

DIREITO PENAL COMPARADO

COMPARATIVE CRIMINAL LAW

Luis E. Chiesa^{1*}



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: Este artigo aborda a relevância do Direito Penal Comparado no mundo atual, apresentando as suas principais características, bem como a sua utilização para a compreensão tanto do Direito Penal interno como do Direito Penal Internacional, além dos desafios que envolvem as barreiras linguísticas, as distintas metodologias dos sistemas do *Common Law* e do *Civil Law* para a construção científica, as diferenças regionais, culturais e históricas que explicam as soluções diferenciadas das questões penais, como a questão da integração analógica em desfavor do réu, da punição por crime tentado e da discussão sobre dolo eventual, negligência consciente e imprudência.

Palavras-chave: Direito Penal Comparado - Direito Penal Internacional - Princípio da Legalidade - Tentativa - *Mens rea*.

Abstract: This article addresses the relevance of Comparative Criminal Law in today's world, presenting its main characteristics, as well as its use for understanding both domestic Criminal Law and International Criminal Law, in addition to the challenges involving language barriers, the different methodologies of the *Common Law* and *Civil Law* systems for scientific construction, the regional, cultural and historical differences that explain the differentiated solutions to criminal issues, such as the analogical integration to the defendant's disadvantage, the criminal attempted liability and the discussion on *dolus eventualis*, conscious negligence, and recklessness.

Keywords: Comparative Criminal Law - International Criminal Law - Principle of Legality - Criminal Attempted - *Mens rea*.

I. INTRODUÇÃO

O Direito Penal é uma disciplina paroquial. Tribunais e acadêmicos do mundo anglófono raramente levam a sério estatutos, casos e textos científicos de Direito Penal publicados em

^{1*} Professor de Direito Penal e Diretor do *Buffalo Criminal Law Center*, SUNY Buffalo Law School. Este estudo (*Comparative Criminal Law*) foi originalmente publicado em *The Oxford Handbook of Criminal Law*. DUBBER, Markus; HÖRNLE, Tatjana (Eds.). Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 1089-1114. Tradução: SOUZA, Artur de Brito Gueiros.

países não-anglófonos. O mesmo vale no sentido inverso. Isto é lamentável. Muito pode ser aprendido pela comparação de como os principais sistemas jurídicos do mundo tratam questões importantes da teoria do crime. Este artigo apresenta ao leitor o Direito Penal Comparado, visando demonstrar como uma análise comparada pode enriquecer a compreensão nacional e internacional do Direito Penal.

O artigo consiste em quatro partes. A Parte II esclarece o que significa aplicar o Direito Penal Comparado, distinguindo-o de empreendimentos semelhantes, como a compilação do Direito Penal. A Parte III explica por que o envolvimento na análise comparada é tão útil para fortalecer as doutrinas nacionais do Direito Penal e para melhor compreender o Direito Penal Internacional. A Parte IV discute alguns dos obstáculos a serem superados na realização de uma análise comparada significativa. Por fim, a Parte V traz uma abordagem comparada sobre a responsabilidade por crime tentado e sobre a questão da *mens rea*, a fim de demonstrar como se aplica o Direito Penal Comparado e os respectivos benefícios dessa aplicação.

II. DIREITO PENAL COMPARADO VS. DIREITO PENAL COMPILADO

Talvez a maneira mais óbvia de fazer Direito Penal Comparado seja compilando doutrinas do Direito Penal de diferentes lugares. Foi o que Markus Dubber e Kevin Heller tentaram fazer na coletânea *Handbook of Comparative Criminal Law*, editada por eles.² Cada capítulo dessa proveitosa obra examina o Direito Penal de um país diferente. Os capítulos são especialmente úteis por serem de autoria de acadêmicos que são líderes em suas respectivas jurisdições. Isto evita o tipo de erro que uma pessoa não-especialista está propensa a cometer quando tenta descrever a lei de um país estrangeiro.

O problema com o proveitoso *Handbook of Comparative Criminal Law* é que há pouco de comparado nele. O capítulo sobre o Direito Penal argentino, por exemplo, ilustra os princípios básicos da responsabilidade penal invocados pelos tribunais e estudiosos na Argentina. O mesmo pode ser dito dos capítulos sobre Direito Penal espanhol, norte-americano, egípcio e chinês. O que falta, no entanto, é uma análise daqueles pontos de contato e divergência

² DUBBER, Markus; HELLER, Kevin Jon (Eds.). *The Handbook of Comparative Criminal Law*. Stanford Law Books, 2011.

importantes entre os diferentes sistemas de Direito Penal discutidos no volume. Por exemplo: Como o conceito europeu continental de *dolus eventualis* se sobrepõe ao conceito anglo-americano de imprudência? Por que o elemento mental (*mens rea*) para a responsabilidade por crime tentado em muitos países europeus e latino-americanos é a leviandade, enquanto na maioria dos países anglo-americanos é a intenção? Por que a integração analógica das leis penais é proibida em países do *civil law*, mas permitida em jurisdições do *common law*? Uma resposta a estas indagações demanda ir além de somente apontar como diferentes países resolvem esses problemas, exigindo uma comparação entre as diferentes soluções

Isto não significa que compilar leis penais de diferentes lugares seja desnecessário. A importância de reunir materiais que ilustrem como outros países abordam as doutrinas do Direito Penal reside no uso desses materiais como fonte para o trabalho do Direito Penal Comparado. Assim como este artigo não pode ser escrito sem se recorrer a parágrafos, frases e letras, não pode haver Direito Penal Comparado sem o emprego de textos originais que ilustrem como o Direito Penal é abordado em diferentes jurisdições. Idealmente, os teóricos do Direito Penal Comparado se debruçariam sobre trabalhos seminais publicados pelos principais estudiosos de diferentes países, além dos materiais jurídicos e da jurisprudência de diferentes lugares. Infelizmente, as barreiras linguísticas em geral dificultam esta tarefa. Consequentemente, estudos que examinem o Direito Penal de outros países muitas vezes facilitam o trabalho do Direito Penal Comparado. Não obstante, é importante não confundir compilar com comparar. A comparação das leis penais é, por definição, a essência do Direito Penal Comparado. Compilar leis penais é útil para o trabalho do Direito Penal Comparado, mas não é sinônimo de um real envolvimento na análise comparada dos diplomas penais propriamente considerados.

III. A UTILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL COMPARADO

1. O DIREITO PENAL COMPARADO COMO FERRAMENTA DE AVALIAÇÃO CRÍTICA DO DIREITO PENAL NACIONAL

Vem de longa data o argumento de que uma das principais funções do Direito Penal Comparado, talvez mesmo a principal, seria a de ajudar na reforma do Direito Penal nacional.³ O Direito Penal Comparado poderia ser útil nesse contexto como ferramenta para uma avaliação crítica do Direito Penal nacional onde se procura realizar uma reforma legislativa. De forma mais específica, um exame de Direito Penal Comparado ajudaria o estudioso local a identificar casos em que o seu Direito Penal pode se beneficiar e se aprimorar com certas mudanças. Embora seja óbvio que esse uso crítico do Direito Penal Comparado se apresente como mais relevante para a atividade de reforma legislativa, também pode ministrar conhecimentos sobre como o Judiciário enfrenta as questões complexas e importantes do Direito Penal que lhes é apresentada.

No que diz respeito a recorrer ao Direito Penal Comparado para subsidiar uma reforma legislativa, é intuitivo verificar o que os outros países estão fazendo no esforço de encontrar novas soluções para velhos problemas. Tome-se, por exemplo, o problema de saber se e quando impor a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Esta é uma questão que adquire importância crescente em vários países da América Latina e da Europa. A visão tradicionalmente encontrada nesses países é a que punir as empresas seria contrário aos princípios fundamentais do Direito Penal, pois essas entidades não seriam capazes de se comportar de forma culpável. Tendo em vista ser a culpabilidade um pressuposto para imposição da responsabilidade penal, esses países têm historicamente rejeitado a imposição de sanções penais aos entes morais. Não obstante, conforme as transgressões no mundo empresarial assumem importância crescente, esses países começam a pensar seriamente em como sujeitar empresas à punição na esfera penal. Parece sensato entender que os países ora considerados procurem observar e estudar as abordagens dogmáticas da responsabilidade penal da pessoa jurídica adotadas em países que, como os Estados Unidos, impõem esse modelo de imputação há mais de cem anos.

O Direito Penal Comparado também encontra acolhida no processo de tomada de decisão pelos tribunais. Nos Estados Unidos, este é um exemplo ilustrativo no caso da jurisprudência da Suprema Corte com relação a aplicação da pena de morte. No Caso *Atkins vs. Virgínia*, por exemplo, a Suprema Corte considerou que “dentro da comunidade internacional, a imposição da pena de morte para crimes cometidos por infratores com retardo mental é esmagadoramente

³ Vide, e.g., WEIGEND, Thomas, *Criminal Law and Criminal Procedure*. In Jan M. Smits (Ed) *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2012.

reprovada”.⁴ Isto, aliado ao fato de a grande maioria das jurisdições internas dos Estados Unidos proíbe a execução de condenados com deficiência mental, ajudou a respaldar a conclusão daquele Tribunal no sentido de que a prática equivaleria a uma punição “cruel e incomum”, violadora da Oitava Emenda da Constituição dos EUA. Posteriormente, no *Caso Roper vs. Simmons*, foi pedido à Corte Suprema que avaliasse a constitucionalidade da imposição da pena de morte a um réu que era menor de idade quando cometeu o delito. A maioria dos membros da Corte concluiu que executar alguém com a pena capital por um crime cometido quando era menor de 18 anos contrariava a Oitava Emenda. Ao fundamentar seu posicionamento, o Tribunal salientou “que apenas sete países, além dos EUA, executaram delinquentes juvenis desde 1990”.⁵ Embora a Corte Suprema tenha admitido que as práticas de outros países não sejam determinantes do significado interpretativo da Constituição dos Estados Unidos, também reconheceu que o Tribunal frequentemente “recorre às leis de outros países e às autoridades internacionais como instrutivas para a interpretação da vedação de ‘punições cruéis e incomuns’ consoante a Oitava Emenda”.⁶

Finalmente, o Direito Penal Comparado também é útil como ferramenta para enriquecer a produção científica. Com efeito, ele pode ser usado em sala de aula para ajudar os estudantes a entender melhor os pontos fortes e fracos do sistema criminal nacional durante sua aprendizagem. Tome-se, por exemplo, a questão de saber se a responsabilidade penal deve ser imposta a quem não presta socorro a um estranho que necessita de ajuda, em circunstâncias nas quais fazê-lo não seria para ele dispendioso ou perigoso. Como todo estudante de Direito dos Estados Unidos aprende no início de seu curso básico de Direito Penal material, essas omissões de socorro normalmente ficam impunes nos Estados Unidos. Isto pode parecer normal para muitos estudantes estadunidenses, especialmente se já tiverem aprendido que deixar de prestar socorro também não implica na responsabilidade civil. Embora talvez alguns estudantes percebam a óbvia separação entre Direito e Moral neste contexto, a maioria provavelmente concluiria que esta seria a resposta padrão para tal discussão. Essa aceitação passiva da solução norte-americana em não punir as omissões de socorro pode ser contestada por uma simples incursão no domínio do Direito Penal Comparado. Os estudantes ficariam muitas vezes surpresos quando descobrirem que punir omissões de socorro é a norma geral na maioria dos

⁴ 536 U.S. 304 (2002).

