

Orlando Faccini Neto

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa, Portugal. Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Especialista em Direito Constitucional. Professor de Direito Constitucional, Direito Penal e Processo Penal. Leciona na Escola Superior da Magistratura/RS. Professor convidado dos Cursos de Pós-Graduação no IDC – Porto Alegre, IDP – Brasília e Escola da Magistratura Federal – ESMAFE. Representante da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, junto à ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, de 2014 a 2016. Delegado Brasileiro em Direito Penal junto à União Internacional dos Magistrados – UIM, nos Encontros da Cidade do México (2016), Barcelona (2015) e Foz do Iguaçu (2014). Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Sul. Durante o ano de 2016 atuou junto ao Gabinete do Ministro Felix Fischer, no Superior Tribunal de Justiça, em Brasília/DF.

TEORIA GERAL DO CRIME

Curitiba
Juruá Editora
2017

Visite nossos *sites* na Internet
www.jurua.com.br e
www.editorialjurua.com
e-mail: editora@jurua.com.br

ISBN: 978-85-362-7153-8

JURUÁ
EDITORA

Brasil – Av. Munhoz da Rocha, 143 – Juvevê – Fone: (41) 4009-3900
Fax: (41) 3252-1311 – CEP: 80.030-475 – Curitiba – Paraná – Brasil

Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Fone: (351) 223 710 600 –
Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

Faccini Neto, Orlando.

F137 Teoria geral do crime./ Orlando Faccini Neto./
Curitiba: Juruá, 2017.
680p.

1. Direito penal. 2. Constitucionalismo. 3. Crime – Teoria. I. Título.

CDD 345.05 (22.ed.)
CDU 343.2

000113

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
-------------------------	----

Parte 1

DA CONSTITUIÇÃO AO DIREITO PENAL

1 – PLANO GERAL DA PARTE 1	33
2 – O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E SEUS COROLÁRIOS EM MATÉRIA PENAL	37
1 Quadro Esquemático Geral	37
1.1 Marco normativo	37
1.2 Positivismo jurídico: primeira abordagem.....	40
1.3 Onipotência do legislador.....	43
1.4 Sentença.....	44
1.5 Formalismo.....	47
1.6 Derivações.....	50
2 A Ascensão dos Princípios e seu Primeiro Corolário: Limitações à Atividade Parlamentar	60
2.1 Sentido dos limites.....	61
2.2 Protagonismo da lei	62
2.3 Breve olhar sobre a dogmática.....	64
2.4 Fontes	67
2.5 Legística	71
3 Segundo Corolário: Limitações aos Juízes.....	74
3.1 Direitos dos intérpretes.....	75
3.2 Hermenêutica: visão primeira	75
3.3 Resposta correta.....	78
3.4 Tradição.....	82
3.5 Relativismo.....	84
3.6 Ontologia da compreensão	87
3.7 Método (I).....	91
3.8 Círculo hermenêutico	94
3.8.1 O todo fundante.....	96

3 – DIMENSÕES DOS PRINCÍPIOS	101
1 Elementos para uma Discussão Moral	101
1.1 Realismo	101
1.2 Decisões valorativas	105
1.3 Técnica ou humanística	107
1.4 Mediações interpretativas	109
1.5 Originalismo	110
1.6 Uma alegoria	113
1.7 Independência do valor.....	118
1.8 Espaço livre do direito.....	119
1.9 Subjetivismo axiológico	121
2 Uma (Re)aproximação à Filosofia dos <i>Valores</i>	125
2.1 Materialidade.....	125
2.2 Essencialidades.....	128
2.3 Mediação do sujeito.....	130
2.4 Modelo de regras e princípios (I).....	134
2.5 Crítica e crítica da crítica	137
2.6 Dignidade	142
2.7 Trunfos	144
2.8 Liberdade (I).....	145
3 A Questão Política: Democracia	148
3.1 Ainda o relativismo	148
3.2 Vocação majoritária (I).....	150
3.3 Jurisdição constitucional.....	152
3.4 Procedimentalismo	157
3.5 Substancialismo	164
3.6 Vocação majoritária (II)	167
4 Os Princípios e sua Dimensão Hermenêutica.....	172
4.1 Ponderação	172
4.2 Relativismo axiológico.....	174
4.3 Decisões e princípios.....	179
4.4 Modelo de regras e princípios (II)	184
4.5 Perspectiva hermenêutica	186
4.6 Integridade.....	188
4.7 Leitura moral	191
4.8 Corrente do direito.....	192
5 Uma Hermenêutica para o Direito Penal.....	195
5.1 Método (II)	196
5.2 Caráter produtivo	201
5.3 Aplicação.....	202
5.4 Dogmática	206

