

AUSGABE 6/2015

S. 312 - 360

10. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

**Noch einmal: § 177 StGB und die Istanbul-Konvention
Entgegnung auf Hörnle, ZIS 2015, 206**

Von VRiBGH Prof. Dr. Thomas Fischer, Baden-Baden 312

Durchgreifende Erörterungsmängel als Revisionsgrund
Von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn 320

Völkerstrafrecht

**Das ICTY in der Krise? – Teil 3
Der „Fall Harhoff“ im Kontext**
Von Matthias Schuster, LL.M. (Sussex), Den Haag 323

Strafverfahrensrecht

**Effektive Kontrolle oder überflüssige Schreibearbeit?
Kritik des strafprozessualen Zwischenverfahrens und
Möglichkeiten seiner Reform**
Von Privatdozent Dr. Moritz Vormbaum, Berlin 328

Europäisches Strafrecht

**Europe's commitment to countering insider dealing and
market manipulation on the basis of Art. 83 para. 2 TFEU
A critical evaluation**
By Prof. Dr. Pierre Hauck, LL.M. (Sussex), Trier 336

Ausländisches Strafrecht

**Jurisdictional Immunity of States: The Italian Constitutional
Court v. the International Court of Justice?**
**Brief notes on the Judgment no. 238 of 22 October 2014
of the Italian Constitutional Court**
By Chantal Meloni, Milan/Berlin 348

BUCHREZENSIONEN

Strafrecht

Bettina Weißer, Täterschaft in Europa, 2011
(Prof. Dr. Dres. h.c. Friedrich-Christian Schroeder, Regensburg) 353

Internationales Strafrecht

Kai Ambos, Internationales Strafrecht, 4. Aufl. 2014
(Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alfien, Porto Alegre, Brasil) 355

VARIA

Strafrecht

**Tagungsbericht: Das Verbot der Auslandsbestechung –
Strafgrund, Durchsetzung, Prävention**
6./7. Februar 2015 in Schloss Wahn bei Köln
Von Wiss. Mitarbeiterin Anna Cornelia Rink, LL.M.,
Wiss. Mitarbeiterin Juliane Prömper, Köln 358

Herausgeber

Prof. Dr. Roland Hefendehl
Prof. Dr. Andreas Hoyer
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Martin Böse
Prof. Dr. Mark Deiters
Prof. Dr. Bernd Hecker
Prof. Dr. Michael Heghmanns
Prof. Dr. Holm Putzke
Prof. Dr. Thomas Rotsch
Prof. Dr. Arndt Sinn
Prof. Dr. Hans Thiele
Prof. Dr. Bettina Weißer
Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos
International Advisory Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Jacob Böhringer

Lektorat fremdsprachiger Beiträge

Jaime Winter Etcheberry
Noelia Nuñez
Eneas Romero

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

B u c h r e z e n s i o n

GG735

Kai Ambos, Internationales Strafrecht, Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtshilfe, C.H. Beck Verlag, München, 4. Aufl. 2014, 697 S., € 42,90.

I. Sobre a nova edição

Após oito anos da primeira edição, a obra do Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, intitulada “Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht – Völkerstrafrecht – Europäisches Strafrecht – Rechtshilfe” (“Direito penal internacional: direito de aplicação da pena, direito penal internacional, direito penal europeu e auxílio jurídico”), publicada pela renomada editora alemã C.H. Beck, alcançou, em 2014, sua quarta edição.

O nome de Ambos, Catedrático da Georg-August Universidade de Göttingen (Alemanha) e um dos maiores estudiosos do Direito Penal Internacional, ultrapassa as fronteiras territoriais e, naturalmente, não necessita maior apresentação, de modo que, cabe-nos apenas tecer algumas considerações sobre a obra em seu conjunto.

Já por ocasião da divulgação da primeira edição, de 2006, a obra de Ambos gerou grande expectativa na comunidade jurídico-penal internacional e, tão logo publicada, despertou intensamente a atenção dos estudiosos e interessados na matéria. Em resenha elaborada sobre a primeira edição, Otto Lagodny afirmou que “o Direito Penal transnacional é quase infinitamente amplo”, e que, justamente tendo isso em vista, “dar aqui uma orientação e um fundamento extremamente sólido e seguro é o maior mérito do autor”.¹ E, de fato, a profundidade e a segurança no tratamento dos temas torná-lam um referencial na área. Por conseguinte, em sua resenha à terceira edição, de 2011, Helmut Kreicker declarou que a obra se estabeleceu, em um curto espaço de tempo, “como ‘a’ obra de referência em língua alemã acerca do Direito Penal Internacional”.² Tais fatores *per se* são suficientes para fazer com o que leitor direcione a atenção a esta nova edição.