⁵ 543 U.S. 551 (2005).

⁶ *Ibid.*

países europeus e latino-americanos.^{NT 1} Isto, por sua vez, permitiria aos estudantes perceberem que não é necessário haver uma separação entre lei e moralidade neste domínio, e que a abordagem norte-americana com relação à omissão de socorro não é, de forma nenhuma, expressão do pensamento universal sobre essa temática. Espera-se que tais percepções a partir da comparação possam ajudar os estudantes a ampliar seus horizontes e pôr em causa doutrinas arraigadas do Direito Penal interno.

2. DIREITO PENAL COMPARADO COMO FONTE DO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

O Direito Penal Internacional ganhou importância crescente nos últimos anos, especialmente depois da promulgação do Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional (TPI). Antes dessa adoção, em 2002, a doutrina do Direito Penal Internacional não estava contemplada num único tratado multilateral, tendo sido construída, lentamente, como resultado do direito consuetudinário e dos julgamentos de Cortes supranacionais, como o Tribunal de Nuremberg e os Tribunais Penais Internacionais para Ruanda (TPR) e para a Ex-Yugoslávia (TPY). Como consequência, a utilização de regras de Direito Penal Internacional para regular certos temas, como concurso de pessoas, *mens rea*, responsabilidade por crime tentado e teses exculpantes foram fortemente influenciadas pela forma como tais questões estavam sendo abordadas nos sistemas nacionais de Direito Penal.

Neste contexto, não deveria surpreender o fato de que uma investigação de Direito Penal Comparado tenha se revelado de grande importância para determinar o teor e o alcance da doutrina geral do Direito Penal Internacional. Os tribunais internacionais fazem frequentemente referência às leis penais nacionais de diferentes jurisdições a fim de preencher as lacunas do

^{NT 1} No Brasil, a *omissão de socorro* está tipificada no art. 135, do Código Penal: “Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública. Pena: detenção, de um a seis meses, ou multa.” (Nota do Tradutor, doravante NT)

Direito Penal Internacional, de acordo com os “princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas”.⁷

Um exemplo particularmente interessante disto é o acórdão do TPY em *Prosecutor vs. Drazen Erdemovic*.⁸ Neste caso, a defesa do réu *Erdemovic* alegou que o homicídio de dezenas de civis inocentes deveria ser escusado com base na coação moral irresistível. A original questão jurídica apresentada era se a coação moral poderia ser invocada como defesa quando se tratar de um crime contra a humanidade. A maioria dos juízes daquele Tribunal decidiu que coação não é motivo para escusa total de crimes dessa magnitude. Contudo, uma análise das abordagens comparadas desta questão revelou-se determinante para a decisão da Corte. O Tribunal explicitou sua confiança no Direito Penal Comparado da seguinte forma:

Para chegar a um princípio geral relativo à coação, fizemos um estudo limitado sobre o tratamento da coação moral pelos sistemas jurídicos mundo afora. Esta inquirição é necessariamente modesta na sua realização e não constitui uma análise comparada exaustiva. Seu objetivo foi determinar, na medida do possível, um “princípio geral de direito” como fonte do Direito Internacional.⁹

Depois de examinar a legislação de vinte e oito países envolvendo esta controvérsia, o Tribunal salientou que a maioria das jurisdições de *civil law* parece permitir que a coação moral seja invocada como defesa contra o homicídio de pessoas inocentes, enquanto a maioria das jurisdições de *common law* não o faz. No entanto, também se afirmou que a grande maioria dos países de *common law* e de *civil law* permite que a coação seja levantada em consideração como circunstância atenuante. Em última análise, o Tribunal decidiu não permitir que a coação moral exculpasse totalmente de um crime contra a humanidade. O TPY fundamentou parcialmente este entendimento, salientando que não havia consenso internacional sobre se a coação deveria escusar totalmente os homicídios de pessoas inocentes. No entanto, a Corte concluiu que, à luz do consenso esmagador a favor de permitir que a coação seja considerada um motivo para

⁷ Esta é uma das fontes de Direito Internacional comumente aceita, conforme reconhecido no art. 38(1)(c) do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça.

⁸ Acórdão do TPY de 7 de outubro de 1997.

⁹ *Ibidem*, no parágrafo 58.

redução de pena, esta alegação deveria ser admitida na fase da sentença para mitigar a sanção penal.

Não obstante os méritos da decisão em *Erdemovic*,¹⁰ o caso evidencia o papel especial que o Direito Penal Comparado desempenha na construção do Direito Penal Internacional. Este papel ficou ainda mais evidente depois da criação do TPI, considerando que, nos termos do Estatuto de Roma, o Tribunal precisa aplicar os “princípios gerais de direito derivados... do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes”.¹¹

IV. DESAFIOS DO DIREITO PENAL COMPARADO

1. A BARREIRA LINGUÍSTICA

O desafio mais óbvio para o aprofundamento da análise comparada do Direito Penal é superar as barreiras linguísticas. Embora este seja um problema que assola o direito comparado em geral, é particularmente agudo no caso do Direito Penal Comparado. A escassez de traduções para o inglês de julgamentos, legislações e produção acadêmica estrangeira em matéria penal é notável, especialmente considerando-se que as teorias do delito alemã, italiana e espanhola alcançaram um nível muito alto de sofisticação. Da mesma forma, a falta de traduções de livros científicos, artigos, legislação e jurisprudência originalmente publicados em inglês dificulta a difusão da teoria do delito anglo-americana para entornos impregnados da tradição jurídica europeia continental.

Talvez por isso os estudiosos de ambos os lados do Atlântico com frequência acreditam ter encontrado uma nova solução para um problema de Direito Penal quando na verdade, sem seu conhecimento, a suposta solução já fora proposta por estudiosos oriundos de distinta tradição jurídica. Dois casos vêm imediatamente à mente. Há várias décadas, os dogmáticos norte-americanos Paul Robinson e George Fletcher debateram em que circunstância e

¹⁰ Muitos estudiosos consideraram a análise no Caso *Erdemovic* incompleta. Vide, e.g., meu texto *Duress, Demanding Heroism and Proportionality: The Erdemovic Case and Beyond*. In *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. Vol. 41, 2008, p. 741 e segs.

¹¹ Este mandato se aplica às circunstâncias nas quais os princípios gerais do direito não possam ser deduzidos do próprio Estatuto de Roma ou de outras fontes jurídicas internacionais. Vide o art. 21(1)(c) do Estatuto de Roma.

intensidade um agente “inconscientemente justificado” deveria ser punido. Um sujeito ativo está inconscientemente justificado quando não tem consciência de que sua conduta evita um dano maior do que o dano causado pelo seu ato. Suponha-se que uma pessoa mate outra por vingança, sem saber que a pessoa que matou estava prestes a usar injustificadamente uma força letal contra ela. Esse ato é objetivamente justificado como legítima defesa. No entanto, seria aceitável o agente alegar legítima defesa quando desconhecesse que o ato era necessário para repelir uma injusta agressão? Paul Robinson argumentou vigorosamente que as causas de justificação são de natureza objetiva e, sendo assim, os danos causados por agentes inconscientemente justificados devem ser tidos como justificados mesmo quando agem dolosamente.¹² Todavia, Robinson sustentou que a responsabilidade penal a título de tentativa poderia ser aplicada nesta hipótese, pois o agente inconscientemente justificado tentou causar, em última instância, uma lesão a um bem jurídico, mas falhou.¹³ Em sentido contrário, George Fletcher argumentou que as causas de justificação devem ser auferidas pelo agente concreto. Como consequência, Fletcher sustentou que o agente inconscientemente justificado deveria ser punido pelo delito a título de consumação, uma vez que lhe faltaria a consciência subjetiva das causas de justificação, o que seria essencial para estabelecer se sua conduta fora juridicamente motivada.¹⁴

O que é particularmente interessante sobre esta controvérsia é que embora Fletcher seja amplamente considerado nos Estados Unidos como fortemente influenciado pela teoria do delito de origem alemã, na verdade a posição de Robinson em relação ao agente inconscientemente justificado fora defendida por muitos, se não pela maioria dos dogmáticos alemães muito antes do famoso debate entre Robinson e Fletcher. Em outras palavras, a maioria da doutrina alemã sustenta que os agentes inconscientemente justificados deveriam ser punidos por crime tentado ao invés de crime consumado.¹⁵ E a doutrina alemã já havia tomado esta posição muitos anos antes do famoso debate entre Robinson e Fletcher. Como resultado disso, no cômputo geral, a posição de Robinson não era na verdade tão original como muitos, incluindo Fletcher, acreditavam que fosse. Esta discussão certamente teria se beneficiado da

¹² ROBINSON, Paul H. *A Theory of Justification: Societal Harm as a Prerequisite for Criminal Liability*. In U.C.L.A. Law Review. Vol. 23, 1975, pp. 266 e segs.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ FLETCHER, George P. *The Right Deed for the Wrong Reason: A Reply to Mr. Robinson*. In U.C.L.A. Law Review. Vol. 23, 1975, pp. 293 e segs.

¹⁵ Vide, e.g., JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General*. Trad. Cuello Contreras et al., 1995, p. 434.

análise fundamentada dos doutrinadores do *civil law* que, durante muito tempo, sustentaram que a responsabilidade penal a título de tentativa deveria ser imposta aos agentes inconscientemente justificados. Infelizmente, a falta de traduções para o inglês da doutrina do Direito Penal dos estudiosos europeus continentais tornou quase impossível para a doutrina estadunidense perceber que este debate não era tão original quanto se supunha.

