

## UM AGRADECIMENTO E UMA HOMENAGEM A JÜRGEN WOLTER

Paulo DE SOUSA MENDES\*

---

Desde a sua criação, o *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA) promoveu a excelência do direito penal alemão e, ao longo dos anos, acrescentou-lhe uma perspetiva mais ampla por meio do debate com autores estrangeiros, muitos dos quais se tornaram colaboradores permanentes da revista. Nos últimos 20 anos, Jürgen Wolter, como editor, garantiu os requisitos de qualidade dos artigos publicados e colocou toda a sua competência, energia e entusiasmo no cumprimento dessa tarefa. Wolter contribuiu significativamente para que o GA se tornasse uma referência indispensável não só nos países falantes de língua alemã, mas também em países falantes de outras línguas, não apenas europeus, mas do mundo inteiro, desde a América Latina até ao Japão. De forma muito expressiva, a influência do GA nota-se em países falantes das chamadas línguas neolatinas ou românicas, especialmente as línguas espanhola, portuguesa e italiana. Wolter será sempre muito apreciado e deverá ser muito elogiado por ter promovido esta universalização do debate dos temas penais. Ao fazê-lo, reconheceu um estatuto científico equivalente a todos os autores cujos contributos foram publicados no GA, o que não é de somenos, já que tais contributos são hoje regularmente citados nos tratados, monografias e artigos alemães, mas também na literatura da especialidade de outros países. Na literatura alemã, tais contributos são integrados na corrente das questões disputadas, independentemente da nacionalidade dos autores. Esta integração ocorreu tão naturalmente que acabamos por esquecer que resultou da indómita atitude de Wolter em prol de uma doutrina jurídica universalizável.

Podemos questionar se essa universalização se deu por conta de uma receção da dogmática jurídico-penal alemã nos outros países. Esta questão apresenta, porém, várias camadas de análise.

Na camada mais superficial pergunta-se se os autores estrangeiros que publicam no GA se limitam a confrontar as respetivas doutrinas nacionais com a doutrina alemã ou se arriscam assumir para si mesmos a perspetiva universalizante do GA, no sentido de convocarem para a discussão obras relevantes, abstraindo da nacionalidade e da língua dos seus autores. Digamos que a resposta a esta questão varia de caso para caso, mas em qualquer caso só depende dos autores estrangeiros, havendo

---

\* Professor catedrático de Direito Penal e Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

exemplos para todos os gostos. Naturalmente faltará a fertilização recíproca se os autores estrangeiros simplesmente fizerem eco das últimas tendências da discussão alemã.

Nas camadas sucessivamente mais profundas pergunta-se se o GA oferece um panorama representativo dos diferentes modelos de direito penal ou se está confinado ao modelo alemão. A construção de uma teoria geral da infração penal constitui, sem dúvida, um património intelectual que deve ser creditado na conta de gerações ininterruptas de penalistas alemães, pelo menos desde Franz von Liszt (1851-1919), austríaco por nascimento e formação e alemão por carreira e obra. Esta teoria geral da infração criminal tem cumprido a função de gramática comum aos autores e leitores do GA, suplantando as diferenças entre os ordenamentos jurídicos implicados. Mas a definição formal de crime não é científica, pois não se baseia na recolha de informações sobre factos naturais, nem na formulação de leis universais. Não sendo científica, tão-pouco lhe assiste qualquer vinculatividade gnosiológica, ou seja: não é verdadeira nem falsa. Também não é uma definição normativa (aqui entendida no sentido de descritiva de uma normatividade preexistente), pois não se extrai das fontes do direito. Não sendo normativa, é desprovida de qualquer força jurídica, ou seja: não é válida nem inválida. É, isso sim, uma definição heurística, na medida em que ajuda à sistematização dos elementos do crime para efeitos de aplicação prática do direito penal. O carácter meramente heurístico da definição formal de crime não a torna inócua. Em última análise, a definição formal de crime é uma elaboração das categorias e estruturas de compreensão do crime que queremos aplicar à análise dos casos da vida no marco de um determinado ordenamento jurídico-penal nacional, supranacional ou internacional, mas cuja potencialidade operativa obedece a uma certa visão ética e política do processo de chamada à responsabilidade da pessoa acusada da prática de um crime (a qualificação científica, se for aplicada à ética ou à política, é desprovida de sentido, mas tal não significa que estas sejam desprovidas de racionalidade prática, ainda que as proposições éticas e políticas somente se deixem revelar no caso concreto, na linha da prudência aristotélica). Há dois modelos concorrentes de definição formal de crime. De um lado, a teoria geral da infração criminal de origem alemã e, do outro, a definição de ofensa criminal de origem inglesa, ambas com antecedentes filosóficos. O modelo alemão caracteriza-se por oferecer um tratamento analítico dos elementos constitutivos da infração criminal exclusivamente no plano do direito material, como se a aplicação da justiça penal ao caso concreto fosse uma atividade de pura cognição dos factos e de declaração das fontes de direito que lhes correspondem, ficando assim alheia não só às complexidades probatórias do caso concreto, como também às razões alegadas pelos sujeitos processuais e demais intervenientes na tramitação do processo penal. O modelo anglo-americano define formalmente a ofensa criminal como interpelação ao acusado para responder

