STJ00117437

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. Professor de Direito Penal da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS e do Curso de Mestrado em Direito do IDP – Brasília. Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Sul.

TEORIA GERAL DO CRIME

2ª Edição

Curitiba
Juruá Editora
2023

STJ00117437

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

A presente obra foi aprovada pelo Conselho Editorial Científico da Juruá Editora, adotando-se o sistema *blind view* (avaliação às cegas). A avaliação inominada garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a autonomia do Conselho Editorial, consoante as exigências das agências e instituições de avaliação, atestando a excelência do material que ora publicamos e apresentamos à sociedade.

ISBN: 978-65-263-0451-8

JURUÁ EDITORA **Brasil** – R. Flávio Dallegrave, 7.665 – São Lourenço – Fone: (41) 4009-3900 – CEP: 82.210-310 – 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: Luiz Augusto de Oliveira Junior

Faccini Neto, Orlando.
F137 Teoria geral do crime. 2ª Edição / Orlando Faccini Neto./ Curitiba: Juruá, 2023.
656p.

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

CDD 345.05 (22.ed.)
CDU 343.2

00028

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Bibliotecária: Maria Isabel Schiavon Kinasz, CRB9 / 626

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 21

PARTE 1
DA CONSTITUIÇÃO AO DIREITO PENAL

1 PLANO GERAL DA PARTE 1 35

2 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E SEUS COROLÁRIOS EM MATÉRIA PENAL 39

1 QUADRO ESQUEMÁTICO GERAL 39
1.1 Marco Normativo 39
1.2 Positivismo Jurídico: Primeira Abordagem 42
1.3 Onipotência do Legislador 45
1.4 Sentença 46

2 A ASCENSÃO DOS PRINCÍPIOS E SEU PRIMEIRO COROLÁRIO: LIMITAÇÕES À ATIVIDADE PARLAMENTAR 62
2.1 Sentido dos Limites 62
2.2 Protagonismo da Lei 64
2.3 Breve Olhar Sobre a Dogmática 66
2.4 Fontes 68
2.5 Legística 73

3 SEGUNDO COROLÁRIO: LIMITAÇÕES AOS JUÍZES 76
3.1 Direitos dos Intérpretes 76
3.2 Hermenêutica: Visão Primeira 77
3.3 Resposta Correta 80
3.4 Tradição 83
3.5 Relativismo 86
3.6 Ontologia da Compreensão 89
3.7 Método (I) 92

STJ00117437

3.8 Círculo Hermenêutico 95
3.8.1 O todo fundante 98

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 VALORES 124
2.1 Materialidade 125
2.2 Essencialidades 127
2.3 Mediação do Sujeito 130
2.4 Modelo de Regras e Princípios (I) 134
2.5 Crítica e Crítica da Crítica 136
2.6 Dignidade 141
2.7 Trunfos 143
2.8 Liberdade (I) 145
3 A QUESTÃO POLÍTICA: DEMOCRACIA 147
3.1 Ainda o Relativismo 147
3.2 Vocação Majoritária (I) 149
3.3 Jurisdição Constitucional 151
3.4 Procedimentalismo 156
3.5 Substancialismo 163
3.6 Vocação Majoritária (II) 166
4 OS PRINCÍPIOS E SUA DIMENSÃO HERMENÊUTICA 171
4.1 Ponderação 171
4.2 Relativismo Axiológico 173
4.3 Decisões e Princípios 178
4.4 Modelo de Regras e Princípios (II) 183

4.5 Perspectiva Hermenêutica 185
4.6 Integridade 187
4.7 Leitura Moral 189
4.8 Corrente do Direito 191
5 UMA HERMENÊUTICA PARA O DIREITO PENAL 194
5.1 Método (II) 195
5.2 Caráter Produtivo 200
5.3 Aplicação 201
5.4 Dogmática 205
5.5 Linguagem 207
5.6 Faticidade 208
5.7 Tradição e História 210
5.8 Pré-Compreensão Constitucional Adequada (I) 211

4 ESTADO ATUAL DA TEORIA DO CRIME E A QUESTÃO DO OLVIDO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL 213

1 O TIPO PENAL E SUAS FUNÇÕES TRADICIONAIS 213
1.1 Subsunção 214
1.2 Redução Formalista 216
1.3 Deslocamento do Poder 220
1.4 Elementos Negativos 222
1.5 Tipicidade Conglobante 224
1.6 Prioridade 227
1.7 Concepção Constitucional 230
2 A ILICITUDE E SUAS EXCLUDENTES 236
2.1 Convergências 236
2.2 Terminologia 237
2.3 Unidade (I) 238
2.4 Unidade (II) 241
2.5 Ilicitude Material 247
2.6 Conteúdo Valorativo 249
3 A TEMÁTICA DA CULPA (CULPABILIDADE) 251
3.1 Dignidade e Censura (I) 251
3.2 A Posição do Dolo 252
3.3 Vontade 255
3.4 Indiferença (I) 257

STJ00117437

3.5 Esvaziamento da Culpa 263
3.6 Política Criminal e Prevenção 266
3.7 Vulnerabilidade 269
3.8 Dignidade e Censura (II) 272
4 RAZÕES DO ESQUECIMENTO E CRÍTICA: CONCLUSÕES PROVISÓRIAS 278
4.1 Primado do Sistema 278
4.2 Dirigismo Constitucional 280
4.3 Funcionalização e Política Criminal 282
4.4 Legitimação Interna 285
4.5 Legitimação Material 289
4.6 Fundamentação Constitucional 291