Por razões similares, os estudiosos do *civil law* não conseguiram compreender que algumas das suas contribuições para a teoria do delito podem não ser tão inovadoras como acreditam ser. Tome-se, por exemplo, a “teoria da imputação objetiva” que os cientistas alemães conceberam para lidar com problemas de causalidade em casos limites. Consoante a versão mais moderna da teoria, um agente só deve ser responsabilizado ao tipo objetivo se duas condições forem satisfeitas. Primeiro, é preciso que a conduta do agente crie um risco não permitido de lesão. Em segundo lugar, é preciso que a lesão correspondente seja consequência do risco criado pela conduta do agente e não decorrentes de um risco diferente.^{16 NT 2}

A análise dos fatos contidos no Caso *People vs. Acosta*¹⁷ pode ser útil para ilustrar a teoria da imputação objetiva. Na ocasião, a polícia foi alertada de que o agente no Caso *Acosta* havia roubado um carro. Seguiu-se uma perseguição rodoviária. Dois helicópteros da polícia foram enviados para acompanhar os movimentos do suspeito que conduzia o veículo. Infelizmente, os helicópteros colidiram um contra o outro. Ambos os pilotos morreram. A questão que foi discutida neste caso era se o agente deveria ser objetivamente responsabilizado pelas mortes dos pilotos. De acordo com a teoria da imputação objetiva, a resposta é clara. O agente não deve ser responsabilizado porque o risco *ex ante* por ele criado era de possíveis lesões aos usuários das estradas, sejam eles pedestres ou outros motoristas. Entretanto, sua conduta não criou um risco *ex ante* de lesões para aqueles que voam pelos céus. Sendo assim, a lesão subsequente (morte dos pilotos dos helicópteros) não pode ser razoavelmente imputada ao réu.

Certamente esta conclusão parecerá atraente, do ponto de vista dogmático, a muitos estudiosos anglo-americanos. Contudo, não lhes parecerá novidade. A noção de que a

¹⁶ Vide, por todos, LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. 2ª ed., 2012, p. 211.

^{NT 2} Sobre a teoria da imputação objetiva no Direito Penal brasileiro: SOUZA, Artur de Brito Gueiros.; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito Penal. Parte Geral*. 3ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023, pp. 222-234.

¹⁷ 284 Cal. Rptr. 117 (1991).

imputação razoável de lesões deve ser o produto de uma comparação entre o risco *ex ante* criado pelo agente e o risco que de fato acaba materializando no resultado é pelo menos tão antiga quanto o notório Caso *Palsgraf vs. Long Island Railroad*.¹⁸ Foi neste julgado que o Juiz Cardozo exarou a famosa frase “o risco razoavelmente percebido define o dever a ser cumprido, e risco importa em relação: é risco para outra pessoa ou para terceiros dentro do alcance de sua compreensão”.¹⁹ Ao fazê-lo, o magistrado captou a essência da moderna doutrina europeia continental da imputação objetiva, mais de quarenta anos antes de ao professor alemão Claus Roxin ter sido creditado por tê-la feito no âmbito da *civil law*.

Em resumo, a comparação entre os riscos, que é tão essencial para a versão mais moderna da teoria da imputação objetiva, tem feito parte do discurso anglo-americano sobre a questão da causalidade no Direito durante quase cem anos. Só não foi – e ainda não é – chamada de imputação objetiva. Ela é denominada de causalidade próxima ou de causalidade legal. Mas é essencialmente a mesma coisa.

Infelizmente, é difícil verificar que este caso trata da imputação objetiva. Se um site de busca on-line for usado para procurar os termos “imputação objetiva”, não aparecerá nenhum caso ou artigo acadêmico anglo-americano tratando do assunto. Poderia, assim, ser tentador concluir que não haveria nada análogo à teoria europeia continental da imputação objetiva no Direito Penal anglo-americano. Esta ilação, no entanto, estaria equivocada. Esta hipótese ilustra bem como o estudioso interessado em obter uma visão de Direito Comparado pode facilmente se perder na linguística. Embora nenhum tribunal ou doutrinador anglo-americano utilize as expressões “imputação objetiva”, muitos farão referência à causalidade legal ou causalidade próxima. Seria, portanto, bastante proveitoso para os estudiosos saber que a investigação anglo-americana de causalidade próxima é muito semelhante à investigação europeia continental da imputação objetiva. Tal conhecimento pouparia o tempo que investiriam na procura em vão de imputações objetivas em casos judiciais e doutrina anglo-americanos. Também lhes permitiria compreender que a teoria da imputação objetiva não é, afinal de contas, tão inovadora, pois uma ideia semelhante havia germinado na lei norte-americana de responsabilidade civil por danos quase meio século antes da moderna teoria baseada no risco, florescida na Alemanha.

¹⁸ *Palsgraf v. Long Island Railroad*, 248 N.Y. 339 (1928).

¹⁹ *Ibid.*, em 344.

A lição aqui observada não é a de que uma investigação do Direito Penal Comparado revelaria que o debate entre Robinson e Fletcher seria menos valioso do que muitos cientistas norte-americanos pensam, ou que a teoria da imputação objetiva seria menos original do que muitos acadêmicos europeus continentais acreditam. O que estas percepções comparadas realçam, na verdade, é que precisamos proceder com uma dose de humildade científica quando abordamos questões da teoria do delito, pois o que consideramos ser uma aventura em território teórico inexplorado pode muito bem equivaler a caminhar por um terreno bem demarcado, se a questão puder vir a ser encarada por intermédio de uma perspectiva comparada.

A outra lição a ser aprendida desta breve incursão comparada nos problemas do agente inconscientemente justificado e da teoria da imputação objetiva é que a escassez de traduções de obras fundamentais de Direito Penal dificulta em muito o desenvolvimento de significativas análises comparadas, a menos que se conte com a boa sorte de poder ler as obras sem tradução. Infelizmente, poucas pessoas conseguem fazê-lo. Isto destaca a importância de obras como o *Handbook of Comparative Criminal Law*, de Dubber e Heller. Embora as contribuições compiladas do *Handbook* não envolvam verdadeiramente uma análise comparada, cada capítulo resume de forma útil a legislação de um determinado país. Trata-se de uma fonte maravilhosa para a realização de análises comparadas. No entanto, para que o Direito Penal Comparado possa realmente alçar voos mais altos, seria necessário remediar a terrível falta de fontes traduzidas de Direito Penal. Até que isso aconteça, uma investigação comparada robusta estará fadada a continuar a ser domínio dos poucos que conseguem superar os desafios impostos pela barreira linguística.

2. A BARREIRA JURÍDICA – AS ABORDAGENS DE COMMON LAW VS. CIVIL LAW PARA O RACIOCÍNIO JURÍDICO

Outro desafio para os que têm interesse em fazer Direito Penal Comparado é compreender como os sistemas jurídicos comparados diferem entre si na forma em que influenciam, em cada tradição jurídica, o Direito em geral e o Direito Penal em particular. Embora haja muitas maneiras pelas quais os sistemas do *common law* e do *civil law* variam, uma diferença

especialmente importante guardaria relação com a forma pela qual os aplicadores do Direito raciocinam para resolver um determinado problema jurídico.

Em geral, os aplicadores do *common law* abordam o Direito Penal (e outros ramos do Direito) de forma indutiva, ou seja, começam com um caso (ou grupo de casos) que estão tentando resolver de forma justa e razoável. Eles decidem o caso da maneira que parece apropriada. Casos semelhantes são posteriormente decididos de forma similar. Mais cedo ou mais tarde, um princípio que explica por que estes casos estão sendo decididos de forma similar surge como resultado do raciocínio indutivo. Aplicadores do *common law* passariam, assim, de casos específicos para princípios gerais. Mas os princípios surgiram porque dão conta, de forma adequada, da resolução correta de cada caso concreto. Se surgirem casos no futuro que não possam ser resolvidos de forma justa pela incidência de um determinado princípio, os aplicadores do *common law* estarão bastante receptivos no que diz respeito a rever ou abandonar este princípio, se essa for a única forma de resolver um caso concreto (ou um grupo de casos) de modo adequado. Tomemos, por exemplo, o caso de saber se torturar um suspeito pode ser justificado consoante defesa baseada no mal menor (estado de necessidade). Durante décadas, a posição nos EUA parecia ser de que a tortura nunca poderia ser justificada. No entanto, a experiência estadunidense com o terrorismo durante e após o ataque ao World Trade Center levou à elaboração dos chamados cenários de bomba-relógio (*ticking time bomb*), cuja resolução adequada põe em causa o princípio de longa data de que a tortura nunca poderia ser justificada. Confrontados com estes cenários de bomba-relógio, alguns passaram a argumentar que a tortura de uma pessoa pode ser permitida se for a única forma de obter informações que ajudem a impedir uma catástrofe. Isto, por sua vez, levou um grupo de acadêmicos e profissionais a pôr em causa o princípio de longa data de que a tortura nunca deveria ser justificada. Outros se opõem a esta medida. Resta saber se esta discussão, com o seu enfoque subjacente em casos do tipo bombas-relógio, conduzirá a uma revisão do postulado absoluto contra a tortura.