A obra possui uma exposição didática e cientificamente aprofundada, baseando-se em vasta literatura e jurisprudência internacional acerca da matéria. Além do prefácio do autor à quarta edição, foram mantidos os prefácios da primeira à terceira edição, o que esclarece fundamentalmente, ao leitor, as modificações realizadas ao longo de cada edição.

Ademais, a obra conta com índice de conteúdo, que apresenta de maneira sistematicamente detalhada a matéria abordada ao longo do seu desenvolvimento, índice de figuras e de abreviaturas, bem como um vasto índice de literatura e outras fontes bibliográficas. Observe o leitor que a cada capítulo o autor apresenta também uma breve relação da principal bibliografia citada, porém, seguindo a sistemática de atualização, não é mantida a relação integral da bibliografia utilizada em cada capítulo ao longo de todas as edições. Apesar disso, o autor toma o cuidado de remeter o leitor às edições anteriores para verificar a indicação de literatura mais antiga, não referida no início de cada capítulo na nova edição. Evi-

dentemente, o propósito é demonstrar a sequencialidade das edições, bem como preservar o conteúdo de cada uma delas.

Mais de 800 casos são citados ao longo da obra e devidamente relacionados em um índice de jurisprudência (Rechtsprechungsverzeichnis), contendo decisões da Corte Internacional de Justiça, dos Tribunais Militares Internacionais de Nuremberg e Tóquio, dos Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia e Ruanda, do Tribunal Penal Internacional/TPI, dos Tribunais “mistos” de Sierra Leone, Timor-Leste, Camboja e Líbano, das Cortes Europeias, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, dos Tribunais alemães e outros. Ao longo de toda a obra o leitor encontrará diversos casos para solução, bem como as respectivas repostas apresentadas pelo autor. Ao final também consta um índice remissivo, que auxilia fundamentalmente o leitor na busca de matérias e verbetes conhecidos.

II. A obra e seu conteúdo

Em relação ao conteúdo, a obra está estruturada em três grandes partes. Na primeira parte o autor analisa a Aplicação do Direito Penal (Strafanwendungsrecht), na segunda, o Direito Penal Internacional (Völkerstrafrecht) e, por fim, na terceira, o Direito Penal Europeu (Europäisches Strafrecht).

1. A primeira parte da obra (p. 1-99) é composta de quatro parágrafos (§§ 1-4) e – como nas edições anteriores – se ocupa com a aplicação do Direito Penal material alemão aos fatos que tenham relação com o estrangeiro. No primeiro parágrafo (§ 1), o autor analisa o conceito e o objeto de Aplicação do Direito Penal. Ali estabelece a questão acerca de até que ponto o Direito Penal alemão é aplicável a determinados fatos que possuem repercussão interna, mas são praticados no estrangeiro. No tocante ao conceito e objeto (§ 1 A.), Ambos ressalta que as regras dos §§ 3 a 7 do CP alemão³ tem sido aplicadas incorretamente sob a denominação de normas de direito internacional penal ou supranacional, quando, na verdade, consistem em direito penal transnacional, uma vez que tratam acerca do âmbito de vigência da lei penal. Tais questões, ad comparandum, são tratadas nos arts. 5.º a 7.º do CP brasileiro, sob as denominações “territorialidade”, “lugar do crime” e “extraterritorialidade”, as quais, no entanto, jamais foram abordadas pelo direito penal brasileiro sob a designação “direito penal transnacional”, a qual, a nosso juízo, de fato, é a mais apropriada.

Nesse ponto, o autor verifica as relações com a Parte Geral (§ 1 B.) e analisa aspectos relativos à estrutura do crime, ao princípio *nullum crimen sine lege*, ao tempo e lugar do crime, ao conceito de ação e à autoria e participação. A ri-

³ Referidos dispositivos do Código Penal alemão tratam da validade do direito penal alemão “para os atos praticados no seu território” (§ 3), para “os atos praticados a bordo de embarcações ou aeronaves alemãs” (§ 4), para determinados atos específicos “que forem praticados no estrangeiro, independentemente do direito do lugar do crime” (§ 5), para atos praticados no estrangeiro contra bens jurídicos protegidos internacionalmente (§ 6) e para atos praticados no estrangeiro em outros casos específicos (§ 7).

