



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Humberto Soares de Souza Santos

Ainda vive a teoria do bem jurídico?

**Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites
materiais do poder estatal de incriminar**

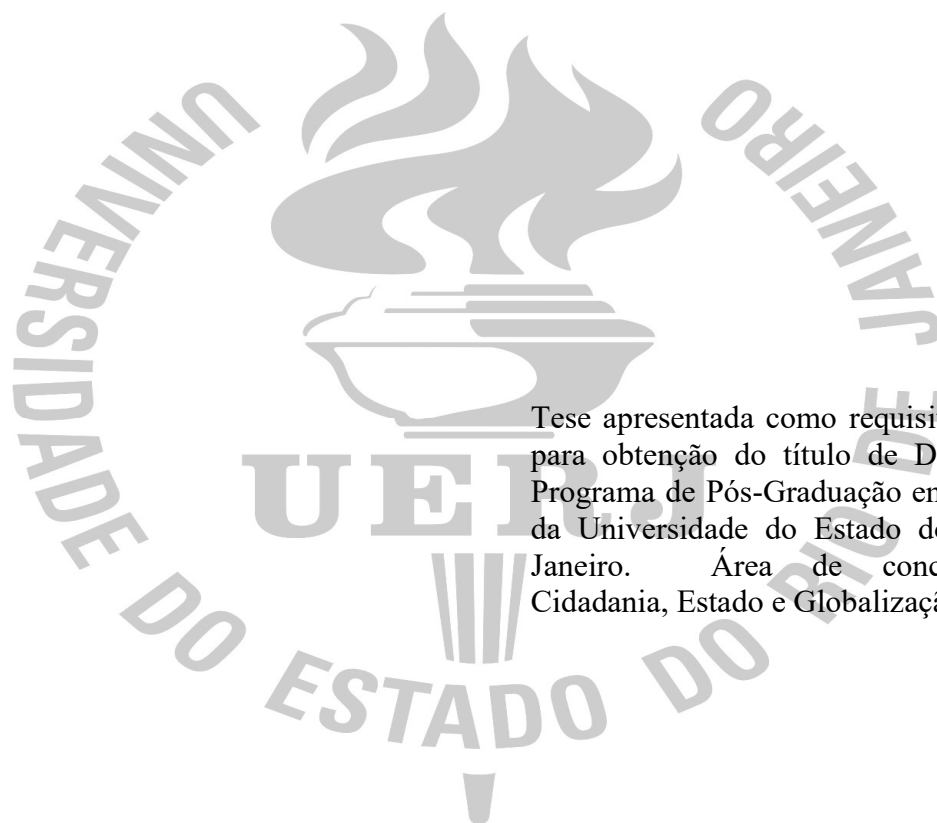
Rio de Janeiro

2018

Humberto Soares de Souza Santos

Ainda vive a teoria do bem jurídico?

**Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais
do poder estatal de incriminar**



Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Prof. Dr. Davi de Paiva Costa Tangerino

Rio de Janeiro

2018

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S237 Santos, Humberto Soares de Souza.

Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar / Humberto Soares de Souza Santos. - 2018.

394 f.

Orientador: Prof. Dr. Davi de Paiva Costa Tangerino.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Teoria dos sistemas - Teses. 2. Autonomia – Teses. 3. Legitimidade (Direito) – Teses. I. Tangerino, Davi de Paiva Costa. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Humberto Soares de Souza Santos

Ainda vive a teoria do bem jurídico?

**Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais
do poder estatal de incriminar**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovado em 16 de fevereiro de 2018.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Davi de Paiva Costa Tangerino (Orientador)
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Christiano Falk Fragoso
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dra. Ana Elisa Liberatore Silva Bechara
Universidade de São Paulo

Prof. Dr. João Paulo Orsini Martinelli
Instituto de Direito Público de São Paulo

Rio de Janeiro
2018

DEDICATÓRIA

Para Janice Santin, minha companheira de vida, de amor e de discussões sobre direito penal. Obrigado por dividir os dias comigo, por me apoiar e ser o meu porto seguro em todos os momentos. O seu incentivo, sua compreensão e sua paciência tornaram esse trabalho possível.

Aos meus pais, Iredes e Sibilia, que sempre me apoiaram ao longo de toda a minha vida acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Várias pessoas contribuíram para o desenvolvimento desse estudo, que não foi fruto apenas de reflexões no isolamento da biblioteca, mas da troca de ideias, do contato com opiniões e visões de mundo diferentes e da sorte de encontrar pessoas generosas que, com abnegação, disponibilizaram seu tempo, refletiram comigo, sugeriram rumos a tomar, colaboraram com o material bibliográfico. Ter sido digno da confiança dessas pessoas me comprovou a máxima do peregrino, de que mais importante do que a chegada é a caminhada. A imagem exterior de alguém dedicado à escrita, sentado durante horas diante de uma mesa com pilhas de livros, talvez não dê a noção exata do quanto a alma do acadêmico é semelhante à do peregrino, em sua disciplina, em seu sacrifício e nos riscos de tomar estradas erradas se não estiver bem preparado. A vida acadêmica é uma peregrinação, um aprendizado pelo trajeto, não pelo destino. E durante essa minha rota acadêmica do doutorado recebi a ajuda de pessoas que, mesmo fora do cotidiano da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, interessaram-se pela pesquisa e colaboraram decisivamente para que eu pudesse empreendê-la, pelas quais começo a manifestar minha gratidão. Devo muito ao Prof. Dr. Luís Greco, da Universidade Humboldt de Berlim, que me forneceu a ampla maioria das obras utilizadas no estudo, inclusive o texto inédito da próxima edição do manual de direito penal do Prof. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, ainda no prelo, que passará a ter a assinatura de Roxin/Greco, e ainda concedeu parte de seu tempo para me ajudar a organizar minhas ideias e a estruturar o trabalho. O Prof. Dr. Luís Greco já havia sido o responsável por guiar meus estudos na direção do que existia de mais consistente e atualizado na dogmática do direito penal, com paciência, dedicação, altruísmo e muito material trazido da Alemanha, quando do meu trabalho de conclusão de curso da graduação, na Universidade Federal do Rio de Janeiro, sobre coautoria em crimes culposos, e no meu mestrado na Universidade Cândido Mendes, sobre dolo. A dívida, portanto, não é de uma ocasião, mas de uma carreira. Carrego comigo a felicidade de ter feito parte dessa experiência e a frustração de não ter conseguido retribuí-la. Agradeço também ao Prof. Dr. José Danilo Tavares Lobato, da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, pelo grande incentivo de muitos anos, pelas conversas, sugestões e reflexões, em especial sobre o futuro da teoria do bem jurídico e a sua aplicação no direito penal ambiental. Agradeço, ainda, ao Prof. Dr. João Paulo Orsini Martinelli, antigo professor da