Em contrapartida, aplicadores do *civil law* normalmente raciocinam sobre um problema jurídico de forma dedutiva, ou seja, iniciam a análise de um caso com um princípio aparentemente aplicável e geralmente aceito como sólido e vinculante. Esses aplicadores então subsumem o princípio ao caso em questão para chegar a uma solução. Aplicadores do *civil law*, portanto, normalmente passam de princípios amplos geralmente aceitos para a resolução específica de casos concretos. Como resultado, ao contrário das jurisdições do *common law*, os

princípios não são justificados porque oferecem resultados intuitivos em casos particulares. Em vez disso, os princípios são justificados porque são vistos como independentemente sólidos ou vinculantes, não obstante produzirem soluções intuitivas ou contraintuitivas para casos particulares. O princípio é visto como balizador ou sólido se puder ser derivado de compromissos jurídicos, políticos ou morais ainda mais amplos. O exemplo da tortura é, mais uma vez, ilustrativo. O princípio de que a tortura nunca pode ser justificada com base no mal menor (ou qualquer outra causa de justificação) está profundamente enraizado nas jurisdições do *civil law*. Este princípio é aceito como um princípio jurídico sólido e vinculante, cuja legitimidade deriva de uma série de compromissos jurídicos e políticos ainda mais amplos, incluindo convenções internacionais contra a tortura. Este princípio leva forçosamente à conclusão de que a tortura não pode ser legalmente justificada, sendo esta conclusão válida independentemente de o seu cumprimento produzir soluções desagradáveis ou contraintuitivas em cenários do tipo bomba-relógio. Os princípios são, portanto, muito mais imunes à revisão e ao abandono nas jurisdições do *civil law* do que nos países do *common law*. Isto se deve principalmente ao fato de que, em contraste com o que acontece nas jurisdições do *common law*, os princípios nas jurisdições europeias continentais não derivam de forma indutiva da resolução de casos específicos, mas sim de forma dedutiva de compromissos políticos ou morais ainda mais amplos. Portanto, o fato de a aplicação de um determinado princípio (a tortura ser sempre antijurídica) poder produzir resultados contraintuitivos num determinado caso (cenários do tipo bomba-relógio) não é visto nas jurisdições do *civil law* como razão decisiva ou mesmo particularmente forte para modificar o princípio.

Em suma, a forma como os aplicadores raciocinam sobre os problemas jurídicos nas jurisdições de *common law* e de *civil law* varia de modo considerável. Isto influencia o peso que cada tradição jurídica confere a certos princípios do Direito Penal. Não entender esta metodologia pode levar a uma compreensão errada do motivo pelo qual as jurisdições da Europa continental e anglo-americanas estão mais ou menos propensas a modificar princípios de Direito Penal de longa data quando a aplicação desses princípios produz resultados contraintuitivos em certos casos.

3. A BARREIRA CULTURAL/HISTÓRICA

O envolvimento em uma análise comparada do Direito Penal fica ainda mais complexa pelas contingências históricas e culturais que contribuem de forma significativa para condicionar como o Direito Penal evolui nos diferentes sistemas jurídicos do mundo. Muitas características importantes do Direito Penal anglo-americano, por exemplo, não podem ser totalmente compreendidas sem que primeiro se entenda o papel histórico do juiz nos países de *common law*. Da mesma forma, várias características significativas das abordagens do *civil law* ao Direito Penal só podem ser plenamente explicadas pelos terríveis acontecimentos que as pessoas de muitos estados europeus e latino-americanos vivenciaram quando seus países foram governados por regimes autoritários cruéis. Deixar de levar em conta como contingências históricas desse tipo moldam a cultura jurídica de diferentes países conduz, muitas vezes, a uma compreensão equivocada do sistema jurídico de um lugar específico.

Tome-se, por exemplo, as formas divergentes pelas quais as jurisdições de *common law* e de *civil law* abordam o chamado “princípio da legalidade”. Este princípio é pelo menos nominalmente seguido nos países anglo-americanos e europeus continentais. Mesmo assim, o conteúdo e o âmbito de incidência do princípio da legalidade nos dois principais sistemas jurídicos mundiais variam de maneira considerável. Nos países de *civil law*, por exemplo, o princípio da legalidade proíbe o uso da analogia para integrar leis penais de maneira que o seu resultado seja prejudicial ao réu.²⁰ Essa proibição não existe nas jurisdições de *common law*.²¹ O que explica a diferença? A explicação residiria no papel que o juiz tem historicamente desempenhado nas jurisdições de *common law* e de *civil law*.

Como é de conhecimento geral, o poder de legislar dos tribunais nos países de *common law* era tão abrangente que, a certa altura, a maioria das infrações eram “*common law crimes*”, de criação judicial. Embora a maior parte do Direito Penal nas jurisdições anglo-americanas esteja agora em estatutos ao passo que os crimes de *common law* tenham sido em grande parte abolidos, os juízes nos países de *common law* ainda detêm muito mais poder do que os seus homólogos de *civil law*. Em contraste, os crimes criados judicialmente têm sido historicamente

²⁰ Vide e.g. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 7ª ed., 2004, p. 125

²¹ Nos EUA, a “regra da clemência” (*rule of lenity*) é constantemente invocada para resolver ambiguidades nas leis penais a favor dos réus. A regra, no entanto, não é constitucionalmente obrigatória. Também é rejeitada pela Seção 1.02(3) do Código Penal Modelo. Em contrapartida, a proibição da analogia na maioria das jurisdições de *civil law* tem base constitucional. A Constituição dos Estados Unidos, por sua vez, não impede a integração analógica dos estatutos. No máximo, proíbe a aplicação retroativa das leis penais de forma imprevisível. Vide *Bouie v. City of Columbia*, 378 US 347 (1964). *Bouie* e os casos subsequentes não parecem impedir, contudo, aplicações judiciais imprevisíveis das leis, se estas forem apenas aplicadas prospectivamente.

rejeitados nas jurisdições de *civil law*, onde todo o Direito Penal é de direito positivo. O papel do juiz nestes países limita-se, portanto, à interpretação da legislação já existente, em vez de criar legislação. Este é o motivo de a analogia das leis penais ser proibida nas jurisdições europeias continentais. Um tribunal que expanda uma lei para além do significado convencionalmente aceite, a fim de abranger casos que, através de um processo de raciocínio analógico, possam ser associados a casos que realmente se enquadrem no âmbito claro da norma, estaria agindo de forma equivalente ao exercício de poderes legislativos. O exercício de tal poder é visto com ceticismo, pois nos países do *civil law* a legislatividade tem ficado historicamente reservada para o Poder Legislativo. Isto contrasta fortemente com o papel normalmente atribuído ao Poder Judiciário nos países de *common law*. Considerando que a tradição dos tribunais anglo-americanos é a de exercer a autoridade legislativa, não parece questionável que o Poder Judiciário interprete de forma ampla as leis penais, adentrando num processo de raciocínio analógico.

Esta continua a ser a tônica mesmo após a abolição dos delitos de *common law*, uma vez que a eliminação desses delitos apenas realçou que o principal poder responsável pela criação de delitos é o Poder Legislativo. Apesar da primazia agora concedida ao Poder Legislativo em matéria penal, os tribunais dos países de *common law* continuam a exercer um poder legislativo residual nos interstícios do Direito Penal. Assim, quando leis penais são elaboradas pelo legislador de forma excessivamente vaga, os tribunais do *common law* exercem poderes legislativos residuais, de forma reiterada, para conferir a precisão necessária ao texto legal inicialmente vago.²² O exercício deste tipo de atividade judiciária seria ilegítimo em jurisdições de *civil law*, onde o princípio da legalidade exige que o legislador elabore leis criminais com taxativa precisão desde o início. Se o Poder Legislativo não o fizer, o Poder Judiciário fica impedido de integrar a lei, conferindo a necessária especificidade.²³ Permitir que os tribunais o façam seria conferir a estes tribunais, mais uma vez, uma autoridade legislativa tida como incompatível com o papel histórico do Poder Judiciário nas jurisdições de *civil law*.

Esta sucinta análise comparada do princípio da legalidade revela várias nuances que ficariam facilmente perdidas se não se levasse em conta as peculiaridades históricas dos sistemas de *common law* e *civil law*. Por razões óbvias, a tradição do *civil law* está muito mais

²² Esta prática foi aprovada pela Suprema Corte dos EUA em *Rose v. Locke*, 423 US 48 (1975).

²³ Vide, e.g., LUZÓN PEÑA. *Op. cit.*, p. 59.

comprometida com a ideia de que o Poder Legislativo é a única fonte legítima de produção legislativa. Em contrapartida, a tradição do *common law* é muito mais favorável à partilha da função legislativa entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo (e até mesmo com o Poder Executivo^{NT 3}). Como resultado desta importante diferença, as duas principais tradições jurídicas do mundo abordam o princípio da legalidade de forma divergente. Nas jurisdições europeias continentais, o princípio da legalidade proíbe a ampliação do alcance das leis penais pela adoção de um processo de raciocínio analógico. Essa barreira não existe em jurisdições de *common law*. Além disso, os países de *civil law* proíbem os tribunais de conferir em dispositivos legais redigidos de forma vaga a precisão necessária para que os cidadãos tenham uma justa compreensão sobre a conduta proibida pela lei. O princípio da legalidade nos países de *common law* não proíbe de fazê-lo.

Estas diferenças importantes entre as concepções do princípio da legalidade do *common law* e do *civil law* permanecem em grande parte carentes de uma adequada teorização, provavelmente devido à suposição incorreta de que o princípio da legalidade tem o mesmo alcance nas jurisdições anglo-americanas e europeias continentais. Esta suposição é facilmente desmentida quando se presta atenção à relação entre o princípio da legalidade e a distribuição adequada do poder de legislar entre os diferentes poderes públicos. Se diferentes tradições jurídicas atribuem a autoridade legislativa de maneira distinta, como fazem as tradições do *civil law* e do *common law*, então não deveria causar surpresa que o princípio da legalidade seja interpretado nos países anglo-americanos, que estão comprometidos com um Judiciário ativo, de forma diferente daquela dos países europeus continentais, que estão comprometidos com um Judiciário mais passivo.^{NT 4}

^{NT 3} A discussão em torno da legitimidade das leis penais em branco *stricto sensu* também envolve a atividade legislativa complementar de órgãos e agências regulatórias do Poder Executivo. Sobre o assunto, tratando das normas penais complementares de prevenção e enfrentamento da Covid-19: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; SOUZA, Artur de Brito Gueiros;. *Gendarme do Direito: A tutela penal da saúde pública frente à pandemia do novo Coronavírus*. In Revista Estudos Institucionais. UFRJ, Vol. 6, N. 3, 2020, pp. 904-923.

