

URS KINDHÄUSER

BEATRIZ CORRÊA CAMARGO
INÊS FERNANDES GODINHO
BRUNO DE OLIVEIRA MOURA
(ORG.)

DOGMÁTICA PENAL
NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

 Marcial
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

SUMÁRIO

Introdução – URS KINDHÄUSER.....	11
Apresentação	15
1. A Dogmática jurídico-penal alemã entre a adaptação e a auto-afirmação – controle de limites da política criminal pela dogmática?	23
2. Pena, bem Jurídico-Penal e proteção de bens jurídicos.....	33
3. Liberdade e segurança – sobre o Direito Penal na sociedade do risco.	43
4. Culpabilidade jurídico-penal no Estado democrático de Direito	57
5. A Lógica de Construção do Delito	73
6. O ilícito pressupõe a culpabilidade?	87
7. Aumento de risco e diminuição de risco	111
8. A distinção entre erro de fato e erro de direito.....	133
9. O conceito de auxílio no Direito Penal	151
10. A acessoriedade limitada da participação	171

O AUTOR E OS TRADUTORES

PROF. DR. DR. H.C. MULT. URS KINDHÄUSER

Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal na Universidade de Bonn, Alemanha. Professor visitante na Universidade Renmin em Beijing, China. Doutor Honoris causa por diversas universidades. Foi diretor da Faculdade de Direito e diretor do Instituto de Direito Penal da Universidade de Bonn.

Doutorou-se na Faculdade de Direito da Universidade de Freiburg, Alemanha, sob orientação do Prof. Dr. Alexander Hollerbach, tendo realizado sua livre-docência na mesma instituição, sob orientação do Prof. Dr. Klaus Tiedemann. Antes de se dedicar à carreira acadêmica, atuou como promotor de justiça e juiz na cidade de Baden-Baden.

É autor de diversos artigos e livros, traduzidos para o português, espanhol, inglês, italiano, chinês e tailandês. Dentre suas obras, encontram-se a tese de livre-docência “Gefährdung als Straftat”, os comentários ao Código Penal alemão (“Lehr- und Praxis Kommentar” e “Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch”, do qual é coorganizador), bem como seus manuais sobre a Parte Geral e a Parte Especial do Direito Penal.

PROFA. DRA. INÊS FERNANDES GODINHO

Professora de Direito Penal, Direito Processual Penal e de Filosofia do Direito e Metodologia Jurídica da Universidade Lusófona do Porto, em Portugal. Professora Convidada na Universidade de Halle-Wittenberg, Alemanha. Investigadora do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal e do Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX da Universidade de Coimbra. Doutora e mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra, com estágios de pesquisa na Universidade de Bonn. Graduada em Direito pela Universidade de Lisboa, Portugal.

PROFA. DRA. BEATRIZ CORRÊA CAMARGO, LL.M. (BONN)

Professora de Direito Penal e Direito Processual Penal da Universidade Federal de Uberlândia, Brasil. Pesquisadora Visitante na Universidade de Halle-Wittenberg e na Universidade Humboldt em Berlin, Alemanha. Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo, com estágios de pesquisa na Universidade de Bonn, Alemanha. Mestre pela Universidade de Bonn. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo, com certificado em Fundamentos do Direito Penal Alemão pela Universidade de Munique, Alemanha.

ME. BRUNO DE OLIVEIRA MOURA

Doutorando e Mestre em Direito Penal pela Universidade de Coimbra, Portugal, com estágios de pesquisa na Universidade de Bonn, Alemanha. Investigador Colaborador do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Assessor do Provedor de Justiça de Portugal. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, Brasil.

DR. WAGNER MARTELETO FILHO

Professor do Curso de Especialização em Direito Penal da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa, Portugal. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia, Brasil. Promotor de justiça do Ministério Público de Minas Gerais, Brasil. Investigador no Instituto Max-Planck de Direito Penal Internacional e Estrangeiro por diversa ocasiões. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil.

ME. JUAN CRUZ GALIGNIANA

Mestre em Sociologia pela Universidade Federal do Paraná, Brasil. Especialista em Comunicação Política e Imagem pela Universidade Federal do Paraná. Graduação e licenciatura em Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo.

