referências; *Basak* in: *Brunhöber e outros (Org)* (n. 22), p. 71 e ss., 87; *W. Knittel* (n. 27), p. 50 e ss.

<sup>60</sup> *Roxin/Schünemann*, *Strafprozessrecht*, 27. ed. 2012, § 40, nm 6 e ss., 14.

<sup>61</sup> Ver *Ransiek*, *Gesetz und Lebenswirklichkeit*, 1989, p. 22.

argumento, à toda evidência, inverte a ordem das coisas, já que caso haja fundamentação material para a aplicação do mandamento *constitucional* de proibição de retroatividade, então o processo penal é que deve a ela adequar-se – não o inverso<sup>62</sup>. Além disso, há propostas razoáveis na literatura, como a eficácia ex-nunc da decisão proferida, em clara inspiração na figura anglo-saxã da *prospective overruling*<sup>63</sup>, ou a existência de processos objetivos – isto é, sem acusado – de consulta jurídica a Tribunais superiores<sup>64</sup>.

## 5. Primeira conclusão provisória

Como *primeira conclusão provisória* pode estabelecer-se que, embora os argumentos acima mencionados não sejam óbices para uma admissão parcial da irretroatividade de algumas decisões judiciais, há neles pontos de vista certamente relevantes, que, por exemplo, indicam que deve ser mantida uma *separação funcional entre legislação e jurisprudência* – de modo que não se ponha em causa “o próprio fundamento da separação de poderes”, preocupação

<sup>62</sup> Neumann ZStW 103 (1991), 331 e ss., 354 e s.; Hettinger/Engländer FS-Meyer-Goßner, 145 e ss., 154: inversão da pirâmide da ordem jurídica; A. H. Albrecht FS-Denckner, 1 e ss., 8 e s.; Tavares, ADPCP 1987, Madrid, 753 e ss.;

<sup>63</sup> Duxbury, *The nature and authority of precedent*, Cambridge, 2008, p. 111 e ss., 116 e ss.; Juratowitch (n. 27), p. 199 e ss.; Schlüchter (n. 3), p. 75 e ss.; Currier Virginia Law Review Vol. 51 1965, 201 e ss.; Harris Oxford Journal of legal Studies Vol. 10 1990, 135 e ss.; Treanor/Sperling Columbia Law Review Vol. 93 1993, 1902 e ss.; Spriggs/Hanford The Journal of Politics Vol. 63 2001, 1091 e ss.; L. Alexander/Shervin in: Edlin (Org.), *Common Law Theory*, 2007, Cambridge, p. 27 e ss.

<sup>64</sup> Há propostas concretas na doutrina: Rengier FG-50 Jahre Bundesgerichtshof 2000, 467 e ss., 483; Kohlmann (n. 48), p. 289 e ss.: introduzir norma que reserve efeitos ex nunc à alteração; Straßburg ZStW 82 (1970), 948 e ss., 967; Schreiber JZ 1973, 713 e ss., 718; Neumann ZStW 103 (1991), 331 e ss., 353 e ss.: um “processo objetivo”, sem acusado; N. Brandão Liber Discipulorum para Figueiredo Dias 2003, Coimbra, 1289 e ss.; Puppe FS-Rudolphi, 231 e ss., 234: ampliação do conceito de suspeita suficiente; Hirsch JR 2011, 37 e ss., 39: retorno ao antigo instituto jurídico da consulta prévia a um Tribunal superior, cujo resultado teria uma espécie de efeito vinculante; Grünbut já mencionava, em 1926, o “clamor por uma força vinculante das decisões de revisão ou por uma interpretação da lei transcendente e desvinculada ao caso concreto realizado por um Tribunal superior e com força vinculante”, Grünbut, *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1926, p. 23.

maior manifestada por Figueiredo Dias ao tratar do tema<sup>65</sup> –, ainda que se reconheça que essa separação já não se dê de maneira estática. Relevante deve ser a ideia de que, para uma extensão da proibição de retroatividade à jurisprudência, há que se identificar nesta uma atuação atípica, ou melhor, uma qualquer característica que conceda excepcionalmente à jurisprudência uma certa dignidade legislativa. A jurisprudência deve fazer algo que apenas a lei poderia, em tese fazer. Algo que, por sua natureza, não deva possuir eficácia retroativa.

#### IV. A posição intermediária: proteção da confiança?

Do mero *fato* de, desde o ponto de vista do cidadão afetado, a alteração jurisprudencial poder ter os mesmos efeitos de uma alteração legislativa não decorre nenhuma *proposição normativa*<sup>66</sup>. É necessário um argumento jurídico que sustente a extensão da proibição de retroatividade às alterações jurisprudenciais. A posição que admite essa parcial extensão encontrou esse argumento na ideia de *proteção da confiança*, uma ideia festejada e de incontestável dignidade constitucional (Art. 20 III GG, *Rechtsstaatsprinzip*)<sup>67</sup>. Segundo ela, haveria um direito subjetivo do cidadão à estabilidade, previsibilidade e calculabilidade da ordem jurídica,

<sup>65</sup> Figueiredo Dias, *Direito Penal I* 2. ed. 2007, p. 197.

<sup>66</sup> Com esse salto argumentativo, todavia, LG Düsseldorf NJW 1973, 1054: a diminuição da taxa de alcoolemia possui efeitos iguais a uma verdadeira alteração da lei, desde o ponto de vista dos participantes no trânsito, razão pela qual uma proibição de retroatividade deveria incidir; próximo a essa solução também *Mattil* GA 1965, 129 e ss., 140: é “psicologicamente indiferente” se a alteração se deu por lei ou por jurisprudência.

<sup>67</sup> Assim, *Grunsky* (n. 11), p. 10 e ss.; *Straßburg* ZStW 82 (1970), 948 e ss., 964; *Pieroth* JZ 1984, 971 e ss., 976; em detalhes, LK-*Dannecker* § 1, nm. 443 e ss., 256 e ss.; ver *Burmeister* (n. 18), p. 1 e ss., 26 e ss.; *Tiedemann*, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, 1991, p. 36 e ss., 38 e ss.; *J. Vogel* (n. 11), p. 89 e s., 167 e s.; *Cirino dos Santos*, *Direito Penal*, p. 55; *Dannecker* FS-Otto 2007, 25 e ss., 29: o topos da proteção da confiança é altamente relevante na discussão constitucional: *Rüberg*, *Vertrauensschutz gegenüber rückwirkender Rechtsprechungsänderung*, 1977; *Stötzl*, *Vertrauensschutz und Gesetzesrückwirkung*, 2002, p. 69 e ss.; *Pohl*, *Rechtsprechungsänderung und Rückanknüpfung*, 2005; *Degenhart* in: *Sachs (Org.)* (n. 55), nm. 54.

da qual as decisões judiciais inegavelmente fazem parte<sup>68</sup>. Frustrada essa confiança no caso concreto, poder-se-ia proteger o cidadão afetado afastando os efeitos retroativos da decisão judicial em questão, isto é, fazendo incidir topicamente uma proibição de retroatividade. Essa é a posição defendida pelo *Bundesverfassungsgericht*, embora não tenha ocorrido, até o presente momento, um maior detalhamento em relação aos critérios que devem orientar a incidência dessa excepcional irretroatividade da jurisprudência.

Essa argumentação, embora indique um rumo certo – no sentido de que, em alguns casos, ocorre um ato estatal que afeta indevidamente direitos dos cidadãos<sup>69</sup> –, possui *graves problemas*, que a impedem de ser alçada a critério distintivo.

### 1. Imprecisão conceitual

A ideia de proteção da confiança padece de uma insuperável *imprecisão conceitual*, na medida em que não passa de uma *descrição de um efeito*. Afinal, alterações de leis processuais<sup>70</sup> ou mesmo alterações na orientação dominante dos órgão de persecução criminal podem frustrar a confiança ou a expectativa de um acusado, de modo que, a prosperar tal ponto de vista, também deveriam estar proscritas de retroagir. Alterações legislativas, ainda que piorem quase que imperceptivelmente a situação do acusado, tampouco podem retroagir, de modo que o efeito sentido subjetivamente pelo acusado não pode ser fator determinante. Além disso, o desenvolvimento dessa ideia no direito constitucional acentua a dimensão subjetiva da proteção da confiança, ou

<sup>68</sup> Sobre essa fundamentação ver *Schreiber*, Gesetz und Richter, 1976, p. 57 e ss., 213 e ss.; *Krey* (n. 41), p. 55 e s.; ver também *Warda*, Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, 1962, p. 43 e s.; sobre essa dedução do princípio da legalidade a partir do princípio da culpabilidade ver o estudo importante de *Grünwald* FS-Arthur Kaufmann 1993, 433 e ss., 441 e ss.

<sup>69</sup> Sobre os fundamentos históricos dessa ideia ver *Schottlaender*, Die geschichtliche Entwicklung des Satzes: Nulla poena sine lege, 1911, p. 67 e ss.

<sup>70</sup> A esse respeito, *Burmeister* (n. 18), S. 33; interessante igualmente *Schreiber* (n. 68), p. 213 e ss.; *idem*. ZStW 80 (1968), 348 e ss., 361 e s.; *Graumann*, Vertrauensschutz und strafprozessuale Absprachen, 2006, p. 30 e ss.



seja, tende a entender a ideia em um sentido *psicológico-individual*<sup>71</sup>, quando se está, a rigor, diante de uma garantia de natureza objetiva: ainda que o sujeito concreto, por sadismo, deseje-o profundamente, a lei posterior mais gravosa não retroagirá para o seu caso. A perspectiva do sujeito deve ser, sob o ângulo da proibição de retroatividade, irrelevante. Corre-se, ademais, o risco de confundir a categoria da proibição da retroatividade com aquela do erro sobre a ilicitude. Com essa argumentação, não fica claro o que ocorreu de errado para que o sujeito concreto mereça a proteção forte que o protege de leis com efeitos retroativos<sup>72</sup>.

## 2. Jurisprudência consolidada?

Tampouco estão claros os *requisitos* que devem estar presentes para que se possa falar em uma frustração da confiança merecedora da proteção do princípio da legalidade. Especialmente problemático é o conceito de *jurisprudência consolidada*. Uma frustração da confiança pressupõe uma jurisprudência anteriormente consolidada, de clareza e estabilidade próximas daquelas que devem caracterizar a lei. Deve haver previamente uma espécie de base fática de confiança, um chamado *Vertrauenstatbestand*<sup>73</sup>. Ninguém sabe, todavia, o que faz de uma jurisprudência uma jurisprudência estabilizada ou consolidada<sup>74</sup>: Quantas decisões? De qual Tribunal? Qual o nível de clareza exigido? Basta um *obiter*

<sup>71</sup> *W. Knittel* (n. 27), p. 49 e ss., 55 e s.; *Neumann ZStW* 103 (1991), 331 e ss., 347 e ss.; *Schreiber* (n. 68), p. 215; crítico, *Schünemann* (n. 42), p. 16: apenas uma reformulação subjetiva de uma garantia objetiva já posta; ver também *Dietmeier*, *Blankettstrafrecht*, 2002, p. 98 e ss., 104.

<sup>72</sup> Corretamente, *Pieroth*, *Rückwirkung und Übergangsrecht*, 1981, p. 124: “Uma retroatividade não é ilegítima apenas porque o cidadão confiou na irretroatividade; ao contrário, o cidadão pode confiar na irretroatividade porque a retroatividade, por determinadas razões de natureza constitucional, é ilegítima”. É essa razão, precisamente, que precisa ser explicitada.

<sup>73</sup> *Hettinger/Engländer* FS-Meyer-Goßner, 145 e ss., 152., que se apóiam especialmente na filosofia do Wittgenstein das Investigações Filosóficas; *A. H. Albrecht* FS-Denkner, 1 e ss., 13; *Bittner* JZ 2013, 645 e ss., 646 e ss.

<sup>74</sup> *Tröndle* FS-Dreher, 117 e ss., 128 e ss., 130; assim também *Grunsky* (n. 11), p. 7 e s.; *Fischer* StV 2010, 95 e ss., 99; *J. Vogel* (n. 11), p. 313 e ss., 326 e ss., 328; o mesmo argumento foi avançado na discussão sobre a vinculação do ministério público à jurisprudência dominante dos Tribunais superiores n BGHSt 15, 155 e ss.

*dictum* de um Tribunal Superior? Tampouco parece saudável que as decisões judiciais passem a apresentar características próprias da lei, cujo processo de produção é antecedido por debates no Parlamento e, após, respeita trâmite de redação e de publicação que visam, entre outras, produzir uma mensagem clara dirigida aos juristas e aos cidadãos. A separação funcional entre os Poderes ainda deve ser levada a sério. A confiança que a situação jurisprudencial consolidada anterior ensejou no cidadão deve, ademais, ser *merecedora de proteção no caso concreto*<sup>75</sup>. De novo, essa exigência subjetiviza uma garantia de natureza objetiva. Parece evidente que, dessa forma, discute-se novamente um problema de erro de proibição sob a falsa rubrica da proibição de retroatividade<sup>76</sup>. O caso dos *Mauerschützen* é emblemático: o *Bundesgerichtshof* afirmou em 1994 que a confiança dos atiradores na justificação das mortes pelo § 27 II DDRGrenG não era merecedora de proteção, pois só se pode confiar em um “legislador democrático”. Assim, o Tribunal alemão realizou a conhecida *interpretação benevolente aos direitos humanos* (*menschenrechtfreundliche Auslegung*). Abre-se, igualmente, espaço para tendências moralizantes: seria a confiança do bad man traficante de drogas, que pesquisa os limites entre permitido e o proibido em detalhes, ao ponto de conhecer a jurisprudência “vigente”, merecedora de proteção no sentido que propõem os defensores da proteção da confiança?<sup>77</sup>

### 3. Previsibilidade da alteração?

Por fim, a alteração, para que esteja proscribida de retroagir, deve ter sido *imprevisível* ao sujeito<sup>78</sup>. Pela terceira vez, comete-se

<sup>75</sup> *Grunsky* (n. 11), p. 11.

<sup>76</sup> *W. Knittel* (n. 27), p. 49 e ss., 55 e s., que, de forma consequente, mas equivocada, exige que tal confiança seja efetivamente existente na psique do cidadão concreto.

<sup>77</sup> *Waiblinger* Festgabe der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern 1955, p. 212 e ss., 228; apenas um “cidadão médio informado” mereceria proteção: *Nolte* in: Mangoldt/Klein/Starck (n. 42), nm. 120.

<sup>78</sup> *W. Knittel* (n. 27), p. 53 e s.: apenas as “mudanças eclatantes” seriam problemáticas; *Otto* FS-BGH Vol. IV, 111 e ss., 117; ver *Dannecker* FS-Otto, 25 e ss., 29; ver a decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos de Nr. 42931/10

o erro já amplamente denunciado, de subjetivizar uma garantia objetiva. A exigência de previsibilidade traz conhecidos problemas de determinação: Basta um *obiter dictum*<sup>79</sup>? De qual Tribunal? O fato de a posição jurisprudencial ser intensamente criticada na doutrina pode indicar uma tendência de mudança<sup>80</sup>? Notícias publicadas na mídia de massa ou entrevistas de atores jurídicos envolvidos no caso seriam suficientes?<sup>81</sup>. A inconsistência do argumento revela-se no mais tardar, ao aplicar o raciocínio à retroatividade das leis: Ora, as alterações legislativas são sempre previsíveis, por definição, eis que são produto de projetos discutidos no Parlamento<sup>82</sup>. A previsibilidade da alteração não pode fundamentar a irretroatividade da jurisprudência, assim como não fundamenta a irretroatividade da lei penal mais gravosa.

---

(4. Câmara) – decisão de 22 de janeiro de 2013 (Camilleri v. Malta) in: HRRS 2013 Nr. 560; com ulteriores referências, *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 6.<sup>a</sup> ed., C, § 11, nm. 81 e ss., 84; ver também *Ashworth* ZStW 110 (1998), 464 e ss.; criticamente, *Grünwald* FS-Arthur Kaufmann, 433 e ss., 435 e ss.; ver *N. Brandão* Liber Discipulorum para Figueiredo Dias 2003, Coimbra, 1289 e ss. 1302 e ss.; *Simon* (n. 3), p. 438 e ss.

<sup>79</sup> Figura que vem sendo bastante utilizado pelo Bundesgerichtshof alemão (por exemplo, BGHSt 55, 180 sobre a questão da autodenúncia parcial no crime fiscal e BGHSt 54, 44, sobre a posição de garantidor do compliance-officer); sobre o conceito de *obiter dictum* ver o estudo relevante de *Schlüter*, Das *obiter dictum*, 1973; ver também as considerações de *Tröndle* FS-Dreher, 117 e ss., 130.

<sup>80</sup> Corretamente, mas ainda defendendo a ideia de proteção da confiança, *Robbers* JZ 1988, 481 e ss., 486; o *Bundesverfassungsgericht* parece não ter problemas com esse particular, ao afirmar que a decisão em que se apoiara o acusado nunca fora confirmada pelos Tribunais superiores e que estaria senso colocada em xeque pela doutrina ao longo do tempo (BVerfG 2 BvR 1230/10 (1. Câmara do segundo Senado) – decisão de 16. De Maio 2011 (BGH / LG Potsdam) = HRRS 2011 Nr. 737); a esse respeito, *Kuhlen* HRRS 2012, 114 e ss., 116.

<sup>81</sup> No caso do *Promille*, um juiz teria antecipado a alteração a uma revista especializada, segundo informa *Schulz* FS-Roxin, 305 e ss., 315 e ss., 317; ver também *Krüger* NStZ 2011, 369 e ss., 371 e ss.

<sup>82</sup> Como se sabe, várias leis prevêm um período de *vacatio legis*; sobre a transparência como elemento indispensável na produção de leis em democracias contemporâneas, *Waldron*, The Dignity of Legislation, Cambridge, 1999, p. 1 e ss., 7 e s.; *Duxbury*, Elements of Legislation, Cambridge, 2013, p. 26 e ss.

#### 4. O conceito de alteração

Também o conceito de alteração ou de divergência não parece ser suficientemente preciso.<sup>83</sup> Alterações, como é cediço, não ocorrem sempre de maneira transparente e declarada.<sup>84</sup> Ao contrário do legislador, os Tribunais não estão submetidos a procedimentos formais de alteração.<sup>85</sup> Não por outro motivo é que os defensores da ideia de proteção da confiança dirigem aos Tribunais um “dever de transparência”, algo evidentemente desejável, mas que torna frágil toda a construção.<sup>86</sup> Em verdade, não se extrai sempre das *Leitsätze* que uma alteração ocorreu, de modo que é perfeitamente imaginável que Tribunais, precisamente para escapar da incidência da proibição de retroatividade, busquem mascarar a ocorrência de uma alteração jurisprudencial, com o que surge um impasse: o destinatário da limitação da proibição da retroatividade poderia decidir sobre a sua incidência, um poder de que nem sequer o legislador dispõe. Não se trata de mera especulação imaginar que uma verdadeira alteração seja declarada pelo Tribunal como mero “desenvolvimento da linha jurisprudencial anterior”. Tal ocorreu, nada mais, nada menos, no caso clássico que ensejou toda a discussão, o caso do Promille: O *Bundesgerichtshof*, apesar da evidente redução da taxa de alcoolemia (de 1,5 % para 1,3 %; BGHSt 21, 157) considerou essa decisão como um “desenvolvimento da jurisprudência” assentada em BGHSt 5, 168. Novamente, ao reduzir a taxa para 1,1 % em na decisão

<sup>83</sup> As regras do chamado *Vorlagepflicht* (§§ 121 II, 132 II GVG) poderiam servir de apoio, embora muito se discuta a respeito; nesse sentido, *Schreiber* JZ 1973, 713 e ss., 717: proibição de retroatividade ali onde uma condenação apenas puder ocorrer com divergência a um Tribunal estadual ou ao *Bundesgerichtshof*; deve-se lembrar, todavia, que a existência de *obiter dicta* não enseja a necessidade de um *Vorlagepflicht*: SK-Frister, § 121 GVG, 4. ed., nm. 26.; sobre a utilização de *obiter dicta* que visem a evitar abruptas alterações, *Birké* in: Roellecke (Org.) (n.18), p. 340 e ss., 354 e ss.; na Itália, ver *Cadoppi* (n. 2), p. 306.

<sup>84</sup> *Kähler* (n. 39), p. 286: “Tanto nos USA como na Alemanha poucas são as alterações que ocorrem explicitamente”; ver também *Bittner* JZ 2013, 645 e ss., 647; *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik* I, 9 ed. 2004, p. 503; *Dunn* The Yale Law Journal Vol. 113 2003, 493 e ss., 520 e ss, sobre a figura do “*implicit overrule*”.

<sup>85</sup> A esse respeito, *Waldron* Boston University Law Review Vol. 89 2009, 335 e ss., 336; *Noll* (n. 19), p. 57 e ss.

<sup>86</sup> *Kohlmann* (n. 48), p. 294 e s.

BGHSt 37, 89, falou-se em “desenvolvimento” da linha assentada na decisão de BGHSt 21, 157. Um perigo real, portanto. A exigência de uma alteração também não explica o que ocorre nos casos de tipos penais novos, a respeito dos quais não há ainda sequer uma decisão de Tribunal superior. Não parece possível alterar algo inexistente.

## 5. Segunda conclusão provisória

Como se vê, o problema mais fundamental parece ser o caráter puramente *consequencialista* da argumentação<sup>87</sup>, fruto de um certo imperialismo constitucional – em linguagem jurídico-penal, todas as considerações preventivas avançadas acima seriam pertinentes no âmbito da culpabilidade, e não no princípio da legalidade. A proibição de retroatividade, se fundada na proteção da confiança, transforma-se em uma questão empírica a ser decidida no interior de um jogo imprevisível de ponderações entre os direitos do afetado e o direito da coletividade a um desenvolvimento da jurisprudência no sentido de uma melhor interpretação das leis<sup>88</sup>. Não raro, o cidadão será sacrificado em nome de um bem geral e terá dado a sua custosa contribuição à evolução jurisprudencial – pagará com meses ou anos de encarceramento. A solução deve ser procurada na correta compreensão da ratio da proibição de retroatividade no direito penal, e não em transposições abruptas de conceitos de outros ramos do direito<sup>89</sup>.

<sup>87</sup> Greco (n. 13), p. 259 e s.; “A validade do princípio da legalidade transforma-se em mera questão empírica e, dessa forma, não é mais possível fundamentar a sua validade absoluta”; Schreiber ZStW 80 (1968), 348 e ss., 367: ao se introduzir na proibição de retroatividade a ponderação de interesses dos indivíduos e do Estado, retira-se daquele princípio o seu “significado essencial”; F. C. Schroeder JZ 1969, 775 e ss., 776; Jakobs AT 1. Livro, 2. Cap., nm. 81;

<sup>88</sup> Straßburg ZStW 82 (1970), 948 e ss., 964; Gross GA 1971, 13 e ss., 19.

<sup>89</sup> H. Mayer in: Materialien zur Strafrechtsreform, Vol. 1 1954, p. 259 e ss., 274; assim também L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven/London, 1969, p. 57 e s., 58: “The problem is treated, in other words, as if it were just like a civil suit. Yet in a criminal case like that supposed an acquittal leaves no dispute unresolved; it simply means that defendant goes free”; sobre a discussão no direito civil, Klappstein, *Die Rechtsprechungsänderung mit Wirkung für die Zukunft*, 2009; Grunsky (n. 11), p. 14 e s.; Neumann ZStW 103 (1991), 331 e ss., 344 e ss.; Naucke, *KritV – Sonderheft*, W. Hassemer zum 60. Geburtstag, 2000, 132 e ss.,

A proteção da confiança mostra a sua irreparável fragilidade ao imaginarmos uma determinada República – e não é necessário ter os dotes de Thomas Morus para imaginá-la – em que a jurisprudência é deliberadamente caótica ou prenhe de contrastes sincrônicos<sup>90</sup>: *uma jurisprudência cediçamente caótica não frustra a confiança de ninguém* caso altere brusca e continuamente os seus posicionamentos<sup>91</sup>. Antes realiza a expectativa de todos os cidadãos. Assim, a própria jurisprudência, que a rigor deveria ser limitada, determina a extensão da proibição da retroatividade a ela supostamente dirigida, uma solução inaceitável.

A *segunda conclusão provisória* é a de que a ideia de proteção de confiança, embora percorra a vereda correta, não é capaz de servir de fundamento jurídico sólido para uma admissão parcial da extensão da proibição de retroatividade para a jurisprudência. Essa ideia perde-se em um emaranhado de conceitos imprecisos, que acaba por entregar uma proteção objetiva dos cidadãos ao jogo incontrolável da ponderação. A incidência da proibição depende de uma atitude anterior daquele que deve ser limitado. Frustração da confiança é a mera descrição de um efeito. Mais do que isso, é possível que um ato legítimo do Estado frustre a confiança dos cidadãos, com o que o ato não perde a sua legitimidade. Com isso ainda não se sabe o que, de fato, ocorreu de errado para que uma determinada decisão judicial não possa retroagir. Estamos, ainda, à procura desse *algo*.

### V. A posição própria: irretroatividade da *jurisprudência constitutiva do injusto penal*

Esse *algo* está no *conteúdo da decisão judicial*. A fé largamente professada no critério da proteção da confiança evitou que os penalistas, mesmo aqueles que intuíram corretamente que tal critério invertia a relação de causa e efeito<sup>92</sup>, chegassem à solução

134; B. Knittel, Zum Problem der Rückwirkung bei einer Änderung der Rechtsprechung im Steuerrecht, 1974, p. 98; Arndt (n. 53), p. 7 e s., 8.