^{NT 4} Embora o Brasil pertença à família jurídica do *Civil Law*, tem-se observado, especialmente após a Constituição de 1988, o Judiciário abandonando sua função de mero intérprete da lei para, ainda que pontualmente, dividir a legislatividade com o Legislativo, apesar de isto não ser expressamente admitido. O significativo “peso” das súmulas do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao menos em matéria penal, parece ser um dado incontestado dessa realidade brasileira. Cite-se, por ex., a Súmula nº 17 do STJ (“Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.”) e a Súmula Vinculante nº 24 do STF (“Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo.”). Além das súmulas e outros instrumentos de uniformização de jurisprudência (que acabam por atribuir uma orientação geral em Direito Penal), pode-se mencionar a expansão do significado convencionalmente aceito de uma lei

Um exemplo ainda mais marcante da importância de levar em conta experiências históricas na análise comparada do Direito Penal são as diferentes maneiras como os países de *common law* e de *civil law* abordam o estado de necessidade (escolha entre dois males). O estado de necessidade justifica a realização de uma conduta que se amolda aos elementos de um delito, quando fazê-la evita um mal maior do que o mal causado. A ponderação dos males é geralmente simples. Uma pessoa pode, por exemplo, quebrar justificadamente uma janela de um carro para salvar uma criança que está se sufocando dentro do veículo. Embora tal conduta se amolde aos elementos objetivo do delito de dano doloso, o mal evitado (morte da criança) supera claramente o mal infligido (dano ao vidro do veículo). Em alguns casos, porém, a ponderação dos males não está clara. Esta discussão ocorre especialmente quando o dano infligido é a morte de uma pessoa inocente. Não está claro, por exemplo, se matar uma pessoa inocente deveria ser justificado como um mal menor porque evitaria a morte de duas pessoas inocentes.

Curiosamente, as jurisdições de *common law* e de *civil law* adotaram abordagens diferentes para resolver a questão da ponderação nestes casos, especialmente nas últimas décadas. Durante a segunda metade do século XX, a abordagem estadunidense a esta questão mudou decididamente a favor de permitir, pelo menos em princípio, que um agente afirme que a morte de um ser humano inocente é justificável por ser necessária para evitar as mortes de muitas pessoas. Embora não existam casos norte-americanos recentes que abordem diretamente o assunto, os redatores do influente Código Penal Modelo (*Model Penal Code*) certamente acreditaram que esta era a interpretação correta da disposição do Código sobre escolha entre dois males.²⁴ O apoio à tese a favor da proposição de que tirar vidas inocentes é justificado se isto salvar a vida de muitas pessoas também vem crescendo na literatura científica anglo-americana.²⁵ Um entendimento semelhante parece estar subjacente a um acórdão relativamente recente do Tribunal de Apelação da Inglaterra e País de Gales, no qual a Corte autorizou a

penal, feito pelo STF, ao “enquadrar” analogicamente, no julgamento de duas ações (em 2019), a homofobia e a transfobia como crime de racismo, em que pese não haver referência a esses atos de ódio na definição do crime de racismo feito pela Lei nº 7.716/1989 (Cf. *Supremo enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer a omissão legislativa*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>)

²⁴ Seção 3.02 do Código Penal Modelo, cmt. 3, em 14-15 (Minuta Oficial e Comentários Revisados em 1980).

²⁵ Vide, e.g., LAFAVE, Wayne R. *Substantive Criminal Law*. Seção 10.1 (d)(2). 2ª ed., 2003. DRESSLER, Joshua. *Understanding Criminal Law*. Seção 22.04, 2021.

separação de gêmeos siameses de forma que culminou em matar um dos gêmeos para salvar a vida do outro.²⁶

Estudiosos dos países de *civil law* têm, por outro lado, rejeitado continuamente a justificação de condutas que sacrificam vidas humanas inocentes, mesmo quando fazê-la seja necessária para salvar uma quantidade maior de vidas do que as sacrificadas. Essa posição é resumida por Andenaes, famoso teórico criminal norueguês, da seguinte maneira: “mesmo que muitas vidas pudessem ser salvas pelo sacrifício de uma, isto dificilmente seria justificável...[pois] conflitaria com a compreensão geral em relação à inviolabilidade da vida humana para interferir, desta forma, no curso dos acontecimentos”.²⁷ Esta abordagem está tão profundamente enraizada na cultura jurídica dos países de *civil law* que foi expressamente incorporada em alguns Códigos Penais nacionais. Assim, por exemplo, a defesa por escolha entre males, tal como definida no Código Penal de Porto Rico, justifica a conduta apenas quando o “mal causado for consideravelmente inferior ao evitado e não implicar em causar a morte ou lesão grave e permanente à integridade física de uma pessoa”.²⁸ Este ponto de vista esteve também no cerne de decisão relativamente recente do Tribunal Constitucional alemão, que anulou uma lei que autorizava o abate de avião comercial que se dirigisse para uma área densamente povoada.²⁹ O estatuto foi derrubado apesar do argumento do governo alemão de que abater aviões nessas circunstâncias deveria estar justificado, pois salvaria mais vidas do que aquelas sacrificadas. De acordo com o Tribunal Constitucional alemão, o problema desse argumento é ser incompatível com os direitos básicos à dignidade e à vida reconhecidos na Lei Fundamental alemã, por tratar a vida dos passageiros do avião como meros objetos ou instrumentos que poderiam ser usados para produzir bons resultados.

O que explica as opiniões amplamente divergentes do *civil law* e do *common law* no que tange à justificação do sacrifício de vidas inocentes, a fim de maximizar o número de vidas salvas? Embora certamente existam várias explicações para tanto, há uma razão histórica que não pode ser ignorada quando se trata de dar sentido a esta divergência. Durante o século XX, muitos cidadãos de países europeus e latino-americanos sofreram com a experiência angustiante de serem governados por líderes autoritários que cometeram atrocidades inimagináveis contra

²⁶ Re A (gêmeos siameses: separação cirúrgica), 2005 4 All ER Ca 961.

²⁷ ANDENAES, Johannes. *The General Part of the Criminal Law of Norway*. Trad. Thomas Ogle, 1965, p. 169.

²⁸ Art. 26 do Código Penal de Porto Rico de 2012. (grifou-se).

²⁹ 1 BvR 357/05 (2006).

grandes setores da população civil. As atrocidades foram bastante generalizadas. Em muitos países, incluindo a Guatemala e a Alemanha, membros de certos grupos foram sistematicamente mortos. Noutros países, como Argentina, Chile e Espanha, dezenas de milhares de cidadãos desapareceram durante sangrentas ditaduras militares.^{NT 5}

O contraste histórico com a maioria dos países anglo-americanos é gritante. Embora alguns dos principais países do *common law* tenham travado guerras sangrentas durante o século XX, poucos tiveram de suportar a prática de atrocidades em escala semelhante àquelas vividas por cidadãos de muitos países europeus e latino-americanos. Poucos tiveram de enfrentar abusos governamentais em que setores marginalizados da população foram massacrados ou sequestrados em nome do bem comum do país. Essas experiências díspares explicam, pelo menos em parte, o ceticismo com que países europeus e latino-americanos encaram a afirmação de que por vezes vale a pena sacrificar a vida de poucos em benefício de muitos. Embora a plausibilidade teórica desta posição seja evidente, a história angustiante que os cidadãos de muitos países de *civil law* tiveram de suportar faz com que a população destes lugares estremeça ao pensar em permitir que pessoas afirmem que matar inocentes pode, em certos casos, ser benéfico para o bem-estar geral da comunidade.

É evidente que não se trata de falta de compreensão por parte de cidadãos, acadêmicos e aplicadores do direito dos países de *civil law* sobre os convincentes argumentos baseados no consequencialismo e que militam a favor da justificação da morte de algumas pessoas inocentes a fim de salvar a vida de muitas outras. Trata-se de que, por mais persuasivos que tais argumentos possam parecer quando examinados em abstrato, a história ensinou àqueles países que qualquer benefício pretensamente obtido pela justificação de agentes que tiram vidas inocentes para evitar danos ainda maiores é simplesmente sobrepujado pelo potencial de abuso inerente à autorização de tão espantoso poder. É por isso que justificações por consequencialismo, do tipo que atrai os acadêmicos norte-americanos e os redatores do Código Penal Modelo, soam vazias para muitos cientistas na Europa e na América Latina. Quando o que pessoas, motivadas por ideais perversos, foram capazes de fazer em nome da lei e do bem comum é pessoalmente testemunhado, é bastante natural que se pense duas vezes antes de

^{NT 5} No Brasil, estima-se que meia centena de pessoas foram mortas ou desaparecidas pela Ditadura Militar que governou entre 1964 e 1984, além de milhares de outras torturadas nesse período (SOUZA, Artur de Brito Gueiros; MIRANDA, Matheus de Alencar. *Brazilian Report on Individual Liability for Business Involvement in International Crimes*. In *Revue Internationale de Droit Penal (RIDP)*. Vol. 88, issue 1, 2017, pp. 141-167).

ampliar o âmbito das reivindicações que poderiam ser invocadas pelos governantes (e outros) como justificativas para tirar vidas inocentes. Aqueles que não têm experiência em primeira mão de quão insuportável pode ser a “desumanidade do homem para com o homem” simplesmente não conseguem ver isto de forma tão evidente.

É muito difícil avaliar os méritos relativos das soluções divergentes oferecidas para o problema de justificar ou não algumas mortes de civis inocentes, sem ter em conta as importantes diferenças históricas e culturais entre os países de *common law* e de *civil law* aqui mencionados. Os estudiosos do *common law* abordam a questão de saber se o estado de necessidade deve, por vezes, justificar a morte de pessoas inocentes por uma perspectiva preponderantemente filosófica. Em contraste, os estudiosos do *civil law* abordam a questão principalmente pelas lições das suas experiências históricas, mesmo que estas lições não possam ser facilmente enquadradas na filosofia do consequencialismo. É fácil perder de vista estas nuances se a questão for abordada sem que seja dada a devida importância aos fatores históricos e culturais que moldam o conteúdo e o âmbito das normas jurídicas nos sistemas comparados.

V. FAZENDO DIREITO PENAL COMPARADO – DOIS EXEMPLOS

Na verdade, esta seção se dedica à análise comparada de certos institutos de Direito Penal. O objetivo é oferecer exemplos concretos que possam ilustrar como é que se faz Direito Penal Comparado. Um objetivo adicional é demonstrar como o envolvimento na análise comparada pode levar a uma melhor compreensão de como e por que o Direito Penal nacional tomou a sua feição atual. Esta seção começa comparando as abordagens do *common law* e do *civil law* a respeito da responsabilidade penal por crime tentado. Em seguida, passa a explorar a *mens rea* por uma perspectiva comparada, com ênfase específica nas diferenças entre o estado mental europeu continental de *dolus eventualis* e o estado mental anglo-americano de imprudência.

