

ERIC HILGENDORF

BRIAN VALERIUS

DIREITO PENAL

PARTE GERAL

Tradução da 2ª edição alemã e comentários de
adaptação para o direito brasileiro
por Orlandino Gleizer

 Marcial
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

Direito Penal. Parte Geral

Eric Hilgendorf e Brian Valerius

Título original

Strafrecht. Allgemeiner Teil

Tradução da 2ª edição alemã e comentários de adaptação para o direito brasileiro

Orlandino Gleizer

Editoração eletrônica

Ida Gouveia / HBLYZ / Oficina das Letras®

Todos os direitos reservados.

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

**CIP-Brasil. Catalogação na Publicação
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ**

H543d

Hilgendorf, Eric

Direito penal : parte geral / Eric Hilgendorf, Brian Valerius ; tradução
Orlandino Gleizer. - 1. ed. - São Paulo: Marcial Pons, 2019.

Tradução de: Strafrecht. Allgemeiner Teil

Inclui bibliografia e índice

ISBN 9788566722642

1111202
I. Direito penal. I. Valerius, Brian. II. Gleizer, Orlandino. III. Título.

19-54844

CDU: 343.2

© Eric Hilgendorf e Brian Valerius

© MARCIAL PONS EDITORA DO BRASIL LTDA.

www.marcialpons.com.br

Impresso no Brasil

SUMÁRIO

Prólogo.....	5
Apresentação da tradução.....	7
Biografias.....	9
Prefácio.....	11
Abreviaturas, siglas e palavras estrangeiras.....	29
§ 1. Introdução.....	33
A. Direito Penal e Código Penal.....	33
B. Teorias e fins da pena.....	35
I. Fundamentos.....	35
II. Evolução.....	37
C. Princípios fundamentais do direito penal.....	39
I. Princípio da legalidade (<i>nullum crimen, nulla poena sine lege</i>).....	40
II. Princípio da culpabilidade (<i>nulla poena sine culpa</i>).....	43
III. Princípio da dúvida (<i>in dubio pro reo</i>).....	44
IV. Princípio da <i>ultima ratio</i>	45
V. Princípio do direito penal do fato.....	46
D. Regras de interpretação.....	46
E. Classificação dos delitos.....	49
I. Delitos comissivos e omissivos.....	49
II. Delitos dolosos e culposos.....	50

III. Delitos comuns, especiais e de mão própria	50
IV. Delitos de lesão e de perigo	51
V. Delitos de resultado e de atividade	52
VI. Delitos instantâneos e permanentes	53
VII. “Crimes” e “delitos” (Verbrechen und Vergehen)	53
§ 2. Âmbito de validade do direito penal	55
A. Validade espacial das normas penais (Direito de aplicação do direito penal)	55
I. Conceito	55
II. Fatos intraterritoriais	56
III. Fatos extraterritoriais	59
1. Fundamentos	59
2. Princípio da personalidade (ativa e passiva)	63
3. Princípio da proteção do Estado e princípio da jurisdição universal	64
B. Validade temporal das normas penais	65
Aproximações ao direito brasileiro	67
§ 3. O esquema de resolução de casos penais	69
A. As circunstâncias fáticas e sua avaliação jurídica	69
I. Circunstâncias concretas e norma jurídica geral	69
II. Avaliação jurídica de circunstâncias concretas	70
B. Resolução de casos em análises jurídicas	72
I. Estilo de parecer	72
II. A controvérsia	77
C. Particularidades das resoluções de casos jurídico-penais	81
Aproximações ao direito brasileiro	83
§ 4. O delito doloso de ação consumado: a tipicidade	85
A. Fundamentos	85
B. O tipo objetivo	87
I. Fundamentos	87

II. Conceito de ação	88
1. Teoria da ação	88
2. Ação e não-ação	89
III. Causalidade.....	91
1. Teoria da condição ou da equivalência.....	92
2. Casos especiais.....	95
a) Causalidade cumulativa.....	95
b) Causalidade alternativa.....	97
IV. Teoria da imputação objetiva	99
1. Fundamentos.....	99
2. Grupos de casos	101
a) Riscos gerais da vida	101
b) Diminuição de risco.....	102
c) Curso causal atípico.....	103
d) Autolesão responsável	105
e) Intervenção posterior responsável de um terceiro	106
C. O tipo subjetivo	106
I. Fundamentos.....	107
II. Dolo.....	107
1. Fundamentos	107
2. Elementos do dolo.....	109
a) Elemento cognitivo.....	109
b) Elemento volitivo	111
3. Tipos de dolo.....	111
a) Fundamentos.....	111
b) Delimitação entre dolo eventual e culpa consciente.....	112
4. Formas especiais de dolo	116
a) <i>Dolus cumulativus</i> e <i>dolus alternativus</i>	117
b) <i>Dolus generalis</i>	118
D. Condições objetivas de punibilidade.....	121