<sup>90</sup> Na classificação de Cadoppi indicada na n. 2.

<sup>91</sup> Greco (n. 13), p. 259 e s.

<sup>92</sup> Em Hassemer/Kargl surge a noção de que a alteração deve ocorrer “livre de ardis” por parte do Estado, de modo que os autores acabam exigindo a

correta. Há algo que a decisão judicial faz que, por sua natureza, simplesmente não pode retroagir, independentemente dos efeitos que possa causar nos cidadãos e dos ganhos que a sociedade possa ter com a pretendida evolução jurisprudencial. Há algo que borra excepcionalmente a separação funcional entre legislação e jurisprudência. A linguagem das “perdas e ganhos” – da sociedade e do indivíduo – deve ser substituída pela linguagem do direito absoluto à irretroatividade em alguns casos. Cumpre examinar se existe, em alguns, o *direito à jurisprudência do tempo fato* que se mencionou logo ao romper deste estudo (acima I.).

### 1. Solução radical: declaração de inconstitucionalidade dos tipos penais indeterminados

Apenas com a notória frouxidão dos critérios de determinação da lei é que surge a possibilidade de que a jurisprudência assumia faticamente tarefa que cumpria ao legislador – numa ordem jurídica ideal essa assunção seria evidentemente ilegítima. A rigor, é o desrespeito ao mandamento de determinação da lei penal que possibilita que surja o problema da vigorosa atuação concretizadora ou constitutiva do juiz. A flexibilização do mandamento de determinação conduz ao esvaziamento da proibição de retroatividade<sup>93</sup>. A solução radical seria, portanto, declarar inconstitucionais os tipos penais que possuam essa abertura à atuação ampla do juiz.

De fato, é difícil imaginar um mandamento em direito penal que seja tão festejado abstrata e, ao mesmo tempo, tão

---

existência de uma jurisprudência anteriormente consolidada: NK-Hassemer/Kargl § 1, 4. ed. nm. 56 e ss., 59, 62; a ideia dos autores de se distinguir entre uma imprecisão evitável e uma imprecisão inevitável é, ao contrário, bastante promissora; da mesma forma, Tavares, ADPCP 1987, Madrid, 753 e ss., 766 e ss.

<sup>93</sup> Os problemas conectam-se, como reconhece a doutrina: F. C. Schroeder JZ 1969, 775 e ss., 776; Straßburg ZStW 82 (1970), 948 e ss., 950; W. Knittel (n. 27), p. 24; Gross GA 1971, 13 e ss., 16; Müller-Dietz FS-Maurach, 41 e ss., 46; Tröndle FS-Dreher, 117 e ss., 135 e s.; Neumann ZStW 103 (1991), 331 e ss., 335: “A proibição de retroatividade reduz-se em grande parte a pó caso a lei seja indeterminada e seja concretizada apenas a partir de uma intervenção da jurisprudência”; NK-Hassemer/Kargl § 1, Rn 47; ver Joerden (p. 163 e ss., 180 e s.) e Chen (p. 93 e ss., 109 e ss.) in: Hilgendorf (Org.) (n. 23).

vilipendiado concretamente como é o caso do mandamento de determinação da lei penal.<sup>94</sup> A Constituição alemã prevê pouquíssimos dispositivos com referência expressa ao direito penal, entre os quais está o mandamento de criminalização da preparação de guerras/agressão (*Angriffskrieg*) (Art. 26), a revogação da pena de morte (Art. 102) e o próprio mandamento de determinação da lei penal (Art. 103 II), que goza, assim, de posição de destaque no quadro legislativo. O *Bundesverfassungsgericht* alemão assinou cheque em branco em favor do legislador penal, num duplo sentido: o legislador está materialmente livre, na medida a teoria do bem jurídico não conteria nenhum limite a ele vinculante<sup>95</sup>; ele está também formalmente livre, na medida em que o mandamento de determinação foi praticamente suspenso.<sup>96</sup> Há, nesse contexto, uma agravante: Ao ignorar solenemente os ditames do mandamento de determinação, a Corte alemã nega vigência a dispositivo constitucional, e não apenas a uma “teoria”, fruto da imaginação lírica de cientistas. Em Portugal, a situação não parece ser diferente, a ponto de Nuno Brandão atestar que, na

---

<sup>94</sup> A esse respeito, *Roxin*, JÖR 2011, 1 e ss.; recentemente, *idem.* in: Hilgendorf (Org.) (n. 23), p. 113 e ss.: um “Rechtskosmos”; assim também *Meyer-Ladewig* MDR 1962, 262 e ss.; *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11. ed. 1969, p. 21: “O grande perigo a ameaçar o princípio da nulla poena sine lege não provém da analogia, mas das leis penais indeterminadas!”; *Grünwald* ZStW 76 (1964), 1 e ss., 9; *Schünemann* (n. 42), p. 6: “ponto fulcral do princípio da nulla poena”; *idem.* in: Hilgendorf (Org.) (n. 23), p. 1 e ss., 4; *Stäbchelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998, p. 207; *Krabl* Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht (Art. 103 Abs. 2 GG), 1986, p. 412: apenas uma declaração verbal; *Naucke* KritV – Sonderheft, W. Hassemmer zum 60. Geburtstag 2000, 132 e ss., 133 e ss., 137: “Um dispositivo sem vida”; *T. Walter* FS-Tiedemann 2008, 969 e ss., 977: mentira do direito penal; *Fischer* StV 2010, 95 e ss.: quase todo tipo penal novo é considerado indeterminado pela doutrina, mas essa crítica permanece sem sucesso; *Gaede*, AnwK-§ 1 StGB, 2010, nm. 24.

<sup>95</sup> Crítico a esse respeito, *Greco*, ZIS 2008, 234 e ss.; *Roxin* StV 2009, 544 e ss.; ver também *Figueiredo Dias* GA 2014, 202 e ss.

<sup>96</sup> Ver a descrição resignada de *Herzberg* in: Hefendehl (Org.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, 2005, p. 31 e ss.; *Krabl*, Tatbestand und Rechtsfolge, 1999, p. 175; *Kohlmann* (n. 48), p. 149 e ss.; *SSW-StGB/Satzger* § 1, nm. 22.



prática, o princípio da legalidade não é mais do que “uma declaração de princípio”<sup>97</sup>. Caso, por exemplo, o famoso “parágrafo do canalha” (*Schurkenparagraph*) utilizado ilustrativamente por Beling (“todo canalha será punido”) fosse considerado legalmente determinado, a proibição de retroatividade não socorreria os cidadãos, pois a lei penal permite ao juiz que subsuma ao tipo um espectro amplíssimo de condutas.<sup>98</sup> Toda interpretação poderia ser reconduzida à lei penal anterior ao fato. Concretamente: apenas porque vige um parâmetro excessivamente condescendente de avaliação da determinação dos tipos penais<sup>99</sup> é que surge a necessidade de problematizar com urgência a extensão da proibição de retroatividade a algumas alterações jurisprudenciais<sup>100</sup>.

Seria possível discorrer longamente sobre os problemas de determinação da lei penal com excessos de elementos normativos ou cláusulas gerais, da lei penal em branco etc<sup>101</sup>. A nós, afigura-se mais promissor buscar distinguir casos em que a indeterminação do tipo penal é inevitável e, assim, faz-se aceitável, e os casos em que essa indeterminação é movida por interesses mais pragmáticos ou ocasionado por inabilidade do legislador, tornando-se inaceitável (abaixo V., 4.). Indicar rumos para que se consuma a quimera de um legislador consciencioso e pertinaz no objetivo de produzir leis penais determinadas é empreendimento audacioso que deve ficar para outra oportunidade. Como se sabe, pouco se escreveu sobre os problemas da teoria da legislação<sup>102</sup>, e este artigo não comporta tal ambição. Na presente sede, devemos partir de um resignado *realismo metodológico*: é fato bruto e incon-

<sup>97</sup> N. Brandão Liber Discipulorum para Figueiredo Dias 2003, p. 1289 e ss., 1300.

<sup>98</sup> Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, p. 22; *idem.*, Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung, 1922, p. 60.

<sup>99</sup> Kublen in: Hilgendorf (Org.) (n. 23), p. 45 e ss., 55 e ss.; NK-Hassemer/Kargl § 1, nm. 70b; recentemente, Schönemann GA 2013, p. 194 e ss., 205; Greco in: Brunhöber e outros (Org.) (n. 22), p. 13 e ss., 22 e ss.; Kasiske, ZIS 2013, 257 e ss., 260.

<sup>100</sup> Gross procura deduzir a sua solução diretamente do mandamento de determinação: Gross GA 1971, 13 e ss., 18 e ss.; *idem.* (n. 4), p. 118 e ss.; resignado, igualmente, Greco GA 2012, 452 e ss., 458 e s.

<sup>101</sup> Castanheira Neves in: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Eduardo Correia 1984, Coimbra, 307 e ss., 336 e ss.; Figueiredo Dias, Direito Penal I, p. 186.

<sup>102</sup> Noll (n. 19), p. 9 e ss., 57 e ss.

teste que há casos em que resta um espaço concretizador para o juiz. Nessa atuação *concretizadora*, todavia, pode ocorrer de o juiz substituir-se ao legislador e, excepcionalmente, *constituir* o injusto penal no caso sub judice. Identificar essa atuação atípica do juiz é o desafio que se impõe.

## 2. Irretroatividade da alteração da valoração jurídica?

A solução que mais se aproximou da que eu considero ser a solução correta foi aquela indicada em linhas gerais em uma decisão do *Bundesverfassungsgericht* de 1990<sup>103</sup>. Nessa decisão, foi proposta uma distinção entre alteração da *base fática ou meramente técnica* e da *valoração jurídica*. O cidadão não poderia protestar caso a mudança tenha se dado por um avanço da técnica, por bruscas alterações da situação fática etc. Já em face de alteração da valoração jurídica o protesto do cidadão poderia ecoar, desde que – o já criticado argumento – a sua confiança merecesse a proteção.

Essa distinção indica o *algo* de que estamos em busca, mas não introduz critérios adicionais que distingam entre as alterações de valoração jurídica que podem e que não podem retroagir<sup>104</sup>. Afinal, parece estar claro que não é qualquer alteração que justifica a incidência da proibição de irretroatividade: uma Parte Geral do Direito Penal e uma por vezes indispensável concretização jurisprudencial de conceitos normativos e de cláusulas gerais seriam impossíveis. Essa distinção proposta tampouco foi levada a sério em um caso de evidente *alteração substancial de valoração jurídica*, o já citado caso dos *Mauerschützen* (BGHSt 39, 1, 29 ff.). A rigor, houve uma sobreposição de uma ordem jurídica nova a uma ordem

<sup>103</sup> BVerfG NStZ 1990, 537: “Os princípios da proibição de irretroatividade e da proteção da confiança não impedem os Tribunais de considerar determinados casos como típicos em razão do surgimento de novos conhecimentos?”; da mesma forma, *Schulze-Fielitz* in: H. Dreier (Org.), Grundgesetz-Kommentar, III, 2. ed. 2008, Art. 103 II, nm. 53 e s.; anteriormente em BVerfGE 18, 224, 240, em matéria fiscal.

<sup>104</sup> Ver *Pieroth* in: Jarass/Pieroth, (n. 25), nm. 67; corretamente, *Degenhart*, in: Sachs (Org.) (n. 55), nm. 73: “Afinal, descrição e valoração de uma base fática não se deixam distinguir de forma clara, como o caso base – Promillegrenze – o demonstrou limpidamente”; ver também *Otto* FS-BGH, Vol. IV, 111 e ss., 116; a esse respeito, *A. H. Albrecht* FS-Denckner, 1 e ss., 7.

jurídica em parte considerada inválida: difícil imaginar alteração valorativa mais drástica. Ainda assim, o *Bundesgerichtshof* não admitiu a incidência da proibição de retroatividade. Se não houve alteração de valoração jurídica nesse caso, então provavelmente não haverá em nenhum outro.

Por fim, esse critério não dá conta de uma forte intuição, qual seja a de que justamente nos casos da *Promillegrenze*, que deram partida na discussão, ocorreu uma alteração, digamos, *técnica*: a mudança da taxa de alcoolemia. A evolução jurisprudencial do conceito de patrimônio no delito de estelionato que, por vezes, deu-se em desfavor do acusado e, apesar de se tratar de caso evidente de alteração da valoração jurídica, não chamou a atenção dos penalistas para uma eventual incidência da proibição de retroatividade<sup>105</sup>. Os penalistas tinham razão.

### 3. A ratio da proibição de retroatividade

O verdadeiro problema é a assunção fática por parte da jurisprudência de um mister tipicamente legislativo. Essa assunção fática acima mencionada coloca em cena alguns perigos, especialmente o de que o cidadão tenha de assistir a um injusto penal ser constituído originariamente a partir do seu caso, e não de forma geral e abstrata. Se nos termos da jurisprudência “vigente” ao tempo do fato 1,2% de álcool no sangue eram insuficientes para preencher o tipo de embriaguez ao volante, é difícil explicar para o sujeito que, *a partir do seu caso*, uma mudança técnica – a redução de 1,3% para 1,1% – tornará o seu comportamento punível. A fundamentação de um suposto direito do cidadão à não retroatividade de uma determinada alteração jurisprudencial depende, como já foi dito (acima I., 1.), da ratio da proibição de retroatividade.

---

<sup>105</sup> A alteração desfavorável ao réu ocorrida com a nova interpretação do conceito de patrimônio no estelionato não foi criticada sob esse ponto de vista (RGSt 44, 230); ver *Arndt* (n. 53), p. 13 e ss., 19: “Antes de 9.12.1966 a maior parte da literatura concedeu pouca ou nenhuma atenção à pergunta sobre a retroatividade de uma jurisprudência penal”.

A *ratio da proibição de retroatividade* repousa precisamente na ideia de que há um direito a que o injusto penalmente relevante não seja constituído originariamente a partir e para um determinado caso, mas de forma geral e abstrata pela lei – que conhece procedimentos democráticos de confecção e aplica-se indistintamente a todos os cidadãos. O cidadão tem um direito absoluto a que a *decisão originária* sobre o conteúdo de injusto de determinada modalidade de conduta seja tomada pelo legislador e, quando a jurisprudência excepcionalmente toma essa decisão, o cidadão deve ser protegido pela proibição de retroatividade. Não se trata, portanto, de um direito à jurisprudência do tempo do fato (cf. acima I., 1.), mas de um direito a que o injusto penal de uma conduta não seja constituído e aplicado, a um só tempo, *no meu caso*.

A partir da explicitação dessa *ratio*, está construída a ponte para a solução correta: A proibição de retroatividade deve incidir precisamente nos casos em que a *jurisprudência assume faticamente uma função que, a rigor, caberia ao legislador*. A distinção fundamental para a solução do problema é, assim, aquela existente entre *jurisprudência originariamente constitutiva do conteúdo do injusto penal* e *jurisprudência concretizadora ou declaratória de um conteúdo de injusto já existente*. Essa ideia, em si simples, deve ser melhor explicitada.

#### 4. A jurisprudência constitutiva do injusto penal: irretroatividade

Em geral, especialmente no chamado direito penal nuclear ou primário<sup>106</sup>, o legislador toma a decisão originária sobre o conteúdo de injusto de determinada conduta e repassa ao juiz um inevitável espaço para que este precise ou concretize esse injusto pré-existente, conformando-o ao caso sub judice.<sup>107</sup> Em certo sentido, a decisão judicial é “declaratória” ou “concretizadora”, na medida em que pode apoiar-se em critérios anteriormente determinados pelo legislador, ainda que de forma

<sup>106</sup> Ver *Figueiredo Dias*, Direito Penal I, p. 9, 120 e s.

<sup>107</sup> Em detalhes, *Krey* (n. 18), p. 82 e ss., 106: mesmo nas cláusulas gerais, o legislador dispõe ao legislador “em maior ou menor grau linhas gerais de interpretação”; ver *Kahlen* FS-Otto, 89 e ss., 94 e ss.

bastante abstrata. Essa expressão abstrata de conteúdo de injusto garante que a controlabilidade da decisão judicial, que deve sempre poder ser reconduzida à decisão originária do legislador expressada no texto legal. Dessa forma, critérios abstratos como danosidade social, bem jurídico protegido pelo tipo, entram em cena. Ainda que tais critérios apresentem alto grau de abstração (como na *injúria* [*Beleidigung*] §185 StGB<sup>108</sup>, na *coação* [*Nötigung*] § 240 StGB<sup>109</sup>; na infidelidade patrimonial [*Untreue*] § 266 StGB<sup>110</sup>), permanece possível reconhecer um conteúdo de injusto como uma espécie de *realidade social viva*: os injustos contidos na injúria, em constrangimentos ilegais e na administração infiel do patrimônio alheio, para ficar apenas com três exemplos, compõem o que se poderia chamar de *concepção fundamental de nossa sociedade*.<sup>111</sup> Seria estranha e irrealizável o anseio de um legislador obstinado por clareza que resolvesse catalogar e apreender no tipo penal de injúria a constelação infinita de comportamentos ofensivos à honra de um sujeito.<sup>112</sup> É inevitável que o legislador recorra a uma

<sup>108</sup> Sobre esses conceitos de conteúdo dinâmico ver *Roxin* (n. 18), S. 114; assim também o estudo fundamental de *Lenckner*, JuS 1968, 249 e ss.; *Krey* (n. 18), p. 84 e s.; sobre a dinâmica social do conceito de honra, *Faria Costa* RLJ n. 3933, Coimbra, 2002, 354 e ss., 364.

<sup>109</sup> Nesse sentido, a clássica decisão BGHSt 2, 194, 195, que cuidava de um caso de *Nötigung*. O Tribunal alemão admite que, nesse tipo, o juiz deve concretizar a valoração abstratamente formulada pelo legislador; ver o estudo clássico de *Roxin* JuS 1964, 373 e ss., 377, 379, em que se busca formular princípios gerais a orientar a interpretação do conteúdo de injusto da *Nötigung*.

<sup>110</sup> Discute-se desde *Binding* sobre os contornos desse tipo penal. A despeito da sempre questionada vagueza do tipo, foi possível estabelecer que o conteúdo de injusto expressado no tipo da *Untreue* repousa na violação do patrimônio alheio “a partir de dentro”, *Binding*, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts BT I, 1902, p. 395 e ss.; *H. Mayer*, Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen, 1926, p. 182 e ss.; *Puppe* FS-Herzberg 2008, 275 e ss., 295: impossibilidade de o legislador descrever todas as modalidades de infidelidade patrimonial; assim também BVerfGE 126, 170, 190; *Kahlen* in: Hilgendorf (Org.) (n. 23), p. 45 e ss., 58, n. 86, indica que a regulação antiga de 1871 almejou elencar 19 grupos de sujeitos que estariam na posição de tutela interna do patrimônio, um dispositivo que fracassou; sobre o injusto da *Untreue* ver *Leite* GA 2015, 517 e ss.

<sup>111</sup> Esse ponto de vista surge na discussão sobre os fundamentos da teoria limitada da culpabilidade e na discussão sobre os elementos da valoração global do fato, *Puppe* GA 1990, 145 e ss., 172; ver também *Roxin*, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2. ed. 1970, p. 138.

<sup>112</sup> Assim, *Roxin* in: Hilgendorf (Org.) (n. 23), p. 113 e ss., 134 e s.; ver *Lenckner* JuS 1968, 249 e ss., 255; em Portugal, *Faria Costa* RLJ n. 3933, Coimbra,

explicitação mais geral do conteúdo de injusto, repassando ao juiz a tarefa secundária de concretização<sup>113</sup>. A decisão originária sobre o conteúdo de desvalor já foi, de toda forma, tomada pelo legislador com referência a objetos que se assemelham muito ao que se convencionou chamar, a partir de estudos de Searle, de *atos institucionais*.<sup>114</sup> Nesses delitos, pode-se dizer que o legislador “não quis referir-se ao direito positivo codificado em outros setores, mas sim a normas elementares do direito não escrito, reconhecidas de forma geral”.<sup>115</sup> Uma atividade concretizadora do juiz é *inevitável* e, em razão disso, inatacável sob o ponto de vista do princípio da legalidade. Historicamente, não estranha que a proibição de retroatividade das leis em geral tenha sido problematizada em face do chamado “direito penal administrativo” (*Verwaltungsstrafrecht*)<sup>116</sup>. A Constituinte Criminalis Carolina não conhecia, por exemplo, proibição de retroatividade, na medida em que seus dispositivos não deveriam “introduzir *constitutivamente* novas leis penais”<sup>117</sup>. Também sob essa luz se pode compreender o art. 29, 2., da Constituição portuguesa, que a proibição de retroatividade prevista no art. 29, 1. “não impede a punição, nos limites da lei interna, por acção ou omissão que no momento da sua prática seja considerada criminosa segundo os princípios gerais de direito internacional comumente reconhecidos” e o art. 7, II. da

---

2002, 354 e ss., 364 e ss.

<sup>113</sup> “(...) o conceito indeterminado é a única possibilidade, em alguns casos, de dar conta da dinâmica da valoração social”, *Roxin* (n. 18), p. 114; são os conceitos valorativos na terminologia de *Puppe* (n. 3), p. 28 e ss., 30. *NK-Hassemer/Kargl* § 1, Rn 19: “a junção entre precisão e flexibilidade”; ver também *Lenckner* JuS 1968, 249 e ss., 304 e ss.

<sup>114</sup> Sobre esse conceito, *Searle*, *Making the Social World*, Oxford, 2010, p. 90 e ss.; *Darnstädt* JuS 1978, 441 e ss.; um conceito próximo é o de “cultural goods” no sentido de *Raz*, *Between Authority and Interpretation*, Oxford, 2009, p. 305 e ss., 317 e ss.

<sup>115</sup> *Puppe* GA 1990, 145 e ss., 170 e ss.; ver *Roxin*, (n. 111), p. 1 e ss., 75 e ss., 86, 137 e ss.

<sup>116</sup> *Renzikowski* FS-Krey 2010, 409 e ss., 413; em Portugal, sobre a evolução histórica da distinção entre delicta in se e delicta mere prohibita, ver *Silva Dias*, “Delicta in Se” e “Delicta Mere Prohibita”, Coimbra, 2008, p. 49 e ss.

<sup>117</sup> Conforme informa *Krey* (n. 41), p. 49 e ss.

Convenção Européia de Direito Humanos, a chamada cláusula de Nurembergue<sup>118</sup>.

Há, contudo, outros tipos penais ou outros elementos de tipos penais que se revelam como *produtos crus de uma decisão técnica*, no sentido de que não há critérios externos a servirem de parâmetro para a correção da decisão. A decisão é o critério de correção. Nesse sentido, pode-se falar em uma decisão que não reconhece nenhum desvalor pré-existente como realidade social viva, mas que inaugura um desvalor. Tal decisão é tolerada, todavia, caso seja tomada por uma autoridade competente. A decisão é aceita, pode-se dizer, simplesmente porque foi decidido. São as condutas, para usar uma expressão consagrada na literatura portuguesa, axiologicamente ou ético-socialmente neutras<sup>119</sup>.

Dessa forma, aceitamos a proibição de comercializar Cannabis porque a *autoridade competente* assim determinou, de *forma geral e abstrata* (§ 29 i. V. m. Anexo I BtMG). Caso a Cannabis não estivesse na lista que complementa o tipo penal alemão mencionado, estaríamos diante de um comportamento socialmente neutro. Há uma séria de questões “técnicas” a respeito das quais apenas a autoridade competente pode decidir: se 1,1 ‰ bastam para considerar o sujeito incapaz de conduzir um veículo automotor nos termos dos §§ 315c, 316 StGB;<sup>120</sup> se 1,5 mg de hidrocloreto de heroína bastam para o preenchimento do elemento “*em quantidade considerável/não desprezível*” (“*nicht geringe Menge*”) previsto no § 29a BtMG (BGHSt 32, 162 e ss.);<sup>121</sup> se € 50.000 já perfazem um crime fiscal “de grandes proporções” nos termos

<sup>118</sup> A esse respeito ver *Ambos* KritV 2003, 31 e ss.; *Renzikowski* FS-Krey 2010, 409 e ss..

<sup>119</sup> *Figueiredo Dias*, Direito Penal I, p. 155 e ss, 157

<sup>120</sup> Ver BGHSt 37, 89, 91: a pergunta só se deixa responder com o auxílio de “conhecimento médicos e de ciências naturais”; corretamente, NK-*Hassemmer/Kargl* § 1, nm. 51 e ss.; há autores que indicam que o legislador deveria ou ao menos poderia ter resolvido a questão: *Haffke* (n. 28), p. 20; *Jakobs*, AT, 1. Livro, 2. Cap., p. 105 e s., n. 122; *Satzger*, Jura 2013, 345 e ss., 351; *Puppe* (n. 3), p. 60 indica a possibilidade de se utilizar, nesse caso, um conceito meramente descritivo.

