

Resenha de STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Reflexões sobre o direito penal e o processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2021

Gustavo de Oliveira Quandt 

A editora Marcial Pons do Brasil publicou pequena coletânea com cinco artigos de Carl-Friedrich Stuckenberg, professor da Universidade de Bonn, sobre Direito e Processo Penal. A coletânea, organizada por Guilherme Francisco Ceolin e Lucas Minorelli, reuniu traduções diretas do alemão (textos 1, 2 e 5) ou do inglês (textos 3 e 4) dos seguintes trabalhos: (1) Proteção de bens jurídicos como requisito fundamental da punibilidade? (trad. Emília Merlini Giuliani); (2) Dolo, consciência da ilicitude e teoria do erro (trad. Wagner Marteleto Filho); (3) Problemas de “imputação subjetiva” no direito penal nacional e internacional (trad. Guilherme Ceolin); (4) Quem é presumido inocente do que e por quem? (trad. Lucas Minorelli); (5) Princípio da culpabilidade e busca da verdade. Observações sobre a relação entre o direito material e o direito processual (trad. Emília Giuliani e Matheus Almeida Caetano). Embora as versões brasileiras dos textos 3 e 4 já houvessem aparecido em periódicos¹ e um outro trabalho do autor igualmente já houvesse sido publicado no Brasil², o autor não é tão conhecido entre nós

-
- 1 STUCKENBERG, Carl-Friedrich. Problemas de “imputação subjetiva” no direito penal nacional e internacional. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 6, n. 1, p. 26-47, 2021. DOI: 10.46274/1909-192XRICP2021v6n1p26-47; STUCKENBERG, Carl-Friedrich. Quem é presumido inocente do que e por quem? *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 65, p. 35-58, 2017.
 - 2 STUCKENBERG, Carl-Friedrich. As deficiências constitucionais da teoria do bem jurídico. Tradução: Lucas Minorelli. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 3-14, 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/51810>. Acesso em: 14 nov. 2023. Após a publicação da coletânea ora resenhada, veio a público nova tradução: STUCKENBERG, Carl-Friedrich. Distúrbios mentais como fundamento para a exclusão da responsabilidade penal: uma abordagem de direito comparado. Tradução: Lucas Minorelli. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 243-264, 2022. DOI: 10.46274/1809-192XRICP2022v7n2p243-264.

quanto outros professores alemães³, cuja obra circula amplamente em traduções para o espanhol.

O trabalho de edição é dos mais meritórios. As traduções, de modo geral, são fluidas e agradáveis; ao final de cada obra, é oferecido o rol de obras citadas, com indicação (não exaustiva) de traduções daquelas obras para português ou espanhol.

Quanto aos textos em si, concentram-se nas áreas abordadas pelo autor em suas monografias *Untersuchungen zur Unschuldsvormutung* (Investigações sobre a presunção de inocência), 1998, e *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht – Versuch einer Elementarlehre für eine übernationale Vorsatzdogmatik* (Estudos sobre dolo e erro no Direito Penal Internacional – Tentativa de uma doutrina básica para uma dogmática do dolo supranacional), 2007, as quais são frequentemente citadas ao longo dos trabalhos. Exceção é o primeiro artigo, que trata do problema do bem jurídico como requisito para a punibilidade. O texto alerta expressamente que não veiculará ideias originais, limitando-se a resgatar os argumentos decisivos para o debate; de fato, várias das ideias veiculadas no texto já apareciam em trabalhos anteriores do autor sobre o assunto⁴. O ponto de vista central do artigo – a exigência de ofensa a um bem jurídico para imposição da pena – certamente não é desconhecido pelo leitor brasileiro: alguns de seus defensores modernos podem ser encontrados na coletânea *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar*⁵; merecem menção também o trabalho de Günther Jakobs, *Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal*⁶, e o levantamento bibliográfico da recente monografia de Humberto Souza Santos⁷. O que talvez falte em originalidade, porém, sobra em contundência. Chama a atenção a dureza da refutação às opiniões contrárias (isto é, dos adeptos

3 A única tradução de trabalho seu para o espanhol indicada no rol de publicações mantido pelo próprio Stuckenberg é aquela contida na obra referida na nota 9, *infra*. Disponível em: https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Stuckenberg/Publications.pdf. Acesso em: 14 nov. 2023.

4 Veja-se o trabalho indicado na nota 2, *supra*. A síntese oferecida por Santos de outro trabalho (STUCKENBERG, Carl-Friedrich. Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutlehre – Bemerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, [s.l.], v. 158, n. 11, p. 653-661, 2011) dá conta de que ali também se expôs ponto de vista semelhante ao do trabalho ora resenhado (SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 132 e ss.).