Universidade Federal Fluminense e atualmente professor do Instituto de Direito Público de São Paulo, que me apresentou, entusiasmado, o mundo da filosofia do direito penal anglo-saxã, cujos conceitos exercem um papel fundamental nesse trabalho. As suas ponderações e considerações, sempre claras e didáticas, foram determinantes para algumas de minhas tomadas de posição. Mas também há muito o que agradecer entre aqueles que dividiram comigo o dia-a-dia da querida UERJ, que faço o registro agora. Em primeiro lugar, agradeço ao Prof. Dr. Davi Tangerino, meu orientador, por toda a confiança em mim depositada. As conversas sobre o andamento da tese, os ensinamentos durante as bancas que me convidou a compor, as lições durante as aulas de direito penal ambiental e teorias da pena, as sugestões dadas nos encontros do grupo de pesquisa, foram muito importantes para que eu consolidasse a opinião que defendo nesse estudo e comprovaram que não poderia ter tido sorte melhor ao ser aceito como seu orientando. Agradeço, também, ao Prof. Dr. Artur Gueiros, pelas lições e reflexões sobre a dogmática do direito penal e o direito penal econômico, nas aulas regulares e no grupo de pesquisa, e pelas conversas que tivemos ao longo do tempo que me levaram a pensar e repensar, por diversas vezes, a importância da teoria do bem jurídico e o papel que ela ainda pode exercer no direito penal. Agradeço, ainda, ao Prof. Dr. Christiano Fragoso, pelas enriquecedoras aulas sobre a história do direito penal, cujas informações precisas sobre o período nacional-socialista ajudaram-me bastante no desenvolvimento do histórico apresentado nesse trabalho, e, além das aulas, pelas opiniões profundas sobre a dogmática do direito penal, passada e atual, que, lançadas na forma de descontraídos bate-papos, fizeram-me refletir sobre constatações preciosas. Agradeço, também, ao Prof. Dr. Nilo Batista, que, desde a entrevista do processo seletivo, entendeu a importância de um estudo sobre a teoria do bem jurídico e os limites do poder estatal de incriminar e, no grupo de pesquisa, concedeu-me generosas lições sobre a origem da teoria do bem jurídico e sugestões sobre a estrutura do trabalho e a bibliografia a ser utilizada. Além dos professores, agradeço aos colegas que me ajudaram na caminhada, durante a qual tive a oportunidade de estar em contato com diferentes convicções; uma pluralidade que, em relação ao desenvolvimento do estudo, foi importante para submeter minhas opiniões ao confronto de argumentos contrários e ao estado de saber ouvir necessário para se permitir a oportunidade de ser convencido ou de reforçar as próprias convicções diante do não convencimento da argumentação oposta. Agradeço em especial três amigos, que me foram verdadeiros presentes da UERJ, por acompanharem quase em tempo real a evolução da escrita e suportarem

minhas angústias: Adriana, Elder e Hamilton. Muito obrigado pelo apoio! Mas há também outros que, de uma maneira ou de outra, tiveram uma contribuição importante ao longo desse trajeto: Carlos, Douglas, Henrique, João Guilherme, Juliana, Lucas, Mariel, Orlandino e Werther. As conversas que tivemos e as considerações que vocês fizeram em sala de aula me ajudaram a dar passos relevantes na direção das conclusões chegadas nessa tese. Por fim, agradeço aos funcionários da Secretaria de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da UERJ, por todo empenho e gentileza dedicados aos alunos perdidos nos trâmites administrativos do curso.

“Das Unrecht Unrecht bleibt, auch wenn es in die Form des Gesetzes gegossen ist, - vor dem auch das auf Grund eines solchen Gesetzes gesprochene Urteil nicht Rechtssprechung ist, vielmehr Unrecht” (Gustav Radbruch, *Die Erneuerung des Rechts*, Gesamtausgabe Band 3 - Rechtsphilosophie III, 1990, p. 108.)

“A injustiça permanece injustiça, mesmo quando é revestida na forma da lei, e também o julgamento proferido com base em tal lei não é jurisprudência, mas injustiça”. (tradução livre).

“Das Glasperlenspiel ist also ein Spiel mit sämtlichen Inhalten und Werten unsrer Kultur, es spielt mit ihnen, wie etwa in den Blütezeiten der Künste ein Maler mit den Farben seiner Palette gespielt haben mag. Was die Menschheit an Erkenntnissen, hohen Gedanken und Kunstwerken in ihren schöpferischen Zeitaltern hervorgebracht, was die nachfolgenden Perioden gelehrter Betrachtung auf Begriffe gebracht und zum intellektuellen Besitz gemacht haben, dieses ganze ungeheure Material von geistigen Werten wird vom Glasperlenspieler so gespielt wie eine Orgel vom Organisten, und diese Orgel ist von einer kaum auszudenkenden Vollkommenheit, ihre Manuale und Pedale tasten den ganzen geistigen Kosmos ab, ihre Register sind beinahe unzählig, theoretisch ließe mit diesem Instrument der ganze geistige Weltinhalt sich im Spiele reproduzieren.” (Hermann Hesse, *Das Glasperlenspiel*, 1971, p. 7-8)

“O Jogo de Avelórios contém portanto a suma e os valores da nossa cultura, manejando-os assim como, na época do apogeu das artes, um pintor manjava as cores de sua paleta. Todos os conhecimentos, pensamentos excelsos e obras de arte que a humanidade produziu em suas épocas criadoras, tudo o que os períodos posteriores produziram em eruditas considerações sob a forma de conceitos, apropriando-se intelectualmente daquele saber criador, todo esse imenso material de valores espirituais é manejado pelo jogador de avelórios como o órgão é tocado pelo organista. Seus manuais e pedais tateiam o inteiro cosmo espiritual, seus registros são quase incontáveis; teoricamente se poderia reproduzir no jogo, com esse instrumento, todo o conteúdo espiritual do Universo.” (tradução para o português do Brasil, de Lavinia Abranches Viotti e Flávio Vieira de Souza, em Hermann Hesse, *O jogo das contas de vidro*, 2007, p. 23)

RESUMO

SANTOS, H. S. S. *Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar*. 2018. 394 f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

A pergunta “ainda vive a teoria do bem jurídico?” é um ponto de partida que reflete o período de incerteza pelo qual passa o desenvolvimento da teoria do bem jurídico em sentido político-criminal. O inegável crescimento da quantidade de juristas dispostos a abandonar a ideia de que a norma penal precisa proteger bens jurídicos, ou até mesmo a compreensão de que o poder estatal de incriminar possa ser questionado por barreiras teóricas, tem servido de séria indicação de que o escrutínio do direito positivo por juízos racionais caminha ao desuso. A decadência do pensamento político-criminal do bem jurídico é evidente pela quantidade de exceções que os seus próprios defensores têm reconhecido, pelas frequentes críticas, justas e injustas, que os seus opositores lhe têm dirigido e pelo descaso com que o legislador e os tribunais têm reagido às conclusões alcançadas pela discussão acadêmica das últimas décadas. Se não é justo afirmar que todo opositor da teoria do bem jurídico é também opositor do questionamento ao direito positivo, pois há propostas de substituir a teoria do bem jurídico por critérios também de limitação ao poder estatal de incriminar, é preciso, porém, reconhecer que a posição daqueles cujos argumentos alargam o campo de poder do legislador é a que parece amealhar mais adeptos, por meio, por exemplo, de justificativas referidas à proteção da validade da norma, à danosidade social, ao reconhecimento de bens baseados na “cultura” ou a um relativismo com fundamento nos princípios da proporcionalidade e da democracia. Mas a variedade e a sofisticação dessas explicações não podem ser consideradas suficientes para afastar a lição histórica de que é perigoso negar validade ao questionamento do direito positivo e ao estabelecimento de limites ao uso do direito penal apenas por não derivarem de poderes estatais, mas de conclusões racionais extraídas do debate científico. Por isso, esse trabalho ainda teima que o poder do legislador de proibir penalmente determinado comportamento deve perder força diante de argumentos que demonstrem com clareza quando a incidência da intervenção penal em determinada hipótese entra no campo da arbitrariedade. Esses argumentos, segundo a proposta defendida no presente estudo, giram em torno da ideia de liberdade e da valoração de alguns de seus aspectos fundamentais, o que se adéqua ao fato de que, em última instância, é sempre a liberdade o que entra em jogo no direito penal.