<sup>121</sup> Em BGHSt 42, 1, 11 (por ocasião do que indicara a decisão BVerfGE 90, 145), o *Bundesgerichtshof* reconheceu que era necessário uma atuação “decisionista” na determinação do conceito de “quantidade considerável”, e que essa seria a tarefa da jurisprudência; ver *Simon* (n. 3), p. 292 e ss., 436: uma fixação dos limites seria possível tanto no direito penal das drogas, como direito penal de trânsito.

do § 370 AO (BGHSt 53, 71 e ss.; 48, 360 e ss.).<sup>122</sup> Enfim, são questões que se deixam responder de maneiras bastante diversas, sem que se possa questionar a decisão, caso ela seja tomada pela autoridade competente e de forma geral e abstrata, isto é, válida para todos os cidadãos. A correção da decisão depende da competência da fonte decisória.<sup>123</sup> Nada mais, nada menos.

A autoridade competente para tomar esse tipo de *decisão que constitui o injusto*, num quadro ideal, é sempre o *legislador*.<sup>124</sup> A razão pela qual o legislador é a fonte competente para tomar essas decisões não está, evidentemente, na existência de um aparato capaz de prestar toda sorte de apoio técnico, especialmente em questões que escapam aos conhecimentos gerais e atingem as minudências do desenvolvimento tecnológico.<sup>125</sup> Fosse essa razão, bastaria municiar os Tribunais superiores com o mesmo aparato. A razão situa-se em plano mais fundamental. Voltemos aos exemplos: o cidadão não pode contestar caso o crime fiscal de grandes proporções seja afirmado a partir dos € 50.000 ou dos € 150.000. Ambas as hipóteses soam defensáveis. O único controle externo é o *absurdo*: uma sonegação fiscal de € 50 não pode ser considerada de “grandes proporções”;<sup>126</sup> 4,0 ‰ de taxa

<sup>122</sup> BGHSt 53, 71, 83; sobre a chamada “concretização em termos numéricos” ver *Krey* (n. 18), p. 98 e s.: “Nesse julgamentos, o que de fato ocorre é que a ‘norma pronta’ é posta constitutivamente pelo juiz”; Kuhlen, ao comentar o conceito de “grandes proporções” no delito de estelionato, indica que há nesse caso uma “atuação essencial de precisão” por parte da jurisprudência: *Kublen* FS-Otto, 89 e ss., 103 e s.

<sup>123</sup> Ver BGHSt 42, 1 (confirmação de BGHSt 33, 8): ao decidir sobre a quantidade de THC exigida em produtos de Cannabis para que se aplique a qualificadora, o *Bundesgerichtshof* indicou que a decisão não poderia ser repassada aos juízes de primeira instância, na medida em que os “cidadãos precisavam conhecer os limites”; sobre a metaanfetamina, BGHSt 53, 89; BGHSt 32, 162 e ss.: sobre a determinação da quantidade de 1,5 mg de hidrocloreto de heroína para a aplicação da qualificadora, o *Bundesgerichtshof* indicou que o elemento necessitava de uma “precisão a ser realizada pela jurisprudência”.

<sup>124</sup> É correta a observação de *Larenz* FS-Henkel, 31 e ss., 43 e s.: falta aos Tribunais sobretudo a “legitimação democrática”.

<sup>125</sup> *Naucke*, Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften, 1972, p. 45 e s; ver *Larenz* FS-Henkel, 31 e ss., 38.

<sup>126</sup> Ver *Krey* (n. 18), p. 106.; sobre a plausibilidade social do conceito de injúria ver *Roxin* in: Hilgendorf (Org.) (n. 23), p. 113 e ss., 135.



de alcoolemia tornam o sujeito certamente incapaz de conduzir veículo automotor. Conceitos “quantitativos” são precisos e mais seguros justamente por serem produto de uma decisão nua e crua, pouco questionável a partir do momento em que a decisão é considerada tomada.<sup>127</sup> Caso o legislador alemão tivesse determinado a taxa de alcoolemia no tipo penal, uma alteração não poderia retroagir<sup>128</sup>, ainda que se optasse por uma lei penal em branco, na medida em que também o complemento, em regra, em razão da chamada “leitura conjunta”, não poderia retroagir em desfavor do acusado.<sup>129</sup> Note-se que no *Ordnungswidrigkeitenrecht*, o direito de contra-ordenações alemão, o legislador estipulou um limite legal de 0,5% de taxa de alcoolemia (§ 24a I StVG), constituindo, assim, o conteúdo de injusto administrativo da conduta. Não deve surpreender, portanto, o fato de os casos do Promille terem dado o impulso inicial à discussão em torno da extensão da proibição de retroatividade. A decisão originária sobre o conteúdo de injusto *penal* não fora tomada, nesse caso, pelo legislador alemão, de modo que a jurisprudência assumiu o papel de fonte (in)competente de decisão, chegando à conclusão dos atuais 1,1% após colhimento de parecer técnico de determinados institutos de medicina. A decisão sobre o conteúdo de injusto não pode ser identificada, portanto, com precedência no texto oferecido pelo legislador<sup>130</sup>, que tampouco remete a concepções fundamentais de nossa sociedade. Aqui, o legislador entregou a própria decisão originária ao juiz, e não apenas a concretização de um injusto já delineado em termos gerais, não havendo sequer uma margem

<sup>127</sup> Puppe (n. 3), p. 60.

<sup>128</sup> Grunsky (n. 11), p. 8.

<sup>129</sup> Welzel MDR 1952, 584 e ss., 586 e ss.; BGHSt 20, 177, 181; sobre a discussão, em detalhes, Kuhlen, (n. 1), p. 392 e ss., 420 e ss.; Laaths (n. 1), p. 90 e ss.; Dietmeier (n. 72), p. 140 e ss.

<sup>130</sup> Schönemann FS-Klug Volume I, 169 e ss., 186; o juiz do *Bundesgerichtshof*, Thomas Fischer, manifestou-se incisivamente em sua coluna para um jornal de alta circulação contra o resultado a chegou a jurisprudência alemã: “Os limites estipulados pela jurisprudência dos Tribunais superiores não são justos. Não são sequer racionais” (Fischer, Im Rausch, Die Zeit, 1.3.2016, acessível em: <<http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-03/strafrecht-justiz-trunkenheit-autofahren-fischer-im-recht/seite-4>>).

de orientação existente no texto legal.<sup>131</sup> O tipo penal em sua formulação linguística não oferece parâmetros para que se avalie o “risco da punibilidade”, um critério famoso na jurisprudência, mas que auxilia pouco.<sup>132</sup> Essa é a verdadeira razão pela qual alguns autores, baseados em intuição correta, propuseram uma regra de exceção para a proibição de retroatividade precisamente em setores mais afeitos a esse tipo de decisão técnica, como é o caso do direito penal tributário e o direito penal de trânsito<sup>133</sup>. Nesses casos, qualquer decisão que não atinja as raias do absurdo é imaginável e terá de ser, em tese, aceita.

*Em tese.* Precisamente nos casos em que o legislador – por desídia, inabilidade ou comodidade – repassa por completo ao juiz a tarefa de constituir originariamente a natureza de injusto penal de um comportamento é que também os limites a que está adstrito o legislador devem ser repassados. Ocorre, por assim dizer, um *repasse duplo*, dos poderes e dos limites. O argumento é de sedutora simplicidade: quem recebe poder, deve receber limites; doutro modo, o legislador repassaria uma posição de poder de que tampouco ele goza<sup>134</sup>. “Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet”. Correr-se-ia, além disso, o risco de criar um espaço propício para manobras tendentes a esquivar-se do espectro da proibição de retroatividade<sup>135</sup>. Nos casos em que a jurisprudência, a partir de um proceder decisionista, constitui originariamente o injusto penal, deve incidir a proibição de retroatividade, na medida em que tem-se situação idêntica àquela que constitui a ratio da proibição da retroatividade da lei penal mais gravosa, qual seja a de evitar que o cidadão assista ao conteúdo

<sup>131</sup> Sobre a chamada doutrina do “thin ice” ver *Ambos* KritV 2003, 31 e ss., 34 e s.

<sup>132</sup> Sobre esse critério comparar BVerfGE 75, 329, 345; ver também *Dannecker* FS-Otto, 25 e ss., 29.

<sup>133</sup> Assim por exemplo *Hassemer* (n. 42), p. 264; *Jakobs* AT, 1. Livro, 2. Cap., § 4, nm. 82, n. 122.

<sup>134</sup> Ver as considerações de *Gross* GA 1971, 13 e ss., 19..

<sup>135</sup> *Zielinski* FS-Grünwald, 811 e ss., 828: os limites a que está submetido o Estado devem-se, sobretudo, ao fato de os cidadãos não confiarem na autoridade estatal.

de injusto penal de uma conduta ser *constituído e aplicado*, num só golpe, *no seu caso*.

O argumento de Roxin, segundo o qual “por meio de uma extensão do princípio (da retroatividade) à jurisprudência tratar-se-ia o juiz como se legislador fosse”<sup>136</sup>, não está incorreto, apenas não conduz ao rechaço a uma admissão parcial. Essa conclusão apenas seria verdadeira caso a jurisprudência não atuasse, em muitos casos, como verdadeiro legislador. O argumento presuppõe que essa divisão seja sempre respeitada, o que não corresponde à realidade jurídica atual. É precisamente a necessidade de *manter a separação funcional entre legislação e jurisprudência* que conduz à conclusão de que se deve estender a proibição de retroatividade para os casos em que a jurisprudência constitui excepcionalmente, por meio de decisão originária, o injusto penal. Em outros casos de alteração jurisprudencial não abrangidos por esse critério, os casos de jurisprudência concretizadora do injusto penal, pode-se chegar a aplicação das regras do erro sobre a ilicitude, desde que corretamente compreendidas<sup>137</sup>. O erro sobre a ilicitude, nesse contexto, é sempre a segunda melhor solução<sup>138</sup>, a reclamar ainda uma fundamentação mais detalhada.

<sup>136</sup> Por último, *Roxin* in: Hilgendorf (Org.) (n. 23), p. 113 e ss., 129.

<sup>137</sup> Em primeiro lugar, note-se que o acusado estará em regra em estado de dúvida sobre a proibição, considerado pela doutrina dominante como excluído do erro sobre a ilicitude (contra essa solução, em detalhes, *Leite* GA 2012, 637 e ss., 646 e ss.; monograficamente, *idem*, Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal, 2 ed. 2014, São Paulo). Em segundo lugar, faltará ao acusado apenas a consciência da proibição penal da conduta, e não a consciência da proibição em geral, considerada suficiente pela doutrina dominante (ter atentado para esse ponto foi um dos grandes méritos da monografia de *Haffke* [n. 28], p. 28 e ss., 36, 154 e ss.; ver também *Rudolphi* [n. 11], p. 105, n. 35 e *Schreiber* JZ 1973, 713 e ss., 717); ver sobre os contornos do erro sobre a ilicitude *Roxin* AT I 4., § 21 Rn 69; *Wolter* JuS 1979, 482 e ss.; *Straßburg* aponta para o problema de que o objeto do erro será, em regra, uma prognose falsa sobre o desenvolvimento jurisprudencial: *Straßburg* ZStW 82 (1970), 948 e ss., 959; *Arndt* (n. 53), p. 44 e s., 130: indica que um erro sobre a ilicitude existiria, no máximo, nos casos de alteração fundamentadora da punibilidade, mas não no caso de simples agravamento de punibilidade existente. Como se vê, seria necessário desenvolver um estudo específico a esse respeito.

<sup>138</sup> *NK-Hassemer/Kargl* § 1, 4 ed. nm. 58: “a segunda melhor solução”; convincente, *Neumann* ZStW 103 (1991), 331 e ss., 333: “(...), porque dessa forma trata-se como um problema de déficit informacional do autor o que, em verdade,

## 5. Vantagens da solução apresentada

A solução aqui proposta corresponde a certas intuições presentes na doutrina<sup>139</sup>, como por exemplo na solução proposta por aqueles autores que estendem a proibição de retroatividade para a chamada “jurisprudência conformadora/complementadora da lei”.<sup>140</sup> Também na jurisprudência é possível encontrar pontos de semelhança com a ideia de que as “questões essenciais” sobre a punibilidade de um comportamento devem ser decididas pelo legislador.<sup>141</sup> A decisão do *Bundesverfassungsgericht* sobre a *Untreue* parece igualmente ter reconhecido, nas palavras de Neumann, uma “função constitutiva à jurisprudência”<sup>142</sup>. A distinção entre jurisprudência “declaratória” e jurisprudência “constitutiva” foi adotada em recente e relevante decisão do

---

é um déficit de regulação do sistema normativo”; os limites da solução do erro sobre a ilicitude são reconhecidos por outros autores: *W. Knittel* (n. 27) p. 56, n. 200, 57; *Simon* (n. 3), p. 440: a relutância prática em se admitir erros sobre a ilicitude.

<sup>139</sup> Ver *Baumann* AT, p. 125: pergunta teste deve ser sobre se a alteração atingiu tal significado que faria necessária, a rigor, uma intervenção do legislador; ver também *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, 16. ed. 1972, § 2, nm. 15, 59 e s..

<sup>140</sup> *NK-Hassemer/Kargl* § 1, nm. 57 e ss.; interessante a esse respeito, *AnwK-Gaede* § 1 StGB, nm. 41: proibição de retroatividade quando a jurisprudência já atingiu o grau de “direito costumeiro” ou quando o Tribunal altera completamente a valoração jurídico-penal da conduta; próximo; *Arndt* (n. 53), p. 24 e s.; *Degenhart*, in: *Sachs* (Org.) (n. 55), nm. 73: nos casos do *Promille*, a “função da jurisprudência como legislador substituto surge em toda sua evidência”.

<sup>141</sup> Ver, recentemente, *BVerfGE* 126, 170, 195; anteriormente já em *BVerfGE* 49, 89, 126; 78, 374, 382, 389; por vezes, essa “teoria da essencialidade” é relativizada; a esse respeito, *LK-Dannecker* § 1, nm. 119; *Tiedemann* (n. 67), p. 36 e ss., 45 e ss.; sobre o caráter fundante do princípio da legalidade para o direito penal *Schreiber* (n. 55), p. 217 e ss.: domesticação da arbitrariedade; *Grünwald* ZStW 76 (1964), 1 e ss., 16; *Mangakis* ZStW 81 (1969), 997 e ss., 1000: garante o “direito penal como direito”; próximo, *Krey* (n. 41), p. 127 e s.; *Soler*, *Derecho Penal Argentino* I, 5. ed. 1989, Buenos Aires, p. 136 e ss.; o risco apontado por *Jakobs*, de que essa extensão cause um afrouxamento da vinculação à lei deve ser levado a sério: *Jakobs* AT, 1. Livro, 2. Cap., nm. 81: “um judiciário que esteja limitado como legislador, irá julicar como se promulgasse leis”; *Naucke*, *KritV – Sonderheft*, *W. Hassemer zum 60. Geburtstag* 2000, 132 e ss., 133; fundamental, *Greco* (n. 13), p. 253 e ss., 273.; *Faria Costa* RIJ n. 3933, Coimbra, 2002, 354 e ss., 363: “O princípio da legalidade está, por direito próprio, nesse rol de ‘coisas’ pelo qual vale a pena defender ‘as muralhas da cidade’”.

<sup>142</sup> *Neumann* FS-Beulke 2015, 197 e ss., 205.

*Bundesverfassungsgericht*<sup>143</sup>. Uma distinção próxima aparece igualmente na intrincada discussão sobre o objeto do dolo nas leis penais em branco<sup>144</sup>: É correto afirmar que sem o conhecimento do complemento da lei penal não se acessa devidamente a consciência da danosidade social da conduta, de modo que esse conhecimento deve ser exigido para a afirmação do dolo nesses tipos penais.<sup>145</sup> Tal solução encontra guarida no revolucionário artigo 16, 1. do Código Penal português (“O erro sobre elementos de facto ou de direito de um tipo de crime, ou sobre proibições cujo conhecimento for razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do facto, exclui o dolo”), um dispositivo que antecipou em anos a solução que agora parece assentar-se<sup>146</sup>. A solução funda-se na ideia de que o complemento contém uma *decisão crua constitutiva de um injusto penal* tomada pelo legislador, no sentido acima apontado. Também por essa razão, quando o erro se refere aos chamados elementos da valoração global do fato, a solução é outra, pois esse elementos fazem referencia a realidades sociais vivas que integram, em regra, a concepção fundamental de nossa sociedade.<sup>147</sup> Todos esses raciocínio corroboram a solução apresentada, no sentido de que quando a jurisprudência, excepcional e atipicamente, constitui o injusto penal de uma conduta, deve ela estar submetida aos limites da proibição de retroatividade, ou seja, a nova decisão possuirá eficácia ex nunc.

A solução aqui apresentada não padece, de outro lado, dos problemas de imprecisão identificados na doutrina da proteção da confiança. Lá, há sempre a dependência incômoda do resultado do jogo de ponderação entre direitos do cidadãos e direitos da

<sup>143</sup> BVerfG JZ 2014, 510 e ss.; A esse respeito *Lepsius* JZ 2014, 488 e ss.; *Hey* JZ 2014, 500 e ss.; *Neumann* FS-Beulke 2015, 197 e ss.. 210.

<sup>144</sup> *Tiedemann*, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, p. 282 e ss.; *Enderle*, Blankettstrafgesetze, 2000, p. 283 e ss.; *Roxin* FS-Tiedemann 2008, 375 e ss., 378 e ss.; recentemente, *Schuster* (n. 1), p. 88 e ss., 115 e ss.

<sup>145</sup> *Puppe* GA 1990, 145 e ss., 170 e ss.; *Roxin* FS-Tiedemann, 375 e ss., 381; *Herzberg*, GA 1993, 455 e ss.; *Kuhlen* (n. 1), p. 361 e ss., 370 e ss., 386; *Dietmeier* (n. 72), p. 221 e ss.

<sup>146</sup> Manifestei-me a esse respeito em *Leite* GA 2015, 517 e ss.

<sup>147</sup> Em detalhes, *Roxin* FS-Tiedemann, 375 e ss., 382 e ss.

sociedade, além de a solução estar sempre a reboque de questões contingenciais, como a “especificidade do tipo penal” (a quantidade de pena prevista, o círculo de destinatários da lei etc.).<sup>148</sup> O critério aqui apresentado não depende dos efeitos causados por uma suposta alteração, pois funda-se em argumento material, identificável, como visto acima, em outros setores problemáticos do direito penal. Evidentemente, a distinção entre *jurisprudência constitutiva* do injusto e *jurisprudência concretizadora* do injusto penal não representa uma fórmula perfeita para ser aplicada, e carece ainda de melhores explicitações. Questões relevantes ainda permanecem em aberto, como por exemplo a graduação exigida do juiz ou Tribunal para que se possa considerar o injusto penal como constituído. De todo modo, a mera enunciação de um critério fundamental e promissor foi o que almejou este estudo.

A grande *distinção prática* entre a solução aqui proposta e as suas rivais parece estar na *renúncia ao conceito de jurisprudência anteriormente consolidada* (cf. acima IV., 2.), ou pelo menos no fato de esse conceito não possuir relevância fundamental para a solução proposta. Afinal, a questão essencial passa a ser a *constituição de um injusto novo*, e não na alteração da jurisprudência antiga; não a alteração de algo existente, mas a constituição de algo inexistente por fonte “incompetente”. Por essa razão é que a decisão judicial que constitui originariamente o injusto penal de uma conduta está proscribida de retroagir e não deve ser aplicada ao caso que a ensejou. Dessa forma, para ficar com um exemplo alemão, as decisões que determinaram a primeira determinação da taxa de alcoolemia na direção de motos (BGHSt 30, 149, 151) e de bicicletas (BGHSt 34, 133) não poderiam retroagir, pois constituíram originariamente um injusto penal. Nada foi alterado, pois nada havia anteriormente. Com isso, renuncia-se igualmente ao problemático conceito de alteração, acima criticado (cf. acima IV. 4.). Poder-se-ia mesmo dizer que, partilhada a posição aqui defendida, o problema de que tratamos seria mais precisamente designado caso, em vez de se falar em proibição de retroatividade

---

<sup>148</sup> *Krieger* NStZ 2011, 369 e ss., 371.

de alteração jurisprudencial, falasse-se em *proibição de retroatividade de jurisprudência constitutiva do injusto penal*.

## VI. Resumo das conclusões

Diante da nova *compreensão dinâmica do princípio da legalidade*, o clássico problema da extensão da proibição de retroatividade a ao menos algumas alterações jurisprudenciais voltou ao horizonte de preocupação dos penalistas (I., II.). Há consenso em torno do fato de que diante de algumas alterações jurisprudenciais prejudiciais ao acusado não deve ocorrer punição. Essa forte intuição funda-se especialmente na *igualdade fática*, desde o ponto de vista do cidadão, entre uma alteração jurisprudencial e uma alteração legislativa: ambas podem prejudicar o sujeito com a mesma gravidade. A *posição tradicional* nega a extensão da proibição de retroatividade às alterações jurisprudenciais, com argumentos que não convencem (III.). Se injustiça há, dizem, ela poderia ser corrigida pela regra salvatória do erro sobre a ilicitude. A *posição intermediária* busca ancorar juridicamente aquela intuição mencionada na ideia de *proteção* da confiança. Esse louvável esforço acaba por perder-se no vórtice de conceitos imprecisos: proteção da confiança não passa de uma descrição de um efeito (IV.). À razão mais fundamental pela qual se deve estender a proibição de retroatividade só se chega ao analisar-se o *conteúdo das decisões judiciais*, e não os seus efeitos. A distinção fundamental é aquela existente entre *jurisprudência constitutiva do injusto penal* e *jurisprudência concretizadora do injusto penal*. O problema não está na alteração de algo existente, mas na constituição de algo inédito por fonte em princípio incompetente. Não deve retroagir a decisão que, em atípica atuação substitutiva ao legislador, decida originariamente sobre o conteúdo de injusto penal de uma conduta. Para outros casos de alteração jurisprudencial, as regras do erro sobre a ilicitude devem bastar, desde que corretamente compreendidas (V.).





## OS LIMITES TEMPORAIS DA NEGLI- GÊNCIA NOS CRIMES DE RESULTADO

*Bruno Moura\**

### *Time Bound Limits of Negligence in Result Crimes*

ABSTRACT: In so-called «result crimes» the ascription *qua* negligence is especially open to time. Not only to the future but also and mainly to the past. This means that the responsibility may refer to a previous behavior more or less distant from the event that properly performs the punishable conduct described by law. Indeed, this reference to the past — the infringement of a onus (*Obliegenheit*) — defines the logical structure of criminal negligence. At the decisive moment, the agent is unable to accomplish his duty to avoid the disapproved result. But he himself is responsible for his inability, because he has not kept or not acquired the necessary skills to act in accordance with the legal norm. If the criminal liability is really based on facts — and not on character defects or unpleasant lifestyles — that reference to the past must respect some strict limits. Under this chronological horizon, the problem is how to know until when the judge can search backwards on the timeline a support point to justify the punishment. This support point can not be established by the first free act nor by the behavior that leads immediately to the criminal result. Furthermore, an analogy with the intentional crimes does not offer an appropriate solution. The correct answer says: the responsibility may achieve that moment in which the agent had a concrete (evident, clear, manifest) reason

to conserve or obtain the capacity to avoid the forbidden result at the decisive instant.

KEYWORDS: Criminal Law; time; ascription; negligence; *actio libera in causa*; duty; onus (*Obliegenheit*).

## I. O problema

Os delitos de resultado são “temporalmente abertos”<sup>1</sup>. Eles se consomem apenas com a produção de um efeito (físico) espaço-temporalmente distinto (separável) da acção<sup>2</sup>. Por outros termos ainda: o comportamento e o resultado são diferenciáveis no eixo cronológico, de modo que entre ambos cabe identificar um certo intervalo de tempo ( $\Delta T$ ), por mais ínfimo que seja<sup>3</sup>.

---

\* Doutorando investigador da Fundação para a Ciência e a Tecnologia de Portugal.

<sup>1</sup> Detlev STERNBERG-LIEBEN, «Grenzen fahrlässiger actio libera in causa», in Gunnar DUTTGE, *et al.*, Hrsg., *Gedächtnisschrift für Ellen Schlichter*, Köln: Heymanns, 2002, 219. É claro que, levado ao pé da letra, aquele enunciado pouco ou nada diz. Na verdade ele soa bastante trivial. Deixando de lado a discussão filosófica em torno da possibilidade de vinculação do Direito Penal a supostas «verdades eternas», é certo que ninguém ousaria negar a circunstância de toda e qualquer instituição jurídica ser determinada ou ao menos influenciada pelo vector da temporalidade: nada pode se fechar ao efeito do tempo. Assim, para revelar o seu sentido útil, aquela frase deve ser entendida como afirmação de que os delitos de resultado têm uma *especial* relação de abertura com o tempo.

<sup>2</sup> Helena MONIZ, «Aspectos do resultado em Direito Penal», in Manuel da Costa ANDRADE, *et al.*, org., *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 566 s.; Susana Aires de SOUSA, *A responsabilidade criminal pelo produto e o topos causal em Direito Penal - Contributo para uma protecção penal de interesses do consumidor*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, 494. Esta definição não se move no plano do objecto de protecção (bem jurídico), mas no plano do objecto de acção.