perante a justiça penal, cabendo-lhe então o ónus de apresentar as suas defesas. Há defesas processuais que nada têm a ver com tratar o acusado em função daquilo que ele merece por causa do facto alegadamente praticado. Assim, são defesas processuais, por exemplo, as regras de exclusão que obrigam ao desentranhamento das provas ilicitamente obtidas, as regras de prescrição do procedimento criminal que promovem a celeridade processual ou a proibição da dupla incriminação (*ne bis in idem*) que protege o acusado do abuso punitivo. Mas há também defesas substantivas. As defesas substantivas vão desde a negação de um ou mais elementos da ofensa até à justificação do facto ou à explicitação de que o acusado não merece ser punido ou, pelo menos, não com a severidade pedida pela acusação. Por conseguinte, a definição da ofensa criminal suscita a intervenção constitutiva do debate por parte de todos os sujeitos processuais, designadamente o promotor de justiça (entre nós, o Ministério Público), o acusado (e o seu defensor) e o juiz, se o caso for remetido a julgamento. Assim, o modelo anglo-americano distingue-se do modelo alemão, na medida em que o último se assume antes como uma matriz de referência para o juiz na fundamentação da sentença penal, um juiz com poderes inquisitórios, que declara quais são os factos provados e não provados com base na sua própria iniciativa probatória e não apenas ao sabor das estratégias processuais dos demais sujeitos processuais. É uma distância que se acentua sobremaneira na forma como cada uma das defesas é introduzida e avaliada no processo penal, em função da distribuição de papéis que vigora entre os sujeitos processuais e, por fim, na forma como o objeto do processo é sujeito à livre apreciação fundamentada do juiz de julgamento. Vale por dizer que se trata aqui das questões da medida da prova e da distribuição do ónus da prova. A diferença entre os dois modelos não é, pois, uma questão de terminologia filosófica e jurídica. Entre a teoria processual da ofensa criminal que teve origem filosófica na teoria da imputação moral de Samuel von Pufendorf (1632-1694) e foi depois acolhida e aprimorada em Inglaterra por William Blackstone (1723-1780), alastrando aos países de direito jurisprudencial (*common law*), e a teoria substantiva da infração criminal que teve origem em von Lizst e se tornou totalmente dominante nos países de direito legislado (*civil law*) interpõe-se um largo espaço aberto à discussão. Tudo visto e somado, o processo é que conta. Cabe aqui notar que o pensamento de Wolter está especialmente bem apetrechado para enfrentar esta discussão, tanto mais que advoga um sistema integral de Direito Penal, juntando o estudo do facto punível à determinação da pena e ao direito processual (que não é meramente adjetivo), como se pode ver em: Wolter, J./Freund, G., *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem: Straftatbegriff – Straftatzurechnung – Strafrechtzweck – Strafausschluss Strafverzicht – Strafklagverzicht*, Heidelberg: C. F. Müller, 1996. A comparação de modelos penais já teve alguma expressão no passado e regressa agora com redobrado ímpeto, quer do lado alemão, quer do lado inglês (apesar do Brexit) ou do lado norte-americano. Se a comparação crítica de

modelos não ganhou maior protagonismo no GA, tal deveu-se, em parte, ao encapsulamento dos próprios autores de língua inglesa, os quais são muitas vezes renitentes à utilização de outras línguas ou, sequer, à aprendizagem das mesmas, o que lhes exigiria não só um domínio da linguagem coloquial, mas também dos equivalentes funcionais na linguagem técnica. O provincianismo existe, pois, em muitas paragens e não apenas nos países da família romano-germânica. Mas o remédio para o provincianismo não poderá ser sempre a rendição de todas publicações à língua inglesa, ainda que o inglês se tenha tornado uma língua veicular, o mesmo papel que já coube ao latim jurídico. No entanto, o remédio talvez possa ser a generalização das publicações multilíngues e, de preferência, a sua disponibilização *online*, se possível em regime de acesso livre.

A doutrina do direito penal alemã entrou numa fase de autorreflexão crítica. Segundo cremos, a propalada crise atual da dogmática penal alemã não deve ser confundida com a sua perda de influência no mundo, nem, muito menos, com a falta de produção doutrinária de qualidade. Mal andaríamos se a doutrina do direito penal alemã andasse apostada na defesa patriótica de um território intelectual. A existir uma crise atual da doutrina do direito penal alemã, então a mesma prende-se com a eventual falha de resposta consistente aos novos desafios do direito penal diante da vulnerabilidade das democracias liberais num mundo exposto às convulsões provocadas pelos grandes riscos da globalização e agora, de sinal contrário, também pelos riscos de regresso à lógica dos blocos geoestratégicos. Os temas difíceis cresceram exponencialmente, desde o direito penal internacional, passando pelo direito penal europeu e pelas novas áreas de regulação das atividades económicas, financeiras, sociais e ambientais (que integram dimensões penais ou quase penais), até à prevenção criminal e à segurança pública. Em consequência, a doutrina espartilhou-se pelas diversas áreas, a tal ponto que os autores perderam a visão de conjunto e a capacidade de síntese, tornando-se, por vezes, especialistas e até mesmo tecnocratas do direito penal. Nas suas funções de editor do GA, Wolter nunca fechou as portas aos novos temas e aos novos desafios, mas, justiça se lhe faça, o GA também nunca sucumbiu à publicação de meros relatórios descritivos do estado da arte nos diversos domínios do direito penal contemporâneo. Também devemos a Wolter a defesa intransigente da reflexão crítica nas páginas do GA.

Agradeço a Jürgen Wolter que tenha confiado em mim para fazer parte do seleto grupo dos colaboradores permanentes do *Goldammer's Archiv für Strafrecht*. O privilégio de receber cada novo número da revista permitiu-me seguir atentamente a exemplar missão de Wolter como paladino do pensamento penal informado e criativo. Bem haja, Professor Wolter pelo seu perene contributo

para a universalização do pensamento penal, como editor e, não menos importante, como autor de uma vasta obra de referência.