REFERÊNCIAS DOS ORIGINAIS

1. A dogmática jurídico-penal alemã entre a adaptação e a autoafirmação: controle de limites da política criminal pela dogmática?

Original: *Die deutsche Strafrechtsdogmatik zwischen Anpassung und Selbstbehauptung – Grenzkontrolle der Kriminalpolitik durch die Dogmatik*. Artigo originalmente publicado na revista *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 121, 2009. Tradução de Beatriz Corrêa Camargo e Wagner Marteleto Filho.

2. Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos

Original: *Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz*. Artigo publicado originalmente em LÜDERSSSEN, Klaus; NESTLER-TREMEL, Cornelius; WEIGEND, Ewa (orgs.). *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*. Peter Lang: Frankfurt am Main, 1990. Tradução de Beatriz Corrêa Camargo.

3. Liberdade e segurança - sobre o Direito Penal na sociedade do risco

Original: *Freiheit und Sicherheit. Zum Strafrecht in der Risikogesellschaft*. Manuscrito original em alemão. Tradução de Beatriz Corrêa Camargo.

4. Culpabilidade jurídico-penal no Estado democrático de direito

Original: *Strafrechtliche Schuld im demokratischen Rechtsstaat*. Palestra proferida no Congresso “Brasil-Alemanha: Responsabilidade e Pena no Estado Democrático de Direito”, na Associação dos Advogados, em São Paulo, no ano de 2009. Tradução de Juan Cruz Galigniana da versão em espanhol, de Juan Pablo Mañalich Ruffo. Revisão técnica a partir do manuscrito original em alemão por Beatriz Corrêa Camargo.

5. A lógica de construção do delito

Original: *Zur Logik des Verbrechensaufbaus*. Manuscrito original em alemão. Tradução de Beatriz Corrêa Camargo, Inês Fernandes Godinho e Bruno de Oliveira Moura.

6. O ilícito pressupõe culpabilidade?

Original: *Setzt Unrecht Schuld voraus?* Artigo publicado originalmente em BUNG, Jochen *et al.* (org.). Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, 2020. Tradução de Bruno de Oliveira Moura.

7. Aumento de risco e diminuição de risco

Original: *Risikoerhöhung und Risikoverringering*. Artigo publicado originalmente na revista *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 120, 2008. Tradução de Inês Fernandes Godinho. Revisão técnica feita por José de Faria Costa.

8. A distinção entre erro sobre as circunstâncias do facto e o erro sobre a proibição

Original: *Zur Abgrenzung des Irrtums über Tatumstände vom Verbotsirrtum*. Artigo publicado originalmente na revista *Juristische Schulung*, 2019. Tradução de Inês Fernandes Godinho.

9. Sobre o conceito de auxílio no Direito Penal

Original: *Zum Begriff der Beihilfe*. Artigo publicado originalmente em DANNECKER, Gerhard *et al.* (org.), Festschrift für Harro Otto. Köln: Heymanns, 2007. Tradução de Beatriz Corrêa Camargo e Bruno de Oliveira Moura.

10. A acessoriedade limitada da participação

Original: *Zur limitierten Akzessorietät der Teilnahme*. Artigo originalmente publicado em BECKMANN, Rainer *et al.* (Hrsg.). *Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle*. Berlin: Duncker & Humblot, 2019. Tradução de Beatriz Corrêa Camargo.

INTRODUÇÃO

Pelo menos ao longo dos últimos trezentos, a ciência jurídico-penal alemã tem sempre buscado proximidade com as correntes filosóficas do seu tempo, a tal ponto de enxergar a própria teoria geral do delito como a “parte filosófica” do Direito Penal. Neste sentido, alguém como Anselm von Feuerbach, um penalista orientado pela filosofia de Kant, considerou o seu Manual uma “representação científica” do Direito Penal, dando à primeira parte da obra uma epígrafe que viria a ser bastante comum naquela época: “parte filosófica ou geral do Direito punitivo”¹. Para os nossos dias, acredito que os métodos e resultados da filosofia analítica, em particular, dão licença para a elaboração de uma fundamentação teórico-científica do Direito Penal. Assim, o esforço de estruturar a dogmática jurídico-criminal com os meios da teoria analítica da ação e das normas é o que liga os dez artigos reunidos nesta coletânea, ainda que nos mesmos sejam abordados diferentes temas do campo do Direito Penal.