Palavras-chave: Teoria do bem jurídico. *Harm principle*. Validade da norma. Teoria dos sistemas. Consenso fundamental. Direitos dos outros. Cultura e tolerância. Proporcionalidade e democracia. Autonomia. Abordagem das capacidades. Bem jurídico coletivo.

ABSTRACT

SANTOS, H. S. S. *Still alive the theory of legal good? A contribution of the debate on the theory of legal good and the limits of state power to incriminate*. 2018. 394 p. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

The question of whether the theory of legal good is still alive is a starting point which reflects the period of uncertainty the development of the theory of legal good in its political and criminal sense currently undergoes. The undisputable rise in the number of jurists who are willing to forego the idea that a criminal norm must protect legal goods, or even the understanding that the state power to incriminate may be questioned under theoretical barriers have patently indicated that the scrutiny of positive law by rational judgments is slowing falling into disuse. The decadence of the political and criminal thought on the legal good becomes evident by the sheer quantity of exceptions acknowledged even by its supporters, by the frequent fair and unfair criticism expressed by its opponents, and also by the disregard lawmakers and courts have been showing for the conclusions reached by the academic debate in the last decades. If, on the one hand, it's not fair to state that every opponent of the theory of legal good is also opposed to any objections to positive law, since some propose to substitute the theory of legal good for other limiting criteria to the state power to incriminate, it is important, on the other hand, to acknowledge that the position maintained by those in favour of expanding the field of power of lawmakers is apparently gathering more supporters by means of, for instance, reasons evoking the protection of the validity of the norm, social damage, the acknowledgment of good based on the "culture" or a relativism founded on the principles of proportionality and of democracy. But the diversity and the sophistication of these explanations can't be considered a sufficient reason to ignore the historical lesson that it is dangerous to deny the validity of questioning positive law and of setting limits to the use of criminal law on the mere basis that it does not stem from state powers, but from rational conclusions originated within a scientific debate. For that reason, this study still maintains that the power of the legislator in forbidding criminally specified conducts must lose strength when countered by arguments that clearly demonstrate the instances when the criminal intervention on a specific hypothesis reaches into the field of arbitrariness. These arguments, according to the proposition defended in this study, revolve around the idea of liberty and of the valuation of some of its fundamental aspects, thus conforming to the fact that, in ultimate extent, it is nothing other than freedom that is at stake in criminal law.

Keywords: Theory of legal good. Harm principle. Validity of the norm. Theory of systems. Fundamental consensus. Rights of others. Culture and tolerance. Proportionality and democracy. Autonomy. Capabilities approach. Collective legal good.

ZUSAMMENFASSUNG

SANTOS, H. S. S. *Leben noch die Rechtsgutstheorie? Ein Beitrag zur Debatte über die Rechtsgutstheorie und die materiellen Grenzen der Staatsgewalt zu belasten*. 2018. 394 f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

Die Frage, ob die Rechtsgutstheorie noch lebe, ist ein Ausgangspunkt, der die Periode der Unsicherheit reflektiert, die die Entwicklung dieser Theorie im politisch-kriminellen Sinne erlebt. Die unbestreitbare Zunahme der Zahl der Juristen, die bereit sind, den Gedanken aufzugeben, dass das Strafrecht Rechtsgüter schützen muss, oder sogar das Verständnis, dass die staatliche Befugnis zu bestrafen durch theoretische Barrieren in Frage gestellt werden kann, ist ein ernsthafter Hinweis, dass die Überprüfung des positiven Rechtes durch rationale Urteile außer Kraft gesetzt wird. Der Untergang des politisch-kriminellen Denkens des Rechtsguts zeigt sich in der Anzahl der von den eigenen Verteidigern anerkannten Ausnahmen, in der häufigen, gerechten und ungerechten Kritik, die die Gegner an dieses Denken richten, und in der Missachtung, mit der die Gesetzgeber und die Gerichte gegenwärtig auf die Schlussfolgerungen der akademischen Diskussion der letzten Jahrzehnte reagieren. Wenn es nicht gerecht zu sagen ist, dass jeder Gegner der Rechtsgutstheorie auch ein Gegner der Fragestellung des positiven Rechts ist, denn es gibt Vorschläge, die Rechtsgutstheorie durch Kriterien zu ersetzen, die auch die staatliche Befugnis zu bestrafen begrenzen, ist es hierzu aber nötig zu erkennen, dass die Stelle derjenigen, deren Argumente das Machtfeld des Gesetzgebers erweitern, scheint mehr Anhänger zu finden, beispielsweise durch Begründungen, die sich auf den Schutz der Gültigkeit der Norm beziehen, durch soziale Schäden, bei der Anerkennung von Gütern basiert auf die "Kultur" oder einen auf den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und der Demokratie basierenden Relativismus. Aber die Vielfältigkeit und Erfahrung dieser Erklärungen können nicht als ausreichend angesehen werden, um die historische Lehre zu entfernen, dass es gefährlich ist, die Gültigkeit der Infragestellung des positiven Rechts zu verweigern, und die Gültigkeit der Festsetzung von Grenzen für die Anwendung des Strafrechts nur deshalb zu verweigern, weil sie nicht aus staatlichen Befugnissen, sondern aus rationalen Schlussfolgerungen aus der wissenschaftlichen Debatte resultieren. Daher besteht diese Arbeit immer noch darauf, dass die Befugnis des Gesetzgebers, bestimmtes Verhalten zu verbieten, geschwächt werden sollte, angesichts von Argumenten, die deutlich zeigen, wann die kriminelle Intervention in einer gegebenen Hypothese in das Feld der Willkür gerät. Diese Argumente, so der in der vorliegenden Studie verteidigte Vorschlag, drehen sich um die Idee der Freiheit und die Bewertung einiger ihrer grundlegenden Aspekte, was damit übereinstimmt, dass Am Ende im Strafrecht immer die Freiheit ins Spiel kommt.