1. CRIME TENTADO

Tentativas fracassadas de consumir um delito são punidas nas jurisdições de *civil law* e de *common law*. Todavia, existem diferenças significativas na forma como os esses dois principais sistemas jurídicos abordam tanto os elementos objetivos (*actus reus*) como subjetivos (*mens rea*) da tentativa punível. Antes de aprofundar as diferenças específicas entre ambos os sistemas neste contexto e as razões que podem explicar tais discrepâncias, é útil fazer um breve esboço das questões mais importantes a serem abordadas por qualquer jurisdição interessada em desenvolver uma teoria coerente para impor a responsabilidade por crime tentado.

A maioria dos delitos contemplados na parte especial dos Códigos Penais tipifica a realização consumada de determinada conduta ou a causação de um determinado resultado. Assim, o tipo penal do estupro prevê a proibição da perpetração de relações sexuais não consensuais. O tipo penal do homicídio criminaliza dar causa à morte de um ser humano. Em ambos os casos, o ato proibido é a realização efetiva da conduta proibida (relações sexuais não consensuais, no caso de estupro) ou provocar com êxito a lesão proibida (a morte, no caso de homicídio). A parte especial dos Códigos Penais geralmente prevê a punição apenas para aqueles que concretizam a conduta descrita na definição do delito. A consequência disto é que aqueles que *tentam*, mas *não conseguem*, praticar a conduta proscrita, não praticam, a rigor, um ato tipificado pela lei que define o delito. No entanto, existem poderosas razões preventivas e retributivas para punir aqueles que tentam realizar uma conduta criminosa e, felizmente, não conseguem. Em outras palavras, temos boas razões para punir aqueles que tentam, mas não conseguem matar, e aqueles que tentam, mas não conseguem estuprar. A doutrina da responsabilidade por crime tentado foi criada para colmatar esta lacuna na lei. Consoante esta construção doutrinária, a responsabilidade penal é atribuída sempre que alguém tenta cometer um delito, mas não consegue fazê-lo por fatores alheios à sua vontade. Os principais sistemas de Direito Penal do mundo estão, em geral, de acordo até este ponto. As semelhanças, no entanto, terminam aqui.

O primeiro ponto de divergência tem a ver com a determinação do momento exato em que a conduta ultrapassa o limiar de um mero ato de preparação, que geralmente permanece impune, para um ato de execução da infração penal, que é tipicamente punido a título de tentativa. Este é o problema inerente à determinação de qual deve ser o elemento objetivo (*actus reus*) do crime tentado. Este problema [do *iter criminis*] é particularmente espinhoso, considerando que muitas vezes diversos acontecimentos externos ocorrem entre o momento em que o agente cogita pela primeira vez praticar o delito e o momento em que o delito chega em

sede de consumação. Muitas coisas acontecem, por exemplo, entre o instante em que o agente pensa em envenenar a vítima e o momento em que o agente de fato envenena e mata a vítima. Quando exatamente a conduta do agente se tornou uma tentativa punível? Quando o agente pensou em matar a vítima? Quando ligou para um amigo e pediu ajuda? Quando navegou pela internet em busca de um veneno para matar a vítima? Quando comprou o veneno? Quando se dirigiu até a casa da vítima? Quando entrou na casa? Quando envenenou o café?

Até a segunda metade do século XX, tanto as jurisdições de *common law* como de *civil law* faziam distinção, de formas muito semelhantes, entre atos de preparação (impunes) e atos de execução (puníveis). Havia um consenso generalizado na doutrina e na jurisprudência anglo-americana e europeia continental de que tentativas de cometer delitos só deveriam ser punidas se chegassem perigosamente perto da consumação. Tribunais e doutrinadores anglo-americanos sugeriram que era necessário que o ato estivesse “perigosamente próximo” da consumação³⁰ ou que o agente praticasse o “último ato” antes da consumação do delito.³¹ Da mesma forma, doutrinadores europeus continentais argumentavam que apenas os “atos imediatamente antecedentes à realização da conduta que satisfaça os elementos de um delito”³² ou que “coloquem a vítima em perigo”³³ deveriam ser punidos como crimes tentados. Entretanto, não obstante o padrão doutrinário invocado, a tentativa era normalmente punida apenas quando o agente chegasse muito perto de consumir o delito. Aplicando-se estes parâmetros ao exemplo acima mencionado, o agente provavelmente não seria punido pela tentativa enquanto, ao menos, não entrasse na casa da vítima. Os atos de pesquisar na internet em busca de veneno, comprar o veneno e se dirigir até a casa da vítima provavelmente permaneceriam impunes.

Este consenso generalizado começou a desaparecer após a publicação nos Estados Unidos do Código Penal Modelo, em 1962. Conforme a Seção 5.01 do Código, a conduta de um agente é punida como tentativa se constituir um “passo substancial” na proposição final de praticar o delito. Os atos considerados como um passo substancial são bastante amplos e muitas vezes estão muito distantes, tanto no tempo como no espaço, da consumação real do crime. Exemplos de atos que valem como medidas substanciais incluem o comprar uma arma para usar em um homicídio, reconhecer o local que será roubado e dirigir pela cidade em busca da pessoa que

³⁰ Vide, e.g., *People v. Rizzo*, 246 N.Y. 334 (1927)

³¹ Vide, e.g., *R. V. Eagleton*, 6 Cox C.C. 559 (Ct. Crim. Law 1855)

³² Vide, e.g., WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Trad. Bustos et al. 11ª ed., 1997, p. 224

³³ Vide, e.g., MIR PUIG. *Op. cit.*, p. 347.

será assaltada. Nenhum desses atos provavelmente seria punido como tentativa nas jurisdições de *civil law*. Também não seriam início de execução em países de *common law* antes da publicação do Código Penal Modelo.

A regra do passo substancial muitas vezes leva à imposição de responsabilidade por crime tentado por comportamentos que não estejam próximos ou no limiar da consumação do delito, e que não colocam em perigo potencial a vítima do delito. Além disso, ao contrário das regras que procuram traçar a linha divisória entre a preparação e a execução mais próxima da consumação, a regra do passo substancial dá maior ênfase ao aspecto material dos atos praticados pelo agente do que à importância dos atos que ainda não foram praticados. A influência do teste do passo substancial do Código Penal Modelo tem sido considerável. Mais da metade dos Estados nos EUA segue uma versão desta regra, assim como aproximadamente dois terços dos Tribunais de Apelação dos Estados Unidos.

O âmbito da responsabilidade por crime tentado não foi ampliado de forma semelhante nas jurisdições da Europa continental. Esta recente divergência na imputação por crime tentado exige uma explicação. Por que as abordagens do *common law* e do *civil law* ao *actus reus* da responsabilidade por crime tentado foram tão semelhantes durante tanto tempo e por que agora começaram a divergir?

Uma possível explicação para isto é que, ao longo do século XX, os países de *common law* começaram a se concentrar mais na imputação subjetiva ao agente e menos na causalidade do dano como indicador de quando a punição é justificada. Este foi especialmente o caso do influente Código Penal Modelo, que estava mais preocupado em identificar indivíduos perigosos do que proteger os bens jurídicos atingidos pelo delito.³⁴ Esta tendência não ficou tão pronunciada nos países de *civil law*. A grande maioria dos estudiosos europeus continentais tem defendido, durante as últimas décadas, que a lei penal possui a finalidade principal de proteger os bens jurídicos.³⁵ Em palavras constantemente repetidas na doutrina europeia continental, o Direito Penal deve se preocupar com *atos* e não com *autores*.³⁶ Como resultado, o enfoque da responsabilidade por crime tentado nos países de *civil law* continua a ser a questão de saber se

³⁴ Vide, por todos, DUBBER, Markus. *Penal Panopticon: The Idea of a Modern Model Penal Code*. In Buffalo Criminal Law Review. Vol. 4, 2000, p. 53 e segs. (argumentando que o Código Penal Modelo estava principalmente preocupado em identificar, dissuadir e/ou corrigir os infratores perigosos).

³⁵ Vide, e.g., LUZÓN PEÑA. *Op. cit.*, p. 25.

³⁶ *Ibid.*, p. 24.

houve um ato que colocou em perigo o bem jurídico legalmente protegido, e não se o agente revelou ser perigoso, necessitando assim de correção. Em contrapartida, o foco em muitas jurisdições de *common law*, especialmente nos Estados Unidos, mudou para a avaliação da imputação subjetiva e da periculosidade do agente. Isto levou à criação de um âmbito mais amplo para a responsabilidade por crime tentado, na expectativa de identificar e neutralizar os agentes perigosos bem antes que estejam próximos de causar lesões a terceiros.

Existem também diferenças nas abordagens do *common law* e do *civil law* com relação ao elemento subjetivo (*mens rea*) da responsabilidade por crime tentado. Na esfera anglo-americana, a punição da tentativa é geralmente imposta apenas se o *objetivo* do agente foi o de provocar o dano proibido por lei. A responsabilidade por crime tentado pressupõe, portanto, que o objetivo consciente do agente seja causar o estado de coisas proscrito pela lei. Por outro lado, é cada vez mais frequente nas jurisdições da Europa continental que um agente possa ser responsabilizado por crime tentado desde que atue de forma leviana no que diz respeito à possibilidade de causar um dano.³⁷ As coisas nem sempre foram assim. Até finais do século XX, houve muito debate em algumas jurisdições da Europa continental sobre se o elemento subjetivo da tentativa deveria ser a leviandade ou a intenção.³⁸

Neste contexto, a abordagem do *civil law* gera uma responsabilidade por crime tentado mais ampla do que a abordagem do *common law*. Enquanto nas jurisdições da Europa continental a punição por tentativa pode ser imposta quando o réu atue com intenção, conhecimento ou leviandade, nas jurisdições anglo-americanas a responsabilidade só pode ser imposta quando o réu atue intencionalmente. Isto é particularmente interessante porque as regras europeias continentais que regem o *actus reus* da tentativa são significativamente restritas quando comparadas às regras anglo-americanas, mais amplas, especialmente aquelas modeladas pelo teste do passo substancial. O resultado disso é que houve uma expansão no âmbito da responsabilidade por crime tentado tanto nos países europeus continentais como nos países de *common law*. Note-se, contudo, que a expansão da responsabilidade por crime tentado nas jurisdições de *common law* é principalmente produto da flexibilização do elemento objetivo

³⁷ Vide, e.g., JAKOBS. *Op. cit.*

³⁸ Esta questão foi calorosamente debatida na Argentina. Vide, e.g., ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*, 2002, pp. 822-824.

da tentativa, enquanto a expansão nas jurisdições de *civil law* resulta principalmente da flexibilização do elemento subjetivo da tentativa.