A vantagem de uma dogmática jurídico-criminal que pretende atender às demandas científicas está, por um lado, em poder fazer justiça à pretensão de verificabilidade dos seus enunciados, deste jeito contribuindo para a segurança na aplicação do Direito, e, por outro lado, em permitir que a teoria do delito se liberte da estreiteza do Direito Nacional. Certamente, também numa teoria do Direito Penal cientificamente fundada ainda há muito espaço para decisões legislativas. Por exemplo, a resposta para a questão de saber se a punibilidade a título de dolo requer ou não a consciência da ilicitude, ao lado do conhecimento das circunstâncias do fato, não é algo que está conceitualmente predeterminado

1. Paul Johann Anselm von Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts, 1. Aufl. 1801, 11. Aufl. 1832.

ao Direito Penal. Pelo contrário, existem bons argumentos tanto para uma quanto para a outra solução. Sem prejuízo disso, a distinção entre o objeto de uma valoração e a valoração de um objeto é uma diferenciação lógica previamente imposta ao Direito contingente. O que significa: quaisquer que sejam os aspectos de merecimento de pena mobilizados para definir os requisitos conceituais de um crime, o erro sobre o objeto de uma valoração é diferente do erro sobre a valoração deste objeto. Dito de outro modo: em qualquer dogmática jurídico-penal suficientemente diferenciada é preciso fazer uma separação entre o erro sobre as circunstâncias do fato e um erro de proibição, independentemente da relevância jurídica atribuída a estes erros.

O intuito dos trabalhos que seguem não é desenvolver um novo sistema do Direito Penal^{NT}. O objetivo consistentemente perseguido é uma análise lógica, semântica e pragmática do delito, de modo a reconstruí-lo de acordo com os resultados das novas teorias da ação, das normas e da causalidade. Para isso, é inevitável que haja um considerável desvio em relação à doutrina dominante, especialmente perante os resquícios do finalismo. O primeiro dos escritos aqui impresso, relativo às tarefas da dogmática jurídico-penal, pode esclarecer este propósito de uma dogmática jurídico-penal analítica. Os três textos subsequentes tratam, no sentido mais amplo, do problema já tematizado pelo filósofo inglês John Locke, de que a segurança garantida pelo Estado a cada cidadão deve ser conciliada com a exigência de proteção da liberdade de cada cidadão em face do superior poderio do próprio Estado². Nesse horizonte, o Direito Penal desempenha um notável papel duplo: ele serve para proteger bens jurídicos e, ao mesmo tempo, nas palavras de Franz von Liszt, deve ser, com a determinabilidade das suas leis, uma “*magna charta*” da liberdade do cidadão contra a arbitrariedade estatal³.

O quinto e o sexto ensaios poderiam ser vistos como sendo característicos para a concepção da estrutura do crime por mim defendida. O distanciamento em relação à doutrina majoritária mostra-se na divergente compreensão sobre a função da ação jurídico-penalmente relevante. O autor do delito não é censurado por ter realizado o injusto de um tipo legal de crime através do agir final:

NT: No original, utiliza o Autor a expressão “ein neues Bild des Strafrechtssystems”, fazendo um trocadilho com o nome da obra de Hans Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre. Para o espanhol e o português, este título foi traduzido como “o novo sistema do Direito Penal”. Por isso os tradutores optaram por esta referência, ao invés do emprego da expressão completa “uma nova imagem do sistema do direito penal” (que seria a tradução mais literal).