Schlüsselwörter: Rechtsgutstheorie. Harm principle. Gültigkeit der Norm. Systemtheorie. Grundkonsens. Rechte anderer. Kultur und Toleranz. Verhältnismäßigkeit und Demokratie. Autonomie. Capabilities approach. Kollektivrechtsgut.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Abs.	Absatz (parágrafo ou, a depender da tradução, inciso ou item)
ADPF	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ANADEP	Associação Nacional de Defensores Públicos
AntiDopG	Gesetz gegen Doping im Sport; Anti-Doping-Gesetz (Lei contra o Doping no Esporte)
BGH	Bundesgerichtshof (Superior Tribunal Federal alemão, correspondente ao nosso Superior Tribunal de Justiça)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, parcialmente correspondente, quanto a aspectos da competência para julgar ações constitucionais, ao nosso Supremo Tribunal Federal)
CP	Código Penal brasileiro
ESchG	Embryonenschutzgesetz (Lei de Proteção aos Embriões alemã)
HC	Habeas Corpus
Hrsg.	Herausgeber (Organizador)
IBCCRIM	Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
Min.	Ministro
Nm.	Número de margem
Op. cit.	opus citatum (obra citada)
Org.	Organizador
PGR	Procuradoria Geral da República
RE	Recurso Extraordinário
Rn.	Randnummer (número de margem)
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal alemão)
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
t.	Tomo
TPG	Transplantationsgesetz (Lei de Transplantes alemã)
vol.	Volume

WpHG Gesetz über den Wertpapierhandel; Wertpapierhandelsgesetz (Lei sobre
Negociação de Títulos de Crédito)

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	17
1	A TEORIA DO BEM JURÍDICO EM SENTIDO POLÍTICO	
	CRIMINAL	28
1.1	Considerações introdutórias	28
1.2	A evolução histórica da teoria do bem jurídico anterior ao conceito limitador do poder de incriminar do legislador	29
1.2.1	<u>A proteção de bens na concepção de Johann Michael Franz Birnbaum</u>	29
1.2.2	<u>O conceito de bem jurídico de Karl Binding</u>	31
1.2.3	<u>A teoria do bem jurídico de Franz von Liszt</u>	33
1.2.4	<u>O conceito metodológico ou teleológico neokantiano de bem jurídico</u>	36
1.2.5	<u>A interrupção do desenvolvimento da teoria do bem jurídico no período nacional-socialista</u>	39
1.2.6	<u>A retomada da teoria do bem jurídico no pós-guerra: o retorno do conceito neokantiano e a ascensão do finalismo de Hans Welzel</u>	42
1.3	O conceito político-criminal de bem jurídico e sua pretendida natureza constitucional	48
1.4	As principais vertentes do conceito político-criminal de bem jurídico	52
1.4.1	<u>A teoria monista-pessoal</u>	53
1.4.2	<u>A teoria dualista</u>	59
1.5	A combinação entre a teoria do bem jurídico e os princípios limitadores do poder estatal de incriminar desenvolvidos no sistema anglo-saxão	61
1.5.1	<u>O conceito de <i>harm principle</i> de John Stuart Mill</u>	62
1.5.2	<u>Os limites morais do direito penal, segundo Joel Feinberg</u>	66
1.5.3	<u>As propostas mais conhecidas de combinação dos princípios desenvolvidos na discussão anglo-saxã com a teoria do bem jurídico</u>	79
1.5.3.1	Os conceitos de bem jurídico, <i>harm principle</i> , <i>legal paternalism</i> e <i>offence principle</i> como argumentos complementares, em Andrew von Hirsch	79
1.5.3.2	O bem jurídico como resultado derivado de uma ponderação de princípios, segundo Gerhard Seher	87
1.5.4	<u>Críticas aos princípios desenvolvidos no debate anglo-saxão e à sua transposição para a teoria do bem jurídico</u>	89

2	A COLOCAÇÃO DA TEORIA POLÍTICO-CRIMINAL DO BEM JURÍDICO EM DÚVIDA	102
2.1	Considerações introdutórias	102
2.2	O reconhecimento de exceções à teoria do bem jurídico em sentido político-criminal por seus próprios defensores	102
2.2.1	<u>A proteção de embriões, de animais e plantas e da vida das gerações futuras, de acordo com Claus Roxin</u>	103
2.2.2	<u>As velocidades do direito penal, de Jesús-María Silva Sánchez</u>	107
2.2.3	<u>Os delitos de comportamento, segundo Andrew von Hirsch e Lothar Kuhlen</u>	109
2.2.4	<u>A recusa a qualquer exceção, de Winfried Hassemer</u>	112
2.3	As principais críticas da doutrina à teoria do bem jurídico em sentido político-criminal	114
2.3.1	<u>Críticas ao pressuposto histórico: equivocada tradição liberal</u>	114
2.3.2	<u>Críticas à imprecisão dos elementos conceituais: obscuridade, vagueza, flexibilidade, relatividade, força argumentativa superestimada, alto grau de abstração e sobreesforço de personalismo</u>	116
2.3.3	<u>Críticas aos fundamentos e consequências: unidimensionalidade conceitual, falta de referência à danosidade social e de reconhecimento da impossibilidade de proteção absoluta, incapacidade de enfrentar os perigos atuais, expressão de ideal de justiça suprapositivo</u>	126
2.4	A rejeição da teoria político-criminal do bem jurídico pela jurisprudência alemã	136
3	O ABANDONO DA TEORIA POLÍTICO-CRIMINAL DO BEM JURÍDICO. ALTERNATIVAS QUE BUSCAM EM OUTRAS IDEIAS OS FUNDAMENTOS E LIMITES DAS NORMAS PENAIS	143
3.1	Considerações introdutórias	143
3.2	A validade da norma e o direito penal do inimigo, segundo Günther Jakobs	146
3.3	A teoria dos sistemas e da danosidade social, de Knut Amelung	150
3.4	O consenso normativo fundamental na sociedade, de acordo com Günther Stratenwerth	157
3.5	A teoria da proteção dos direitos dos outros, de Tatjana Hörnle	162
3.6	A cultura e o princípio da tolerância, em Joachim Vogel, Eric Hilgendorf	

	e Marc Thommen	169
3.7	A proporcionalidade e a democracia, segundo o Tribunal Constitucional da Alemanha, Klaus Ferdinand Gärditz e Carl-Friedrich Stuckenberg	174
4	A CONSTRUÇÃO DE UM FILTRO TRIFÁSICO DE LEGITIMIDADE DAS NORMAS PENAIS	194
4.1	Balço intermediário: ainda vive a teoria do bem jurídico?	194
4.2	A primeira fase do filtro de legitimidade: comportamento fora da esfera intocável da autonomia da pessoa	200
4.3	A segunda fase do filtro de legitimidade: existência de bem jurídico merecedor de proteção penal	210
4.3.1	<u>Explicação prévia necessária: a liberdade substantiva segundo a abordagem das capacidades</u>	212
4.3.2	<u>O bem jurídico merecedor de proteção penal como dado que confere um âmbito de oportunidades ao seu titular</u>	231
4.3.3	<u>O bem jurídico coletivo merecedor de proteção penal</u>	236
4.3.3.1	As diretrizes político-criminais de Claus Roxin	237
4.3.3.2	A aplicação da Navalha de Ockham, segundo Bernd Schünemann	253
4.3.3.3	A identificação das características dos verdadeiros bens jurídicos coletivos e sua sistematização, em Roland Hefendehl	257
4.3.3.4	As três regras-teste de Luís Greco	263
4.3.3.5	As características essenciais dos bens jurídicos coletivos merecedores de proteção penal de acordo com o conceito aqui defendido	268
4.4	A terceira fase do filtro de legitimidade: nexo de afetação negativa relevante entre a conduta fora da esfera de autonomia e o bem jurídico merecedor de proteção penal	274
5	ANÁLISE DE TIPOS PENAIS BRASILEIROS DE LEGITIMIDADE CONTROVERTIDA	280
5.1	Considerações introdutórias	280
5.2	O delito de praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, prevista no artigo 32 da Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais)	281
5.3	Os delitos referidos a plantas, previstos nos artigos 38 a 53 da Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais)	291
5.4	Os delitos referidos a embriões, previstos nos artigos 24 a 26 da Lei	