Mas por que as jurisdições de *common law* e *civil law* expandiram a responsabilidade por crime tentado, mas concentrando-se em diferentes aspectos? Mais uma vez, a resposta parece depender da punição da tentativa ser vista como ferramenta para identificar agentes perigosos que precisam de correção ou se ela é concebida como forma de punir quem ameaça um bem jurídico. Como mecanismo para identificar indivíduos perigosos, a responsabilidade por crime tentado deveria focar principalmente a culpabilidade do agente. O fato de uma pessoa ter sido realmente ameaçada pela conduta do réu seria pouco relevante para avaliar a sua periculosidade. Em última análise, o que importa é se o propósito do agente de se envolver em conduta criminosa foi suficientemente firme para garantir a inferência de que o agente poderia consumir o delito se fosse deixado à própria sorte. Esta é a visão que teve muito apoio nas jurisdições anglo-americanas durante a segunda metade do século XX e explica por que os tribunais de *common law* se recusaram, em grande medida, a flexibilizar os requisitos subjetivos, ao mesmo tempo em que ampliaram o aspecto objetivo do início da execução. Em contraste, se a responsabilidade por crime tentado é vista como um instrumento para punir quem coloca um bem jurídico em perigo, o enfoque muda do plano subjetivo para o fato de a conduta externa do agente ter realmente colocado a vítima em perigo. De acordo com esta visão, o fato de o agente estar firmemente determinado a cometer um delito não é a característica central da punição por tentativa. O que é determinante é se a conduta chegou suficientemente perto da consumação para criar um risco real de dano. Isto explica por que os tribunais e doutrinadores de *civil law* relutam em flexibilizar o elemento objetivo da tentativa, embora estejam geralmente dispostos a punir a tentativa, mesmo quando não for claro que o intento do agente seria o de cometer um delito.

2. MENS REA – IMPRUDÊNCIA VS. DOLUS EVENTUALIS

Nas jurisdições europeias continentais, a forma mais abrandada de conduta dolosa é o “*dolus eventualis*”.^{NT 6} Para que um réu tenha agido com dolo eventual é preciso que estivesse consciente de que sua conduta poderia criar um risco injustificável do resultado desvalioso. Além do aspecto cognitivo, porém, atuar com dolo eventual exige tradicionalmente um certo tipo de atitude volitiva com relação ao risco criado. Não há consenso sobre qual tipo de atitude é realmente relevante. Para alguns, é preciso que o agente estivesse convencido de que atuaria mesmo que a consequência do seu atuar produzisse o dano proibido.³⁹ O agente “aceita”, assim, a causação do dano como um resultado possível e atua apesar de tal consciência. Para outros, o que importa é a “indiferença” e não a aceitação. De acordo com esta visão, um réu atuaria com dolo eventual se estivesse consciente de que sua conduta criaria um risco injustificável de dano e se estivesse indiferente quanto a ocorrência desse dano.⁴⁰

Em contrapartida, um réu que tenha consciência de que sua conduta cria um risco de dano, mas não lhe é indiferente, age com o que os doutrinadores europeus continentais chamam de *negligência consciente*. Neste caso, o réu acredita realmente que o resultado danoso não ocorrerá porque confia que será capaz de evitá-lo, fazendo uso de suas habilidades ou conhecimentos especiais.⁴¹ Portanto, a diferença entre um réu que atua com dolo eventual e aquele que atua com negligência consciente não reside em aferir o aspecto cognitivo dos riscos criados pela sua conduta. A diferença reside na atitude que o réu adota face ao risco que criou. Nos casos de dolo eventual, o agente não está confiante de que será capaz de evitar que o resultado ocorra, mas não se importa se o dano vai se materializar ou não. Por outro lado, nos casos de negligência consciente, o réu está confiante de que será capaz de impedir o resultado decorrente de sua conduta, acredita que será capaz de evitá-lo.

Diferenciar o dolo eventual da negligência consciente é essencial para separar comportamentos dolosos e comportamentos negligentes em países de *civil law*, pois o dolo eventual é considerado a forma mais branda de conduta dolosa, enquanto a negligência consciente é considerada uma modalidade de conduta negligência. Portanto, a diferença entre agir com dolo eventual ou negligência consciente é suma importância prática. Isto porque nas

^{NT 6} Doravante *dolo eventual*.

³⁹ Esta é a teoria da “aceitação” ou “aquiescência” do resultado. Vide LUZÓN PEÑA. *Op. cit.*, p. 246.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 250.

⁴¹ *Ibid.*, p. 306.

jurisdições da Europa continental a conduta negligente geralmente permanece impune.^{NT 7} Além disso, quando a transgressão por negligência é criminalizada, normalmente é punida em quantidade de pena significativamente menor do que a transgressão dolosa.

Embora a distinção entre dolo eventual e negligência consciente seja central para a forma como as jurisdições de *civil law* abordam a *mens rea* dos delitos, a distinção nunca chegou aos países de *common law*. O estado mental conhecido como *imprudência* (*recklessness*) é provavelmente o análogo anglo-americano mais próximo dessas categorias. De acordo com o Código Penal Modelo, um réu age de forma imprudente se estiver consciente de que sua conduta cria um risco substancial e injustificável do resultado danoso.⁴² Imprudência é um conceito central no Direito Penal anglo-americano, pois define os limites entre transgressões conscientes e inconscientes. A distinção é importante, visto que as transgressões inconscientes raramente são punidas em jurisdições de *common law*.⁴³ Além disso, nos poucos casos em que a transgressão inconsciente é punida, ela ocorre com sancionamento muito mais brando do que a transgressão consciente.

A diferença entre a imprudência do *common law* e os estados mentais do dolo eventual e da negligência consciente da Europa continental repousa no fato de que o réu atua de forma imprudente quando está consciente de que sua conduta cria um risco injustificável de dano, independentemente de estar indiferente ao dano ou confiar que será capaz de evitá-lo empregando suas habilidades especiais. Em sentido oposto, saber se um réu atua com dolo

^{NT 7} Trata-se do princípio da excepcionalidade do *crimen culpae*: “os crimes, em regra, são punidos a título de dolo; o tipo culposo tem que estar expressamente previsto na lei.” (SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Op. cit.*, p. 252).

⁴² Seção 2.02 do Código Penal Modelo.

⁴³ Nas jurisdições anglo-americanas, transgressões inconscientes são sinônimas de transgressões negligentes. A punição de transgressões negligentes (inconscientes) sempre foi exceção nas jurisdições de *common law*. A expressão “transgressão inconsciente” é usada ao invés da expressão mais comum “transgressão negligente”, a fim de evitar confusão com a forma europeia continental de conceitualizar a negligência. Nas jurisdições de *civil law*, o crime negligente tem tradicionalmente abarcado tanto a “negligência consciente” como a “negligência inconsciente”. Portanto, embora a distinção entre transgressões dolosas e transgressões negligentes seja de importância central tanto nos países de *common law* como nos países de *civil law*, a distinção não significa necessariamente a mesma coisa em ambos os sistemas jurídicos. Nas jurisdições anglo-americanas, a distinção dolo/negligência leva em consideração a diferença entre a criação de risco consciente (dolo) e risco inconsciente (negligência). Por outro lado, nas jurisdições da Europa continental, a distinção entre dolo/negligência não leva em consideração a diferença entre a criação de risco consciente e risco inconsciente, pois a criação de risco consciente é um elemento tanto de um certo tipo de dolo (*dolus eventualis*) como de um certo tipo de negligência (negligência consciente).

eventual ou negligência consciente depende, em última análise, de aferir se ele está indiferente ao dano ou se confia que será capaz de evitá-lo. Consequentemente, o estado mental da imprudência no âmbito anglo-americano abarca tanto o dolo eventual quanto a negligência consciente.

A tabela a seguir traz as diferenças entre os estados mentais do dolo eventual e da negligência consciente da Europa continental e o estado mental da imprudência do *common law*:

Estado Mental	Consciência sobre o risco criado	Indiferença para com a ocorrência do resultado	Confiança na habilidade de evitar o resultado
<i>Imprudência</i>	Sim	Irrelevante	Irrelevante
<i>Dolo eventual</i>	Sim	Sim	Não
<i>Negligência consciente</i>	Sim	Não	Sim

À luz das diferenças entre esses estados mentais, certos casos podem acarretar a responsabilização penal com resultados significativamente diferentes se forem abordados na perspectiva do *civil law* ou do *common law*. Tome-se, por exemplo, as circunstâncias fáticas que deram origem ao porto-riquenho Caso *Pueblo vs. Colón Soto*.⁴⁴ Dois amigos estavam bebendo em um bar local. Depois de alguns coquetéis, o réu sugeriu que poderia retirar o boné da cabeça do amigo com um único disparo de arma de fogo. O amigo concordou em ficar imóvel e permitir que o réu disparasse. O disparo do réu errou o boné, mas atingiu a cabeça do amigo, matando-o. O réu foi acusado de homicídio doloso. O advogado de defesa argumentou, no entanto, que ele deveria ser condenado por homicídio culposo.

A Suprema Corte de Porto Rico concluiu que o réu poderia ser responsabilizado por homicídio doloso, pois tentar tirar um boné de beisebol da cabeça de alguém com disparo de uma arma de fogo é um ato repleto de perigos. A partir disto, os analistas do caso poderiam

⁴⁴ *Pueblo v. Colón Soto*, 109 D.P.R. 545 (1980).

justificadamente inferir que o réu estava consciente de que seu ato criaria um risco injustificável de morte. Esta é a forma como o caso normalmente seria abordado nas jurisdições anglo-americanas, para as quais o réu teria agido de forma imprudente diante da ciência de que o seu ato colocou injustificadamente em perigo a vida de outra pessoa. Por isso, ele poderia ser responsabilizado por transgressão consciente, que é punida de forma significativamente mais severa do que a transgressão inconsciente.