¹ Lagodny, NJW 2006, 2312.

² Kreicker, ZIS 2012, 296.

queza de detalhes no exame de cada um dos tópicos, por certo, atrai a atenção do leitor.

Assim, no primeiro item deste parágrafo (§ 1 B. I.), no qual é analisada a estrutura do crime, o autor afirma que os §§ 3 a 7 do CP alemão não são apenas normas secundárias, mas sim parte constitutiva das normas primárias de direito penal e, portanto, devem ser vistos como verdadeiras condições objetivas da punibilidade. Nesse sentido, subsiste a possibilidade de ocorrência de um erro de proibição, quando o autor do fato não reconhece a lesão ao bem jurídico abarcada pelo tipo penal realizado como um injusto, porque confia na aplicabilidade de outro sistema. Quanto ao princípio *nulum crimen sine lege* (§ 1 B. II.), *Ambos* segue a posição no sentido de que, apesar do caráter material de tal princípio, a proibição de retroatividade deve ser excepcionada em relação àqueles fatos que violam bens jurídicos universalmente reconhecidos.

Além disso, quando analisa a questão relativa ao lugar do crime (§ 1 B. III.) destaca a teoria da ubiquidade, porém, na esteira do proposto pelo § 9 do CP alemão, distingue entre o lugar do fato principal e o lugar da participação, cuja questão não é levantada pela doutrina brasileira mesmo no tocante ao direito interno. Neste ponto desenvolve, ainda, a problemática e importante questão acerca da determinação do lugar do crime no caso de fatos puníveis cometidos via internet.

Ao abordar a questão relativa ao conceito de ação (§ 1 B. IV.), *Ambos* ressalta que se deve considerar a ideia de ação no seu sentido processual, como acontecimento fático concreto, porém, unicamente em relação aos §§ 3, 4 e 7 do CP alemão (respectivamente, aos crimes cometidos no território alemão ou a bordo de embarcações ou aeronaves alemãs, aos crimes cometidos no estrangeiro, por estrangeiro contra alemães ou por alemães, ou, ainda, por estrangeiros no território alemão), mas não em relação aos §§ 5 e 6, os quais tratam acerca da proteção de bens jurídicos por determinados tipos penais e, portanto, devem partir do conceito de ação como preenchimento de um tipo penal específico. Contudo, o jurista alemão ressalta que as regras dos §§ 3 a 7 do CP alemão vigem unicamente em relação a fatos puníveis (crimes/delitos), tanto previstos no CP alemão como no chamado direito penal complementar, mas não em relação às violações a ordem (*Ordnungswidrigkeiten*). Ademais, partindo da ideia de que ao conceito de “ação” está vinculada a questão acerca de quem a pratica e, com isso, à figura do autor, *Ambos* ressalta que conceito de ação para efeito dos §§ 3 a 7 compreende tanto a figura do autor quanto do partícipe (§ 1 B. V.). Por conseguinte, o jurista alemão se coloca a questão acerca de que se uma conduta ocorrida no estrangeiro está sujeita ao âmbito de proteção de um determinado tipo penal alemão ou se ela afeta apenas interesses estrangeiros (§ 1 C.). Em resposta a isso, afirma que a questão não está no objeto da ação ou na nacionalidade do autor ou da vítima, mas sim em uma “decisão legislativa nacional por ampliar a proteção de determinados bens jurídicos internos a determinados bens jurídicos estrangeiros”. Nesse sentido, deve-se atentar quanto à distinção entre bens jurídicos coletivos e individuais, sendo que, no primeiro caso, far-se-á com o propósito de proteger os interesses fiscais e a soberania e, no segundo caso, de

proteger o interesse dos indivíduos, e aí perde sentido a distinção entre bens jurídicos internos e estrangeiros, pois os Estados estão obrigados a assegurar a proteção de nacionais e estrangeiros de eventuais lesões a direitos humanos. Por fim, o autor trata do chamado direito penal interloca e menciona como exemplo os chamados fatos puníveis praticados na antiga DDR.