<sup>3</sup> Em termos estritamente lógicos, sempre é *possível* diferenciar entre a conduta e o efeito por ela causado: quando eu informo outra pessoa o seu estado informacional sofre uma alteração, quando alguém vai para casa há uma modificação no seu paradeiro, etc. Mas no Direito Penal uma tal separação apenas será *necessária* em relação àqueles efeitos cuja evitação constitui a finalidade da norma. Verbos como «matar», «ofender» e «danificar» são claramente definidos pelas consequências negativas da acção, mas isso não impede que relativamente aos crimes de homicídio, lesão à integridade física e dano não se

Assim, tomando como referência o instante da acção, os crimes de resultado são abertos «para frente», *i.e.*, para o futuro. Se em alguns casos aquela falta de sincronia parece quase irrisória, em outros a distância entre a conduta e a alteração externa do objecto que densifica o bem jurídico pode ser considerável: um disparo de arma de fogo pode acarretar a morte da vítima logo em seguida ou apenas meses depois. Este arco de temporalidade está aberto tanto para fenómenos de desvio do curso causal quanto para fenómenos de duplicação do comportamento do mesmo agente<sup>4</sup>.

Mas a abertura temporal dos delitos de resultado não se esgota na vertente prospectiva. Ela ainda pode assumir um outro sentido, agora na vertente retrospectiva: em relação ao momento da conduta típica, os crimes em estudo também podem se abrir «para trás», ou seja, para o pretérito. De facto, o Direito Penal conhece não raras situações em que a originária impossibilidade de punir um comportamento que realiza propriamente (fenomenologicamente) o tipo legal de crime pode ser superada através de mecanismos de imputação que recorrem a uma conduta temporalmente anterior, situada em um «campo prévio»<sup>5</sup>. Isso fica claro não só mas sobretudo nas hipóteses de negligência<sup>6</sup>. Não é certamente por acaso que se afirma que os delitos negligentes

---

possa distinguir entre uma proibição de causar o resultado desvalioso e uma proibição de realizar uma conduta idónea para produzi-lo. Assim, com destaque para a distinção entre normas de causação e normas de acção: Stephan AST, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik - Eine Systematisierung von Normarten und deren Nutzen für Fragen der Erfolgszurechnung, insbesondere die Abgrenzung des Begehungs- vom Unterlassungsdelikt*, Berlin: Duncker & Humblot, 2010, 22 s.

<sup>4</sup> Sobre ambos os fenómenos: Michael HETTINGER, «Der sog. dolus generalis: Sonderfall eines „Irrtums über den Kausalverlauf“?», in Manfred SEEBODE, Hrsg., *Festschrift für Günter Spendel*, Berlin: Walter de Gruyter, 1992, 237 s., 248 s.

<sup>5</sup> Detlev STERNBERG-LIEBEN, *GS-Schlüchter*, 219.

<sup>6</sup> Outros afloramentos legais da relevância da «conduta prévia» são o evitável desconhecimento da ilicitude, a inimputabilidade auto-provocada de maneira dolosa e a provocação dos estados de necessidade justificante e desculpante (CP, arts. 17.º, n.º 2, 20.º, n.º 4, 34.º *a*) e 35.º). No plano supra-legal merecem destaque os casos em que o agente é responsável pela sua própria incapacidade de agir (*v.g.*, ao deixar de tomar a medicação que controla os seus ataques epiléticos). Pormenorizadamente sobre o problema da responsabilidade do autor pela ausência de um pressuposto da punição: Joachim HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2. Aufl., Berlin: Walter de Gruyter, 1988, 277 s.; Ulfrid NEUMANN, *Zurechnung und „Vorverschulden“*

de resultado<sup>7</sup> são «abertos para o passado»<sup>8</sup>. Mas esta referência será tão forte ao ponto de não se submeter a nenhum limite e deste modo se aproximar da ideia de um Direito Penal do agente, pautado na responsabilidade pela condução de vida? Ou ela deve se sujeitar a parâmetros de restrição capazes de garantir a sua compatibilidade com a ideia de um Direito Penal do facto? Será “correcto, justo e plausível” castigar a título de negligência quem já não poderia ser punido se tivesse actuado com dolo?<sup>9</sup> As linhas que seguem tentam oferecer uma resposta plausível a estas questões<sup>10</sup>.

---

- *Vorstudien zu einem dialogischen Modell strafrechtlicher Zurechnung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1985, 24 s.

<sup>7</sup> O ordenamento jurídico também reconhece delitos negligentes de mera actividade. É o que acontece, por exemplo, com o crime de condução de veículo em estado de embriaguez (CP, art. 292.º) e com alguns crimes descritos na lei de infracções económicas (arts. 30.º, n.º 2 e 33.º, n.º 2 do Decreto-Lei 28/84). Cf. Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito Penal - Parte Geral*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 868 s. A propósito do Direito alemão: Joachim VOGEL, «Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln», in Heinrich Wilhelm LAUFHÜTTE / Ruth RISSING-VAN SAAN / Klaus TIEDEMANN, Hrsg., *Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar*, 12. Aufl., Band I, Berlin: Walter de Gruyter, 2007, § 15, nm. 146. Para o papel do resultado enquanto elemento constitutivo do ilícito negligente, não como mera condição objectiva de punibilidade: Pedro CAEIRO / Cláudia SANTOS, «Anotação ao Acórdão da Relação de Coimbra de 6 de abril de 1995», *RPCC* 6 (1996), 134 s.

<sup>8</sup> Assim, no sentido de uma abertura ilimitada: Wilfried KÜPER, *Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand - Zugleich ein Beitrag zur „actio illicita in causa“*, Berlin: Duncker & Humblot, 1983, 50; Hans-Ullrich PAEFFGEN, «Actio libera in causa und § 323a StGB», *ZStW* 97 (1985), 525 s. Ainda sobre aquela abertura, embora com um esforço de delimitação: Michael HETTINGER, «Zur Strafbarkeit der fahrlässigen actio libera in causa», *GA* 136 (1989), 11 e 17; IDEM, «Handlungsentschluss und -beginn als Grenzkriterium Tatbestandsmäßigen Verhaltens beim fahrlässig begangenen sog. reinen Erfolgsdelikt - Zugleich zur sog. fahrlässigen actio libera in causa», in Andreas HOYER, *et al.*, Hrsg., *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, Heidelberg: Müller, 2006, 213 e 216; Detlev STERNBERG-LIEBEN, *GS-Schlichter*, 219, 220 e 230.

<sup>9</sup> Eckhard HORN, «Der Anfang vom Ende der actio libera in causa», *StV* 17 (1997) 265.

<sup>10</sup> Em termos mais gerais, é comum afirmar que os delitos negligentes se apoiam em «tipos penais abertos», na medida em que a matéria de proibição não está determinada pelo legislador: a definição do desvalor da acção depende do recurso a diversos elementos de densificação do comando normativo. Por todos: Claus ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Hamburg: Cram de Gruyter, 1959, 11 e 34 s. Sobre a negligência como conceito tipológico (aproximativo): Gunnar DUTTGE, «Zum typologischen

## II. Abertura para o futuro

Ainda hoje se discute vivamente a propósito do verdadeiro fundamento da negligência relevante no Direito Penal. São vários os critérios mobilizados no debate. A violação do dever de cuidado<sup>11</sup>, a previsibilidade da ofensa ao bem jurídico<sup>12</sup>, a criação/realização de um risco não permitido (imputação objectiva do resultado)<sup>13</sup> e a existência de um manifesto (evidente) motivo

---

Denken im Strafrecht - Ein Beitrag zur „Wiederbelebung“ der juristischen Methodenlehre», *JRE* 11 (2003) 103 s., 110 s. No sentido contrário, sustentando que os crimes negligentes se apoiam em “tipos penais fechados”: Walter GROPP, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Berlin: Springer, 2005, 463, 469 s.

<sup>11</sup> Nesta direcção caminha a leitura «clássica» sobre o tema. Somente no plano da culpa: Karl ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht* (2. Neudruck der Ausgabe 1930), Aalen: Scientia Verlag, 1995, 267 s., 306 s., embora com alguma hesitação, considerando viável a tematização da negligência já na antijuridicidade (p. 277, 278, 344 e 346); Eduardo CORREIA, *Direito Criminal*, Volume I, Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2007, 421 s. Não só no terreno da culpabilidade, mas também no âmbito do injusto: Werner NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tübingen: Mohr, 1951, 40 s.; Hans WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4 Aufl., Göttingen: Otto Schwartz, 1961, 32 s. Unicamente no seio do ilícito: Günter STRATENWERTH / Lothar KUHLEN, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., München: Vahlen, 2011, 308, 309 e 316. Incluindo elementos de imputação objectiva do resultado: José de Faria COSTA, *O perigo em Direito Penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)*, Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, 469 s.; Georg FREUND, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Berlin: Springer, 2009, 165 s., 176 s.; Sónia FIDALGO, *Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 54 s., 107 s.; Álvaro da Cunha Gomes RODRIGUES, *A negligência médica hospitalar na perspectiva jurídico-penal - Estudo sobre a responsabilidade criminal médico-hospitalar*, Coimbra: Almedina, 2013, 81 s., 133 s., 343 s.; António Manuel de Almeida COSTA, *Ilícito pessoal, imputação objectiva e participação em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2014, 567 s., 666 s.

<sup>12</sup> No horizonte da culpa: Eberhard SCHMIDHÄUSER, «Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung», in Gerald GRÜNWARD, Hrsg., *Festschrift für Friedrich Schaffstein*, Göttingen: Otto Schwartz, 1975, 129 s. Tanto no seio da culpabilidade quanto no terreno da ilicitude: Friedrich-Christian SCHROEDER, «Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit bei der Tatbestandsverwirklichung», *JZ* 44 (1989) 776 s. Exclusivamente no plano do injusto: Günther JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin: Walter de Gruyter, 1972, 56 s., 62 s.; Ana Bárbara Sousa e BRITO, *A negligência inconsciente: entre a dogmática penal e a neurociência*, Coimbra: Almedina, 2015, 265 s., 429 s., 465 s.

<sup>13</sup> No campo da antijuridicidade, a partir da lógica da ponderação de interesses: Bernd SCHÜNEMANN, «Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte», *JA* 7 (1975), 435 s., 511 s., 575 s.;

de atenção<sup>14</sup> são os protagonistas deste cenário<sup>15</sup>. Seja como for, apesar das consideráveis incertezas ali suscitadas, existe uma ampla concordância ao menos em torno das consequências mais essenciais. A esta zona de consenso pertence o tratamento dogmático de determinadas situações que tematizam — em maior ou menor medida e à luz daquilo que a doutrina hoje indistintamente denomina de «fim (âmbito) de protecção da norma» — a relação do crime negligente com o futuro.

Um primeiro território de análise diz respeito ao fim de protecção do *tipo legal de crime*, com especial destaque para as hipóteses de dano tardio (derivado)<sup>16</sup>. Neste marco costuma valer uma solução diferenciada. Nos casos de evolução contínua (rápida ou lenta) do dano originário não há nenhum motivo para excluir a imputação. Assim, *v.g.*, quem conduz de maneira descuidada e

---

Jürgen WOLTER, «Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtssystem - Zur Strukturgleichheit von Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikt», IDEM *et al.*, Hrsg., *140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht - Eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz*, Heidelberg: Decker, 1993, 271 s.; Claus ROXIN, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl., München: Beck, 2006, 1064 s.; Walter GROPP, *AT*<sup>3</sup>, 460 s.; Ingeborg PUPPE, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2011, 89 s.

<sup>14</sup> Gunnar DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, *maxime* 373 s., 493 s.; IDEM, «Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln», in Wolfgang JOECKS / Klaus MIEBACH, Hrsg., *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Aufl., Band I, München: Beck, 2011, § 15, nm. 121 s.

<sup>15</sup> Um relevante sector da doutrina faz o uso cumulativo ou sucessivo de alguns dos critérios. Invocando tanto a violação de um dever de cuidado quanto a previsibilidade da ofensa ao bem jurídico e a imputação objectiva do resultado: Kristian KÜHL, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., München: Vahlen, 2008, 511 s., 525 s. De maneira bastante confusa: Juarez TAVARES, *Teoria do crime culposos*, 3.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 245 s., 298 s., 323 s., 350 s. Bem vistas as coisas, os elementos da negligência devem observar a seguinte ordenação: a previsibilidade é o pressuposto fundamental da evitabilidade, que por sua vez é o pressuposto da exigência jurídica de evitação. Sendo certo, todavia, que nem tudo o que é previsível é também evitável e nem tudo o que é evitável é também juridicamente exigido. Veja-se Georg FREUND, «Die Definitionen von Vorsatz und Fahrlässigkeit - Zur Funktion gesetzlicher Begriffe und ihrer Definition bei der Rechtskonkretisierung», in Michael HETTINGER, *et al.*, Hrsg., *Festschrift für Wilfried Köpper*, Heidelberg: Müller, 2007, 76 e 79.

<sup>16</sup> Sobre a temática, recentemente: Shikara VÁSQUEZ SHIMAJUKO, *La imputación de los resultados tardíos - Acerca de la dimensión temporal de la imputación objetiva*, Buenos Aires: B de F, 2013, 73 s.

com isso provoca um acidente de carro deve responder por homicídio quando a vítima acaba por falecer anos depois precisamente em virtude das lesões internas que a colisão lhe deixou. O mesmo já não se pode afirmar nos casos em que a lesão inicial se estabiliza, sem que seja possível o pleno restabelecimento da vítima. Quem provoca negligentemente uma colisão que culmina na amputação da perna de outrem não deve responder por homicídio quando, anos mais tarde, em virtude das suas restrições de locomoção, a vítima perde o equilíbrio, cai, bate a cabeça na calçada e morre. E isso mesmo que o efeito superveniente ainda configure a realização do risco criado pela primeira conduta. Pois as eventuais consequências da redução geral da capacidade de resistência ou de acção não são abarcadas pelo âmbito de protecção da norma típica: os riscos gerais que resultam do dano primário são considerados na medição da pena relativa ao facto originário<sup>17</sup>.

Uma segunda realidade digna de consideração prende-se com o fim de protecção da *exigência de cuidado*<sup>18</sup>. Neste âmbito a abertura para o futuro é ainda mais restrita. Basta reparar no sentido das regras de trânsito. Se um condutor desrespeita o sinal vermelho em um cruzamento sem que ali nada de mal aconteça e se dez quilómetros depois, agora com uma correcta condução, acaba por atropelar uma criança que surge de repente na pista, não cabe falar em crime negligente. Embora a inobservância da ordem de paragem seja causal para o resultado, tal imperativo busca apenas garantir a segurança do tráfego em locais de intersecção de vias de rodagem ao mesmo nível: ela não pretende evitar posteriores consequências lesivas que podem surgir fora daquele específico espaço. O mesmo acontece quando o motoris-

---

<sup>17</sup> Especialmente problemáticos são os casos em que as consequências supervenientes aparecem como resultado de uma enfermidade que evolui de maneira lenta e constante. Basta pensar, *u.g.*, na hipótese de contaminação pelo vírus da imunodeficiência humana. Sobre tudo isso: Claus ROXIN, *AT*<sup>4</sup>, 1078 s. Especificamente a propósito da imputação nos casos de VIH/SIDA: Álvaro da Cunha Gomes RODRIGUES, *A negligência médica hospitalar na perspectiva jurídico-penal*, 195 s.

<sup>18</sup> Para a relação entre a regra típica e a regra de cuidado, *i.e.*, entre o dever de evitar a realização do tipo e a obrigação de manter ou adquirir as capacidades necessárias para cumprir aquele dever de evitação: Urs KINDHÄUSER, «Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit - Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung», *GA* 141 (1994) 204 s., 210 s.

ta ultrapassa o limite de velocidade. A correspondente proibição busca apenas assegurar que os participantes do trânsito ainda disponham do tempo de reacção necessário para evitar um acidente: ela não pretende garantir que um determinado veículo chegue mais tarde a um determinado local<sup>19</sup>.

Estas reflexões mostram que no crime negligente a referência ao futuro é bastante reduzida. Na verdade, o único afloramento de abertura ao porvir — a imputação nos casos em que a morte aparece como ulterior consequência do agravamento progressivo de um dano inicial — não constitui nenhuma peculiaridade do delito negligente, mas uma nota comum a todos os crimes de resultado. Afinal, como visto, estes são temporalmente abertos. Assim, o elemento que explica a pretensa especialidade da relação entre negligência e tempo deve ser procurado em outro lugar, ou melhor, em outro momento: o passado. Seja como for e ainda a respeito daquele fechamento para o futuro, cabe reconhecer que a capacidade de rendimento da figura do «fim (âmbito) de protecção da norma» para tematizar os problemas acima suscitados é mais do que duvidosa. Além de vazia e circular, esta categoria é completamente supérflua. Pois naqueles casos a exclusão da imputação pode ser explicada directamente a partir do princípio da simultaneidade (coincidência)<sup>20</sup>: se o exame acerca da inevitabilidade do resultado se refere à concreta «situação crítica», a afirmação de que o fim de protecção das regras de velocidade não é garantir que o condutor chegue mais tarde ao local do acidente perde todo o sentido útil. O mesmo vale para o exemplo do sinal vermelho<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Wilfried Küper, «Überlegungen zum sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt», IDEM, Hrsg., *Festschrift für Karl Lackner*, Berlin: Duncker & Humblot, 1987, 250 s. Ainda a propósito das restrições espaciotemporais do fim de protecção: Karl-Heinz GÖSSEL, «Die Verknüpfung sorgfaltswidrigen Verhaltens mit der Rechtsgutsbeeinträchtigung in der Fahrlässigkeitstat - keine Frage der objektiven Zurechnung, sondern der Beurteilung nach dem Satz vom Grunde», Georg FREUND, et al., Hrsg., *Festschrift für Wolfgang Frisch*, Berlin: Duncker & Humblot, 2013, 445 s. Fica aqui em aberto a questão de saber se a imputação também deve ser excluída naqueles casos em que a violação da regra de trânsito aparece como a única maneira de evitar o acidente. Para a discussão: Kristian KÜHL, *AT*<sup>6</sup>, 535.

<sup>20</sup> Cf. *infra* (item III).

<sup>21</sup> Joachim VOGEL, *LK*<sup>12</sup>, § 15, nm. 188 e 189, onde resume (nm. 202): “considerações complementares acerca do fim de protecção são necessárias



### III. Abertura para o passado

Segundo o princípio da coincidência (simultaneidade), todos os elementos constitutivos do facto criminoso devem existir em um mesmo ponto da coordenada do tempo. Isso significa que o delito não pode ser examinado a partir da junção de componentes que se estabelecem em pontos diversos da linha cronológica: se o crime é definido como a soma de  $\alpha$ ,  $\beta$  e  $\gamma$ <sup>22</sup>, o juiz não pode ir buscar  $\alpha$  no momento  $t_1$ ,  $\beta$  no momento  $t_2$  e  $\gamma$  no momento  $t_3$ . Daí se afirmar, por exemplo, que o agente deve ser capaz de culpa («imputável») no momento da prática do facto (CP, art. 20.º, n.ºs 1 e 2)<sup>23</sup>. A valência deste axioma recebe especial atenção na dogmática do dolo. Com efeito, se o dolo é (ao menos) o conhecimento actual das circunstâncias fácticas relevantes segundo um determinado tipo legal de crime, não há o menor espaço para um *dolus antecedens*, nem para um *dolus subsequens*: em sentido técnico (jurídico-penal), o dolo só existe durante o intervalo de tempo que transcorre entre o início e o término da conduta típica (*dolus agens*)<sup>24</sup>. De acordo com o legislador (CP, art. 22.º) o

---

apenas excepcionalmente” — quando uma análise do fim de protecção mostrar que a imputação do resultado terminaria em um mero «versari in re illicita». Na mesma direcção: Gunnar DUTTGE, *MK*<sup>2</sup>, § 15, nm. 183: “desde o princípio não interessa nenhuma outra «contrariedade ao dever» a não ser precisamente aquela única relevante para a concreta situação de facto”.

<sup>22</sup> Na moderna sistemática do delito tais elementos são, respectivamente, a tipicidade, a ilicitude e a culpa.

<sup>23</sup> Os §§ 16, 17, 19, 20 e 21 do Código Penal Alemão consagram a fórmula «durante a prática do facto». Já o art. 26 do Código Penal Brasileiro emprega a fórmula «ao tempo da ação ou da omissão». Segundo os princípios gerais, a responsabilidade a título de consumação não requer que os pressupostos de atribuição — capacidade de acção (dolo) e capacidade de motivação (culpa) — também estejam presentes no momento da ocorrência do resultado típico: basta que eles existam no instante da realização da conduta penalmente relevante, ou seja, durante o período da tentativa. Assim, *ng.*, um terrorista pode ser punido em virtude da prática de homicídio consumado ainda que no momento da explosão da aeronave ele esteja dormindo ou completamente embriagado. Cf. Eckhard HORN, *StV* 17 (1997) 264. Portanto, «no momento da prática do facto» e «durante a prática do facto» significam «ao tempo da ação ou da omissão».

<sup>24</sup> Assim, sublinhando a raiz pré-jurídica do princípio da coincidência e a sua relação com o princípio da identidade (não-contradição): Joachim HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*<sup>2</sup>, 1 s.; Joerg BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantpflichten*, Berlin: Duncker & Humblot,

momento da prática do facto doloso encontra o seu termo inicial na tentativa<sup>25</sup>. Sem o imediato começo da realização do tipo<sup>26</sup>, *i.e.*, sem a prática de actos de execução<sup>27</sup>, não há como identificar uma «situação de crise»<sup>28</sup> que permita estabelecer a fronteira entre

---

1986, 404 s., com ênfase na ideia de “congruência temporal” entre ilícito e culpa. Pormenorizadamente, com a distinção entre uma vertente formal e uma vertente material da simultaneidade: Günter JEROUSCHEK / Ralf KÖLBEL, «Zur Bedeutung des so genannten Koinzidensprinzips im Strafrecht», *JuS* 41 (2001) 417 s. Veja-se ainda Gunther BIEWALD, *Regelmäßiges Verhalten und Verantwortlichkeit - Eine Untersuchung der Retterfälle und verwandter Konstellationen*, Berlin: Duncker & Humblot, 2003, 239; Georg FREUND, «Actio libera in causa vel omittendo bei Rauschdelikten im Straßenverkehr - Zum Begriff der Tat und zum Zeitpunkt ihrer (fahrlässigen oder vorsätzlichen) Begehung», *GA* 161 (2014) 139 s.

<sup>25</sup> Urs KINDHÄUSER, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2008, 182. Isso fica especialmente claro nos casos em que a ofensa ao bem jurídico ocorre antes do esperado, pois não há nenhum crime doloso quando a conduta que produz o resultado ainda é apenas um acto de preparação: Ingeborg PUPPE, «Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln», Urs KINDHÄUSER / Ulfrid NEUMANN / Hans-Ulrich PAEFFGEN, Hrsg., *Strafgesetzbuch - Nomos Kommentar*, 3. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2010, § 15, nm. 104; Detlev STERNBERG-LIEBEN, «Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln», ESER, Albin *et al.*, Hrsg., *Schönke / Schröder - Strafgesetzbuch Kommentar*, 28 Aufl., München: Beck, 2010, § 15, nm. 58; Günther JAKOBS, *AT*<sup>2</sup>, 300; Michael HETTINGER, *Die „actio libera in causa“: Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit? Eine historisch-dogmatische Untersuchung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1988, 431.

<sup>26</sup> Também nesta altura se coloca a questão de saber se a punibilidade da tentativa constitui um problema de *objecto* (alargamento da tipicidade) ou de *fundamento* da imputação (violação de um dever ou de uma incumbência). Mas tal análise extravasaria os estreitos limites deste trabalho. Veja-se *infra* (notas 32 e 65).

<sup>27</sup> Cf. ainda o art. 14, II do Código Penal Brasileiro e o § 22 do Código Penal Alemão.

<sup>28</sup> Em termos gerais, os actos preparatórios não são em princípio puníveis, porque neste estágio a decisão de praticar o facto (o dolo criminoso) ainda não passou pela “prova de fogo da situação crítica”: Paul BOCKELMANN, «Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch», *JZ* 9 (1954) 473; Wilfried KÜPER, *Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand*, 68 s.; Gerd MÜLLER, *Fahrlässige Tätigkeitsübernahme und personale Zurechnung - Strukturanalyse der Handlung und ihre Auswirkungen auf das Strafrecht, insbesondere die Zurechnung*, München: VVE, 2001, 82 s. Também assim, enfatizando o limiar do «aquí vamos nós» (*jetzt geht's los*): Ingeborg PUPPE, «Grundzüge der actio libera in causa», *JuS* 20 (1980) 347; IDEM, «Der objektive Tatbestand der Anstiftung», *GA* 131 (1984) 117. Ainda sobre a correspondência entre «situação crítica» e «começo imediato da realização do tipo», embora recusando o dogma de que o momento da prática do facto começa sempre com o início da tentativa: Rolf Dietrich HERZBERG, «Gedanken zur actio libera in causa: Straffreie Deliktivorbereitung als „Begehung

preparação impunível e tentativa punível, vale dizer, o espaço do dolo jurídico-penalmente relevante.

Como visto, o princípio da simultaneidade também projecta efeitos sobre a dogmática da negligência, na exacta medida em que a inobservância do cuidado exigido se refere precisamente ao momento da «situação crítica»: isso significa que, ao menos em princípio, não há lugar para uma *culpa antecedens*, nem para uma *culpa subsequens*<sup>29</sup>. Entretanto, se o ordenamento jurídico não condiciona a punição do facto negligente ao marco do início da tentativa<sup>30</sup>, a possibilidade de conectá-lo a uma conduta descuidada que tem lugar em um momento que antecede o surgimento do específico cenário de crise do bem jurídico não está definitivamente excluída. Pelo contrário: o Direito Penal concede um amplo espaço de jogo em matéria de antecipação do referencial de análise. Tal abertura para fragmentos de pré-história da con-

---

der Tat?» (§§ 16, 20, 34 StGB)», in Michael HETTINGER, Hrsg., *Festschrift für Günter Spendel*, Berlin: Walter de Gruyter, 1992, 212 s.