	11.105/2005 (Lei de Biossegurança)	295
5.5	O delito referido a gerações futuras, previsto no artigo 60 da Lei 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais)	309
5.6	O delito de ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo, previsto no artigo 208 do Código Penal	312
5.7	Os “crimes contra o respeito aos mortos”, previstos nos artigos 209 a 212 do Código Penal	324
5.8	O delito de casa de prostituição, previsto no artigo 229 do Código Penal	346
5.9	O delito de remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver para fins de transplante, com o consentimento do doador, para pessoa não parente e não cônjuge, mas sem autorização judicial, previsto no artigo 14, combinado com o artigo 9º da Lei 9.434/1997 (Lei de Transplantes e Órgãos).....	350
5.10	O delito de realizar esterilização cirúrgica em quem, na vigência de sociedade conjugal, não obtém o consentimento expresso do cônjuge, previsto no artigo 15, combinado com o artigo 10, § 5º, da Lei 9.263/1996 (Lei do Planejamento Familiar)	352
5.11	O delito de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006	355
	CONCLUSÕES.....	359
	REFERÊNCIAS	373

INTRODUÇÃO

A) Considerações preliminares

“Aqueles que são considerados mortos vivem mais”, responde Schönemann com um antigo ditado aos frequentes anúncios de falecimento da teoria do bem jurídico nas últimas décadas.¹ A expressão é boa, pois a maior demonstração de força da teoria do bem jurídico tem sido a de conseguir se manter como a explicação dominante sobre a tarefa do direito penal apesar de enfrentar críticas agudas e um envelhecimento de quase duzentos anos. A multiplicidade de vozes que declaram seu óbito com argumentos sólidos, mas ainda não definitivos, permite ao menos duas interpretações a respeito de seu destino. A primeira, otimista, de que é o indício de seu ainda grande futuro,² a revelação de seu verdadeiro estado: uma figura que ainda vive.³ Já a segunda, pessimista, de que tais vozes críticas, cada vez mais intensas, tenham lançado, de maneira irreversível, a pulga atrás da orelha dos juristas de que a ideia de proteção de bens jurídicos como fim do direito penal, segundo a qual uma lei penal que não proteja um determinado bem jurídico é ilegítima, significa apenas um dogma que não merece ser conservado.⁴

Mas nem o otimismo nem o pessimismo em relação ao futuro da teoria do bem jurídico escondem a constatação de que o seu debate contemporâneo também depende da conclusão superior sobre se é possível limitar com argumentos racionais o poder de incriminar do legislador, ainda que democraticamente eleito. O dissenso sobre um pressuposto tão essencial revela uma desconfiança constrangedora quanto ao papel que a moderna ciência do direito penal pode exercer como ferramenta de questionamento das decisões legislativas mesmo após dois séculos de constante desenvolvimento e

¹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation*. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 133.

² SCHÜNEMANN, Bernd. *Op. cit.*, 2003, p. 133.

³ HEFENDEHL, Roland. *Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm*. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 119.

⁴ Como pensam, por exemplo, STRATENWERTH, Günther; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 5. Auflage, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2004, p. 30.

maturação. Se há ao menos o consenso de que o direito penal é o meio de intervenção estatal predominantemente mais grave na liberdade da pessoa, também deveria ser um ponto de convergência, a não ser que se defenda sua abolição total e imediata, a ideia de que o seu emprego precisa estar orientado por balizas racionais cuja extrapolação não pode ser ratificada nem mesmo pela legitimidade eleitoral. A gravidade do uso do direito penal deveria indicar que não basta ao cidadão saber que determinado comportamento é proibido, mas que determinado comportamento é proibido porque há motivos racionais que justificam tal proibição, que se torna limitada à presença de tais motivos. Não deveria ser considerado válido o pressuposto de que a mera vontade do Estado justifica a aplicação do direito penal, pois não ter uma explicação sobre o que justifica a proibição de uma determinada conduta significa também não conseguir explicar o motivo pelo qual o direito penal não teria legitimidade para intervir em qualquer campo da vida do cidadão, de modo a deixar sua liberdade ao arbítrio das decisões dos governantes.

A pretensão liberal de delimitar âmbitos de incidência da norma penal tem-se fragmentado, porém, numa teia de argumentos levantados na discussão teórica que se assemelha a um jogo dogmático de contas de vidro⁵ com cada vez menos importância para o legislador e para a jurisprudência, que não têm visto problemas, por exemplo, na intervenção do direito penal em áreas tradicionalmente reguladas pelo direito civil ou administrativo ou na incriminação de condutas apenas morais. Há vários fatores que, isolados ou em conjunto, contribuem para transformar um debate de consequência prática inegável - sobre o que pode e o que não pode ser incriminado - numa conversa de acadêmicos: a ambição de vincular o legislador democraticamente eleito, o mal explicado arrimo dos limites do direito penal no direito constitucional, a obscuridade dos conceitos em discussão, a tensão com as exigências do processo de produção legislativa, a dinamicidade da vida em sociedade, a edição de leis com fins eleitorais, etc. O reconhecimento de que existem sérias barreiras à noção de que o poder de incriminar do legislador pode ser submetido ao questionamento científico é importante para a correção de suas falhas e rotas, mas não ainda para conformá-la aos limites

⁵ Termo no original em alemão “*Dogmatisches Glasperlenspiel*”, cunhado por Roland Hefendehl, Andrew von Hirsch e Wolfgang Wohlers no subtítulo da histórica coletânea de artigos sobre a teoria do bem jurídico *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, que lembra o famoso romance “*Das Glasperlenspiel*” (“O jogo das contas de vidro”), de Hermann Hesse, sobre intelectuais que em Castália, uma comunidade do século XXIII, praticavam uma atividade lúdica e sofisticada que definia os valores da sociedade: o jogo dos avelórios ou das contas de vidro.

estreitos das ideias impotentes. A ciência do direito penal, como uma penetra atrevida, deve chamar a legislação e a jurisprudência ao diálogo, ainda que elas se sintam as anfitriãs da festa da intervenção penal do Estado na liberdade das pessoas.

B) Justificativa

A questão “o que o Estado pode incriminar?”, que está na origem da pergunta título desse estudo (“ainda vive a teoria do bem jurídico?”) tem sido o ponto de partida de inúmeros trabalhos desenvolvidos pela doutrina internacional no último meio século. A multiplicidade de tentativas de resposta, que compõe a provavelmente mais extensa discussão da ciência e da filosofia do direito penal no mundo inteiro, é fascinante para o estudioso, ainda que possa levá-lo à descrença de ter algo a acrescentar entre os argumentos sofisticados que tem alimentado conclusões controvertidas. A oscilação entre o fascínio e a descrença é uma reação natural do estudioso ao longo do processo de enfrentamento da extensa e sólida produção científica sobre o assunto, mas não põe em dúvida a necessidade imprescindível de que o debate tenha continuidade, mesmo que apenas para manter viva a sua indagação principal, pois envolve não apenas o objetivo de esclarecer os limites da força estatal na liberdade dos cidadãos, mas a permanente demonstração, pela ciência, de que ela se importa com tais limites. A interrupção ou o desinteresse na discussão, se não por um improvável e distante consenso quanto aos limites precisos da intervenção penal, refletiria maus tempos, pois significaria que o respeito à liberdade das pessoas já não se apresenta como uma questão fundamental.