5 GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

6 JAKOBS, Günther. *Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal* 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 90 p. (2. ed. Porto Alegre: CDS, 2021. 92 p.).

7 SANTOS, *op. cit.* (nota 4), p. 81-140.

da teoria do bem jurídico como limitação ao poder de incriminar), a começar pela teoria do contrato social. Stuckenberg propõe, ainda, uma abordagem muito interessante, consistente em verificar se a teoria do bem jurídico (ou, melhor, da ofensa ao bem jurídico como requisito para a imposição de pena) tem fundamento no direito positivo, e, em caso negativo, se ela tem algum valor como guia ou norte para a atividade legislativa. Stuckenberg desdenha abertamente da teoria, não por considerá-la um legado burguês contrário ao espírito do povo, como os juristas nazistas, mas por considerar que ela não explica satisfatoriamente a punição de fatos cuja necessidade de pena é inegável. Assim como outros autores, contesta que a reforma do Direito Penal sexual na Alemanha nos anos 1960 deva ser creditada à teoria do bem jurídico⁸. Por fim, nota-se que o autor concede maior liberdade ao legislador do que por vezes se defende, associando as amarras postas pela teoria do bem jurídico a uma restrição indevida das instituições de um Estado Democrático (nomeadamente, do parlamento). Embora o tom por vezes áspero do texto possa incomodar, é difícil negar o poder de provocação de afirmações como

o chamado dogma do bem jurídico crítico ao sistema, apesar de seu traje histórico, é o descendente – nascido 200 anos atrasado – de um conjunto de teoremas de épocas filosóficas, como as doutrinas do dano social e da lesão a direitos, os quais serviram à domesticação do poder legislativo penal de soberanos absolutos e que, em um Estado Constitucional moderno, democrático e que respeita direitos fundamentais, perdeu sua função.⁹

O segundo trabalho cuida do dolo, da consciência da ilicitude e da teoria do erro na obra de Hans Welzel. Foi retirado da obra coletiva *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*¹⁰, a qual foi integralmente traduzida para o espanhol sob o título *Lo vivo y lo muerto en la teoría del delito de Hans Welzel*¹¹. Na contribuição de Stuckenberg, podem-se destacar três pontos. O primeiro é a indicação de diversas mudanças no pensamento de Welzel ao longo dos quarenta anos em que desenvolveu sua teoria do delito fundada no conceito

8 Em defesa da explicação criticada por Stuckenberg: ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. Tradução: Alair Leite. In: ROXIN, Claus; LEITE, Alair (org.). *Novos estudos de direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 70-97. p. 76.

9 STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Reflexões sobre o direito penal e o processo penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2021. p. 24.

10 FRISCH, Wolfgang; JAKOBS, Günther; KUBICIEL, Michael; PAWLIK, Michael; STUCKENBERG, Carl-Friedrich (hrsg.). *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.

11 FRISCH, Wolfgang; JAKOBS, Günther; KUBICIEL, Michael; PAWLIK, Michael; STUCKENBERG, Carl-Friedrich (hrsg.). *Lo vivo y lo muerto en la teoría del delito de Hans Welzel*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2022.

final de ação: ainda que a literatura brasileira registre a mais famosa daquelas mudanças – o abandono do conceito de “finalidade potencial” para explicação dos crimes culposos sob a perspectiva finalista¹² –, o texto de Stuckenberg indica diversos outros pontos, situados nos temas que dão o título ao texto, em que o pensamento de Welzel se modificou, a exemplo das modalidades de dolo (inicialmente dividido em dolo direto e eventual, com posterior inclusão explícita do dolo direto de segundo grau¹³); da breve defesa da dicotomia fato-direito antes da adoção da contraposição tipo-proibição¹⁴; da solução da simples atenuação da pena no erro de proibição da evitável, posteriormente substituída pela proposta de aplicação analógica das regras da semi-imputabilidade¹⁵.

Outro aspecto de destaque é a ênfase nos pressupostos filosóficos e metodológicos do finalismo. Mesmo entre os textos que não se limitam a caracterizar o finalismo como “dolo no tipo”¹⁶, esses pressupostos nem sempre são suficientemente detalhados, e o trabalho de Stuckenberg, embora voltado a aspectos específicos da construção welzeliana, complementa valorosamente a literatura até então disponível no Brasil acerca desse aspecto. O terceiro ponto, correlato com o anterior, consiste na valorização das contribuições dos autores que, anteriormente a Welzel, haviam defendido soluções que este derivaria do conceito final de ação, como Dohna e Weber¹⁷: para Stuckenberg, Dohna e Weber claramente são mais do que meros precursores das soluções do finalismo, e a originalidade do sistema de Welzel está nos fundamentos, e não na estrutura ou nas conse-

12 Sobre isso, resumidamente, FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários prévios ao art. 11. In: HUNGRIA, Néelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, t. II, 1978. p. 504. Referências adicionais em QUANDT, Gustavo de Oliveira. Lesões mortais, causalidade, previsibilidade e imputação objetiva. Algumas considerações sobre o julgamento do AgRg no REsp 1.094.758. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 106, p. 297-326, 2014. p. 301.