2. John Locke, Zwei Abhandlungen über die Regierung, Frankfurt/M. 1977, p. 257 e s., 337 e ss.

3. Franz v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge II, Berlin, 1905, p. 75, 80.

ele é chamado à responsabilidade por não ter querido evitar intencionalmente a realização do tipo, embora fosse em suficiente medida capaz de ação e de motivação para tanto. Neste modelo, os crimes dolosos, os crimes negligentes e os crimes omissivos podem ser explicados de maneira igualmente facilitada.

A reflexão sobre o aumento de risco (sétimo estudo) aborda uma questão específica no âmbito da chamada imputação objetiva. A consequência da teoria da imputação objetiva é renunciar à diferença entre a identificação do objeto da valoração e a valoração jurídica do objeto, em benefício de uma criação de risco “não permitida”, localizada no plano do tipo. Com isso e inversamente, os riscos “permitidos” poderiam conduzir a uma exclusão da tipicidade, embora a correspondente “permissão” não tenha passado pelo teste de uma causa de justificação válida. Em termos mais exatos, este equívoco axiológico acaba por minar o significado da figura do consentimento da vítima, o que fica especialmente claro no terreno da medicina. Em virtude da ausência de realização do tipo, a deterioração do bem jurídico baseada numa diminuição do risco também seria permitida mesmo quando ela fosse contrária à vontade declarada do seu titular.

Uma possibilidade semanticamente assegurada para distinguir entre erro de tipo e erro de proibição é assinalada no oitavo texto. Quanto aos dois trabalhos finais, sobre a teoria do concurso de pessoas, o primeiro trata do conceito de auxílio, o qual, no Direito Penal alemão, estende a punibilidade àqueles que apoiam o autor de uma (pelo menos tentada) realização do tipo, seja através da prestação de informações relevantes para o fato, seja por meio da entrega de instrumentos. Aqui, uma série de problemas surge da necessidade de delimitar (com rigor) entre prestações socialmente adequadas e prestações com natureza delitiva. O último artigo capta as dificuldades que a teoria do concurso de pessoas passou a enfrentar com a introdução da chamada acessoriedade limitada da participação. De acordo com esta regra, a punibilidade da participação depende de um fato principal, mas essa dependência é circunscrita de tal modo que o fato principal não precise ser cometido de maneira culpável. Todavia, sem a inclusão de uma clara concepção de teoria das normas, esta construção poderia implicar o apagamento das fronteiras entre instigação e autoria mediata: uma mesma conduta pode configurar instigação, por um lado, uma vez que esta não exige nenhuma realização típica culpável do homem-da-frente, e, por outro lado, preencher os pressupostos da autoria mediata, uma vez que, faltando a culpabilidade, o homem-da-frente pode ser considerado um instrumento idôneo para a indireta realização do tipo pelo homem-de-trás.

Os ensaios reunidos nesta coletânea foram traduzidos para a língua portuguesa por Beatriz Camargo, Inês Godinho e Bruno Moura, de forma bastante

cuidadosa e com muito entendimento da dogmática jurídico-penal alemã. Pelo trabalho árduo que realizaram, em laço de amizade, sou-lhes profundamente grato. Gosto de lembrar, com muita alegria, das muitas conversas que tivemos — também junto com José de Faria Costa — em Bonn, Coimbra e São Paulo.

Outono de 2020

Urs Kindhäuser

APRESENTAÇÃO

O livro que o leitor tem em mãos é fruto de um intercâmbio científico de mais de uma década de trabalho conjunto entre o Autor da obra e os organizadores da mesma. Nesse sentido, as traduções ofertadas nesta coletânea refletem os laços de cooperação entre as instituições de ensino, pesquisa e difusão do conhecimento às quais pertencem ou pertenceram, na Alemanha, em Portugal e no Brasil.

Foi, primeiramente, no Instituto de Direito Penal da Universidade de Bonn que se conheceram os organizadores da obra, Inês Godinho e Beatriz Camargo, esta e Bruno Moura, por ocasião de suas instâncias de pesquisa, em sede de mestrado e doutoramento, todas sob supervisão de Urs Kindhäuser. Os caminhos para que chegassem os organizadores até ali foram abertos antes, pelo próprio Autor, em serviços de cooperação científica com o Brasil e Portugal.