Mas a despeito da necessidade de um debate permanente sobre os limites da intervenção do direito penal, há muitos pontos no debate atual que precisam ser esclarecidos. É uma constatação evidente a de que o legislador penal dá pouca ou nenhuma importância para construções teóricas que pretendam limitá-lo, mas os problemas internos contidos nas propostas disponíveis de fato têm impedido que elas possam ser consideradas portos de argumentação absolutamente seguros para convencer que determinados interesses político-criminais na proibição de determinadas condutas devem ser contidos. A teoria do bem jurídico, a mais bem-acabada ferramenta utilizada para cumprir tal papel em nosso sistema de matriz romano-germânica, emprega, em suas inúmeras definições, termos vagos, abstratos e obscuros, o que lhe rende um alto

grau de manipulabilidade, e tem dificuldade de explicar por que o bem jurídico entendido como merecedor de proteção penal merece tal proteção penal. A existência de tais defeitos de grande relevância, que não podem ser ignorados, por si só justifica o prosseguimento das investigações jurídico-penais sobre a teoria do bem jurídico, seja para indicar caminhos no sentido de sua superação, seja para apresentar argumentos definitivos que demonstrem a necessidade de seu abandono em favor de alguma outra ideia.

Além disso, a legitimidade eleitoral do legislador não deve ser considerada um argumento suficiente para que ele utilize o direito penal de acordo com a sua mera vontade. Na democracia, antes de uma decisão legislativa a respeito da proibição de um determinado comportamento, é preciso um período de deliberação, de debate e manifestações que esclareçam a indispensabilidade da intervenção penal na esfera de liberdade da pessoa. Os argumentos em torno dos quais deve girar esse período de discussão precisam apresentar um nível de racionalidade elevado o bastante para que uma decisão com tal gravidade não seja tomada com fundamentos casuístas, sentimentalistas ou meramente intuitivos. E a instituição mais capacitada para fornecer tais argumentos é a ciência do direito penal, a partir das conclusões tiradas de seus estudos. A necessidade de manter a ciência do direito penal como a instituição mais apta a fornecer argumentos racionais ao debate legislativo sobre a intervenção penal na liberdade dos cidadãos justifica que investigações sobre os limites do poder de incriminar sejam produzidas com frequência, pois é a partir delas que tais argumentos são submetidos a um escrutínio racional e ganham força para integrar uma deliberação racional antes da tomada de decisão legislativa. E mesmo depois de tomada a decisão pelo legislador, a ciência não deve ficar silente. O papel da ciência do direito penal torna-se, então, o de analisar se os motivos da decisão estão fundados em razões legítimas ou apenas em seu mero poder,⁶ cujas conclusões negativas servirão para lançar argumentos à sociedade e ao parlamento, no sentido da necessidade de sua revogação, e, também, aos tribunais, para que, se for o caso, possam exercer o devido controle constitucionalidade. Por isso, também para que o exame da legitimidade das normas já positivadas possa ser procedido com argumentos sólidos, é justificável que investigações científicas sobre os limites do poder estatal de incriminar sejam continuamente desenvolvidas.

⁶ GRECO, Luís. *Dolo sem vontade*. In: Liber Amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70º aniversário, Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 886-887.

Todas essas razões justificam e demonstram a necessidade da produção de investigações científicas sobre a teoria do bem jurídico e os limites do poder de incriminar do Estado, como a realizada no presente estudo. Se é imprescindível um debate constante sobre os limites da intervenção penal do Estado na liberdade das pessoas; se não é possível ignorar que problemas graves como vagueza, abstração e obscuridade tornam a mais tradicional ferramenta argumentativa de filtragem do poder punitivo uma construção manipulável nas mãos do legislador e da jurisprudência protetora de suas escolhas; se há um déficit de fundamentação sobre o ponto principal da discussão, isto é, sobre o que justifica o merecimento de proteção penal de algo; se é preciso apresentar argumentos que sejam lançados no processo de deliberação legislativa para evitar decisões legislativas casuístas, sentimentalistas ou puramente intuitivas, com força suficiente para fiscalizar a legitimidade das razões do legislador, convencer a sociedade e o parlamento da necessidade de revogação e, a depender do caso, os tribunais do reconhecimento da inconstitucionalidade da incriminação que extrapola os limites de uma intervenção penal racional; o desenvolvimento de argumentos orientados pelo enfrentamento dessas questões, preocupação constante da análise e das conclusões levadas a cabo ao longo da pesquisa, é uma motivação global legítima para a elaboração da tese aqui defendida. Ao final das contas, trata-se da submissão a exame da fronteira entre o uso autoritário e legítimo da força penal do Estado, uma discussão fundamental para a conservação de um sistema democrático.

C) Marco teórico e bibliográfico

A ousadia histórica de uma geração de jovens penalistas alemães, que, na década de 1960, refundou a teoria do bem jurídico para atribuir-lhe um sentido político-criminal colocou no centro das discussões da dogmática penal de matriz germânica o entendimento de que argumentos racionais podem questionar a legitimidade de proibições penais, ainda que produzidas por legisladores democraticamente eleitos. Por feliz coincidência, a filosofia do direito penal de matriz anglo-saxã produziu em paralelo estudos com a conclusão semelhante de que o poder de intervenção penal do Estado na vida dos cidadãos é passível de ser limitado por juízos racionalmente fundados, os quais, embora não tenham chegado a uma figura como a do bem jurídico, deram conteúdo a sofisticados princípios limitadores, como o *harm principle* e o *offense principle*, e esclareceram conceitos úteis ao entendimento do assunto, como

paternalismo e autonomia. Esse pressuposto, de que o poder estatal de incriminar pode ser questionado por construções teóricas racionais, é a posição tomada sobre o assunto a partir da qual serão desenvolvidos os argumentos defendidos nessa tese. Um pressuposto que não se modifica com a análise das posições em sentido contrário e se fortalece com o aproveitamento de ideias desenvolvidas no âmbito da filosofia da justiça também de matriz anglo-americana a respeito do conceito de liberdade substantiva, com base na abordagem das capacidades.

A fixação do marco teórico no pressuposto de que a ciência pode questionar a legitimidade de normas penais editadas mesmo pelo legislador democraticamente eleito e o seu desenvolvimento com base nos estudos da dogmática-penal de matriz germânica e das filosofias do direito penal e da justiça de matriz anglo-saxã conduziu a uma bibliografia predominantemente de língua alemã e inglesa, mas com referência relevante ao produzido nas línguas portuguesa e espanhola. Essa disposição reflete o aproveitamento, mais nítido especialmente na parte propositiva da tese, de conceitos desenvolvidos tanto no debate de matriz germânica quanto no de anglo-saxã, por meio do enquadramento complementar de conclusões convergentes extraídas tanto da perspectiva de estudos sobre a teoria do bem jurídico, de um lado, e sobre os limites morais da intervenção penal e as ideias de liberdade e justiça, de outro, o que apenas se tornou possível em razão do emprego de investigações publicadas em especial na Europa Ocidental Continental, na América Latina, nos Estados Unidos da América e no Reino Unido.