Aproximações ao direito brasileiro.....	121
§ 5. O delito de ação doloso e consumado: a antijuridicidade	123
A. Fundamentos	123
I. Tipicidade e antijuridicidade	123
II. Tipos de causas de justificação	125
B. Defesa de um outro bem jurídico	126
I. Fundamentos.....	126
II. Legítima defesa (§ 32 StGB).....	127
1. Fundamentos	127
2. Situação de legítima defesa.....	128
3. Ação de legítima defesa	131
a) Fundamentos.....	131
b) Necessidade	132
c) Imperatividade	134
4. Elemento subjetivo da justificação.....	137
III. Direitos de autotutela e de emergência no direito civil	139
1. Autotutela (§§ 229, 230 BGB).....	139
2. Direitos de proteção e retomada da posse (desforço imediato e legítima defesa da posse – <i>Besitzkehr</i> e <i>Besitzwehr</i> § 859 BGB)	141
IV. Estado de necessidade justificante (§ 34 StGB)	142
1. Fundamentos	142
2. Situação de estado de necessidade.....	143
3. Ação em estado de necessidade	145
a) Necessidade	145
b) Ponderação de interesses e adequação.....	146
4. Elemento subjetivo da justificação.....	148
V. Estados de necessidade do direito civil.....	148
1. Estado de necessidade defensivo (§ 228 BGB)	149
2. Estado de necessidade agressivo (§ 904 BGB).....	150
VI. Direito de prender (§ 127 Abs. 1 StPO)	151

1. Fundamentos	152
2. Situação de flagrante.....	152
3. Ação de prisão.....	154
VII. O direito de repreensão dos pais	155
C. Concordância do titular do direito.....	155
I. Consentimento.....	156
1. Fundamentos	156
2. Disponibilidade e poder de disposição	157
3. Capacidade de consentimento e ausência de vício de vontade	158
4. Declaração de consentimento antes do fato	161
5. Ausência de violação aos bons costumes.....	161
6. Elemento subjetivo de justificação.....	163
II. Consentimento presumido.....	163
1. Fundamentos	163
2. Subsidiariedade	164
3. Correspondência com a vontade presumida	164
III. Consentimento hipotético	165
Aproximações ao direito brasileiro.....	167
§ 6. O delito comissivo doloso e consumado: a culpabilidade	173
A. Fundamentos	173
B. Capacidade de culpabilidade.....	174
I. Fundamentos.....	174
II. <i>Actio libera in causa</i>	176
1. Fundamentos	176
2. <i>Actio libera in causa dolosa</i>	177
a) Modelo da exceção	177
b) Modelo da extensão	178
c) Modelo do tipo penal.....	179
d) Situação jurídica atual	180
3. <i>Actio libera in causa culposa</i>	180

4. Sugestões para esta etapa de análise do delito	181
C. Causas de exculpação	184
I. Fundamentos.....	184
II. Excesso na legítima defesa (§ 33 StGB).....	184
III. Estado de necessidade exculpante (§ 35 StGB).....	187
1. Situação de estado de necessidade.....	188
2. Ação em estado de necessidade.....	189
3. Elemento subjetivo da exculpação.....	190
IV. Estado de necessidade exculpante supralegal.....	191
V. Inexigibilidade de um comportamento adequado à norma	192
Aproximações ao direito brasileiro.....	193
§ 7. Fixação da pena e persecução penal.....	197
A. Fixação da pena.....	197
B. Persecução penal	198
Aproximações ao direito brasileiro.....	200
§ 8. Teoria do erro.....	201
A. Fundamentos	201
B. Erro de tipo.....	204
I. Fundamentos.....	204
II. Casos especiais: <i>error in persona vel obiecto e aberratio ictus</i>	207
C. Erro de proibição.....	211
D. Erros sobre causas de justificação	212
I. Fundamentos.....	212
II. Erro de tipo permissivo	213
1. Teoria dos elementos negativos do tipo.....	213
2. Teoria do dolo	214
3. Teoria estrita da culpabilidade.....	214
4. Teoria limitada da culpabilidade.....	215
5. Sugestões para esta etapa de análise do delito.....	217