PARTE 2
DO DIREITO PENAL À CONSTITUIÇÃO

5 PLANO GERAL DA PARTE 2 295

6 IMPLICAÇÕES CONSTITUCIONAIS NA TEORIA DO TIPO PENAL 301

1 MODELOS DE INCRIMINAÇÕES DERIVADOS DA CONSTITUIÇÃO 301
1.1 Gerações dos Direitos Fundamentais 302
1.2 Conexão Axiológica 304
1.3 Dimensão Objetiva 306
1.4 Deveres de Proteção (I) 308
1.5 Teoria Constitucional e Dogmática Penal 310
1.6 Deveres de Proteção (II) 313
1.7 Proporcionalidade 315
1.8 Crítica 318
2 A VOCAÇÃO CONSTITUCIONAL DA PROIBIÇÃO DE INSUFICIÊNCIA 325
2.1 Modelos de Relação entre a Constituição e o Sistema Penal 326
2.2 Determinações Expressas na Constituição Brasileira (I) 329
2.3 Um Desvio para a Escola de Frankfurt 334
2.4 Determinações Expressas na Constituição Brasileira (II) 336
2.5 Tipos de Inconstitucionalidade 338
2.6 Teste (I): A Lei Brasileira sobre o Estupro 343

STJ00117437

2.7 Teste (II): Interpretação Conforme a Constituição 349
3 DESENVOLVIMENTOS À TEMÁTICA DO BEM JURÍDICO 353
3.1 Instabilidades 354
3.2 Parâmetros (I) 356
3.3 Pré-Compreensão Constitucional Adequada (II) 360
3.4 Capacidade de Rendimento 366
3.5 A Vítima 370
3.6 Proteção de Expectativas 371
4 DA PROTEÇÃO DOS INTERESSES COLETIVOS À PROTEÇÃO DOS INTERESSES DE MINORIAS 379
4.1 Parâmetros (II) 380
4.2 Reconhecimento 381
4.3 Criminalidade Econômica (I) 387
4.4 Criminalidade Econômica (II) 391
4.5 Valores 396
4.6 Animais (I) 399
4.7 Reminiscência (I) 401
4.8 Animais (II) 403
4.9 Condição Humana 404

7 TEMAS FUNDAMENTAIS PARA UMA VERSÃO CONSTITUCIONALIZADA DA ILICITUDE 405

1 A LEGÍTIMA DEFESA E A DISCUSSÃO DE GÊNERO: INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO 405
1.1 Judy Norman 405
1.2 Justificação 406
1.3 Fundamentos (I) 410
1.4 Fundamentos (II) 416
1.5 Reminiscência (II) 419
1.6 Interpretação Conforme a Constituição 424
1.7 Igualdade 426
2 POBREZA EXTREMA E ESTADO DE NECESSIDADE: CRÍTICA À ABSTRAÇÃO DOGMÁTICA 428
2.1 Valor do Ato e Valor do Autor 429
2.2 Referência a Princípios 430
2.3 Divergências e: a Que Tem Servido essa Causa de Justificação? (I) 431

2.4 Divergências e: a Que tem Servido essa Causa de Justificação? (II) 434
2.5 Teoria Unitária e Teoria Diferenciadora 436
2.6 Solidariedade e Igualdade, ou Desigualdade e Solidariedade 446
3 CONTROVÉRSIAS SOBRE O ABORTO E O DIREITO DE MORRER, OU A RECUSA EM CONTINUAR VIVO 450
3.1 O Aborto em Portugal 451
3.2 O Aborto Alhures 456
3.3 A Condição Feminina (I) 459
3.4 Outro Lado do Argumento 461
3.5 A Condição Feminina (II) 464
3.6 Eutanásia(s) 467
3.7 Eutanásia Ativa 471
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 477
4.1 Porte de Entorpecente para Consumo (I) 478
4.2 O Quadro Brasileiro 479
4.3 Porte de Entorpecente para Consumo (II) 482
4.4 Tolerância e Paternalismo 485
4.5 Estilo de Vida e Responsabilidade Pessoal (I) 489
4.6 Estilo de Vida e Responsabilidade Pessoal (II) 492
4.7 Escolhas Determinadas por Terceiros: A Excisão do Clitóris Feminino 495
4.8 O Valor que Encerra o Ato 499

8 UMA IDEIA DE CULPA CONSTITUCIONAL 503

1 A DIGNIDADE DA PESSOA COMO LASTRO PARA A CULPA PENAL 503
1.1 Liberdade (II) 504
1.2 Liberdade e Culpa, ou Crime e Castigo (I) 506
1.3 Determinismo Hipotético 507
1.4 Neurociências e Condição de Controle 509
1.5 Linguagem em Primeira Pessoa 513
1.6 Linguagem em Terceira Pessoa 516
1.7 Liberdade e Requerimento Democrático 517
1.8 Personalidade e Culpa 523

STJ00117437

1.9 Consequências Normativas 531
2 A CULPA E A INDIVIDUALIDADE DO SUJEITO 540
2.1 As Emoções e sua Influência no Juízo de Culpa (I) 540
2.2 Emoções e Racionalidade 542
2.3 As Emoções e sua Influência no Juízo de Culpa (II) 550
2.4 Gnosiologia 552
2.5 Indiferença (II) 556
3 A DIMENSÃO POLÍTICA DA CENSURA PENAL CONSTITUCIONALMENTE FUNDAMENTADA 560
3.1 Prevenção Geral e Prevenção Especial 560
3.2 Liberdade e Culpa, ou Crime e Castigo (II) 564
3.3 Omissão 566
3.4 Pena Retributiva (I) 571
3.5 Pena Retributiva (II) 575
3.6 Funcionalização da Pena 578
3.7 Pena: Liberdade, Igualdade, Responsabilidade e Autonomia 580
SÍNTESE 589
REFERÊNCIAS 591
ÍNDICE REMISSIVO 637