13 STUCKENBERG, *ob. cit.* (nota 9), p. 52 e 52. O desprezo do autor por essa tripartição, creditada desdenhosamente a Mezger, avulta no terceiro estudo da coletânea (p. 94).

14 STUCKENBERG, *ob. cit.* (nota 9), p. 59.

15 STUCKENBERG, *ob. cit.* (nota 9), p. 61.

16 Permanece válida a advertência de Greco: “Certo setor da doutrina brasileira, esquecendo o ponto de partida jusfilosófico do finalismo, resumiu-o em duas ideias centrais, das quais só a primeira é correta: dolo no tipo, culpabilidade fora do conceito de crime. O estudante deve acautelar-se contra esta última invenção, ficando ciente de que nem Welzel, nem Maurach, nem Hirsch, nem finalista algum a defendeu” (GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito – Em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico-penal” de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 32, p. 120-163, 2000, nota de rodapé 2.

17 Em castelhano, vejam-se DOHNA, Alexander Graf zu. *La estructura de la teoría del delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958 (há reedições da El Foro e da Olejnik); WEBER, Hellmuth von. *Lineamentos del Derecho penal alemán*. Buenos Aires: Ediar, 2008.

quências. Paradoxalmente, para Stuckenberg (e vários outros), foi justamente nas consequências – e não nos fundamentos – que Welzel triunfou¹⁸.

O texto de Stuckenberg se soma a outras contribuições recentes publicadas no Brasil que enriqueceram nossa compreensão do finalismo e de sua importância¹⁹, entre as quais se pode mencionar o trabalho de Jakobs igualmente extraído da obra coletiva *Lebendiges und Totes...*, já referida²⁰. No entanto, ao tratar especificamente do pensamento de Welzel, e não do finalismo amplamente considerado (isto é, das formulações de outros autores, como Niese, Maurach, Armin Kaufmann, Hirsch, Struensee e Zielinski), e ao restringir-se a um setor específico da teoria do crime (o elemento subjetivo), o trabalho incluído na coletânea ora resenhada talvez fique um pouco fora de lugar ao ser retirado da obra coletiva em que publicado originalmente.

Também sobre o elemento subjetivo é o terceiro texto, relativo à imputação subjetiva no Direito Penal doméstico e internacional. São abordados três problemas: o dos limites do dolo, o da natureza do *dolus specialis* (exemplificado pela previsão da “intenção de destruir” no crime de genocídio) e o do erro de direito. O texto fascina pela disposição do autor em desapegar-se da dogmática alemã e reconhecer a necessidade de construções eminentemente funcionais e adaptadas aos crimes em espécie do Direito Penal Internacional. Em particular, o trabalho critica a busca por um conceito “real” do dolo, reconhecendo o caráter eminentemente adscritivo do instituto, opõe-se ao “conceitualismo estéril” com que se pesquisou o problema da natureza do *dolus specialis*, reconstitui a evolução histórica do erro de direito e repele o rigor do *error juris nocet*, mesmo em se tratando de crimes do Direito Penal Internacional.

O quarto texto se volta à questão da presunção da inocência. O título do texto sinaliza antecipadamente a abordagem analítica que o autor desenvolve para compreender o que significa exatamente “presunção de inocência” – conceito cujo amplo reconhecimento, segundo Stuckenberg, contrasta com sua indefinição. O autor indica numerosos significados possíveis para o conceito de “inocente” (inocente como não condenado, inocente como pessoa que não co-

18 STUCKENBERG, *ob. cit.* (nota 9), p. 66.

19 Apenas em único volume da *RBCCrim* constam duas importantes contribuições: HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al “finalismo”. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 65, p. 77-104, 2007; ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 65, p. 9-25, 2007.