III. Erro permissivo.....	218
1. Fundamentos	218
2. Erro duplo	219
E. Erros especiais.....	220
I. Erro sobre causas de exculpação.....	220
II. Erro sobre causas pessoais de exclusão da pena	221
III. Erro sobre pressupostos da persecução penal.....	222
Aproximações ao direito brasileiro.....	223
§ 9. Autoria e Participação.....	227
A. Fundamentos	227
I. Formas de concurso.....	227
II. Delimitação entre autoria e participação.....	229
1. Fundamentos	229
2. Teoria do domínio do fato e teoria subjetiva	229
3. Sugestões para esta etapa de análise do delito	231
B. Autoria.....	231
I. Autoria imediata (§ 25 Abs. 1 Var. 1 StGB).....	232
II. Autoria mediata (§ 25 Abs. 1 Var. 2 StGB).....	233
1. Fundamentos.....	233
2. Ausência de responsabilidade penal do intermediário	234
3. “Autor por trás do autor”	240
4. O tipo subjetivo	241
5. Sugestões para esta etapa de análise do delito	245
III. Coautoria (§ 25 Abs. 2 StGB).....	247
1. Fundamentos.....	247
2. Plano delitivo comum.....	247
3. Execução conjunta do fato.....	250
4. Sugestões para esta etapa de análise do delito.....	251
I. Atuação em lugar de um terceiro (§ 14 StGB).....	254
1. Fundamentos.....	255

2. Âmbito de aplicação	255
3. Elementares pessoais especiais.....	257
C. Participação	258
I. Fundamentos.....	258
1. Princípio da acessoriedade limitada.....	258
2. Sugestões para esta etapa de análise do delito	260
II. Instigação (§ 26 StGB).....	262
1. Tipo objetivo.....	262
a) Fato principal doloso e antijurídico	262
b) Determinação.....	263
2. Tipo subjetivo	266
III. Cumplicidade (§ 27 StGB)	269
1. Tipo objetivo	269
a) Fato principal doloso e antijurídico.....	269
b) A prestação de auxílio.....	269
2. Tipo subjetivo.....	272
VI. Elementares pessoais especiais (§ 28 StGB).....	273
Aproximações ao direito brasileiro.....	278
§ 10. Tentativa	283
A. Fundamentos	283
I. Fundamento de punibilidade	283
II. Etapas da execução do delito	284
III. Sugestões para esta etapa de análise do delito.....	286
B. Pré-verificação.....	286
C. Resolução para o fato	288
I. Fundamentos.....	288
II. Tentativa inidônea e delito imaginário.....	289
D. Começar imediatamente (§ 22 StGB)	292
I. Fundamentos.....	292
II. Casos especiais.....	295

1. Começo imediato em casos de coautoria	295
2. Começo imediato em casos de autoria mediata	298
3. Começo imediato em delitos qualificados e exemplos regulatórios	300
E. Desistência da tentativa	301
I. Fundamentos.....	302
II. Ausência de tentativa fracassada.....	304
III. Desistência do autor solitário (§ 24 Abs. 1 StGB).....	306
1. Diferenciação entre tentativa inacabada e tentativa acabada	306
2. Pressupostos da desistência no caso de tentativa inacabada	309
3. Pressupostos da desistência no caso de tentativa acabada	310
a) Fundamentos.....	310
b) Desistência segundo o § 24 Abs. 1 Satz 1 Var. 2 StGB	311
c) Desistência segundo o § 24 Abs. 1 Satz 2 StGB	312
IV. Desistência no caso de concurso de vários agentes (§ 24 Abs. 2 StGB).....	313
V. Voluntariedade.....	313
F. Tentativa de concurso de agentes	315
I. Fundamentos.....	316
II. Instigação tentada (§ 30 Abs. 1 StGB).....	317
1. Fundamentos	317
2. Pré-verificação	317
3. Resolução para o fato.....	320
4. Começar imediatamente.....	320
5. Desistência conforme o § 31 Abs. 1 Nr. 1 e Abs. 2 StGB	321
III. Ações preparatórias do § 30 Abs. 2 StGB	322
1. Fundamentos	322
2. Declarar-se disposto (§ 30 Abs. 2 Var. 1 StGB).....	322
3. Aceitação da oferta (§ 30 Abs. 2 Var. 2 StGB)	323
4. Pôr-se em acordo para o delito (§ 30 Abs. 2 Var. 3 StGB).....	323
5. Desistência nos termos do § 31 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 ou § 31 Abs. 2 StGB.....	323