<sup>29</sup> Joachim VOGEL, *LK*<sup>12</sup>, § 15, nm. 56. Ainda sobre a ideia de «situação crítica»: Gunnar DUTTGE, *MK*<sup>2</sup>, § 15, nm. 130. Com objecções, enfatizando a manipulabilidade do conceito: Justus KRÜPELMANN, «Die Verwirkung des Vertrauensgrundsatzes bei pflichtwidrigem Verhalten in der kritischen Verkehrssituation», in Wilfried KÜPER, Hrsg., *Festschrift für Karl Lackner*, Berlin: Duncker & Humblot, 1987, 294 s.

<sup>30</sup> Segundo uma opinião largamente difundida, a inexistência de uma decisão criminosa a funcionar como ponto de referência conceitual faz da tentativa negligente uma impossibilidade lógica: sustentar o contrário seria uma contradição nos termos. Todavia, ainda que seja logicamente possível identificar também nos crimes negligentes o ingresso em uma fase de início da execução, o certo é que em nenhum lugar o legislador prevê expressamente um tal alargamento da imputação. Além disso, a punição da negligência sem consequências não passaria pelo filtro da necessidade de pena: o possível «final ruim» não constitui nenhuma razão suficiente para justificar a reacção contra um comportamento que teve um «bom final». Por todos: Rainer ZACZYK, «Begriffsbestimmung», Urs KINDHÄUSER / Ulfrid NEUMANN / Hans-Ullrich PAEFFGEN, Hrsg., *Strafgesetzbuch - Nomos Kommentar*, Baden-Baden: Nomos, 2010, § 22, nm. 21. As eventuais lacunas de punibilidade surgidas neste âmbito devem ser fechadas pela criação de tipos de perigo abstracto. Cf. Wolfgang MITSCH, «Fahrlässigkeit und Straftatsystem», *JuS* 41 (2001) 105, 111 e 112. Isso não exclui, todavia, a pergunta a respeito da necessidade de limitação da responsabilidade a título de negligência [*infra* (itens IV a VII)]. Com uma posição bastante restritiva, admitindo a tentativa somente nos casos de dolo directo (intencional): José de Faria COSTA, *Tentativa e dolo eventual (ou da relevância da negação em Direito Penal)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1987, 74 s.

duta imediatamente anterior à produção do resultado tipicamente relevante encontra o seu primeiro e mais tradicional afloramento na chamada «negligência por assunção». Esta figura permite a imputação naqueles casos em que a conduta realizada durante a «situação crítica» não pode ser individualmente censurada: quem se dispõe a realizar uma determinada actividade perigosa sem estar suficientemente preparado para o satisfatório e seguro desempenho responde a título de negligência se tiver consciência da sua incapacidade ou se isso lhe for ao menos cognoscível<sup>31</sup>.

Se um condutor habilitado toma a direcção do automóvel sabendo ou ao menos podendo saber que não está à altura de enfrentar as intrincadas circunstâncias do tráfego rodoviário — seja por inexperiência, cansaço ou velhice, seja por enxergar mal ou sofrer de uma outra enfermidade que reduz a sua capacidade de reacção — e horas depois perde o controlo do veículo, atropelando um transeunte que acaba vindo a falecer, a sua responsabilidade pode ter uma ligação mais ou menos difusa com um comportamento prévio: o agente se comporta negligentemente já no momento em que assume o volante e empreende a viagem sem estar em condições de o fazer. O mesmo vale nos casos de erro médico: se um cirurgião utiliza uma técnica de intervenção extremamente arriscada sabendo ou podendo saber que ela já foi superada pelos avanços da medicina, assim provocando a morte do paciente, a sua responsabilidade emerge no instante em que assume o tratamento e empreende a cirurgia sem se actualizar<sup>32</sup>. Em

---

<sup>31</sup> Com isso a tradicional exigência de previsibilidade do resultado típico cede lugar à exigência de previsibilidade da própria inaptidão para desempenhar correctamente a actividade. Sobre o insuperável abismo entre ambas as exigências: Günther JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 151: “a previsibilidade da entrada do resultado como pressuposto psicológico da inevitabilidade não pode se basear no facto de a aquisição de capacidades que tornariam previsível a entrada do resultado ter sido possível em um momento anterior”.

<sup>32</sup> Karl PETERS, «Anmerkung zu BGH, Urteil vom 8.2.1957 - 1 StR 514/56», *JZ* 12 (1957) 638 s.; Georg FREUND, *FS-Kiiper*, 74 s. Admitindo a negligência por assunção somente quando já no momento anterior o agente ocupa uma posição de “garante da qualidade da conduta posterior”: Günther JAKOBS, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Berlin: Walter de Gruyter, 1991, 323. No mesmo sentido: Álvaro da Cunha Gomes RODRIGUES, *A negligência médica hospitalar na perspectiva jurídico-penal*, 269 s. Para a interpretação mais

suma: quando o sujeito desde o início conhece ou pode conhecer a sua inaptidão, a distância temporal entre a conduta que não observa o cuidado exigido e a conduta que causa imediatamente o resultado típico não constitui um obstáculo para a punição<sup>33</sup>.

Contudo, há boas razões normológicas e pragmáticas para supor que a vertente retrospectiva dos crimes negligentes é ainda mais intensa do que a figura da responsabilidade por assunção pretende sugerir. Na verdade, bem vistas as coisas, todos os casos de negligência — mesmo os mais simples e corriqueiros — assumem necessariamente uma conexão com o passado. Mas essa caracterização não emana da frequente vinculação hermenêutica às chamadas «normas do campo prévio»<sup>34</sup>. Não há a menor dúvida de que as diversas regras jurídicas encarregadas de disciplinar actividades perigosas — as regras de trânsito, as *leges artis* da medicina, etc. — são elementos materialmente relevantes para a aferição da negligência, na medida em que a sua violação constitui ao menos um indício da criação de um risco não permitido<sup>35</sup>. O aspecto crucial para a correcta análise do problema reside, todavia, em um outro aspecto.

---

corrente, a negligência por assunção representa uma hipótese de antecipação da tipicidade: empreender a actividade sem o suficiente preparo já constitui um comportamento típico autónomo. Vale dizer: a aceitação de uma tarefa sem «estar em condições de» não configura uma razão (fundamento) para imputar o acto posterior que causa imediatamente o resultado, mas o objecto (substrato) da imputação. Contra essa leitura, com diversos e fundados argumentos: Ulfrid NEUMANN, *Zurechnung und „Vorverschulden“*, 191 s. Veja-se ainda *infra* (itens IV e V).

<sup>33</sup> A ideia de responsabilidade por assunção também costuma aparecer no debate sobre a consciência da ilicitude e na discussão em torno dos factos emocionalmente carregados. Sobre o primeiro âmbito, traçando um paralelo entre os casos de erro de proibição evitável e os casos de negligência: Hans-Joachim RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, Göttingen: Otto Schwartz, 1969, 256 s. A propósito do segundo terreno, agora com um paralelo entre os casos de descarga afectiva imputável e os casos de negligência: IDEM, «Affekt und Schuld», Claus ROXIN / Hans-Jürgen BRUNS / Herbert JÄGER, Hrsg., *Festschrift für Heinrich Henkel*, Berlin: Walter de Gruyter, 1974, 206 s.

<sup>34</sup> Para a denominação, embora atribuindo um valor determinante à violação destas regras: Rolf Dietrich HERZBERG, «Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit», *GA* 148 (2001), 570, 574 e 578.

<sup>35</sup> Por todos: Gunnar DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsumwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, 62, 70, 88, 106, 310 s., 475 s.

A responsabilidade a título de infracção do dever presuppõe a capacidade de acção: o facto só pode ser imputado ao agente se ele reunir, no *momento decisivo*, as condições físicas e cognitivas necessárias para evitar (intencionalmente) o preenchimento do tipo legal de crime. Por «momento decisivo» se deve entender “o momento relevante para a decisão”, ou melhor, “o instante no qual o dever de evitação se concretiza, portanto, o momento no qual o autor tem de formar, de maneira eficaz para a acção, a intenção de evitar por meio de uma *determinada* conduta uma *determinada* realização do tipo penal”<sup>36</sup>. Na dimensão cognitiva (não-física), a representação actual da inevitabilidade da conduta típica caracteriza o dolo<sup>37</sup>. No crime negligente falta este vector intelectual: quem, no instante decisivo, não tem o conhecimento necessário para observar a norma não actua de maneira contrária ao dever. Segue valendo a máxima de que ninguém pode ser obrigado além das suas possibilidades de influência ou domínio sobre o mundo (*impossibilium nulla obligatio est*)<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Cf. Urs KINDHÄUSER, GA 141 (1994) 198 (nota 7). Cabe observar que a referida concretização nada tem a ver com as capacidades individuais juridicamente relevantes (os pressupostos de formação), mas sim com o próprio conteúdo (a espécie de conduta) do dever. Assim, no exemplo do atropelamento o instante decisivo é o último momento em que o condutor ainda poderia frear o veículo para evitar a morte do pedestre.

<sup>37</sup> Segundo os arts. 14.º e 15.º, *a)* do Código Penal, só existe dolo eventual quando o agente se conforma com a realização do tipo representada como consequência possível da conduta: ausente tal conformação, haverá apenas negligência consciente. *Prima vista*, isso sugere que o conceito de dolo contém sempre um elemento volitivo. Todavia, as coisas não tem de ser necessariamente assim: o «conformar-se com» pode muito bem ser compreendido como um traço puramente intelectual a qualificar o conhecimento de base, *ng.*, no sentido de ter «boas razões» para não «confiar» na não ocorrência do resultado, ou seja, para «tomar a sério» a possível realização do tipo. Veja-se Ramon RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona: Bosch, 1999, 97-105. Acerca do valor meramente relativo (negativo) das explicações técnicas que o legislador emprega nesta matéria: José de Faria COSTA, «As definições legais de dolo e de negligência enquanto problema de aplicação e interpretação das normas definitórias em Direito Penal», *BFD* 69 (1993) 378 s., 384 s.

<sup>38</sup> Isso na prospectiva. Na retrospectiva vale: *impossibilium nulla imputatio est*. Sobre o significado lógico e prático do *ultra posse nemo obligatur* ou *ad impossibilia nemo tenetur*, com referências: Bruno, MOURA, *Ilicitude penal e justificação - Reflexões a partir do ontologismo de Faria Costa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, 45, 143, 165, 292 e 297.

Mas o agente não pode simplesmente invocar<sup>39</sup> a sua incapacidade actual de evitação se ele mesmo foi capaz de evitá-la e se havia alguma exigência nesta direcção, ou seja, se o desconhecimento lhe for imputável. Afinal, seria altamente contraditório querer seguir a regra de comportamento sem querer estar em condições de o fazer. Admitir o contrário significaria consagrar o *venire contra factum proprium* e minar a pretensão de efectividade do Direito Penal. Por isso a ordem jurídica espera que o destinatário da regra de conduta também se esforce para manter ou adquirir as aptidões necessárias para a sua observância. Entretanto, diversamente do que supõe a teoria do dever de cuidado, a exigência de manutenção ou de aquisição das capacidades necessárias para seguir a norma não configura propriamente um dever, mas somente uma *incumbência* (*Obliegenheit*).

Enquanto o dever estabelece um imperativo categórico, cuja violação fundamenta um juízo de ilicitude, a incumbência carrega apenas um imperativo hipotético, cuja violação implica na perda de uma posição de vantagem: quem não satisfaz o ónus de conservar ou obter as condições físicas e cognitivas imprescindíveis para evitar a realização do tipo renuncia à possibilidade de usufruir argumentativamente da inexistência de um pressuposto da imputação «ordinária». Deste modo, enquanto a figura do dever existe em benefício de outrem (*neminem laede!*)<sup>40</sup>, a figura da incumbência existe — senão exclusivamente, ao menos sobretudo — em benefício do próprio agente (*respice finem!*)<sup>41</sup>. O não cumprimento do *encargo* de evitar o desconhecimento da situação tipicamente relevante não constitui nenhum acto ilícito, mas apenas a razão pela qual ainda é legítimo imputar a conduta ao agente que desconhecia o contexto fáctico. Ele continua a ser punido pela prática da conduta que levou em última instância ao resultado típico: a violação da incumbência — o desconhecimento imputável — constitui apenas um *substituto* ou *sucedâneo* (*Surrogat*) que ocupa o lugar do conhecimento actual (dolo), permitindo

<sup>39</sup> Enfatizando a dimensão prático-discursiva da imputação nos casos de responsabilidade em virtude da conduta prévia: Ulfrid NEUMANN, *Zurechnung und „Vorverschulden“*, 203 s., 269 s.

<sup>40</sup> «Não prejudiques ninguém!»

<sup>41</sup> «Presta atenção ao fim que te propões!»

do uma imputação «extraordinária»<sup>42</sup>. Nesta acepção supletiva, a negligência consagra uma espécie de desaprovação jurídica atenuada ou amortecida: ela constitui uma singela hipótese de «agir (culpa) contra si mesmo».

A ideia de responsabilidade do autor pela falta de um elemento do delito — *in casu* a responsabilidade pelo desconhecimento actual das circunstâncias facticamente relevantes (dolo) — mostra com bastante clareza que a negligência se vincula, por definição, a uma conduta realizada no campo prévio, na exacta medida em que a violação da incumbência tem lugar antes do

<sup>42</sup> Sobre tudo isso, em pormenor: Joachim HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*<sup>2</sup>, 325 s., 415 s.; IDEM, *Strukturen der Zurechnung*, Berlin: Walter de Gruyter, 1976, 15 s., 65 s.; IDEM, «Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit», Arthur KAUFMANN, *et al.*, Hrsg., *Festschrift für Paul Bockelmann*, München: Beck, 1979, 423 s.; Jan JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs - Relationen und ihre Verkettungen*, Berlin: Duncker & Humblot, 1988, 45 s., 57 s.; Urs KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat - Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt am Main: Klostermann, 1989, 21, 40, 43, 65 e 91 s.; IDEM, «Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht», *JRE* 2 (1994), 339 s.; Joachim VOGEL, *LK*<sup>12</sup>, § 15, nm. 174 e 177; IDEM, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin: Duncker & Humblot, 1993, 67 s., 74 s.; Juan Pablo MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung - Rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askrriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht*, Nomos: Baden-Baden, 2009, 46 s., 67 s. Com ressalvas a respeito da oposição entre imperativos categóricos e imperativos hipotéticos: Ulfrid NEUMANN, *Zurechnung und „Vorverschulden“*, 260 s. Na mesma linha, embora rejeitando o conceito de incumbência, sob o argumento de que a garantia da capacidade de evitação também atende ao interesse do titular do bem jurídico ameaçado: Friedrich TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin: Duncker & Humblot, 1992, 23 s., 38 s.; Joachim RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, 219 s. e 227, com especial destaque para a oposição entre «*neminem laedere*» e «*respice finem*». Cf. também: Bruno MOURA, *A não-punibilidade do excesso na legítima defesa*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, 114 s., 117 (nota 342) e 229 (nota 754); IDEM, «Sobre o sentido da delimitação entre ilícito e culpa no Direito Penal», *RBCCrim* 87 (2010), 25 s. e 33 (nota 117); IDEM, *Ilicitude penal e justificação*, 77, 78 e 128 (nota 369). Ainda sobre o conceito de incumbência, mas agora na discussão sobre a inevitabilidade do desconhecimento da ilicitude: IDEM, «Resenha: Dúvida e erro de proibição no Direito Penal - a atuação nos limites entre o permitido e o proibido, de Alaor Leite», *RBCCrim* 103 (2013), 428 s.; Alaor LEITE, *Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal - a atuação nos limites entre o permitido e o proibido*, 2.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. XXX; IDEM, «Existem deveres gerais de informação no Direito Penal?», *RPCC* 23 (2013) 224 (nota 19).



facto que preenche o tipo legal de crime. Pode-se mesmo dizer que o agente é castigado por não ter querido se preparar para representar e evitar a produção do resultado típico<sup>43</sup>. Mas tal referência ao passado de nenhum modo contradiz o princípio da coincidência<sup>44</sup>. Este axioma diz apenas que os elementos do crime devem existir ao mesmo tempo. Isso não significa que na definição de cada um daqueles componentes não se possa nunca recorrer a um instante anterior ao comportamento típico, especialmente quando o próprio agente figura como responsável pela situação de defeito. Trata-se de uma ideia tão simples quanto convincente: o elemento faltante é *substituído* pela responsabilidade do sujeito pela sua ausência<sup>45</sup>. A relação de anterioridade conceitual ou normativa não sofre nenhum abalo quando a inobservância do cuidado exigido e a execução da conduta que realiza o tipo coincidem fenomenologicamente. Pois mesmo nos casos de mero descuido – basta pensar, *v.g.*, no rapagão desastrado que, ao limpar a sacada do seu apartamento, esbarra em um jarro de flores que cai em um transeunte, causando-lhe lesões corporais<sup>46</sup>

<sup>43</sup> Eduardo CORREIA, *Direito Criminal* (I), 421 e 433; José de Faria COSTA, *Noções fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2015, 384.

<sup>44</sup> Diversamente, ao considerar que os seguidores do esquema diacrónico sustentam uma “excepção ao que apelidam de «princípio da simultaneidade» ou «coincidência»”: António Manuel de Almeida COSTA, *Ilícito pessoal, imputação objectiva e participação em Direito Penal*, 670 (nota 203). Mas essa leitura acaba por confundir grosseiramente o objecto da excepção: o que o modelo da imputação extraordinária relativiza (exceptua) não é o princípio da simultaneidade (cf. referências na nota seguinte), mas as normas que estabelecem os pressupostos de exclusão da responsabilidade. O único princípio que sofre uma verdadeira restrição nas situações ora em exame é o *ultra posse nemo obligatur*. Veja-se Stephan AST, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, 38, 45 s., 58 s.

<sup>45</sup> Sobre a imputação extraordinária como forma de responsabilidade pela conduta prévia e a sua compatibilidade com o princípio da coincidência: Joachim HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methodē*, 341 s.; Urs KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 128 s.; Ulfrid NEUMANN, «Konstruktion und Argument in der neueren Diskussion zur actio libera in causa», in Fritjof HAFT, *et al.*, Hrsg., *Festschrift für Arthur Kaufmann*, Heidelberg: Müller, 1993, 581-594. Ainda, encontrando apenas uma “aparente” excepção: Juan Pablo MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, 68.

<sup>46</sup> O mesmo vale, por exemplo, quando se considera que a cirurgia como um todo (nos casos de falha médica) e a condução como um todo (nos casos de acidente de trânsito) constituem o momento (*rectius*: o intervalo) de referência tipicamente relevante. Veja-se Joachim HRUSCHKA, «Die actio libera

– a incumbência sempre precede a evitação do comportamento típico:

“no caso normal de erro sobre o carácter de uma conduta que realiza o tipo a evitação deste erro segundo o cuidado exigido é um acto intelectual do qual o autor tem de inferir a consequência eficaz para a acção antes de colocar a causa do resultado”<sup>47</sup>.

Neste sentido, existe ao menos um “segundo lógico”<sup>48</sup> entre a violação da incumbência e a violação do dever. A *ratio* da

---

in causa bei Vorsatztaten und bei Fahrlässigkeitstaten», *JZ* 52 (1997) 25 s. Mobilizando esta leitura alargada ou extensiva do facto para sustentar que o descuido não se restringe à fase de preparação do acto, manifestando-se durante todo o tempo em que está a ser executada a intervenção contrária ao exigido: António Manuel de Almeida COSTA, *Ilícito pessoal, imputação objectiva e comparticipação em Direito Penal*, 671: “a aludida *logische Sekunde* anterior à produção do «evento» (em que o agente já não tem o controlo dos acontecimentos) não consubstancia, sequer, uma questão específica da negligência, verificando-se, igualmente, nas situações de dolo. Bem vistas as coisas, aquele «segundo lógico» só pode reportar-se à ocasião em que o processo causal desencadeado atinge o «ponto de não retorno», problema que (esquecendo as distintas consequências dogmáticas que implica num caso e noutro) se mostra comum às condutas dolosas e negligentes e, no âmbito das primeiras, corresponde ao preciso instante a partir do qual se revela inviável a desistência da tentativa. *Mutatis mutandis*, na esfera da negligência, o citado «ponto de não retorno» coincidirá com o momento em que a submissão do sujeito ao dever de cuidado (*i.e.*, a interrupção da actividade perigosa em curso) passa a mostrar-se indiferente para obstar o resultado”. Contudo, ao deslocarem a foco da análise para o «ponto de não retorno» (a questão da inevitabilidade), estas considerações ignoram que o princípio da simultaneidade estabelece um ponto fixo para o processo de imputação: o instante em que o agente deve formar, de maneira eficaz para a acção, a intenção de evitar por meio de uma *determinada* conduta uma *determinada* realização do tipo penal [(cf. *supra* (nota 36)]. Em face desta referência estática, não há como negar a diferença cronológica fundamental: enquanto o dolo se baseia no não exercício de uma capacidade de evitação, a negligência se apoia em uma incapacidade de evitação auto-provocada.

<sup>47</sup> Assim, concebendo a negligência como uma forma específica de *actio libera in causa* em sentido amplo: Urs KINDHÄUSER, *GA* 141 (1994) 204 (nota 28).

<sup>48</sup> Embora em alguns casos seja difícil identificar uma conduta temporalmente anterior que elimina a capacidade de evitação, de tal maneira que o comportamento descuidado e a realização do tipo parecem se fundir em um só momento, isso em nada altera a estrutura da imputação: no exemplo acima referido, a lesão corporal é negligente não porque o autor empurrou o jarro — quanto a isso ele não poderia se diferenciar de um autor doloso — mas porque ele omitiu alguma outra coisa, vale dizer, porque ele não foi atento. Cf. Joachim RENZIOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 229 s.,

negligência reside sempre na “antecedente evitabilidade da falha cognitiva”<sup>49</sup>.

Em muitas situações ainda será possível identificar um encadeamento de diferentes incumbências, com as suas respectivas violações. Basta imaginar o seguinte cenário. O médico *G* falha em seu diagnóstico e por isso deixa de prescrever a medicação necessária para curar *R*. Em razão da falta de tratamento adequado, o paciente sofre uma paralisia irreversível. *G* deveria responder, em princípio, pelo crime de ofensa à integridade física, na medida em que não reconheceu as suas possibilidades de acção. Todavia, para que isso ocorra é preciso que a falta de cuidado também lhe seja imputável: se ela não era evitável, não há como afirmar a inobservância do encargo. Afinal, *G* podia não ter conhecimento específico suficiente para reconhecer a enfermidade de *R*. Nesta hipótese ele não violaria a incumbência de reconhecer as suas possibilidades de acção, mas a incumbência de se actualizar sobre os avanços da medicina, seja através do estudo individual, seja através da frequência em cursos de especialização ou aperfeiçoamento<sup>50</sup>. Em princípio, o mesmo poderia ser dito a respeito do motorista cuja incapacidade de reagir adequadamente no momento decisivo se deve ao facto de não ter prestado a atenção necessária às aulas de autoescola tomadas anos atrás. É precisamente neste ponto que emerge, em toda a sua densidade, o problema da limitação da negligência na coordenada no tempo.

---

onde resume (p. 230): “por uma necessidade de pensamento, o autor tem de efectuar uma modalidade de conduta diferente da própria realização do tipo, que seja ao menos o seu famoso «segundo lógico» antecedente: pois ele precisa sempre levar a sério a atenção exigida para evitar a colocação de um perigo juridicamente desaprovado”.

<sup>49</sup> STUCKENBERG, Carl-Friedrich, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht - Versuch einer Elementarlehre für eine überationale Vorsatzdogmatik*, Berlin: Walter de Gruyter, 2007, 416. Cf. ainda BEHRENDT, Hans-Joachim, «Das Prinzip der Vermeidbarkeit im Strafrecht», VOGLER, Theo, *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, Band I, Berlin: Duncker & Humblot, 1985, 309.

<sup>50</sup> Também neste último caso é preciso que a falha seja imputável (evitável). Isso não acontece, *n.g.*, se *G* for um médico bastante idoso que há muito tempo não exerce a sua profissão e que só atende ao chamado urgente de *R* porque não há nenhum outro médico nas redondezas. Sobre tudo isso: Joachim HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*<sup>2</sup>, 330 s.

#### IV. Regresso ao infinito ou ao menos até a primeira conduta imputável no plano do tipo?

De acordo com o entendimento ainda dominante, os delitos negligentes de resultado “não estabelecem nenhum limite ao regresso temporal”: como o tipo legal de crime não descreve a conduta de maneira específica ou pormenorizada, restringindo-se a exigir a causação imputável (contrária à exigência de cuidado) do evento desvalioso, o comportamento jurídico-penalmente relevante (*típico*)<sup>51</sup> pode ser identificado com bastante antecedência, ou melhor, “em qualquer ponto da cadeia causal”<sup>52</sup>. Deste modo, relativamente ao eixo cronológico, existe uma notável discrepância entre os crimes dolosos e os crimes negligentes: enquanto nos primeiros a tipicidade está submetida a limites temporais mais ou menos estreitos, nos segundos o juízo sobre a relevância típica não exclui um retorno ao infinito ou ao menos até o comportamento imputável mais próximo do resultado mencionado na norma.