O caso poderia muito bem ser decidido de forma completamente diferente nas jurisdições da Europa continental, tendo em vista que a consciência da criação do risco pelo comportamento do agente não é suficiente para desencadear a responsabilidade mais significativa associada à atuação, ou seja, com dolo eventual. Além disso, é preciso verificar se o agente estava indiferente à materialização ou não do resultado danoso. Embora não esteja claro se o réu no Caso *Colón Soto* fora indiferente à morte do seu amigo, há algumas circunstâncias que sugerem que ele não foi. Primeiro, o réu parecia bastante confiante na própria capacidade de atirar no chapéu do amigo sem causar-lhe danos físicos. Em segundo lugar, as pessoas geralmente não ficam indiferentes ao fato de matarem seus amigos com um tiro na cabeça. Como resultado, as evidências provavelmente respaldariam a inferência de que o réu confiava que não mataria seu amigo. Isto sugere que se poderia argumentar, de forma plausível, que o réu agiu com negligência consciente, ao invés de dolo eventual. Se assim for, o réu poderia ser condenado por homicídio culposo, mesmo que o tribunal estivesse convencido de que ele estava consciente de que a sua conduta havia criado um risco injustificável de morte. Nestas circunstâncias, a condenação de um réu por homicídio negligente seria difícil de se imaginar na esfera anglo-americana. No mínimo, tal conduta seria punida como homicídio imprudente (*reckless homicide*) ou mesmo assassinato (*murder*).⁴⁵

Curiosamente, parece que nos últimos anos a distinção entre dolo eventual e negligência consciente tem sido cada vez mais posta em causa. A questão tem sido discutida principalmente pelos tribunais e doutrinadores europeus continentais, que têm defendido a chamada “teoria da probabilidade” do dolo eventual. De acordo com esta teoria, um réu atua com dolo eventual

⁴⁵ O homicídio imprudente é o tipo mais abrandado de homicídio consciente punido nas jurisdições anglo-americanas. O homicídio imprudente exige que o agente esteja consciente de que sua conduta cria um risco injustificável de morte. Diversamente, o assassinato em geral exige que a conduta do agente revele “grave indiferença ao valor da vida humana”. Não está claro se o requisito da grave indiferença é um estado mental adicional à consciência do risco ou se é uma forma de fazer uma distinção objetiva entre riscos que sejam altamente prováveis e riscos que sejam menos prováveis.

quando claramente percebe o perigo criado por sua conduta e mesmo assim atua apesar desta consciência.⁴⁶ Diversamente, um réu atua com negligência consciente quando não avalia adequadamente o perigo criado pela sua conduta. Na sua versão mais extrema, esta teoria leva a uma constatação da intenção sempre que o agente se encontre consciente de que sua conduta cria um irrazoável risco de resultado danoso. Muitos estudiosos em todo o domínio do *civil law* têm endossado esta teoria cognitiva sobre dolo eventual.⁴⁷ Alguns tribunais estão começando a trilhar o mesmo caminho.⁴⁸

Se esta tendência continuar, as diferenças entre o estado mental de dolo eventual do *civil law* e o estado mental de imprudência do *common law* irão se tornar menos significativas. Este é talvez um dos casos em que o que tradicionalmente tem sido considerado um ponto de divergência entre o Direito Penal anglo-americano e o Direito Penal europeu continental, pode acabar se tornando um ponto de convergência. De forma surpreendente, se isso acontecer, terá sido principalmente como consequência de doutrinadores e tribunais europeus continentais terem abandonado ou repensado a abordagem tradicional volitiva do dolo eventual, ao invés de tribunais e doutrinadores anglo-americanos terem complementado a categoria da imprudência com estados mentais adicionais, tais como “aceitação” ou “indiferença”.

As razões subjacentes a este repensar do dolo eventual nos países da Europa continental são bastante evidentes. Em primeiro lugar, é questionável sustentar que o agente que atua com consciência de que a sua conduta cria um risco de dano, mas está indiferente quanto a ocorrência desse resultado, é significativamente mais merecedor de censura do que o agente que está igualmente consciente do risco, mas confia levemente que será capaz de evitá-lo. Por que deveria a lei favorecer aqueles que se envolvem de forma consciente em empreendimentos arriscados quando acreditam tolaemente que não haverá danos daí resultantes? Em segundo lugar, é muito difícil comprovar no processo penal que alguém estava consciente de um risco, mas a ele era indiferente, ou que estava consciente do risco, mas pensava que poderia evitá-lo. Exigir que o Ministério Público comprove em juízo a indiferença ou aceitação, além de comprovar a consciência, seria lhe impor um ônus probatório com um custo muito superior ao benefício processual correspondente na discussão da causa. Este problema é agravado em

⁴⁶ Vide, e.g., MIR PUIG. *Op. cit.*, pp. 267-268.

⁴⁷ Na Espanha, vide, e.g., MIR PUIG. *Ibid.* Na Alemanha, vide JAKOBS. *Op. cit.*, pp. 329-330.

⁴⁸ Os tribunais espanhóis, por exemplo, parecem avançar lentamente nesta direção. Vide MIR PUIG. *Ibid.*, p. 278.

jurisdições que instituem julgamentos dos crimes dolosos pelo júri. Se a distinção entre dolo eventual e negligência consciente tem confundido juízes e acadêmicos durante décadas, é difícil imaginar quanta confusão adicional semeiam nas mentes dos jurados leigos.

Sendo assim, não é surpreendente que o apoio à forma tradicional de distinção entre dolo eventual e negligência consciente esteja recuando nas jurisdições da Europa continental. O que surpreende, contudo, é que esta erosão dos apoiadores tem passado relativamente despercebida no âmbito anglo-americano, especialmente diante da tendência nos países de *civil law* no sentido de caminhar para algo mais próximo da adoção do estado mental de imprudência do *common law*. Contraditoriamente, a experiência da Europa continental com o dolo eventual é por vezes citada no círculo anglo-americano como uma evidência de que adicionar “aceitação” ou um elemento volitivo equivalente para a categoria da imprudência seria uma proposta sensata e viável.⁴⁹ A trajetória do dolo eventual sugere o contrário. O embate dos tribunais e doutrinadores de *civil law* com o dolo eventual tem sido tão intenso que muitos estão agora lentamente redefinindo o dolo eventual, de forma a eliminar a referência a “aceitação” ou estados mentais semelhantes. Torna-se, portanto, problemático propor que a comunidade jurídica anglo-americana caminhe na direção do dolo eventual quando aqueles que o abraçaram durante tantas décadas estão começando a dele se distanciar.

VI. CONCLUSÃO

Há muita utilidade em uma abordagem do Direito Penal a partir de uma perspectiva comparada. A relevância do Direito Penal Comparado para o Direito Penal Internacional é óbvia. Embora menos evidente, a realização de análises comparadas também pode ser relevante no contexto nacional. Muito pode ser aprendido com a compreensão de como os sistemas jurídicos estrangeiros têm abordado questões importantes da teoria do delito. Essa compreensão pode ajudar os doutrinadores locais a identificar correntes doutrinárias de Direito Penal que precisam mudar. Pode também ajudar a jurisprudência nacional na interpretação de dispositivos constitucionais relacionados com o Direito Penal material. Embora os benefícios do

⁴⁹ Vide, e.g., MICHAELS, Alan C. *Acceptance: The Missing Mental State*. In *Southern California Law Review*. Vol. 71, 1998, p. 953.

envolvimento em uma análise comparada possam ser consideráveis, é importante proceder com cautela na comparação entre as leis penais de diferentes jurisdições. Barreiras linguísticas dificultam o acesso a fontes estrangeiras de Direito Penal. Além disso, o conteúdo e o âmbito das leis penais de uma jurisdição estrangeira não podem ser totalmente compreendidos sem que se leve em consideração as contingências históricas e culturais que ajudaram a moldar as leis em questão. Não obstante, vale a pena despende o esforço necessário para superar esses obstáculos. Como mostra a discussão deste artigo sobre dolo eventual e imprudência, a análise comparada permite repensar as abordagens atuais do Direito Penal à luz das experiências que outros países tiveram ao lidar com problemas semelhantes. Ademais, como revela a breve análise comparada deste texto sobre a responsabilidade por crime tentado, o Direito Penal Comparado oferece uma oportunidade para compreender melhor por que o Direito Penal interno adotou o seu formato atual.

BIBLIOGRAFIA

- ANDENAES, Johannes. *The General Part of the Criminal Law of Norway*. Trad. Thomas Ogle, 1965.
- CHIESA, Luis E. *Substantive Criminal Law: Cases, Comments and Comparative Materials*, 2014.
- DAMASKA, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, 1986.
- DRESSLER, Joshua. *Understanding Criminal Law*, 2021.
- DUBBER, Markus D. 'Comparative Criminal Law'. In M. Reimann and R. Zimmerman (Eds). *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006.
- DUBBER, Markus D.; HELLER, Kevin J. (Eds). *Handbook of Comparative Criminal Law*, 2011.
- ESER, Albin; FLETCHER, George P.; CORNILS, Karin (Eds). *Justification and Excuse: Comparative Perspectives*, 1987.
- FLETCHER, George P. *Basic Concepts of Criminal Law*, 1998.
- FLETCHER, George P. *Rethinking Criminal Law*, 1978.
- FLETCHER, George P. *The Right Deed for the Wrong Reason: A Reply to Mr. Robinson*. In U.C.L.A. Law Review. Vol. 23, 1975.

- GULLCO, Hernán; HENDLER, Edmundo. *Casos de Derecho Penal Comparado*, 2003.
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General*. Trad. Cuello Contreras et al., 1995.
- LAFAVE, Wayne R. *Substantive Criminal Law*, 2ª ed., 2003.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. 2ª ed., 2012.
- MICHAELS, Alan C. *Acceptance: The Missing Mental State*. In *Southern California Law Review*. Vol. 71, 1998.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 7ª ed., 2004.
- REED, Alan; BOHLANDER, Michael (Eds.). *General Defences: Domestic and Comparative Perspectives*, 2014.
- REED, Alan; BOHLANDER, Michael (Eds.). *Loss of Control and Diminished Responsibility: Domestic, Comparative and International Perspectives*, 2013.
- REED, Alan; BOHLANDER, Michael (Eds.). *Participation in Crime: Domestic and Comparative Perspectives*, 2013.
- ROBINSON, Paul H. *A Theory of Justification: Societal Harm as a Prerequisite for Criminal Liability*. In *U.C.L.A. Law Review*. Vol. 23, 1975.
- WEIGEND, Thomas. 'Criminal Law and Criminal Procedure'. In Jan M. Smits (Ed.). *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2012.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Trad. Bustos et al. 11ª ed., 1997.
- WHITMAN, James Q. *Harsh Justice: Criminal Punishment and the Widening Divide Between America and Europe*, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*, 2002.