D) Problema

A tese tem como ponto de partida o problema que lhe dá título, sobre a relevância atual da teoria do bem jurídico. Mas a partir da perspectiva de que proibições penais podem ser questionadas por argumentos racionais, apresenta as diversas questões individualizadas que levaram a esse grande problema-título: o reconhecimento da legitimidade de intervenções penais que não se enquadram na explicação dada pela teoria do bem jurídico, a manipulabilidade de conceitos obscuros, vagos, flexíveis, relativos e abstratos; o potencial de sua força argumentativa; a retórica voltada à pessoa; a dúvida sobre sua capacidade para enfrentar os riscos contemporâneos; a dúvida sobre sua legitimidade como ideal de justiça suprapositivo; sua rejeição pela jurisprudência; e a capacidade de rendimento das teorias concorrentes para substituí-la.

O problema sobre a relevância atual da teoria do bem jurídico ainda é ilustrado por uma pequena seleção de tipos penais do ordenamento jurídico brasileiro. Apesar de não faltar indicação, pelo legislador e pela doutrina a seu favor, de um bem jurídico protegido em relação a cada um dos tipos penais selecionados, há forte discussão a respeito de sua legitimidade e dos limites de sua disposição, em alguns casos com debate já avançado para a esfera dos tribunais.

E) **Método**

O método utilizado na investigação é predominantemente o analítico-teleológico. A tese apresenta, em seu início, um breve histórico da teoria do bem jurídico para, em primeiro lugar, informar que sua interpretação e papel foram modificados ao longo do tempo e, em segundo lugar, esclarecer que o sentido que importa para o presente estudo é o político-criminal, limitador do poder estatal de incriminar, em torno do qual gira o exame sobre o conceito de bem jurídico procedido na investigação.

A pesquisa assume o método analítico ou teórico descritivo no que pode ser considerada a sua primeira parte, composta pelos capítulos 1, 2 e 3. Em tais capítulos a investigação preocupa-se em analisar argumentos, em especial os desenvolvidos no âmbito da teoria do bem jurídico em sentido político-criminal; os que a colocam em dúvida; e aqueles que se apresentam como alternativas à sua aplicação. O resultado dessa análise é exposto em um tópico denominado “balanço intermediário”, que serve de apresentação do saldo obtido pelo método analítico e ponto de transição para o método teleológico.

O método teleológico é adotado na parte da pesquisa formada pelos capítulos 4 e 5, nos quais se desenvolve a proposta teórica defendida na tese. A formulação da proposta parte da identificação de uma razão básica comum que autoriza e limita, a ela própria, a edição de normas penais. As definições utilizadas no raciocínio proposto são aquelas que melhor esclarecem o seu conteúdo como desdobramento dessa razão básica comum, inclusive no tocante a figuras tradicionais como autonomia, cujo sentido empregado é apenas um dentre os diversos conceitos que já lhe foram atribuídos, mas que se adequa com maior facilidade aos argumentos desenvolvidos a partir da identificação dessa razão básica comum, e bem jurídico, em relação ao qual há uma refundação conceitual também orientada pela razão básica comum autorizadora e limitadora da incriminação.

F) Estrutura da tese

A estrutura do trabalho foi desdobrada com três preocupações principais. A primeira, expor e analisar a teoria político-criminal do bem jurídico e suas orientações internas, os argumentos que serviram para que fosse colocada em xeque e as alternativas ao seu emprego que têm sido apresentadas na discussão. A segunda, propor um raciocínio teórico que pudesse cumprir de maneira mais sólida a função de questionamento racional à legitimidade das normas penais. A terceira, submeter esse raciocínio proposto a discussões já pré-estabelecidas na doutrina e nos tribunais sobre tipos penais de legitimidade controvertida, para testar a sua capacidade de rendimento. Essas três preocupações levaram a uma fragmentação do estudo em cinco capítulos, além de sua conclusão final, cada qual com um papel definido.

No primeiro capítulo da tese, é exposto um panorama da teoria do bem jurídico em sentido político-criminal, iniciado com uma evolução histórica sobre como era interpretada antes do conceito limitador do poder estatal de incriminar. A narrativa dessa evolução abrange a proteção de bens na concepção de Birnbaum, a definição de bem jurídico de Binding, a teoria de Von Liszt, o conceito metodológico ou neokantiano, a interrupção do desenvolvimento da teoria do bem jurídico durante a época nacional-socialista, sua retomada no pós-guerra, com o retorno da concepção neokantiana e a ascensão do finalismo de Welzel. Após a exposição desse histórico evolutivo, é analisada a natureza constitucional pretendida pela teoria político-criminal do bem jurídico e, em seguida, expostas suas principais vertentes: as concepções monista-pessoal e dualista. Ainda são examinadas as tentativas de transposição do *harm principle* à teoria do bem jurídico, o que começa com uma explicação a respeito das definições de Stuart Mill e de Feinberg, para, depois, ser procedida uma análise das propostas de Von Hirsch e Seher, que defendem a utilização na teoria do bem jurídico dos princípios da discussão anglo-saxã, e um exame das críticas dirigidas a tais princípios e da pretensão de incluí-los na teoria do bem jurídico.

No segundo capítulo são estudados os argumentos que colocam a teoria do bem jurídico em dúvida. Em primeiro lugar, é realizada uma exposição sobre as principais exceções à teoria do bem jurídico em sentido político-criminal, admitidas por seus próprios defensores, a começar pelas hipóteses de proteção de embriões, de animais e plantas e da vida das gerações futuras apresentadas por Roxin, mas que se estende,

também, para a teoria das velocidades do direito penal, proposta por Silva Sánchez, os delitos de comportamento, conforme o defendido por Von Hirsch e Kuhlen, e a posição de rejeitar qualquer exceção, assumida por Hassemer. Em segundo lugar, são examinadas as críticas mais fortes lançadas pela doutrina contemporânea à teoria político-criminal do bem jurídico, que são relacionadas ao equívoco de seu pressuposto histórico como tradição liberal; à imprecisão de seus elementos conceituais, isto é, sua obscuridade, vagueza, flexibilidade, relatividade, a superestimação de sua força argumentativa, seu alto grau de abstração e seu personalismo sobreesforçado; e aos seus fundamentos e consequências, como a sua unidimensionalidade conceitual, a falta de referência à danosidade social e de admissão de que é impossível uma proteção absoluta, sua incapacidade de enfrentar os perigos da vida atual e seu caráter de expressão de ideal de justiça suprapositivo. Após o exame das críticas doutrinárias, é feita uma análise da rejeição da teoria político-criminal do bem jurídico pela jurisprudência.

O terceiro capítulo trata das propostas de abandono da teoria político-criminal do bem jurídico e de sua substituição por alternativas que enxergam em outros argumentos a fundamentação e os limites da incriminação penal. A primeira proposta analisada é a que gira em torno da validade das normas e defende a existência de um direito penal do inimigo, desenvolvida por Jakobs. A segunda é a que apresenta argumentos com base na teoria dos sistemas e na danosidade social, de Amelung. A terceira, a que busca explicação num consenso normativo fundamental na sociedade, defendida por Stratenwerth. A quarta, a que vislumbra o objeto de proteção do direito penal nos direitos dos outros, sustentada por Hörnle. A quinta, a que trabalha com a cultura e o princípio da tolerância, de Vogel, Hilgendorf e Thommen. A sexta, aquela que gira em torno do respeito aos princípios da proporcionalidade e da democracia, posição do Tribunal Constitucional da Alemanha, de Gärditz e de Stuckenberg.