Os primeiros laços acadêmicos entre Urs Kindhäuser e Portugal foram sendo estabelecidos através do contato científico com José de Faria Costa, Catedrático de Direito Penal da Universidade de Coimbra, ainda na década de 1990. Aos dois professores eram comuns não apenas o tema das respectivas teses doutorais (a dogmática do perigo), mas também o interesse na aproximação entre a ciência penal alemã e a ciência penal dos países de língua portuguesa. Sob a batuta de ambos, este esforço daria origem a dois projetos de investigação bilaterais envolvendo a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e o Instituto de Direito Penal da Universidade de Bonn. A primeira ação integrada Luso-Alemã decorreu entre os anos de 2008 e 2010, com encontros científicos em Coimbra e Bonn, todos eles subordinados ao tema “O sentido e o conteúdo do bem jurídico vida humana”. A segunda ação integrada Luso-Alemã decorreu entre os anos de 2012 e 2014, também com encontros científicos em Coimbra e

em Bonn, mas agora sobre o tema “Neurociências e Direito Penal: *nulla poena sine culpa?*”. As ligações entre Coimbra e Bonn permitiam ainda que alguns dos orientandos de José de Faria Costa pudessem realizar parte da sua investigação na antiga capital federal alemã, entre os quais Inês Godinho e Bruno Moura.

No Brasil, foram várias as visitas de Urs Kindhäuser, datando a primeira do ano de 2008, por ocasião do 14º Seminário Internacional do IBCCrim, quando palestrou sobre a culpabilidade penal no Estado Democrático de Direito. Ainda por esta ocasião, fez sua primeira visita à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, proferindo palestras sobre o risco e a imputação objetiva. Desde a primeira visita, retornaria ainda por outras ocasiões, nos anos de 2009, 2010, 2011 e 2019. Em tais oportunidades, Urs Kindhäuser viajou entre São Paulo, Ribeirão Preto e o Rio de Janeiro, palestrando e lecionando nas duas Faculdades de Direito da Universidade de São Paulo, na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e na Universidade Federal do Rio de Janeiro. Por fim, participa pela segunda vez no Seminário Internacional do IBCCrim, em sua 25ª edição, na cidade de São Paulo. Em tais ocasiões, Kindhäuser falou sobre liberdade e segurança, o Direito Penal na sociedade de risco, a teoria da pena de Cesare Beccaria, corrupção, teoria dos fins da pena e proteção de bens jurídicos, autoria e participação, ações neutras, normas de comportamento e regras de imputação. Durante esse período, Urs Kindhäuser orientou Beatriz Camargo nos estudos de mestrado e depois em instâncias de pesquisa durante o doutorado e o pós-doutorado realizados na Universidade de São Paulo, além de ter recebido tantos outros pesquisadores e professores brasileiros em seu instituto.

Alguns dos artigos que o leitor encontra neste livro versam sobre tais assuntos. Parte significativa da obra de Urs Kindhäuser foi traduzida para o espanhol. Os organizadores e tradutores se rejubilam pela oportunidade de apresentarem ao público brasileiro e português um livro em sua língua materna, com textos de tradução ainda inédita. A fim de contemplar as peculiaridades linguísticas de ambos os países, tentou-se, tanto quanto possível, adaptar as expressões utilizadas. Motivo de enorme satisfação é igualmente a oportunidade de publicação desta obra na Coleção da Editora Marcial Pons, que tem desempenhado um papel de destaque na difusão do conhecimento científico nas últimas décadas.

Por fim, cabe-nos apenas salientar a grandeza de uma obra que ainda na década de 1980 representou uma alternativa importante àquilo que Winfried Hassemer designou de “ciência penal hermética”, isolada do diálogo com outras ciências e alheia às consequências da intervenção penal na sociedade, e de “renascença do Direito Natural”, que no pós-guerra inclinou as ciências

penais ao campo das certezas jusnaturalistas¹. Urs Kindhäuser esclarece o discurso do sistema punitivo, sem ser simplista. Une algumas das percepções mais importantes da filosofia moral, da filosofia política e da teoria do direito do período pós- virada linguística, sem jamais esquecer o retorno aos clássicos, cujas contribuições têm presença constante em seus escritos. Trata-se, portanto, de uma obra de fundamental relevância para aqueles que desejam trilhar o caminho de renovação das ciências penais.