20 JAKOBS, Günther. O significado de Welzel para a ciência do Direito Penal de hoje. In: ALFLEN, Pablo Rodrigo (org.). *O passado e o futuro do finalismo no Direito Penal*. Porto Alegre: CDS, 2020. p. 137-158.

meteu o crime ou não tem responsabilidade pelo fato segundo as normas de direito material, etc.) e também explora a estrutura das presunções, guiando-se sobretudo pela obra de Jerzy Wróbleswki. Os resultados são estimulantes: não é óbvio nem intuitivo que seja possível, do ponto de vista puramente estrutural ou lógico, enunciar a exigência de aprovação no exame de habilitação como uma “presunção de [ser] mau motorista”, ou a exigência de apresentação de um laudo de boa saúde para a posse em um cargo público como uma “presunção de má saúde”. A todo tempo, a obra insiste que a estrutura da presunção não permite, por si só, resolver o problema de determinar quais as consequências jurídicas de ser considerado inocente até prova em contrário. Em particular, Stuckenberg postula que a proibição de certos tratamentos processuais (como a tortura) já se baseou em um conceito *material* de pena, o qual hoje é vantajosamente substituído por regras constitucionais e outros direitos fundamentais. Como nos demais textos reunidos na obra resenhada, o artigo se vale da mais ampla literatura: o leitor brasileiro encontrará alusão até mesmo à conhecida e antiga crítica de Manzini à ideia de presunção de inocência²¹. Também como nos outros textos, as conclusões são vertidas em um estilo enfático e cheio de verve: “A análise da estrutura das presunções jurídicas pode contribuir para evitar alguma confusão, mas é incapaz de determinar o conteúdo da presunção de inocência para além de tautologias triviais”²². Ao final, o autor conclui que a presunção de inocência protege o procedimento em si, compreendido este como requisito para a imposição da pena e como um processo de apuração cujo desfecho não é predeterminado, mas “não pode ajudar para encontrar uma solução para questões de padrão de prova, *onus probandi*, prisões processuais, questões materiais de responsabilidade penal etc.”²³.

Por fim, a coletânea se encerra com um texto voltado a demonstrar o deserto da fundamentação recentemente adotada pelo BVerfG (*Bundesverfassungsgericht*, o Tribunal Constitucional Federal alemão) para a exigência da busca da verdade no processo penal, qual seja, de que esse princípio decorreria do princípio da culpabilidade. Para Stuckenberg, a necessidade de buscar-se a verdade para tornar possível a aplicação do direito material é uma absoluta obviedade, que não precisa nem se deixa justificar-se pelo princípio da culpabilidade: “O comando da busca da verdade resulta diretamente do comando de que se aplique o

21 Mencionada em STUCKENBERG, *ob. cit.* (nota 9), p. 112, nota 11, e transcrita na p. 122, nota 28.

22 STUCKENBERG, *ob. cit.* (nota 9), p. 125.

23 STUCKENBERG, *ob. cit.* (nota 9), p. 130.

direito”²⁴. Esse ponto de partida certamente contrasta com opinião algo difundida entre nós, de que a aceitação da busca da verdade como um objetivo do processo penal invariavelmente redundava na adoção de um sistema inquisitivo e na violação da imparcialidade do juiz²⁵.

Uma vez que a fundamentação do tribunal, salvo engano, não ingressou no debate brasileiro, a principal contribuição acabada do texto decerto é alertar para o perigo de se invocar um princípio relevante e consagrado – como é o da culpabilidade – como explicação para aquilo que não lhe diz respeito. O texto contém diversas referências para os problemas que realmente precisariam ser enfrentados: não se trata de empreender uma “busca da verdade a qualquer custo”²⁶, verdade essa que será sempre “formal”, pois a “reiterada invocação da ‘verdade material’ [...] mantém esse caráter meramente ideológico e o legislador processual obtém pedras em vez de pão [...] porque permanece aberto à forma pela qual deve m ser estabelecidas as provas fáticas suficientes” (para a decisão)²⁷. No entanto, o detalhamento dessas questões todas é apenas sugerido, alimentando no leitor a esperança de que a monografia *Untersuchungen zur Unschuldsvermutung* seja um dia traduzida.

A publicação dos trabalhos selecionados de Stuckenberg, para além de permitir o acesso a textos extremamente sólidos sobre temas relevantes, informa ao público brasileiro da produção desse autor, ainda pouco conhecido, e certamente despertará o anseio de que logo venham outras traduções!

Sobre o autor:

Gustavo de Oliveira Quandt | E-mail: tetsusan@hotmail.com

Mestre em Direito (UFPR). Defensor Público Federal.

Recebimento: 08.03.2023

Aprovação: 10.06.2023

24 STUCKENBERG, *ob. cit.* (nota 9), p. 157.

25 Um excelente resumo e refutação do ponto de vista referido no texto em DE-LORENZI, Felipe da Costa; CEOLIN, Guilherme Francisco. O processo penal busca a verdade, mas não a qualquer custo: os novos caminhos para uma antiga controvérsia. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 177, p. 71-132, 2021.

26 STUCKENBERG, *ob. cit.* (nota 9), p. 157.

27 STUCKENBERG, *ob. cit.* (nota 9), p. 159.