5.5	Linguagem.....	208
5.6	Faticidade	209
5.7	Tradição e história	211
5.8	Pré-compreensão constitucional adequada (I)	212
4 –	ESTADO ATUAL DA TEORIA DO CRIME E A QUESTÃO DO OLVIDO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL.....	215
1	O Tipo Penal e suas Funções Tradicionais.....	215
1.1	Subsunção.....	216
1.2	Redução formalista.....	218
1.3	Deslocamento do poder	222
1.4	Elementos negativos	224
1.5	Tipicidade conglobante.....	226
1.6	Prioridade	229
1.7	Concepção constitucional	232
2	A Ilicitude e suas Excludentes	238
2.1	Convergências	238
2.2	Terminologia	239
2.3	Unidade (I)	240
2.4	Unidade (II).....	243
2.5	Ilicitude material.....	249
2.6	Conteúdo valorativo	251
3	A Temática da Culpa (Culpabilidade).....	253
3.1	Dignidade e censura (I).....	253
3.2	A <i>posição</i> do dolo.....	255
3.3	Vontade	257
3.4	Indiferença (I).....	259
3.5	Esvaziamento da culpa	266
3.6	Política criminal e prevenção.....	269
3.7	Vulnerabilidade	272
3.8	Dignidade e censura (II)	274
4	Razões do Esquecimento e Crítica: Conclusões Provisórias.....	281
4.1	Primado do sistema.....	281
4.2	Dirigismo constitucional.....	283
4.3	Funcionalização e política criminal	285
4.4	Legitimação interna	289
4.5	Legitimação material	292
4.6	Fundamentação constitucional.....	294

Parte 2

DO DIREITO PENAL À CONSTITUIÇÃO

5 –	PLANO GERAL DA PARTE 2	299
------------	-------------------------------------	------------

6 – IMPLICAÇÕES CONSTITUCIONAIS NA TEORIA DO TIPO PENAL	305
1 Modelos de Incriminações Derivados da Constituição	305
1.1 Gerações dos direitos fundamentais.....	305
1.2 Conexão axiológica	308
1.3 Dimensão objetiva	310
1.4 Deveres de proteção (I).....	312
1.5 Teoria constitucional e dogmática penal.....	314
1.6 Deveres de proteção (II)	316
1.7 Proporcionalidade	319
1.8 Crítica	322
2 A Vocação Constitucional da Proibição de Insuficiência.....	330
2.1 Modelos de rela�o entre a Constitui�o e o sistema penal	330
2.2 Determina�es expressas na Constitui�o brasileira (I).....	333
2.3 Um desvio para a <i>Escola de Frankfurt</i>	338
2.4 Determina�es expressas na Constitui�o brasileira (II)	340
2.5 Tipos de inconstitucionalidade	343
2.6 Teste (I): a lei brasileira sobre o estupro	347
2.7 Teste (II): interpreta�o conforme a Constitui�o.....	354
3 Desenvolvimentos � Temática do Bem Jurídico	358
3.1 Instabilidades.....	358
3.2 Parâmetros (I)	361
3.3 Pr�-compreensão constitucional adequada (II)	365
3.4 Capacidade de rendimento.....	371
3.5 A vítima.....	375
3.6 Prote�o de expectativas.....	377
4 Da Prote�o dos Interesses Coletivos � Prote�o dos Interesses de Minorias	385
4.1 Parâmetros (II).....	385
4.2 Reconhecimento	387
4.3 Criminalidade econ�mica (I).....	393
4.4 Criminalidade econ�mica (II).....	397
4.5 Valores.....	402
4.6 Animais (I)	405
4.7 Reminiscência (I).....	407
4.8 Animais (II).....	409
4.9 Condi�o humana	410
7 – TEMAS FUNDAMENTAIS PARA UMA VERSÃO CONSTITUCIONALIZADA DA ILICITUDE	411
1 A Legítima Defesa e a Discussão de G�nero: Interpreta�o Conforme a Constitui�o	411
1.1 Judy Norman	411
1.2 Justifica�o	412