A todos, desejamos uma boa leitura!

Os organizadores.

1. HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 6, abr./jun., 1994, p. 39 e ss.

A DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL ALEMÃ ENTRE A ADAPTAÇÃO E A AUTOAFIRMAÇÃO: CONTROLE DE LIMITES DA POLÍTICA CRIMINAL PELA DOGMÁTICA?*

I. Introdução¹

1. Em razão de sua consolidação no sistema científico universal, a dogmática jurídico-penal alemã – desenvolvida particularmente em âmbito universitário – goza da ampla liberdade de pesquisa e ensino asseguradas constitucionalmente. Ao mesmo tempo, contudo, a autoridade de que goza a dogmática penal alemã não lhe permite reivindicar obrigatoriedade alguma para seus resultados e métodos. Um Código Penal comentado de validade geral como se empreendeu na República Democrática Alemã não existe e não deve existir. Entretanto, ao contrário de outras disciplinas científicas, é possível dizer que a dogmática se encontra vinculada simbioticamente com sistemas dotados de poder institucional. Isso ocorre de duas maneiras distintas: de um lado, é a criação de leis, com a política criminal organizada no Parlamento, a qual determina o objeto da atividade dogmática, determinando, assim, o *input* da dogmática penal. Por outro lado, essa relação simbiótica pode ser percebida na jurisprudência, que aplica os resultados e métodos desenvolvidos pela dogmática na prática, influenciando consideravelmente, portanto, o *output* da dogmática penal.

* Die deutsche Strafrechtsdogmatik zwischen Anpassung und Selbstbehauptung – Grenzkontrolle der Kriminalpolitik durch die Dogmatik. Artigo originalmente publicado na revista *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 121, 2009. Tradução de Beatriz Corrêa Camargo e Wagner Marteleto Filho.

1. O texto constitui a íntegra da palestra apresentada no Colóquio de Professores de Direito Penal de maio de 2009 em Hamburgo. Foram acrescentadas referências para fins de exemplificação.

Esse pequeno espaço de atuação da dogmática, oriundo de sua constituição, diz, porém, muito pouco sobre a sua utilidade, sua autocompreensão e sua força de criação na realização das tarefas que lhe dizem respeito. A dogmática pode, sem dúvidas, também em âmbito limitado, demonstrar um enorme poder de contribuição, mais precisamente por meio do resgate da pretensão à cientificidade por ela reclamada. Com cientificidade, a dogmática pode compensar a sua debilidade institucional e fundamentar, ao mesmo tempo, a justificativa de sua existência e a sua autonomia. A cientificidade é dotada de positividade. Ademais, a cientificidade distancia o próprio posicionamento das exteriorizações espontâneas, particulares e arbitrárias, e, simultaneamente, abre espaço para críticas: sobretudo, a crítica de que as afirmações concorrentes não são científicas e, com isso, infundadas, inadequadas, ou mesmo, ilógicas.

Por isso, eu gostaria de delimitar as questões com as quais esse debate se ocupa desde uma pergunta central a respeito de saber quais são – de certo modo, em sentido kantiano – as condições de possibilidade sob as quais a dogmática jurídico-penal, precisamente na qualidade de disciplina científica, pode conviver com a jurisprudência e a legislação de maneira mutuamente vantajosa.