No segundo parágrafo da primeira parte (§ 2), o autor trata os fundamentos internacionais do poder de punir nacional e enfatiza o princípio internacional da não ingerência e no terceiro parágrafo (§ 3) trata sobre os princípios nacionais de vinculação com a ordem jurídica internacional, em especial o da territorialidade (§ 3 A.) e prossegue na análise dos princípios da bandeira, da *personalidade* (ativa e passiva), da proteção, da justiça universal e da justiça penal substitutiva (§ 3 B.). Nesse ponto, o autor analisa desde os fundamentos até a aplicação de tais princípios, bem como esclarece inúmeros aspectos que, a primeira vista, já pareceriam assentados. Assim, por exemplo, ao tratar do princípio da bandeira, refere o entendimento de que a aplicação do direito penal alemão aos fatos praticados a bordo de embarcações alemãs representa não uma ampliação/extensão do conceito de território (como, em regra, é afirmado até mesmo pela doutrina brasileira), mas sim um prolongamento do poder punitivo aos fatos cometidos na “própria” embarcação. Ademais, em relação ao princípio da proteção, o autor distingue entre o princípio real e o princípio da personalidade passiva, ressaltando que o primeiro diz respeito à proteção jurídica do Estado e, o segundo, do indivíduo. O capítulo que encerra a primeira parte da obra (§ 4) trata sobre os conflitos de jurisdição e sua respectiva solução e, neste contexto, o autor destaca o princípio *ne bis in idem* e a tendência em seu reconhecimento pelas Cortes Internacionais e as regulamentações europeias.

2. A segunda parte (p. 100-436), que parece constituir a parte nuclear da obra, trata sobre o chamado Direito Penal Internacional. Após tecer considerações sobre o conceito, objeto e fontes do direito penal internacional (§ 5), *Ambos* oferece um panorama histórico bastante instrutivo (§ 6), que segue desde o Tratado de Versalhes até o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional permanente (§ 6). O autor trata, ainda, os desenvolvimentos mais recentes em matéria de direito penal internacional, em especial os novos tribunais “mistos” (Kosovo, Timor Leste, Sierra Leone, Camboja e Iraque). Aqui elabora também um excuro jurídico-político sobre a oposição norte-americana ao Tribunal Penal Internacional, e manifesta seu posicionamento crítico a respeito. Entretanto, nesta edição o autor acrescenta a esta parte dois novos tópicos, inexistentes nas edições anteriores, o primeiro relativo ao mecanismo residual internacional (§ 6 D. III.) e o segundo relativo à transposição do Estatuto do TPI na Alemanha, com ênfase no Código Penal Internacional alemão (VStGB).

O § 7, intitulado Direito Penal material, constitui um dos principais capítulos da obra, pois aqui é tratado o desenvolvimento da Parte Geral e da Parte Especial do Direito Penal Internacional. No que diz respeito à Parte Geral, *Ambos* ressalta a necessidade de sua dogmatização e propõe um panorama sistemático. Assim parte da análise dos institutos fun-

damentais, que formam a Parte Geral. Particular importância, nesse ponto, deve-se atribuir à questão relativa à imputação e responsabilidade individual no direito penal internacional, visto que o autor afirma a opção do Estatuto de Roma por um sistema de diferenciação entre os participantes, em oposição ao chamado sistema unitário funcional de autor (§ 7 A. I.-V.). Nesse contexto, afirma, ainda, ser a teoria do domínio do fato, de Roxin, a diretriz mais convincente para a delimitação entre autoria e participação (§ 7 A. IV.), sobretudo, em virtude de já ter sido admitida pelo TPI para a ex-Iugoslávia e reconhecida pelo TPI (caso Lubanga). Quanto à Parte Especial, *Ambos* se atém aos principais crimes internacionais, definidos nos arts. 5-8 do Estatuto de Roma (genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e de agressão). Entretanto, observa que, embora não estejam incluídos no rol de crimes estabelecido no Estatuto de Roma, fatos como o terrorismo e o tráfico de drogas também são caracterizados como crimes internacionais, estando, porém, protegidos por outros tratados internacionais, e, portanto, fora da jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Por fim, no último parágrafo da segunda parte (§ 8) o autor elabora um panorama detalhado do processo penal internacional, do mecanismo de ativação da persecução penal e do trâmite do processo penal perante o Tribunal Penal Internacional.