Aproximações ao direito brasileiro.....	325
§ 11. Delitos omissivos.....	327
A. Fundamentos	327
I. Delitos omissivos próprios e impróprios.....	328
II. Estrutura do delito omissivo impróprio.....	328
B. Tipo objetivo	329
I. Omissão da ação devida.....	329
1. Delimitação entre ação e omissão.....	329
2. Omissão.....	333
3. Omissão por meio de ação (<i>omissio libera in causa</i>)	334
II. Causalidade hipotética	335
III. Posição de garante	336
1. Fundamentos	336
2. Garantes de proteção.....	337
a) Relações pessoais próximas.....	337
b) Assunção voluntária	339
c) Funcionários públicos.....	340
3. Garantes de vigilância	341
a) Responsabilidade por determinadas fontes de perigo.....	341
b) Responsabilidade pelo comportamento de terceiros.....	341
c) Ingerência	342
IV. Cláusula de correspondência (cláusula de equiparação)	345
C. Tipo subjetivo.....	345
D. Antijuridicidade.....	347
E. Culpabilidade.....	349
F. Tentativa.....	350
G. Autoria e participação	351
I. Concurso para um delito omissivo por meio de um atuar ativo.....	351
II. Concurso para um delito comissivo por meio de uma omissão	352
Aproximações ao direito brasileiro.....	354

§ 12. Delitos culposos	355
A. Fundamentos	355
I. Fundamento da responsabilidade penal.....	355
II. Modalidades de culpa.....	356
III. Sugestões para esta etapa de análise do delito.....	356
B. Tipicidade	359
I. Violação objetiva do dever de cuidado	359
II. Previsibilidade objetiva.....	361
III. Imputação objetiva.....	361
1. Nexo do fim de proteção da norma	361
2. Nexo de violação do dever.....	362
3. Outros grupos de casos	363
IV. Antijuridicidade	363
V. Culpabilidade	364
C. Autoria e participação	365
D. O delito omissivo impróprio culposo	365
E. Combinações dolo-culpa	367
I. Fundamentos	367
II. Estrutura do delito qualificado pelo resultado.....	369
III. Relação de perigo específica do tipo.....	370
IV. Participação	372
V. Casos de tentativa	374
1. Tentativa qualificada pelo resultado	374
a) Fundamentos.....	374
b) Punibilidade da tentativa do delito base	375
c) Desistência.....	376
2. Tentativa da qualificação pelo resultado.....	376
Aproximações ao direito brasileiro.....	379
§ 13. Concurso de delitos	381
A. Fundamentos	382

B. Unidade de ação ou pluralidade de ações.....	384
I. Ação em sentido natural e unidade natural de ação	384
II. Unidade jurídica de ação	385
C. Concurso de normas	386
I. Concurso de normas no caso de unidade de ação	386
1. Especialidade	386
2. Subsidiariedade	387
3. Consunção.....	388
II. Concurso de normas no caso de pluralidade de ações	388
D. Unidade fática e pluralidade fática.....	389
I. Unidade fática	389
II. Pluralidade fática.....	390
Aproximações ao direito brasileiro.....	392
§ 14. Dúvidas sobre a situação fática e verificação alternativa.....	395
A. Fundamentos	395
B. Incerteza unilateral sobre a situação fática.....	396
I. Princípio da dúvida (<i>in dubio pro reo</i>).....	396
II. Relação de níveis.....	396
III. Pós- e pré-pendência.....	397
C. Incerteza alternativa sobre a situação fática (verificação alternativa)..	399
I. Fundamentos	399
II. Verificação alternativa imprópria.....	399
III. Verificação alternativa própria.....	400
§ 15 Definições essenciais.....	403
A. Causalidade e imputação.....	403
B. Dolo e culpa.....	403
C. Antijuridicidade.....	404
I. Legítima defesa	404
II. Estado de necessidade	404

SUMÁRIO

27

III. Consentimento	404
D. Culpabilidade.....	405
E. Autoria e participação	405
F. Tentativa.....	406
G. Delitos omissivos	407
Índice remissivo.....	409
Índice de esquemas de análise do delito e panoramas	419
Bibliografia	421