2. Sob uma perspectiva da teoria da ciência, pode-se distinguir pelo menos quatro grandes áreas da atividade dogmática penal, que devem cada qual satisfazer critérios científicos específicos, mesmo que em si elas frequentemente se misturem:

a) Aqui se encontra primeiramente a compreensão de fatos naturais e sociais, dos quais o direito parte enquanto ordem normativa e os quais o direito considera dignos de proteção ou modificação. Esse âmbito pode ser caracterizado de modo tópico como “pesquisa sobre os fatos que são relevantes ao direito” (*Rechtstatsachenforschung*^{NT}).

b) O segundo domínio da dogmática científica, eu gostaria de denominar investigação “formal” ou “analítica” dos fundamentos do Direito Penal. O resultado dessa investigação é uma teoria estrutural do Direito Penal, isto é, uma teoria que analisa a dinâmica das relações existentes entre os tipos de regras constituintes do Direito Penal.

c) Em terceiro lugar, vem em consideração o campo mais explorado da dogmática: a formulação e a fundamentação das condições sob as quais o Direito Penal vigente, de acordo com os paradigmas admitidos, deve ser aplicado.

NT: A *Rechtstatsachenforschung* se aproxima, em parte, do que no Brasil se convencionou chamar de “pesquisa empírica no Direito”. Não se resume, porém, ao sentido empregado pelo autor. De modo mais genérico, algumas publicações no português utilizam a tradução “fatos do direito” para a ideia de *Rechtstatsachen*. Todavia, como não se trata de um termo usual na literatura jurídico-penal, optamos por uma tradução mais descritiva do conceito para o leitor brasileiro.

d) Por fim, pertence à dogmática a “pesquisa de fundamentos” de ordem material ou substancial (*Grundlagenforschung*^{NT}). Ela se ocupa dos paradigmas aos quais se vinculam, com maior ou menor intensidade, as teorias da aplicação do direito. Ao campo da investigação dos fundamentos materiais pertencem, especialmente, a fundamentação dos conceitos de culpabilidade e da pena.

Cada um desses quatro âmbitos citados possui uma capacidade de persuasão que lhe é própria. Isso faz com que cada um desses âmbitos, por força de sua cientificidade genuína, vincule de formas distintas o legislador, de um lado, e a jurisprudência, de outro. Dessas questões eu irei me ocupar brevemente a seguir.

II. Dogmática e empirismo

1. Sobre a relação entre dogmática e empirismo, primeiramente: o direito é uma ordem normativa, ou seja, ele cria sobre a base do mundo natural um mundo institucional, ou, como também se poderia dizer, ele transforma os fatos naturais em fatos institucionais. A imputabilidade penal de um ser humano, por exemplo, não é uma característica natural sua como a composição de seu sangue, e sim lhe é atribuída por meio de diversas regras que dizem que, um ser humano, que demonstra ou não uma série de características naturais, *deve* ser *considerado* penalmente imputável. Que um ser humano seja considerado penalmente imputável é, portanto, uma caracterização secundária com relação à sua característica natural primária. Nesse sentido, o processo de constituição de características não conhece limites iminentes. A partir de caracterizações secundárias, caracterizações terciárias podem ser criadas e assim por diante.

Desse modo, fica claro que a atribuição de características institucionais penalmente relevantes é inválida desde o princípio quando as afirmações sobre os fatos primários correspondentes são erradas ou mal fundamentadas. Nessa medida, a compreensão adequada do ser é condição necessária para uma constituição adequada dos fatos jurídicos. Se é possível dizer que houve algum progresso no desenvolvimento do direito e da moral no ocidente, isso se deve também e, sobretudo, à demonstração empírica dos erros existentes a respeito das condições biológicas, antropológicas e sociais do homem: caça às bruxas e conclusões equivocadas sobre a homossexualidade são exemplos evidentes disso.

NT: Termo bastante utilizado nas ciências naturais, a *Grundlagenforschung* corresponde ao que se designa, em português, como “pesquisa básica” ou *basic research*. A ideia de “pesquisa básica” se contrapõe à noção de “pesquisa aplicada” e apresenta, assim, cunho eminentemente teórico acerca de temas fundamentais, sem o compromisso de oferecer soluções imediatas a problemas concretos de ordem prática. Por se tratar de um texto voltado ao jurista, optamos, contudo, pela expressão “pesquisa de fundamentos”, utilizada em uma tradução para o espanhol. Consideramos preferível à “pesquisa básica”, na medida em que representa de maneira mais elucidativa ao pesquisador das ciências sociais o sentido conferido originalmente pelo autor do texto.