Como já destacado, nos crimes dolosos o arco de tempo que demarca o instante da prática do facto é inaugurado pelo início da tentativa. O imediato começo da realização do tipo constitui o primeiro momento juridicamente relevante para a punibilidade: antes da prática de um acto de execução não existe um ponto de referência válido para a responsabilização criminal. Se nos delitos negligentes não é possível (ou não é necessário)<sup>53</sup> cindir entre «preparação», «tentativa» e «consumação», então *qualquer* conduta descuidada causadora do resultado típico, independentemente do quão afastada ela esteja da efectiva ofensa ao bem tutelado, pode ser *objecto* da censura jurídico-penal<sup>54</sup>. Uma vez que a pergunta pela contrariedade ao cuidado pode se colocar em relação a qualquer comportamento e a sua resposta sempre dependerá da capacidade do agente para dominar o risco, a figura da *actio libera in causa* — compreendida no seu sentido intermédio<sup>55</sup> — torna-se

<sup>51</sup> Esta argumentação pressupõe o modelo de antecipação da tipicidade. Veja-se *infra* (nota 65).

<sup>52</sup> Wilfried KÜPER, *Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand*, 50.

<sup>53</sup> Cf. *supra* (nota 30).

<sup>54</sup> Veja-se «BGH, Urt. v. 22.8.1996 - 4 StR 217/96», *NJW* 50 (1997) 139 [n.º 2 (a)].

<sup>55</sup> Convém diferenciar aqui três modos de uso dessa expressão. A *alic em sentido estrito* compreende apenas os casos de provocação da própria

supérflua<sup>56</sup>: se a tipicidade de um longínquo comportamento antecedente (*actio praecedens*) já pode ser explicada segundo os princípios gerais, a responsabilização não requer nenhuma categoria dogmática especial encarregada de complementar os critérios válidos no caso normal<sup>57</sup>. O mesmo deve ser dito a propósito da figura da negligência por assunção<sup>58</sup>.

---

inimputabilidade. Já a *alic em sentido amplo* abrange todas as situações em que o agente é responsável pela ausência de um fundamento da imputação, o que inclui a negligência. Por fim, a *alic em sentido intermediário* abarca as hipóteses em que o autor é responsável pela ausência da capacidade física de agir ou pela ausência da capacidade de culpa. A afirmação de que nos crimes negligentes a *alic* é uma figura supérflua torna-se uma contradição nos termos quando a negligência passa a ser tematizada como uma hipótese de *actio libera in causa* em sentido amplo [*supra* (nota 47)].

<sup>56</sup> Na *alic dolosa* o agente cria dolosamente a situação de defeito e o seu dolo já neste momento alcança a realização de um determinado crime doloso naquele estado. Na *alic negligente* o agente cria dolosa ou negligentemente a situação de defeito sem neste momento representar a possibilidade de cometer um determinado crime doloso ou negligente naquele estado, sendo-lhe isto, entretanto, previsível. A qualificação da *alic* como «dolosa» ou «negligente» é infeliz e conduz a confusões: em sentido técnico, o dolo e a negligência se referem não a uma *actio* qualquer, mas aos elementos que constituem cada tipo legal de crime. Veja-se Eckhard HORN, «Vollrausch», in Hans-Joachim RUDOLPHI / Eckhard HORN / Hans-Ludwig GÜNTHER, Hrsg., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band II, 7. Aufl., Neuwied: Luchterhand, 1999, § 323a, nm. 28. Ainda sobre os problemas de definição: FAHL, Christian, «Actio libera in causa», *JA* 31 (1999) 845 s. Considerando os casos de *alic dolosa* como situações de simples negligência, segundo os princípios gerais: MITSCH, Wolfgang, *JuS* 41 (2001) 112.

<sup>57</sup> Cf. Eckhard HORN, «Actio libera in causa - eine notwendige, eine zulässige Rechtsfigur?», *GA* 116 (1969) 288 s.; Georg FREUND, *AT*<sup>2</sup>, 176; Harro OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 6. Aufl., Berlin: Walter de Gruyter, 2000, 210 s.; IDEM, «Actio libera in causa», *JURA* 8 (1986) 433; Ingeborg PUPPE, *JuS* 20 (1980) 350; Hans-Ullrich PAEFFGEN, *ZStW* 97 (1985) 524 s. Também seguindo esta orientação: Otfried RANFT, «Grundprobleme des Vollrauschtatbestandes (§ 323a StGB)», *JA* 15 (1983) 195; W. THEUNE, «Auswirkungen des normalpsychologischen (psychogenen) Affektes auf die Schuldfähigkeit sowie den Schuld- und Rechtsfolgenausspruch», *NStZ* 19 (1999) 280; Bernhard HARDTUNG, «Die “Rechtsfigur” der actio libera in causa beim strafbaren Führen eines Fahrzeugs und anderen Delikten: Möglichkeiten und Grenzen der Bestrafung», *NZV* (1997) 98, 102 s.

<sup>58</sup> Embora neste caso a superfluidade não seja abertamente reconhecida. De maneira explícita, todavia: Diethart ZIELINSKI, «Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln», in Rudolf WASSERMANN, Hrsg., *Kommentar zum Strafgesetzbuch - Reihe Alternativkommentar*, Band I, Neuwied: Luchterhand, 1990, § 15, nm. 91.

Prova disso, no plano das capacidades físicas relevantes para a imputação de um acontecimento como acção, seria o exemplo “paradigma”<sup>59</sup> da mãe sonolenta que leva o seu bebé consigo para a cama, sem advertir que poderia cochilar e neste estado matá-lo por asfixia: se isso acaba ocorrendo, a genitora já actua tipicamente ao se acomodar com a criança em seu leito<sup>60</sup>. Esta solução também se aplica aos casos de inimputabilidade em virtude do consumo de álcool: quem se coloca em uma situação de total embriaguez sabendo que terá de fazer logo depois uma longa viagem de automóvel comete um homicídio negligente quando arranca com o veículo, ainda que o acidente que culmina na morte do peão só ocorra quilómetros adiante. Pois, ao se embriagar, o agente também cria um risco não-permitido que acaba se realizando durante o estado de inimputabilidade, precisamente no instante em que ele pratica a conduta que conduz imediatamente ao resultado típico. A particularidade das situações tradicionalmente catalogadas sob o rótulo da *alic* negligente em comparação com os demais casos de negligência diz respeito unicamente ao seu modo de externalização: entre a acção descuidada imputável e a ocorrência do resultado tipicamente relevante incide(m) outro(s) comportamento(s) que o mesmo autor executa sem culpa. Porém, tal diferença “não fundamenta nenhum desvio na estrutura jurídica, mas somente um desvio na imagem fenomenológica”<sup>61</sup>.

Este esquema argumentativo proporciona um considerável alívio teórico, já que são muitas as dúvidas que repousam sobre a legitimidade da *actio libera in causa*<sup>62</sup>. Como a negligência está

<sup>59</sup> Reinhart MAURACH, «Fragen der actio libera in causa», *JuS* 1 (1961) 377.

<sup>60</sup> Eckhard HORN, *GA* 116 (1969) 290 (nota 5); Hans-Ullrich PAEFGEN, *ZStW* 97 (1985) 524.

<sup>61</sup> Claus ROXIN, «Bemerkungen zur actio libera in causa», Wilfried KÜPER / Ingeborg PUPPE / Jörg TENCKHOFF, Hrsg., Berlin: Walter de Gruyter, 1987, 312. No mesmo sentido, embora seguindo o modelo de excepção: Ulfrid NEUMANN, «Anmerkung zu BGH, Urt. v. 22.8.1996 - 4 StR 217/96», *StV* 17 (1997) 24. Ainda sobre o contexto fenomenológico do comportamento prévio e a sua relação com a legalidade: Gunther BIEWALD, *Regelgemäßes Verhalten und Verantwortlichkeit*, 237 s.

<sup>62</sup> Exhaustivo sobre as dificuldades neste plano: Michael HETTINGER, *Die „actio libera in causa“*, 436 s., 452 s.

expressamente prevista em lei (CP, art. 13.º)<sup>63</sup>, os tradicionais casos de *alic* negligente não mais precisariam ser empurrados para o tipo legal do crime de embriaguez e intoxicação (CP, art. 295.º)<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> Cf. também o § 15 do Código Penal Alemão e o parágrafo único do art. 18 do Código Penal Brasileiro.

<sup>64</sup> De acordo com a doutrina hoje dominante, o art. 295.º contempla situações estruturalmente distintas. Neste contexto surgem duas interpretações. Para a primeira delas o art. 20.º, n.º 4 abrange somente os casos de *alic* com dolo directo (intencional), enquanto o art. 295.º compreende não só um crime de perigo abstracto (n.º 1), mas também as hipóteses de *alic* com dolo necessário ou com dolo eventual e as situações de *alic* negligente (n.º 2). Assim: Frederico de Lacerda da Costa PINTO, «Imputação, culpa prévia e pena legal - Um estudo sobre as estruturas de imputação da culpa acolhidas no crime de embriaguez ou intoxicação», Augusto Silva DIAS, *et al.* (Orgs.), *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*, Coimbra: Almedina, 2009, 823 s.; Américo Taipa de CARVALHO, *Direito Penal - Parte Geral*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 477-479. Aparentemente no mesmo sentido, mas de forma menos clara, afirmando que o art. 295.º abrange um “vasto conjunto de hipóteses”: Maria Fernanda PALMA, «Desenvolvimento da pessoa e imputabilidade no Código Penal Português», IDEM / Carlota Pizarro de ALMEIDA / José Manuel VILALONGA (Coord.), *Casos e materiais de Direito Penal*, 3.ª ed. (reimpressão), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, 106 s. (nota 6). Com uma argumentação similar, a propósito da antiga versão do art. 282.º: Manuel Cavaleiro de FERREIRA, *Lições de Direito Penal - Parte Geral*, Tomo I, 4.ª ed., Lisboa: Verbo, 1992, 276 s. Para a segunda leitura os casos de *alic* com dolo necessário também pertencem ao âmbito do art. 20.º, n.º 4, de modo que o art. 295.º abarca somente um crime de perigo abstracto, as hipóteses de *alic* com dolo eventual e as situações de *alic* negligente. Cf. Jorge de Figueiredo DIAS, *PG*<sup>2</sup>, 593 s.; Américo Taipa de CARVALHO, «Embriaguez e intoxicação», Jorge de Figueiredo DIAS, (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, art. 295.º, §§ 25 s.; Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2010, art. 295.º, nm. 8 e 9. Contra essa solução cabe objectar que a inclusão dos casos de dolo necessário na esfera do art. 20.º, n.º 4 viola o princípio da legalidade criminal. O mesmo vale, com ainda mais razão, para a tentativa de incluir na zona do art. 20.º, n.º 4 não só o dolo necessário, mas também o dolo eventual. A favor deste alargamento, entretanto: Teresa Quintela de BRITO, *Crime praticado em estado de inimputabilidade auto-provocada, por via de consumo de álcool ou drogas (contributo para uma análise do art. 282 do Código Penal à luz do princípio da culpa)*, Lisboa: AAFDL, 1991, 126 s. Também na doutrina alemã há quem sustente que as *actiones liberae in causa* devem ser tematizadas através de uma interpretação diferenciadora do § 323a do StGB: Hans-Ullrich PÄFFGEN, «Vollrausch», in Urs KINDHÄUSER / Ulfrid NEUMANN / Hans-Ullrich PÄFFGEN, Hrsg., *Strafgesetzbuch - Nomos Kommentar*, 3. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2010, § 323a, nm. 14 s., 89 s., 97 s. De maneira semelhante, embora apenas em relação aos casos de quase-*alic*: Jürgen WOLTER, «Vollrausch mit Januskopf», *NSZ* 2 (1982) 58 s.

Contudo, a despeito do eventual ganho em termos de economia discursiva, não há como ignorar as fragilidades deste raciocínio. Em primeiro lugar, ele contraria frontalmente o princípio *nullum crimen sine lege*: se qualquer causação do resultado acompanhada pela inobservância do cuidado exigido pode realizar o tipo legal de crime, fácil será perceber que a formulação em exame opera exactamente com o mesmo mecanismo de antecipação ou alargamento da tipicidade que ilumina a usual compreensão da *alibi*<sup>65</sup> e deste modo alcança condutas que não podem ter nenhuma relevância jurídico-criminal<sup>66</sup>. De acordo com o teor literal do tipo que descreve o crime de homicídio, por exemplo, «embriagar-se» ainda não significa «matar» outra pessoa<sup>67</sup>. Tampouco cabe sustentar que, diante de diversas condutas igualmente contrárias ao cuidado exigido, a identificação do comportamento típico se resume a uma mera questão de “conveniência”, a um simples problema de “escolha” da conduta imputável<sup>68</sup>: a afirmação da responsabilidade criminal não pode depender de um processo tão arbitrário. Na base daquela opinião está um conceito naturalístico de acção, mas não no sentido de uma categoria sistemática

---

<sup>65</sup> Existem, grosso modo, dois grandes esquemas de teorização da *actio libera in causa*. O primeiro deles é o chamado «modelo de tipicidade»: a conduta prévia (*actio praecedens*) que produz ou não evita o estado de defeito já constitui o início da realização do tipo legal de crime. O segundo é o chamado «modelo de excepção»: o comportamento antecedente não é tipicamente relevante, mas oferece um motivo para introduzir uma excepção à regra que exclui a imputação. Para um breve panorama das duas concepções: Thomas RÖNNAU, «Dogmatisch-konstruktive Lösungsmodelle zur actio libera in causa», *JA* 29 (1997) 715. A «solução de tipo» costuma ser chamada ainda de «doutrina da antecipação». Mas esta identificação parece inexacta, na medida em que a lógica de adiantamento ou alargamento também poderia ser aplicada exclusivamente à culpa.

<sup>66</sup> Agora nesta direcção: Eckhard HORN, *StV* 17 (1997) 265: convém então perguntar sobre “o que no final das contas diferencia metodologicamente este recuo das regras da *actio libera in causa*”.

<sup>67</sup> Michael HETTINGER, *GA* 136 (1989) 11, 14 s.; Kristian KÜHL, *AT*<sup>6</sup>, 545 e 546; Henning LEUPOLD, *Die Tathandlung der reinen Erfolgsdelikte und das Tatbestandsmodell der »actio libera in causa« im Lichte verfassungsrechtlicher Schranken*, Berlin: Duncker & Humblot, 2005, 194 s.

<sup>68</sup> Assim, entretanto: Eckhard HORN, *GA* 116 (1969) 289: “entrando em consideração várias condutas contrárias ao cuidado, é apenas uma questão de conveniência estabelecer qual delas será censurada ao autor como injusto: será escolhida aquela pela qual ele também *pode* ser censurado (a título de culpa)”.



da teoria geral do delito válida para todos os tipos legais de crime e sim no sentido da determinação concreta da conduta juridico-penalmente relevante à luz de um específico tipo legal de crime. Todavia, apesar dessa alusão, o facto propriamente dito não pode ser substituído a torto e a direito por uma «conduta-reserva» sempre pronta para burlar os requisitos mínimos de punição<sup>69</sup>.

No extremo e na ausência de outro comportamento imputável capaz de oferecer um ponto de referência menos distante, a tipicidade de um homicídio negligente poderia recair sobre circunstâncias que se encontram em um passado bastante remoto: o médico que causa a morte do paciente na mesa de cirurgia já actuaria tipicamente ao não frequentar um curso de especialização e o motorista que causa a morte de um transeunte já se comportaria tipicamente ao não prestar atenção nas aulas de direcção. É bem verdade que algumas vozes que seguem o modelo teórico em análise têm plena consciência de que uma visão temporalmente ilimitada da negligência descamba para uma responsabilidade pela condução de vida e por isso tentam estabelecer uma restrição válida ao menos nestes casos, impedindo que a actual incapacidade do agente seja ligada à falta de empenho na sua formação. Deste modo, não cabe recorrer “a um momento anterior ao começo da actividade perigosa não permitida”, pois importa examinar apenas se

“o cirurgião no início da operação e se o condutor no início da viagem podiam advertir que não estariam à altura da tarefa assumida; apenas nisso e não em eventuais descuidos do passado se fundamenta a censura da culpa”<sup>70</sup>.

Todavia, ao invocar um argumento externo (*ad hoc*) dificilmente compatível com as premissas do modelo diferenciador, esse tímido ensaio de limitação deixa completamente em aberto a

<sup>69</sup> Michael HETTINGER, *FS-Küper*, 217 s. No mesmo sentido: Sarah MACK, *Trunkenheit und Obliegenheit - Eine rechtsdogmatische Untersuchung zur Straf-milderung bei rauschbedingt verminderter Schuldfähigkeit*, Hamburg: Dr. Kovač, 2008, 85 e 86; René ZENKER, *Actio libera in causa - Ein Paradoxon als öffentlicher Strafanspruch in einem vom Schuldprinzip geprägten Rechtsstaat*, Münster: LIT, 2003, 170 s.

<sup>70</sup> Claus ROXIN, *AT*<sup>4</sup>, 1105. Na mesma direcção: Jorge de Figueiredo DIAS, *PG*<sup>2</sup>, 900 s.

questão de saber onde está a fronteira entre um Direito Penal do facto e um Direito Penal do agente.

De mais a mais, ao pressupor um dever geral de informação, a argumentação conduz a consequências absolutamente insustentáveis do ponto de vista do funcionamento da comunidade jurídica. Segundo a teoria em debate,

“quem se dispõe a realizar um comportamento cujo risco para bens jurídico-penalmente protegidos não pode avaliar tem de se informar; se isso não é possível ou não promete êxito, é preciso se abster da conduta. E quem pretende empreender algo possivelmente perigoso para bens jurídicos e não está em condições de fazer frente ao perigo devido a défices físicos ou por falta de prática ou habilidade tem de omitir a conduta; caso contrário existe já na assunção da actividade uma negligência”<sup>71</sup>.

Contudo, levar a sério o lema “quem não sabe algo tem de se informar; quem não pode fazer algo tem de se abster”<sup>72</sup> significaria, em última instância, a total paralisação da vida social. O prejuízo ao núcleo da liberdade geral de acção seria evidente: como em não raras vezes a incapacidade de controlar os acontecimentos só é percebida muito tarde, precisamente no momento que o resultado típico ocorre, nenhum cidadão se sentiria especialmente animado a empreender qualquer género de actividade, ainda que ela seja apenas «possivelmente perigosa» para bens jurídicos<sup>73</sup>. Se é certo que na negligência “o passado culpável projecta sua sombra sobre o presente inocente”<sup>74</sup>, não é menos correcto que a realização do tipo deve ao menos “aparecer no horizonte”<sup>75</sup> do agente.

<sup>71</sup> Claus ROXIN, *AT*<sup>4</sup>, 1076. Com uma formulação bastante parecida: Jorge de Figueiredo DIAS, *PG*<sup>2</sup>, 881.

<sup>72</sup> Cf. referências na nota anterior.

<sup>73</sup> Gunnar DUTTIGE, *MK*<sup>2</sup>, § 15, nm. 131, enxergando nisso uma “perspectiva profundamente desumana”.

<sup>74</sup> Franz EXNER, *Das Wesen der Fabrlässigkeit*, Leipzig: Franz Deuticke, 1910, 188, citando Karl Binding.

<sup>75</sup> Karl ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fabrlässigkeit im Strafrecht*, 321. Assim, por exemplo, a pergunta pela negligência não pode aparecer quando alguém planeja comprar um carro e depois conduzi-lo, mas

Por fim, a tese da superfluidade da *alio* nos crimes negligentes só tem sentido quando a negligência é compreendida a partir do chamado «modelo de tipicidade»<sup>76</sup>. Pois esta concepção autoriza desde o princípio a antecipação do ilícito, suprimindo o problema da culpa: no momento em que se embriaga, o agente ainda é plenamente imputável<sup>77</sup>. Sem embargo, tudo muda quando se admite que a *actio praecedens* (a eliminação da imputabilidade) não pode ser subsumida ao tipo legal do crime praticado: à luz do modelo de imputação extraordinária, a *actio libera in causa* negligente continua a ser um instrumento necessário para fechar as lacunas de punibilidade neste terreno, permitindo que a imputação se apoie em uma conduta descuidada anterior ao comportamento típico<sup>78</sup>. Na verdade, apenas ela tem o condão de fundamentar uma exceção ao requisito da capacidade de culpa e assim explicar por que a conduta que realiza posteriormente o tipo penal não precisa ser dolosa (basta ser negligente)<sup>79</sup>. O mesmo vale, *mutatis mutandis*, nas hipóteses de não conservação da capacidade física de acção: também no exemplo da mãe sonolenta a responsabilidade só pode ser explicada por um mecanismo de imputação extraordinária.

Existe um claro paralelo entre a negligência e a *actio libera in causa* no marco da inimputabilidade em virtude de anomalia psíquica. Em ambos os casos o agente não é capaz de conhecer *algo*, mas ele próprio é responsável por esta incapacidade. A diferença reside apenas nisto: enquanto na primeira situação está em cena a capacidade de conhecer as circunstâncias (fáticas) relevantes à luz do tipo legal de crime, na segunda hipótese está em jogo a capacidade de conhecer a relevância (jurídica) destas circunstâncias.

---

apenas quando alguém está prestes a dirigir. O mesmo vale para o exercício da actividade médica (*ibid.*, 318).

<sup>76</sup> Veja-se, uma vez mais, *supra* (notas 32 e 65).

<sup>77</sup> Com especial clareza: Jürgen RATH, «Zur actio libera in causa bei Schuldunfähigkeit des Täters», *JuS* 35 (1995) 411: na negligência a problemática da *alio* só parece menos intrincada porque “a estrutura de imputação dos crimes negligentes coincide desde o princípio com a estrutura de imputação da teoria da antecipação”.

<sup>78</sup> Hans-Heinrich JESCHECK / Thomas WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1996, 448.

<sup>79</sup> Urs KINDHÄUSER, *AT*<sup>5</sup>, 189. Cf. ainda *supra* (nota 56).

Como a capacidade de conhecer as circunstâncias relevantes é um pressuposto da capacidade de conhecer a relevância das circunstâncias, sempre que a primeira capacidade decair faltará necessariamente também a segunda capacidade. Quando, no instante decisivo ( $t_1$ ), o condutor embriagado não está em condições de conhecer o perigo e por isso em princípio não actua nem com dolo nem com negligência, cabe afirmar, concomitantemente, que os requisitos legais da inimputabilidade estão preenchidos e por isso em princípio ele também actuou sem culpa. Quando, em um momento anterior ( $t_0$ ), há uma violação de incumbência que fundamenta a negligência, essa mesma conduta prévia contrária ao cuidado exigido fundamenta ainda, simultaneamente, a culpa do agente. Embora a incumbência que sustenta a censura *qua* negligência seja diferente da incumbência que suporta a censura *qua* culpa<sup>80</sup>, a violação da primeira contém em si mesma a violação da segunda. Neste sentido, como a fundamentação (explícita) da negligência significa, ao mesmo tempo, a fundamentação (implícita) da culpa, não é preciso invocar *expressamente* a figura da *alic* a propósito da aptidão para avaliar a ilicitude do facto e se determinar de acordo com essa avaliação. Contudo, isso em nada altera a realidade do processo de imputação: ao afirmar a negligência, o juiz decide positivamente sobre a *actio libera in causa* no plano da capacidade de culpa e deste modo faz uma excepção ao art. 20.º do Código Penal<sup>81</sup>.

### V. Início da conduta que conduz imediatamente ao resultado?

Uma segunda opinião sustenta que a responsabilidade negligente pode se estender em retrospectiva no máximo até o momento da realização da actividade perigosa que conduz *imediatamente* (directamente) ao resultado descrito no tipo penal. Para

<sup>80</sup> O encargo de manter ou adquirir a capacidade de conhecer a ilicitude do facto pressupõe o encargo de conservar ou obter a capacidade de conhecer as circunstâncias do facto.

<sup>81</sup> Sobre tudo isso: Joachim HRUSCHKA, JZ 52 (1997) 26 e 27.

esta leitura, enquanto nos crimes dolosos o dolo do agente deve existir na janela de tempo demarcada pelo regime da tentativa, nos crimes negligentes a ideia de simultaneidade correspondente à coincidência entre a decisão de agir e a acção. Como a falta de cuidado só pode ser avaliada na perspectiva do «fim (âmbito) de protecção da norma», a negligência emerge quando, relativamente ao respectivo bem jurídico, o agente realiza uma conduta idónea para produzir o resultado, de tal maneira que já não seja necessário recorrer a outros actos intermediários da sua parte. Se aquela conduta for livre, ela servirá como fundamento da imputação. Nos casos de inimizabilidade auto-provocada a vinculação ao comportamento que cria a situação de defeito está descartada, na medida em que ele produz somente um perigo mediato (indirecto) de ocorrência do resultado típico. Ainda que a ofensa ao bem jurídico já seja previsível neste momento, tal previsibilidade não tem o condão de transformar o acto que produz derradeiramente (em último lugar) o resultado em um mero factor causal. No exemplo do atropelamento em estado de embriaguez o autor só pode ser punido segundo as regras gerais de imputação se tiver tomado uma decisão autónoma quando iniciou a condução do automóvel. O acto de se colocar em um estado de inimputabilidade ainda não é um ponto de orientação válido: nesse instante a punição só seria possível através da *actio libera in causa*<sup>82</sup>. Afinal, tudo aquilo que antecede o momento da acção livre

“é, na melhor das hipóteses, *possibilidade* de acção, mas ainda não substrato de imputação. Em relação à conduta tipicamente relevante, existe quando muito uma «nuda cogitatio», uma etapa *preliminar* do facto. Estruturalmente, seria aquilo que nos delitos de resultado se designa como fase de preparação”<sup>83</sup>.