1.3	Fundamentos (I).....	416
1.4	Fundamentos (II)	422
1.5	Reminiscência (II)	425
1.6	Interpretação conforme a Constituição	430
1.7	Igualdade	432
2	Pobreza Extrema e Estado de Necessidade: Crítica à Abstração Dogmática	435
2.1	Valor do ato e valor do autor	435
2.2	Referência a princípios	436
2.3	Divergências e: a que tem servido essa causa de justificação? (I)	437
2.4	Divergências e: a que tem servido essa causa de justificação? (II).....	440
2.5	Teoria unitária e teoria diferenciadora	443
2.6	Solidariedade e igualdade, ou desigualdade e solidariedade.....	452
3	Controvérsias sobre o Aborto e o Direito de Morrer, ou a Recusa em Continuar Vivo	457
3.1	O aborto em Portugal.....	457
3.2	O aborto alhures	463
3.3	A condição feminina (I).....	465
3.4	Outro lado do argumento	468
3.5	A condição feminina (II)	470
3.6	Eutanásia(s)	473
3.7	Eutanásia ativa.....	477
4	Expressões da Individualidade: das Crenças e seus Potenciais Limites frente à Igualdade de Proteção das Vítimas até o Porte de Drogas para Consumo Próprio.....	484
4.1	Porte de entorpecente para consumo (I).....	485
4.2	O quadro brasileiro	486
4.3	Porte de entorpecente para consumo (II)	489
4.4	Tolerância e paternalismo	492
4.5	Estilo de vida e responsabilidade pessoal (I)	496
4.6	Estilo de vida e responsabilidade pessoal (II).....	499
4.7	Escolhas determinadas por terceiros: a excisão do clitóris feminino	502
4.8	O valor que encerra o ato.....	506
8 –	UMA IDEIA DE <i>CULPA</i> CONSTITUCIONAL.....	511
1	A Dignidade da Pessoa como Lastro para a Culpa Penal.....	511
1.1	Liberdade (II).....	512
1.2	Liberdade e culpa, ou crime e castigo (I).....	514
1.3	Determinismo hipotético	515
1.4	Neurociências e condição de controle.....	517
1.5	Linguagem em primeira pessoa	521
1.6	Linguagem em terceira pessoa.....	524
1.7	Liberdade e requerimento democrático.....	525

1.8	Personalidade e culpa	531
1.9	Consequências normativas.....	540
2	A Culpa e a Individualidade do Sujeito	548
2.1	As emoções e sua influência no juízo de culpa (I).....	549
2.2	Emoções e racionalidade	551
2.3	As emoções e sua influência no juízo de culpa (II).....	558
2.4	Gnosiologia	561
2.5	Indiferença (II).....	565
3	A Dimensão Política da Censura Penal Constitucionalmente Fundamentada.....	569
3.1	Prevenção geral e prevenção especial.....	569
3.2	Liberdade e culpa, ou crime e castigo (II)	573
3.3	Omissão	575
3.4	Pena retributiva (I).....	581
3.5	Pena retributiva (II)	585
3.6	Funcionalização da pena.....	587
3.7	Pena: liberdade, igualdade, responsabilidade e autonomia	589
	SÍNTESE	599
	REFERÊNCIAS	601
	ÍNDICE ALFABÉTICO	663