3. Na última parte da obra (p. 437-665) é analisado o chamado Direito Penal Europeu (§§ 9-13). O especial interessado encontrará aqui uma magnífica e esclarecedora exposição, sobretudo, do próprio Direito Europeu. Especialmente para os estudiosos das ciências penais de fora do mundo europeu, a apresentação elaborada proporciona a total compreensão dos órgãos que integram a União Europeia, bem como das suas principais funções. Em comparação com as edições anteriores, esta parte foi consideravelmente ampliada (especialmente, com a inclusão, no §10, dos números de margem 91-92, relativos ao princípio da legalidade, dos números de margem 102-106, relativos ao Programa de Estocolmo e as diretrizes da União Europeia quanto à política de segurança interna, e dos números de margem 107-109, relativos às garantias da Carta de Direitos Fundamentais; a inclusão, no § 12, do número de margem 17; e a inclusão, no § 13, dos números de margem 19-27, relativos à criação de um Ministério Público Europeu). Alguns quadros sinópticos também foram acrescentados com o propósito de fornecer um panorama sintético e objetivo de certos pontos. O primeiro tópico (§ 9), que trata sobre o conceito e o objeto do Direito Penal Europeu, é precedido por um breve, mas instrutivo, panorama relativo ao processo de unificação europeia, bem como dos órgãos e organizações europeias. Logo após, é analisado o conceito de Direito Penal Europeu. E neste tópico é importante a observação de que não existe no espaço jurídico europeu um Direito Penal Europeu no sentido de um Direito Penal supranacional, pois não há regras a partir das quais o poder penal da Comunidade se imponha diretamente aos cidadãos dos Estados-membros.

Já no § 10 o autor trata acerca da proteção dos direitos fundamentais na Europa e, neste contexto, trata especificamente a Convenção Europeia de Direitos Humanos e a sua influência para a consolidação do Direito Penal Europeu.

Nesta nova edição, o leitor tem a disposição um exame mais aprofundado, pois, ao abordar as garantias penais materiais (§ 10 B. II. 2. c), o autor analisa de forma mais detalhada a questão relativa ao princípio da legalidade, sobretudo, a partir do exame da decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos, de 17.12.2009, e as posições do legislador alemão e do Tribunal Constitucional Federal alemão (BVerfG) a respeito. Ao abordar o chamado Programa de Estocolmo, firmado pelo Conselho Europeu em 2009, *Ambos* analisa a proposta da Comissão em relação ao trabalho de intérpretes e tradutores, ao direito de informação e instrução e ao direito de acesso à assistência jurídica no processo penal.

Por conseguinte, no § 11 é analisado o Direito Penal Europeu no marco da Comunidade e da União Europeia. Aqui o autor chama a atenção para as principais técnicas empregadas que influenciam de modo decisivo o direito penal europeu, como as técnicas de assimilação dos interesses da Comunidade Europeia por meio de remissões ao Direito Penal nacional, de adaptação ou harmonização das leis penais nacionais por meio de diretrizes da Comunidade Europeia e as técnicas de remissão em branco das leis penais nacionais ao Direito da Comunidade Europeia (leis penais em branco). O § 12 é inteiramente dedicado à cooperação judicial e policial em matéria penal, no âmbito da União Europeia e o § 13 é dedicado aos órgãos institucionalizados que promovem a cooperação policial e judicial no âmbito da União Europeia (Euro-pol/Eurojust), bem como à questão relativa à criação do Ministério Público Europeu (§ 13 D.), cujo tópico foi substancialmente aprofundado nesta edição.

III. Conclusão

A profundidade e a propriedade com que são abordados os temas tratados na obra, bem como a habilidade do autor no manejo com a literatura estrangeira, servindo-se, inclusive, de obras latino-americanas, por si só já justificariam a merecida posição de destaque entre as demais publicações que versam sobre a matéria. No entanto, há ainda outros aspectos que são dignos de nota e que, para além do cuidado com a constante atualização da obra, representam um acréscimo quanto ao mérito: a elaboração de casos e quadros sinópticos, que contribuem fundamentalmente para a compreensão dos institutos, demonstra a preocupação do autor com a concretização e assimilação do conhecimento teórico apresentado, ademais, a obra representa um completo estudo acerca do direito penal internacional, de forma que todos estes aspectos conjugados fazem dela um instrumento imprescindível para os estudiosos das ciências jurídico-penais.

Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen, Porto Alegre, Brasil