Tal modelo tem um grande mérito: ao enfatizar o efeito de bloqueio que a segunda conduta (conduzir em estado de

<sup>82</sup> Assim, considerando inadmissível a *alic* sem previsão legal: Michael HETTINGER, *GA* 136 (1989) 14 s., onde conclui (p. 16): “a «abertura» dos delitos de resultado tem limites (ímanentes)”; IDEM, *FS-Küper*, 219 s.; IDEM, *Die „actio libera in causa“*, 455 s. Enfatizando o fim de protecção da norma e recusando a *alic* mesmo de *lege ferenda*: René ZENKER, *Actio libera in causa*, 164 s., 169 s.

<sup>83</sup> Michael HETTINGER, *GA* 136 (1989) 17.

inimputabilidade) produz sobre a análise da primeira conduta (embriagar-se), ele mostra que a duplicidade de comportamentos de um mesmo autor não significa necessariamente a duplicidade de pontos de referência da imputação. Contra essa ideia de proibição de regresso não cabe de nenhum modo argumentar que nos casos de resultado atrasado (*dolus generalis*)<sup>84</sup> a acção mais próxima da ofensa ao bem jurídico não obstrui o acesso ao comportamento anterior. Basta imaginar o seguinte exemplo. Com dolo de homicídio, *K* estrangula *L*, que cai desmaiado. *K* assume, erroneamente, que a sua vítima já está morta e decide ocultar o suposto cadáver. Para tanto, ele lança o corpo em um poço artesiano. *L* morre afogado minutos depois. Se a segunda conduta (jogar) não pode ser reduzida a um mero factor causal no itinerário que conduz ao resultado, ou seja, se ela não pode ser privada da sua relevância jurídica (homicídio negligente), quem quiser encontrar no primeiro comportamento (estrangular) um homicídio doloso consumado tem de reconhecer a existência de um concurso impróprio e resolvê-lo com apoio no critério da consumpção (absorção), considerando o homicídio negligente um pós-facto impunível, ou melhor, um facto posterior já punido (absorvido) no facto principal<sup>85</sup>. Mas então *K* teria matado *L* duas vezes, uma conclusão simplesmente absurda. Por isso a conduta que causa imediatamente (directamente) o resultado desempenha mesmo uma função de blindagem: ela absorve as anteriores contribuições causais do mesmo agente, interrompendo, deste modo, a imputação<sup>86</sup>. No final das contas existe uma tentativa de homicídio, em eventual concurso com um homicídio negligente.

<sup>84</sup> Neste cenário o sujeito crê erroneamente que já produziu o resultado pretendido mas na verdade este só tem lugar com uma conduta posterior não percebida como relevante — geralmente o autor representa a segunda acção como uma simples manobra de encobrimento ou ocultação da primeira. *Par pro toto*: Karsten GAEDE, «Irrtum über Tatumstände», Holger MATT / Joachim RENZIOWSKI, Hrsg., *Strafgesetzbuch - Kommentar*, München: Vahlen, 2013, § 16, nm. 31.

<sup>85</sup> Detlev STERNBERG-LIEBEN, *FS-Schlüchter*, 235 s.

<sup>86</sup> Michael HETTINGER, *FS-Spendel*, 252 s.; Günter JEROUSCHEK / Ralf KÖLBEL, *JuS* 41 (2001) 422 s. A possibilidade de reunião dos dois fragmentos em um facto unitário doloso está desde logo excluída pelo princípio da simultaneidade: o dolo do agente não alcança a segunda fracção. Veja-se Joachim HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*<sup>2</sup>, 27 s.; Ulrich SCHROTH,

Apesar disso, a proposta em estudo não consegue se sustentar. Na verdade, a procura pelo comportamento que produz finalmente (por derradeiro) o resultado típico não deixa de ser nebulosa. Isso fica nítido no caso do motorista embriagado. Segundo a leitura em exame, a conduta imediatamente relevante é a condução do veículo. Mas não poderia ser o atropelamento em si mesmo? Em termos bastante genéricos, toda e qualquer descrição de um evento está invariavelmente sujeita a um *efeito-acordeão*: sempre é possível esticá-la ou contraí-la de modo a nela incluir ou dela excluir uma determinada sequência causal de alterações de estado no mundo. Para ficarmos com uma breve ilustração: os enunciados «*J* lança uma pedra», «*J* quebra uma janela de vidro» e «*J* ofende a integridade física de *V*, que estava sentado atrás da janela de vidro» se referem a um mesmo acontecimento<sup>87</sup>. A condução do veículo também pode ser vista como uma cadeia de condutas autónomas: o motorista precisa ligar o motor, arrancar o carro, efectuar vários actos de direccionamento, aceleração e frenagem, superar circunstâncias adversas do tráfego, etc., de modo que essa série pode ser arbitrariamente estendida e decomposta em unidades de acção ainda mais finas e delicadas. É claro que tal fragmentação não pode ignorar o problema axiológico-normativo da relevância típica do fragmento então obtido. Mas quando esta questão se coloca, não se percebe por que o próprio acto de atropelar não constitui a conduta imediatamente relevante<sup>88</sup>. Ainda que seja adequado condicionar o juízo de tipicidade à existência de uma alternativa de comportamento, a limitação

---

*Vorsatz als Aneignung der unrechtskonstituierenden Merkmale*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1994, 129 s.

<sup>87</sup> A possível descrição não se limita a uma só linha causal. Ela também cobre ramificações. É o que acontece, *v.g.*, quando a vibração sonora da vidraça assusta o terceiro *N*. Seja como for, o que acontece no plano da *descrição* também ocorre no plano da *imputação*. Logo, *v.g.*, enunciados como «*J* joga uma pedra para destruir a janela» e «*J* joga uma pedra para lesionar *V*» são diferentes interpretações intencionais do mesmo acontecimento. Sobre o *accordion-effect* e a relatividade da interpretação intencional: Urs KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 51 s.

<sup>88</sup> Neste sentido, ao enxergar uma “inconsequente concessão” ao esquema de responsabilidade por assunção: Rolf Dietrich HERZBERG, *Spindel-FS*, 225.

assim conseguida no plano do *objecto*<sup>89</sup> não afecta necessariamente o plano do *fundamento*<sup>90</sup> da imputação<sup>91</sup>.

Se por um lado é correcto que “quem bebe ainda não conduz veículo, mas também ainda não lesiona ou mata”<sup>92</sup>, por outro não é menos verdadeiro que quem apenas dirige um veículo igualmente ainda não lesiona ou mata. Como o tipo legal dos crimes negligentes de resultado não oferece nenhum elemento de apoio capaz de sustentar a diferenciação entre condutas tipicamente relevantes e condutas tipicamente irrelevantes, tudo ficaria a depender de uma compreensão mais ou menos subjectiva da linguagem. E mesmo que a condução do veículo seja vista como um único evento, haveria sempre uma perplexidade naqueles casos em que o agente interrompe a condução do automóvel, *v.g.*, para fazer uma refeição em um posto de serviço: a tese em estudo não explica se essa interrupção deve ser computada como uma parcela da condução globalmente considerada ou se a conduta que conduz derradeiramente ao resultado passa a contar apenas a partir do início da nova condução após a paragem. E isso deslocaria a análise para uma outra questão, a de saber quanto tempo essa paralisação necessita durar para que a primeira condução deixe de figurar como acção imediatamente relevante<sup>93</sup>. Por fim, a teoria produz graves lacunas de punibilidade. Isso se dá, por exemplo, quando o motorista embriagado não pode evitar

<sup>89</sup> Pergunta-chave: «por que *acontecimento* o agente responde?»

<sup>90</sup> Pergunta-chave: «por que *razão* o agente responde?»

<sup>91</sup> A favor do critério da causação imediata somente no plano do objecto (conduta típica), admitindo que o fundamento (liberdade moral) da imputação seja procurado em um instante anterior: Joachim HRUSCHKA, *JZ* 52 (1997) 24 s., onde assenta a imediatidade (o conceito de acção) na existência do componente físico da inevitabilidade — no caso do condutor bêbado tal elemento seria a possibilidade de frear o automóvel. No mesmo sentido, considerando suficiente a existência de liberdade no plano do tipo objectivo: Henning LEUPOLD, *Die Tathandlung der reinen Erfolgsdelikte und das Tatbestandsmodell der »actio libera in causa« im Lichte verfassungsrechtlicher Schranken*, 176 s., 196 s., onde dispensa a exigência de contemporaneidade entre conduta típica e violação do cuidado.

<sup>92</sup> Michael HETTINGER, *GA* 136 (1989) 14; IDEM, *Die „actio libera in causa“*, 456.

<sup>93</sup> Martin FELLEBERG, *Zeitliche Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung - Ein Beitrag zur Harmonisierung des zeitlichen Haftungsrahmens bei vorsätzlichen und fahrlässigen Erfolgsdelikten*, Baden-Baden: Nomos, 2000, 93 e 94.



a sua incapacidade porque um terceiro, sem representar a possibilidade de um acidente viário<sup>94</sup>, coloca uma droga às escondidas na sua bebida. Neste caso ninguém responderia pelo atropelamento mortal: o condutor actua sem culpa, o terceiro não causa imediatamente o resultado no sentido do tipo legal de homicídio e o crime de embriaguez ou intoxicação (CP, art. 295.º) pressupõe que o estado de inimputabilidade resulte de uma conduta prévia do próprio agente<sup>95</sup>. O mesmo aconteceria nas situações de provocação do estado de necessidade: o pai que ignora a placa de «cão feroz» e deixa o seu filho entrar em um terreno cercado não poderia responder por homicídio se o animal tirasse a vida da criança<sup>96</sup>.

## VI. Argumento de maioria de razão?

Para um relevante sector da doutrina a limitação temporal dos crimes negligentes deve ser elaborada com um argumento de maioria de razão. Segundo esta leitura, independentemente da questão de saber se a negligência constitui um *minus*<sup>97</sup> ou um *aliud*<sup>98</sup> em face do dolo, não haveria como negar a existência de uma «relação de gradação normativa» entre ambas as categorias: o dolo é uma forma de imputação mais grave do que a negligên-

<sup>94</sup> Porque a sua representação estava dirigida unicamente ao fim de manter relações sexuais com o condutor.

<sup>95</sup> Tal lacuna não poderia ser eliminada pelo regime legal da autoria mediata (art. 26.º do CP e § 25 I do StGB): esta figura representa uma forma de domínio da vontade e por isso pressupõe o dolo do homem de trás.

<sup>96</sup> Rolf Dietrich HERZBERG, *Spendel-FS*, 226 s.

<sup>97</sup> Nesta óptica, uma vez que a negligência é um componente do dolo, os casos de dúvida em relação à existência do facto doloso podem ser resolvidos com a condenação pela prática de um facto negligente, sem que isso viole o *in dubio pro reo*. Concebendo o dolo como negligência qualificada, *i.e.*, como “caso especial da negligência”: Ingeborg PUPPE, *NK*<sup>3</sup>, § 15, nm 5.

<sup>98</sup> Nesse sentido vai não só o entendimento hoje dominante, mas também o modelo de substituição aqui defendido [*supra* (item III)]. Nos casos de dúvida quanto à existência do facto doloso as eventuais lacunas de punibilidade podem ser fechadas a partir dos aspectos valorativos embutidos na mencionada relação de gradação normativa. Cf. Gunnar DUTTGE, *MK*<sup>2</sup>, § 15, nm. 103 s.

cia<sup>99</sup>. Não é por acaso que o legislador pune o facto negligente apenas de maneira excepcional (CP, art. 13.º)<sup>100</sup> e quando o faz prevê uma pena quase sempre<sup>101</sup> menor do que a prevista para o correspondente facto doloso. Por isso, em termos gerais, a responsabilidade *qua* negligência não pode ir (retrospectivamente) mais longe que a responsabilidade *qua* dolo.

À luz do resultado descrito no tipo legal de crime, a relevância jurídico-penal do comportamento descuidado só começa naquele ponto do eixo cronológico em que ele teria alcançado a fase de execução se tivesse sido realizado com dolo a respeito da consequência então produzida. Trata-se de um jogo de comparação que leva em conta um dolo hipotético: a causação livre (evitável) de um resultado típico só moldaria uma acção negligente se a mesma conduta — supondo que o autor tivesse actuado com dolo em relação ao evento lesivo — preenchesse os pressupostos legalmente estabelecidos para o início da tentativa. A partir da não-punibilidade da hipótese dolosa se deduz necessariamente a não-punibilidade do facto negligente. No caso do condutor embriagado valeria então o seguinte: como na hipótese de actuação com dolo de homicídio o acto de se embriagar seria apenas um acto de preparação insusceptível de punição<sup>102</sup>, este mesmo comportamento *também e com mais razão* não pode ser punido quando o agente provoca negligentemente o resultado descrito pela norma<sup>103</sup>. Diferente seria a solução no caso da mãe sonolenta. Pois se

<sup>99</sup> Por todos: Joachim VOGEL, *LK*<sup>12</sup>, §15, nm. 8 s.

<sup>100</sup> Cf. também o § 15 do Código Penal Alemão e o parágrafo único do art. 18 do Código Penal Brasileiro.

<sup>101</sup> O Direito vigente também conhece hipóteses de equiparação das molduras penais. Isso acontece, *vg.*, no crime de embriaguez e no crime de condução de veículo em estado de embriaguez (arts. 295.º e 292.º do Código Penal). O mesmo se verifica no sistema alemão (§§ 323a e 316 do StGB).

<sup>102</sup> Uma interpretação que não é partilhada por aqueles que trabalham com o esquema de adiantamento da acção típica: segundo este modelo, a tentativa já começa com a aparição da embriaguez. Quanto a isso cabe objectar o seguinte: como naquele instante o bem jurídico ainda não foi exposto a uma situação de perigo imediato, falta um substrato capaz de garantir a força de impressão externa do acontecimento. Assim, com referências: Hans-Heinrich JESCHECK / Thomas WEIGEND, *AT*<sup>5</sup>, 525 s. (nota 66).

<sup>103</sup> Ellen SCHLÜCHTER, *Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit - Aspekte zu einem Strafrecht in Europa*, Nürnberg: EuWi, 1996, 79 s; Eckhard HORN, *StV* 17 (1997) 266: “da decisão a respeito da questão de quando começa a tentativa

o acto de se acomodar com o bebé na cama fosse realizado com dolo de homicídio, já haveria neste instante um começo de execução: ao dormir, a mulher deixa o facto escapar das suas mãos, criando um perigo imediato para a vida do filho. Se a mãe poderia ser punida a título de dolo, ela *também e com mais razão* pode ser punida a título de negligência<sup>104</sup>. Portanto, também nos crimes negligentes estaria vedado retroceder a condutas praticadas antes do início da tentativa. Para ultrapassar essa linha seria necessário recorrer ao regime especial da *actio libera in causa*.

Essa ideia ganha ainda mais força à luz da tendência de harmonização entre os crimes dolosos e os crimes negligentes: uma vez obtida a unificação no plano do ilícito objectivo<sup>105</sup>, parece natural que o próximo passo seja estender tal comunhão ao eixo cronológico. Sem embargo, aquela formulação não consegue esconder as suas fragilidades. O problema não está, contudo, na compreensão da estrutura do argumento de maioria de razão. Há quem considere que o *argumentum a maiori ad minus* deveria pressupor — enquanto subcaso do *argumentum a simile* (analogia) — uma relação de «igualdade valorativa» das circunstâncias relevantes na situação. Esta condição faltaria precisamente ali onde se afirma que o dolo e a negligência são pólos de uma relação *aliud*, não de uma relação *plus-minus*<sup>106</sup> — como visto, a negligência é um substituto ou sucedâneo do dolo: ela constitui uma forma de imputação completamente diversa. Todavia, esta objecção erra o

---

depende não apenas a questão de saber se cada acto que foi realizado como último em estado de imputabilidade e que causou os outros eventos típicos deve ser punido como facto doloso, mas também a questão de saber se ele deve ser punido como facto negligente”. Também neste sentido: IDEM, *SK*<sup>7</sup>, § 323a, nm. 29; Hubert STÜHLER, *Die actio libera in causa de lege lata und de lege ferenda - eine Analyse von Rechtsprechung und Literatur verbunden mit einem Gesetzgebungsvorschlag*, Würzburg: Ergon, 1999, 118 s.; Gerd MÜLLER, *Fabrlässige Tätigkeitsübernahme und personale Zurechnung*, 81 s.; Kristian KÜHL, *AT*<sup>6</sup>, 545 s. De maneira exaustiva: Martin FELLEBERG, *Zeitliche Grenzen der Fabrlässigkeitshaftung*, 17 s., 35 s., 68 s., 97 s., Aparentemente seguindo a mesma direcção: Thomas RÖNNAU, *JA* 29 (1997) 715.

<sup>104</sup> Martin FELLEBERG, *Zeitliche Grenzen der Fabrlässigkeitshaftung*, 40 e 41.

<sup>105</sup> À luz da teoria da imputação objectiva, segundo a fórmula «(i) criação de um risco permitido e sua (ii) realização em um resultado (iii) coberto pelo âmbito de protecção da norma» [vejam-se referências *supra* (nota 13)].

<sup>106</sup> Gunnar DUTTGE, *MK*<sup>2</sup>, § 15, nm. 132.

alvo. O *argumentum a maiori ad minus* só pressupõe uma relação de «igualdade valorativa» quando é mobilizado em seu registo mais tradicional, ou seja, no horizonte da razão teórica. Como o Direito Penal é uma disciplina que se move no horizonte da razão prática, as suas estruturas de operação não estão subordinadas aos esquemas lineares típicos da lógica formal: elas são influenciadas por considerações axiológicas que justificam um esquema de argumentação normativamente autónomo, especialmente atento às exigências de justiça. Uma vez acolhido no Direito Penal, o próprio argumento de maioria de razão se transforma em uma categoria valorativa. Assim, quando se sustenta que a partir da não-punibilidade da hipótese dolosa cabe afirmar também e com mais razão a não-punibilidade do facto negligente, isso significa apenas que a espécie de responsabilidade mais fraca (negligência) não pode ser temporalmente mais alargada do que a espécie de responsabilidade mais forte (dolo)<sup>107</sup>. Curto: o facto negligente não poderia começar antes do facto doloso.

Embora não falhe no plano metodológico, a tese em discussão fracassa no plano dogmático. Em primeiro lugar, ela ignora um dos aspectos que explicam por que o dolo fundamenta um juízo de desvalor ético-social acrescido. Com efeito, além de ser mais perigosa para os bens jurídicos e de mostrar um maior grau de participação interna e de hostilidade ao Direito, a conduta dolosa é evitável por um intervalo de tempo mais alargado: na medida em que conhece as circunstâncias relevantes, o agente responde por não aproveitar uma janela de evitação tipicamente

---

<sup>107</sup> O *argumentum a maiore ad minus* também costuma ser invocado nos casos de participação em suicídio, nos casos de participação em uma auto-lesão e nos casos de participação em uma auto-colocação em perigo. Assim, *u.g.*, quem induz ou facilita por negligência uma acção de suicídio ou uma acção de auto-lesão ou uma acção perigosa para quem a executa não pode ser punido quando aquela mesma conduta não poderia ser castigada se tivesse sido realizada com dolo. Nos sistemas jurídicos que criminalizam o incitamento e o auxílio ao suicídio (art. 135.º do Código Penal Português e art. 122 do Código Penal Brasileiro) tal raciocínio só vale na parte referente aos casos de auto-lesão e aos casos de auto-colocação em perigo. Sobre o carácter axiológico do argumento de maioria de razão e os referidos casos de participação: Martin FELLEBERG, *Zeitliche Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung*, 68 s., 90 s.

superior àquela que se estabelece na hipótese de ignorância<sup>108</sup>. Na base desta afirmação está uma essencial diferença em termos de domínio do facto: enquanto o autor doloso exerce a sua influência sobre o curso dos eventos ao menos até o estágio da tentativa acabada, o autor negligente «perde o controlo» muito antes. Vale dizer: na negligência os acontecimentos «escorregam das mãos» do agente bem mais cedo que no dolo<sup>109</sup>. Isso fica bastante claro na chamada «negligência inconsciente»: quem não conhece a incorrecção do seu comportamento e o perigo nele contido deixa de figurar como sujeito capaz de intervir no sentido da evitação do resultado, a não ser que passe a saber de maneira casual e ainda oportuna acerca do desenrolar dos factos; quem actua com dolo tem desde o início um conhecimento que o mantém em condições de evitar atempadamente a ofensa ao bem jurídico<sup>110</sup>. Assim, por exemplo, quem pretende cometer um homicídio envenenando a vítima durante uma refeição precisa, em conformidade com

<sup>108</sup> Segundo a concepção mais tradicional, a diferença não se dá no eixo cronológico, mas na dimensão do esforço físico investido para evitar o facto típico. A conduta dolosa seria mais facilmente evitável: ao representar as circunstâncias relevantes, o autor responderia por deixar de aproveitar um potencial de evitação caracteristicamente mais elevado em face daquele que emerge na situação de desconhecimento. Cf. Wolfgang FRISCH, *Vorsatz und Risiko - Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Köln: Heymanns, 1983, 46 s., 96 s. Já nesta direcção: Günther JAKOBS, *Studien zum fabrlässigen Erfolgsdelikt*, 104 s. Mas esta lógica de energia não convence: ela se restringe ao momento do facto, ignorando precisamente aquilo que fundamenta a negligência, a antecedente evitabilidade do defeito cognitivo. Assim: Carl-Friedrich STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, 416: “talvez um facto negligente já possa ser evitado com um mínimo de atenção superior, enquanto o facto doloso de delinquentes firmemente decididos só pode ser evitado com um grande esforço de vontade”.

<sup>109</sup> Aliás, tal diferença constitui uma premissa central da teoria da imputação extraordinária. Cf. *supra* (nota 48).

<sup>110</sup> Wolfgang MITSCH, *JuS* 41 (2001) 112; Detlev STERNBERG-LIEBEN, *S/S-K*<sup>28</sup>, § 15, nm. 136. Para a construção do argumento: Wilfried KÜPER, *Der „verschuldete“ rechtfertigende Notstand*, 57 s., 67 s.; Hans-Ullrich PAEFFGEN, *ZStW* 97 (1985) 525: “nos delitos de resultado a censura do ilícito se baseia em um comportamento ao menos perigoso para o objecto do bem jurídico, que se realiza sem qualquer ou sem suficiente contramedida de controlo capaz de reduzir o perigo. Para promover a devida minimização do perigo, o período de tempo anterior à realização da acção propriamente dita é, em princípio, bem aberto para frente”.

o seu plano de acção, colocar a substância tóxica na comida e servir o prato à vítima. Até este momento o agente pode ainda suspender o seu empreendimento. Ainda não há tentativa se ele guarda o veneno na prateleira da despensa para no dia seguinte executar o seu projecto criminoso. Esta possibilidade de configuração desaparece quando o sujeito põe distraidamente o veneno na prateleira da despensa, se esquece disso e semanas depois utiliza a substância tóxica, acreditando se tratar de um condimento comum, para preparar uma refeição cuja ingestão culmina na morte de outrem. Logo, um mesmo comportamento externo — colocar o veneno na prateleira da despensa — significa um acto preparatório impunível para o autor doloso e um acto de homicídio para o autor negligente<sup>111</sup>.

Talvez fosse o caso de contra-argumentar que a diferença quanto ao instante da perda do domínio está desde o início embutida na valoração legal que fixa as margens de punição: o crime doloso recebe uma pena superior precisamente porque o seu autor tinha uma maior capacidade de evitação, na exacta medida em que pôde dominar o facto por mais tempo<sup>112</sup>. Nesta linha, invocar o menor período de controlo com o propósito de justificar a ampliação retrospectiva da responsabilidade a título de negligência para além da área de cobertura da responsabilidade a título de dolo significaria não apenas considerar em duplicata — agora como elemento negativo — uma circunstância que já foi levada em conta na moldura abstracta de sanção, mas também anular a originária relação de gradação normativa entre o facto doloso e o facto negligente. Contudo, tal raciocínio seria extremamente duvidoso. O problema do limite da imputação na coordenada do tempo não pode ser resolvido a partir da ideia simplista de que «o dolo recebe uma pena mais grave, mas, em contrapartida, a negligência pode ter um maior alcance temporal». Este arco cronológico estendido não é variante de uma singela equação matemática que pretende nivelar, mediante um juízo de desvalor global, as duas formas de imputação: ele não dissolve a matricial diferença

<sup>111</sup> Detlev STERNBERG-LIEBEN, *FS-Schlüchter*, 232.

<sup>112</sup> Wolfgang FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 97 s.

axiológica em uma igualdade valorativa incompatível com o sentido de proporcionalidade que preside a fixação dos marcos penais.

De acordo com a opinião em análise, a possibilidade de vincular a negligência a um instante no qual a punibilidade da correspondente execução dolosa já estaria de todo o modo descartada conduz a uma grosseira contradição axiológica. Afinal, para escapar da punição, o agente precisaria apenas alegar que agiu com dolo: a realização da conduta mais grave seria arbitrariamente transformada em um argumento de defesa que garantiria a sua absolvição. Isto significaria beneficiar o autor precisamente em função daquilo que torna o seu comportamento mais censurável<sup>113</sup>. Porém, esta reflexão ignora que a existência do dolo não depende exclusivamente daquilo que o agente declara *ex post facto*: se o dolo não é um fenômeno estritamente psicológico, a sua mera alegação não pode ser determinante ali onde não há nenhum perigo de dolo<sup>114</sup>. Além disso, como nos delitos aqui estudados a perturbação da paz jurídica surge somente com a produção do resultado típico, a exigência de uma maior proximidade — em comparação com a tentativa — relativamente ao momento da sua ocorrência pode ser «compensada» pela referência a uma determinada conduta situada no campo prévio<sup>115</sup>. Por fim, a restrição proporcionada através do raciocínio *a fortiori* pode ser excessiva ou mesmo injusta: em não raros casos os pontos mais distantes na pré-história do facto propriamente dito abarcam situações de perigo nas quais o danoso transcurso dos acontecimentos já pode ser facilmente assimilado, bastando que o agente esteja atento aos evidentes sinais de advertência que impõem a sua percepção<sup>116</sup>.

<sup>113</sup> Martin FELLEBERG, *Zeitliche Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung*, 69, 84 e 85.

<sup>114</sup> Devo este contra-argumento ao meu colega Wagner Marteleto Filho. Para a definição do dolo a partir da qualidade do perigo conscientemente realizado: Ingeborg PUPPE, *NK<sup>3</sup>*, §15, nm. 64 s.

<sup>115</sup> Detlev STERNBERG-LIEBEN, *S/S-K<sup>28</sup>*, § 15, nm. 136. Sendo certo, todavia, que a lógica da compensação possui um significado bastante reduzido na dogmática do comportamento prévio. Cf. Ulfrid NEUMANN, *Zurechnung und „Vorverschulden“*, 134 s., 207 s.; Sarah MACK, *Trunkenheit und Obliegenheit*, 126 s., 142 s.

<sup>116</sup> Contra o modelo de harmonização cronológica também se argumenta que a «relação de gradação normativa» é uma construção que se baseia unicamente em necessidades processuais, especialmente no propósito

## VII. Existência de um motivo concreto para conservar ou obter a capacidade de evitação no instante decisivo

Em virtude do princípio da responsabilidade pelo facto, as incumbências jurídico-penalmente relevantes não podem assumir um carácter geral ou universal, onerando todos os cidadãos em todos os momentos, como se fosse a espada de Dâmocles. Por outros termos ainda: no Direito Penal não existem incumbências genéricas ou abstractas, mas somente incumbências específicas ou concretas. A exigência de manutenção ou aquisição das capacidades necessárias para cumprir a regra de conduta subjacente ao tipo legal de crime ganha o seu verdadeiro sentido no horizonte de uma ética situacional. Ela não se forma indiferenciadamente, fora do respectivo contexto fáctico: a determinação do seu exacto conteúdo depende da necessária mediação enriquecedora que só a realidade do mundo da vida pode proporcionar. Defender o contrário seria admitir a responsabilidade pela condução de vida e assim consagrar um Direito Penal do agente: no final das contas, a incumbência geral de se preparar para seguir a norma típica equivaleria a uma proibição geral de acção ou a um mandato geral de abstenção e a imposição da pena não teria mais nenhuma ligação válida com o facto objectivamente desvalioso.

Deste modo, a imputação a título de negligência pode retroceder no máximo até ali onde o cenário dos eventos ofereça ao agente um *motivo fundado* (evidente) para examinar se ele está em uma situação na qual ainda pode evitar a realização do tipo legal de crime, vale dizer, uma *razão convincente* (manifesta) para contar com a possível ofensa ao bem juridicamente tutelado. Quanto maior for a distância temporal da conduta relativamente à «situação crítica» e por isso quanto maior for a capacidade individual

---

de evitar as insuportáveis lacunas de punibilidade criadas por absolvições injustas e, por isso, ela nada teria a ver com o problema da restrição temporal do crime doloso ao começo da realização do tipo. Assim, sobre a possibilidade de uma “apreciação alternativa” (*Wahlfeststellung*) dos factos: Detlev STERNBERG-LIEBEN, *FS-Schlüchter*, 230 s.; Gunnar DUITGE, *MK<sup>2</sup>*, § 15, nm. 132. Mas esta crítica não acerta. Pois a relação de gradação normativa não tem uma natureza meramente instrumental: como indicado no texto, ela carrega um autónomo vector ético-social.



de configuração da realidade, mais difícil será afirmar a existência de um comportamento defeituoso. Assim, *n.g.*, quem sofre de epilepsia tem já no início da condução um motivo fundado para não empreender uma longa viagem de carro: a sua experiência lhe permite saber que na situação de estresse característica do tráfego rodoviário o risco de repetição de uma síncope convulsiva é considerável e por isso tem de contar com um ataque a qualquer momento. Se ainda assim o sujeito arranca com o veículo, ele deve responder por homicídio negligente quando metros depois provoca uma colisão que redundará na morte de outro motorista. Isso também vale na hipótese de inimputabilidade auto-provocada pelo consumo de bebida alcoólica, ao menos quando o autor sabe que precisará dirigir logo em seguida: já naquele instante existe uma razão específica para tomar distância da conduta que cria o defeito ou para adoptar contramedidas de protecção do bem jurídico exposto ao perigo<sup>117</sup>. O mesmo não se pode dizer, entretanto, a propósito do médico que não frequenta cursos de aprimoramento e do motorista que não presta atenção às aulas de direcção: aqui falta uma razão concreta para impor a abstenção ou a minimização do risco<sup>118</sup>. Reduzindo estas reflexões a uma fórmula: o agente só estará em condições de evitar a pena quando tiver um motivo específico ou concreto para prestar atenção ao curso dos acontecimentos e se habilitar de maneira eficaz para dar cumprimento à norma típica<sup>119</sup>.

<sup>117</sup> *V.g.*, confiar as chaves do automóvel a um terceiro responsável.

<sup>118</sup> Assim, sublinhando a necessidade de um “ponto de referência concreto”: Gunnar DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, 288, 293, 294 e 340; IDEM, *JRE* 11 (2003) 113 e 114; IDEM, *MK*<sup>2</sup>, § 15, nm. 132, 133 e 136, onde considera supérflua a figura da negligência por assunção: o agente merece a censura da negligência jurídico-penalmente relevante segundo os princípios gerais se já em um momento anterior ele tinha um motivo capaz de forçá-lo a perceber o curso lesivo. No mesmo sentido: Joachim VOGEL, *LK*<sup>12</sup>, § 15, nm. 57 e 306; Detlev STERNBERG-LIEBEN, *S/S-K*<sup>28</sup>, § 15, nm. 136; IDEM, *FS-Schlichter*, 227 e 228, com ênfase (p. 238) na “suficiente previsibilidade do facto concreto”.

<sup>119</sup> Com uma formulação semelhante, mas agora no plano do erro de proibição evitável: Alair LEITE, *RPCC* 23 (2013) 220 s., onde arremata (p. 224): “apenas neste momento é que o Estado pode exigir legitimamente uma abstenção categórica por parte de seus cidadãos e puni-los em caso de violação dessa exigência”. Todavia, segundo a concepção sustentada neste trabalho, a existência do motivo concreto para manter ou adquirir as capacidades

A favor deste critério falam não só a sua correcção, mas também a sua clareza e a sua simplicidade<sup>120</sup>. Com efeito, o modelo de unificação cronológica assentando no argumento de maioria de razão complica desnecessariamente o processo de imputação. Isso fica evidente na análise das situações de resultado prematuro ou antecipado<sup>121</sup>. Basta pensar no seguinte exemplo. Descontente com a vida conjugal, *R* deseja matar *S*, seu marido. Para tanto, ela planeja envenená-lo. *R* tem o hábito diário de preparar e servir um copo de leite frio a *S* quando este chega do trabalho no fim do dia. Em uma certa manhã a esposa coloca cianureto de potássio no copo de leite e guarda a bebida envenenada no frigorífico, com a intenção de oferecê-la ao cônjuge no início da noite. Para controlar a ansiedade, *R* sai para fazer compras. Contrariamente ao esperado, *S* chega em casa mais cedo, abre o frigorífico, bebe o copo de leite e morre intoxicado. Como há um desvio essencial do curso causal<sup>122</sup>, *R* não pode ser punida por homicídio consumado: a morte não lhe pode ser imputada a título de dolo. Também fracassa a via da punição por tentativa. Pois a sua conduta ainda não havia ultrapassado a fase de preparação: de acordo com o seu plano, *R* ainda teria de servir o leite ao marido, o que deveria acontecer somente no fim do dia. Afinal, ela se afasta do lugar do facto considerando que *S* só retornaria muito tempo depois: apenas neste instante a esposa precisaria decidir em definitivo se daria ou não a bebida envenenada. À luz do *argumentum a maiore ad minus*, ela não poderia responder por negligência, já que a imputação a título de dolo estaria de todo o modo excluída. Mas esta conclusão geraria algum desconcerto. Se *R* não tivesse

---

necessárias para observar a norma não produz nenhum efeito sobre o conteúdo desta.

<sup>120</sup> Ainda a propósito da diferença entre «ter um motivo» e «ter um dever», embora no horizonte da culpa: Sarah MACK, *Trunkenheit und Obliegenheit*, 191 e 209.

<sup>121</sup> Estes casos surgem não apenas quando o agente já efectuou a última conduta necessária para a produção da ofensa ao bem jurídico, mas também quando a sua ocorrência depende ainda da realização de outra(s) conduta(s) do mesmo sujeito. Por todos: Karsten GAEDE, *StGB-K*, § 16, nm. 30.

<sup>122</sup> Ainda que o desvio não fosse essencial, a punição por crime doloso só seria possível se a conduta tivesse alcançado o estágio da tentativa.

a vontade de matar *S*, a sua conduta seria um típico caso de contrariedade ao cuidado exigido: actua negligentemente quem deixa um copo de bebida envenenada em um local de fácil acesso como um frigorífico<sup>123</sup>.

Contudo, ainda segundo o esquema de harmonização temporal criticado no item anterior, tal dificuldade só emerge quando o jogo de comparação se concentra equivocadamente na efectiva representação do curso dos acontecimentos e na efectiva vontade de causar o resultado. Para dissipar aquela contradição, a teoria sustenta que a base de comparação sempre deve ser o dolo hipotético: importa saber apenas se o agente seria responsável pela prática de um crime doloso se ele tivesse representado e querido os eventos tal como eles realmente sucederam. Ou seja: o dolo hipotético se liga ao momento em que os factos ocorreram, não ao momento para o qual a representação e a vontade do autor estavam orientadas. É irrelevante examinar se ele representou o transcurso dos factos e se ele quis produzir o resultado<sup>124</sup>, pois nas situações de prematuridade o conhecimento e a vontade reais assumem um ponto de referência totalmente diverso daquele que deflagra a responsabilidade negligente. A representação e a vontade reais de *R* se referem ao momento em que *S* chegaria em casa e a bebida envenenada lhe seria então servida. O acto de envenenar a bebida e guardá-la no frigorífico tem lugar em um instante anterior. Esta conduta e este momento estabelecem o ponto de referência para a comparação entre dolo e negligência. Neste horizonte, resta somente indagar se *R* deveria ser punida pela prática de um crime doloso se ela tivesse realizado aquele mesmo comportamento sabendo que o seu marido poderia regressar mais cedo e então ingerir antecipadamente o leite envenenado. Esta suposição permite concluir que já não haveria nenhum desvio causal e que *R* já teria ultrapassado o limiar do início da tentativa: naquele instante ela já teria se decidido em

<sup>123</sup> Isso também vale nos casos em que o agente não quer propriamente o resultado, mas tem consciência da sua possível ocorrência, ao reconhecer um perigo que devia ser levado a sério (dolo eventual).

<sup>124</sup> Uma informação que só teria importância para a questão de saber se o autor cometeu um crime doloso.

definitivo a favor da execução do facto, que já não estaria mais em suas mãos. Se *R* poderia ser punida a título de dolo, ela pode também e com mais razão ser punida a título de negligência. Assim, os casos de ocorrência antecipada ou prematura do resultado não levantam nenhum problema especial. A sua solução não postula nenhuma excepção: eles também devem ser resolvidos com apoio no *argumentum a fortiori*<sup>125</sup>.

Apesar da sua aparente sofisticação dogmática, tais considerações falham no essencial. Pois elas configuram uma inútil prorrogação do jogo discursivo. Se o acto de guardar a bebida envenenada em um lugar de fácil acesso já representa um caso típico de negligência isso se deve precisamente ao facto de já neste instante existir um motivo concreto ou específico para se abster daquele comportamento ou para tomar contramedidas de protecção do bem jurídico. É certo que a solução destes casos não suscita nenhum desvio relativamente ao critério geral. Mas não há nenhuma razão para procurar este parâmetro em uma abstracção. Na verdade, o recurso ao dolo hipotético constitui uma operação artificial que onera o processo de responsabilização com uma complexidade que ele originalmente não possui. Incide aqui o princípio da parcimónia: as categorias não devem ser multiplicadas sem necessidade. De resto, assim como o *objecto* da imputação não pode ser determinado a partir de cursos causais hipotéticos, o seu *fundamento* também não pode ser fixado a partir de representações e de vontades hipotéticas. A imposição da pena requer a conexão entre um fundamento *real* (conduta) e uma consequência *real* (ofensa ao bem jurídico), um vínculo que não pode ser encontrado fora das circunstâncias que moldam o específico cenário de acção: a ligação entre aqueles fragmentos de realidade pressupõe um ponto de referência *concreto*. Portanto, o acréscimo mental de acontecimentos meramente hipotéticos (não existentes) está desde logo excluído: a decisão sobre a punibilidade não pode depender de uma causa (física ou moral) imaginada,

---

<sup>125</sup> Sobre tudo isso: Martin FELLEBERG, *Zeitliche Grenzen der Fabrlässigkeitshaftung*, 82-87.

de um fenómeno quase-real com uma consequência quase-real<sup>126</sup>. Isso vale tanto na dimensão objectiva (onde o fundamento é uma causa física) quanto na dimensão subjectiva (onde o fundamento é uma causa moral) do delito. Em suma: ao Direito Penal interessa unicamente um “conceito *realista* de negligência”<sup>127</sup>.

### VIII. Conclusão

Os crimes negligentes de resultados são delitos abertos para o passado. Contudo, esta abertura não se resume aos tradicionais casos de negligência pela assunção de uma actividade especialmente perigosa. Na verdade, todas as hipóteses de negligência se referem, *per definitionem*, a uma conduta que antecede o facto propriamente dito (penalmente típico). No instante do comportamento tipicamente relevante o autor não está em condições de evitar a realização do resultado, mas ele só está nesta situação porque não cumpriu a incumbência (*Obliegenheit*) de manter ou adquirir as capacidades necessárias para observar a norma subjacente ao tipo legal de crime. A responsabilidade pela situação de defeito — a responsabilidade pela ausência de um elemento constitutivo do crime — substitui o dolo e fundamenta uma

<sup>126</sup> Assim, examinando os vários significados do termo «fundamento»: Karl-Heinz GÖSSEL, *FS-Frisch*, 430 s.

<sup>127</sup> Gunnar DUTTGE, *GA* 150 (2003) 451 e 463. Ao contrário do que pretende Duttge [*supra* (nota 14)], a existência de um concreto (evidente) motivo de atenção não constitui um esquema autónomo de fundamentação da negligência, mas apenas um critério auxiliar que opera na densificação das incumbências jurídico-penalmente relevantes. É bem verdade que esta ideia enfrenta algumas dificuldades ali onde se torna necessário distinguir entre negligência simples e negligência grosseira (arts. 137.º, n.º 2, 156.º, n.º 3, 274.º, n.º 5, 351.º e 369.º, n.º 5 do Código Penal). Criticamente: Rolf Dietrich HERZBERG, *GA* 148 (2001) 577 s.; IDEM, «Grundprobleme der deliktischen Fahrlässigkeit im Spiegel des Münchener Kommentars zum Strafgesetzbuch», *NSIZ* 24 (2004) 595; Claus ROXIN, *AT*<sup>3</sup>, 1080. Com um esforço de separação, associando a negligência grosseira a um “momento de motivação reforçado”: Gunnar DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsumwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, 388. Insistindo na viabilidade da diferenciação: IDEM, «Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit - Erwiderung auf Rolf D. Herzberg *GA* 2001, 568 ff.», *GA* 150 (2003), 451 s.

imputação extraordinária<sup>128</sup>. Com isso emerge um esquema diacrónico capaz de explicar a diferença cronológica entre o objecto e o fundamento da responsabilidade, ou seja, entre o instante da

<sup>128</sup> A análise mais detida sobre a capacidade de rendimento do conceito de incumbência no Direito Penal escapa aos estreitos limites deste estudo. A este propósito, veja-se Sarah MACK, *Trunkenheit und Obliegenheit*, 255 s.; Juan Pablo MONTIEL, «Obliegenheiten im Strafrecht?», *ZStW* 129 (2014) 592 s. Para a crítica ao modelo de imputação extraordinária: Christoph HÜBNER, *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*, Berlin: Duncker & Humblot, 2004, 115 s.; Ujala Joshi JUBERT, «Actio libera in causa: ordentliche oder außerordentliche Zurechnung», *JRE* 2 (1994), 334 s.; Rolf Dietrich HERZBERG, *FS-Spendel*, 228 s.; Volker HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung - Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe*, Berlin: Duncker & Humblot, 2002, 79 e 80. Considerando este esquema supérfluo ao menos ali onde a norma assume as vestes de uma proibição de causação: Stephan AST, *Normentheorie und Strafrechtsdogmatik*, 61 e 62. Também contra, no específico território dos crimes negligentes: René ZENKER, *Actio libera in causa*, 67 s.; Gerd MÜLLER, *Fahrlässige Tätigkeitsübernahme und personale Zurechnung*, 48 s.; Gottfried SEEBASS, «Handlungstheoretische Aspekte der Fahrlässigkeit», *JRE* 2 (1994) 403 (nota 53); António Manuel de Almeida COSTA, *Ilicito pessoal, imputação objectiva e participação em Direito Penal*, 670 s.; Gunnar DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsumwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, 87 s., onde procura fundamentar a negligência (p. 277, 341, 354 s., 451, 476 e 493) no clássico mandamento «*alterum non laedere*». Utilizando a noção de *Obliegenheit* como elemento de imputação ordinária: Günther JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt am Main: Klostermann, 2012, 67 s., 70, 79 s.; Michael PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers - Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, 302 s., 329 s., 341 s., 345 s., 353 s. No mesmo sentido, ao considerar a violação da incumbência como alicerce da culpa não só nas hipóteses em que o agente provoca a incidência de uma causa de exculpação, mas também nos demais casos em que ele viola o dever “indirecto” de exercitar (realizar) a capacidade de motivação fiel ao Direito objectivamente implicada no conceito de “pessoa jurídica responsável” no papel de destinatário da norma: Klaus GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit - Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt am Main: Klostermann, 2005, p 109-114 e 211 (nota 212). Para o emprego da *Obliegenheit* como fundamento da medida de segurança ali onde o indivíduo não consegue oferecer uma garantia cognitiva suficiente para o reconhecimento da sua personalidade: Günther JAKOBS, *Rechtswang und Personalität*, Paderborn: Ferdinand Schöningh, 2008, 42 s. Desenvolvendo o conceito nas situações em que o evento lesivo cai no âmbito de responsabilidade da própria vítima: Gunther BIEWALD, *Regelmäßiges Verhalten und Verantwortlichkeit*, 105 s., 252 s.

realização do tipo legal de crime e o momento da inobservância do ónus de cuidado. Todavia, se não quiser assumir uma lógica de imputação característica da ideia de censura pela condução de vida, aquela incontornável referência ao pretérito deve obedecer a limites mais ou menos claros e estáveis. Isso não significa, entretanto, que tais balizas precisam ser elaboradas a partir de um procedimento hipotético (análogo) que toma emprestado o regime legal da tentativa. O arco temporal da responsabilidade negligente pode ser maior do que o arco temporal da responsabilidade dolosa e não há nenhuma contradição axiológica nisso. No final das contas, a chave da solução reside em uma ideia tão simples quanto convincente: a incumbência de se preparar para evitar (intencionalmente) a conduta típica no instante decisivo só alcança um suficiente grau de determinação quando, à luz das específicas circunstâncias do caso, o agente tem um motivo concreto para se abster de praticar o comportamento anterior ou para adotar medidas de minimização do perigo que acompanha a sua execução. É assim que a negligência encontra uma ligação real entre a conduta do autor e a ofensa ao bem jurídico.

Bem vistas as coisas, a formulação da negligência como uma espécie de substituto ou sucedâneo do dolo faltante não é nenhuma grande novidade. De acordo com Aristóteles,

“a própria ignorância, se o agente der sinais de por ela ser responsável, constitui matéria penal. Assim, os embriagados incorrem numa pena dupla, já que o princípio da falta reside no agente, pois é dotado da capacidade de não se embriagar e a sua embriaguez é responsável pela sua ignorância. A punição atinge também aqueles que ignoram alguma das disposições legais cujo conhecimento é obrigatório e não suscita dificuldades. Procedimento análogo ocorre nos outros casos, sempre que a ignorância pareça resultar da incúria. É que, na óptica do legislador, estando ao alcance dos negligentes serem cuidadosos, depende deles não permanecerem na ignorância”<sup>129</sup>.

<sup>129</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, ed. bilingue; trad. Dimas de Almeida, Porto: Edições Universitárias Lusófonas, 2012, III, 5 (1114a). Pormenorizadamente acerca da concepção aristotélica da negligência: Richard LOENING,

Além disso, em termos gerais, a rejeição à doutrina da antecipação da tipicidade<sup>130</sup> está na base da conhecida argumentação de Tomás de Aquino a propósito do caso do clérigo que se embebeda e no dia seguinte não consegue despertar a tempo de rezar as matinas:

“pode ser que uma pessoa se ache incapacitada para cumprir o seu dever neste momento. Se isso não é por sua culpa, não peca por omissão, como temos dito. Mas, se é por alguma culpa sua anterior (por exemplo, se se embriaga pela tarde e não pode se levantar pela manhã, como é seu dever), opinam alguns autores que o pecado de omissão começa quando este homem se entrega ao acto ilícito e incompatível com aquele outro acto a que está obrigado. Mas isso não parece ser exacto, porque, supondo que fosse despertada à força para acudir à prece matutina, não incorreria em omissão; donde resulta que a embriaguez antecedente não foi uma omissão, mas sim a causa da omissão. Por isso, devemos dizer que começa a ser imputável a culpa de omissão quando chega o instante de obrar, embora seja em razão da causa anterior que se faz voluntária a omissão consequente”<sup>131</sup>.

À dogmática do Direito Penal cabe determinar, com um mínimo de solidez, o arco temporal da imputação extraordinária. Neste horizonte, quem acredita na viabilidade de uma teoria geral

---

*Die Zurechnungslehre des Aristoteles*, Jena: Verlag von Gustav Fischer, 1903, 210 s., 225 s.; Ellen SCHLÜCHTER, *Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit*, 44 e 45.

<sup>130</sup> Cf. *supra* (notas 32 e 65).

<sup>131</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica* (traducción presidida por Francisco Barbado Viejo), Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1954, 2-2, q. 79 (a3). Segundo a visão tomista, a negligência “implica a falta de solicitude ou diligência devida” [q. 54 (a1)]. Por isso «negligente» significa «o que não elege» (*nec eligens*): o sujeito pretere um acto exigido pela razão (prudência), omitindo a eleição recta dos meios conducentes ao fim [q. 54 (a2)]. Para além disso, a ideia de antecedência ou precipitação ocupa um lugar de destaque na doutrina católica da negligência: “o leviano e imprudente não espera o tempo oportuno” (Eclesiástico 20,7)



do comportamento prévio<sup>132</sup> mais cedo ou mais tarde se verá forçado a encarar o conceito de «facto»<sup>133</sup> e a sistematizar os diversos significados que ele assume não só na Parte Geral, mas também na Parte Especial.

---

<sup>132</sup> A propósito das condições de possibilidade desta construção, também recorrendo ao conceito de incumbência (*Obliegenheit*): Günter STRATENWERTH, «Vermeidbarer Schuldausschluß» / Gerhard DORNSEIFER, *et al.*, Hrsg., *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln: Heymanns, 1989, 485, 495, 497 s. Considerando supérflua a elaboração de uma “dogmática especial” para os casos de culpa prévia: Georg FREUND, *GA* 161 (2014) 140.

<sup>133</sup> Mesmo fora da dogmática da conduta antecedente parecem faltar as condições para a elaboração de um conceito de facto válido em toda a Parte Geral. Basta observar a discussão sobre a possibilidade de o conceito de facto no sentido do art. 91.º («facto do inimputável», enquanto pressuposto da aplicação de uma medida de segurança) não se identificar com o conceito de facto no sentido do art. 20.º, n.º 1 do Código Penal («facto ilícito-típico»). A este propósito, rejeitando a mera transposição das características do crime do agente imputável para o facto do agente inimputável e se concentrando na definição autónoma das propriedades que este último deve possuir para configurar um facto criminalmente perigoso: Maria João ANTUNES, *Medida de segurança de internamento e facto de inimputável em razão de anomalia psíquica*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, 365 s., 377 s., 433 s., 499 s.