No quarto capítulo é exposta a própria opinião defendida nesse trabalho: um raciocínio na forma de um filtro composto de três fases para a verificação da legitimidade das normas penais. Em primeiro lugar, é realizado um balanço intermediário do que foi exposto e criticado, como ponto de partida para a elaboração do próprio entendimento. Após esse balanço intermediário, a primeira fase do filtro de legitimidade é apresentada como aquela em que se verifica se o comportamento proibido está fora da esfera de autonomia da pessoa, de acordo com o conceito de autonomia adotado no presente estudo, cujo conteúdo também é exposto. Em seguida, é

apresentada a segunda fase, que gira em torno da existência de um bem jurídico merecedor de proteção penal, cuja definição sofre uma reelaboração a partir de conceitos aproveitados da abordagem das capacidades, teoria desenvolvida no debate da filosofia da justiça anglo-saxã cuja repercussão alcança diversos campos do conhecimento. Ainda nessa segunda fase são analisados os diferentes critérios desenvolvidos para identificar os bens jurídicos coletivos merecedores de proteção penal, com o exame, primeiramente, das diretrizes político-criminais, de Roxin, e, em seguida, da aplicação da Navalha de Ockham, de Schünemann, da identificação das características dos verdadeiros bens jurídicos coletivos e sua sistematização, de Hefendehl, e das três regras-teste, de Greco. Depois do exame dessas propostas, são apresentadas as características essenciais dos bens jurídicos coletivos merecedores de proteção penal segundo a definição adotada nesse trabalho. Por fim, é exposta a terceira fase do filtro de legitimidade, que se verifica na presença de umnexo de afetação negativa relevante entre a conduta fora da esfera de autonomia, analisada na primeira fase, e o bem jurídico merecedor de proteção penal, observado na segunda fase.

No quinto capítulo é feita uma análise de tipos penais brasileiros de legitimidade controvertida, selecionados em razão da existência de um debate doutrinário e jurisprudencial já estabelecido. Em primeiro lugar, é examinado o crime de praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, prevista no artigo 32 da Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais). Em segundo lugar, os tipos penais referidos a plantas, previstos nos artigos 38 a 53 da Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais). Em terceiro lugar, os crimes referidos a embriões, previstos nos artigos 24 a 26 da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança). Em quarto lugar, o delito referido a gerações futuras, previsto no artigo 60 da Lei 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais). Em quinto lugar, o tipo penal de ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo, previsto no artigo 208 do Código Penal. Em sexto lugar, os “crimes contra o respeito aos mortos”, previstos nos artigos 209 a 212 do Código Penal. Em sétimo lugar, o delito de casa de prostituição, previsto no artigo 229 do Código Penal. Em oitavo lugar, o crime de remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver” para fins de transplante, com o consentimento do doador, para pessoa não parente e não cônjuge, mas sem autorização judicial, previsto no artigo 14, combinado com o artigo 9º da Lei 9.434/1997 (Lei de Transplantes e Órgãos). Em nono lugar, o delito de realizar esterilização cirúrgica em quem, na vigência de sociedade conjugal, não obtém o

consentimento expresso do cônjuge, previsto no artigo 15, combinado com o artigo 10, § 5º, da Lei 9.263/1996 (Lei do Planejamento Familiar). E, finalmente, em décimo lugar, o delito de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006. Por último, no capítulo seguinte, é exposta a conclusão final da tese.

1. A TEORIA DO BEM JURÍDICO EM SENTIDO POLÍTICO-CRIMINAL

1.1 Considerações introdutórias

A teoria do bem jurídico está fora de moda, ao menos é a mensagem que têm transmitido o legislador, os tribunais e uma parcela da literatura jurídico-penal. As novidades legislativas, a postura da jurisprudência e as posições de setores da doutrina, manifestadas nas últimas décadas nos países em que exerce influência, têm empurrado o seu reconhecimento, a despeito dos bravos esforços de seus defensores, do papel de principal explicação doutrinária sobre a tarefa do direito penal à condição de cacareco, cuja presença não combina com a decoração do imóvel e estorva a livre movimentação dos passantes. Talhada para ocupar o espaço central da sala de estar, há um esforço crescente para acomodá-la no cômodo das velharias, lugar de aglomeração dos objetos poucos úteis que, apesar de ainda permanecerem dentro da casa, entram na lista das coisas que merecem ser descartadas.

A decadência do posto de escudo maior da dogmática penal contra incriminações arbitrárias pode ser atribuída, por mais paradoxal que isso seja, ao grande sucesso de seu processo de desenvolvimento. A teoria do bem jurídico não nasceu com os mesmos atributos que lhe foram conferidos pela doutrina majoritária e somente perdeu o caráter descritivo dos fundamentos das normas penais à medida que a evolução de seu debate adquiriu uma feição liberal, cujo ápice foi o entendimento ainda predominante na literatura de que teria força para limitar o poder do legislador de elaborar normas penais.

Mas essa grande ambição científica não conseguiu se impor diante do legislador, que com frequência edita tipos penais com bens jurídicos não merecedores de proteção penal ou sem indicar bem jurídico algum, nem diante da jurisprudência, que de uma postura de admitir argumentos retóricos como bens jurídicos passou a simplesmente reconhecer que a teoria do bem jurídico não teria legitimidade para impor limites ao legislador democraticamente eleito. Muitos foram os motivos para isso, que serão expostos e analisados ao longo do trabalho. Por enquanto, o importante é examinar, por meio do estudo da evolução histórica, como se desenvolveram os estágios prévios ao entendimento político-criminal da teoria do bem jurídico, para uma compreensão mais

clara do que preparou a guinada do debate rumo à forte conclusão de que teria capacidade de conter o poder estatal de incriminar.

1.2 A evolução histórica da teoria do bem jurídico anterior ao conceito limitador do poder de incriminar do legislador

O desenvolvimento histórico da teoria do bem jurídico antes de sua interpretação político-criminal envolve um largo período de mais de um século. Durante esse tempo, não existiu nenhuma clara pretensão de utilizá-la como ferramenta de limitação do poder estatal de incriminar. Os argumentos direcionavam-se à explicação das escolhas do legislador, por meio da descrição do motivo determinante da proibição do comportamento, sob uma perspectiva justificadora, não de questionamento da legitimidade do conteúdo da norma penal, e mais adiante adquiriram também uma função hermenêutica e de interpretação dos tipos penais. Essa tendência manteve-se nas distintas versões que foram apresentadas até pouco depois de passada uma década do final da Segunda Guerra Mundial.

1.2.1 A proteção de bens na concepção de Johann Michael Franz Birnbaum

A doutrina costuma atribuir o mérito da primeira noção de bem jurídico a Birnbaum e ao seu entendimento de que a tarefa do direito penal seria proteger determinados “bens”. Birnbaum, na primeira metade do século XIX, desenvolveu a teoria segundo a qual somente deve ser considerado delito, conforme a natureza das coisas ou a razão, a lesão ou colocação em perigo, atribuível à vontade humana e punível no âmbito do Estado, de um bem garantido a todos pela força estatal. Isso quando não fosse possível estabelecer uma garantia geral a não ser por meio da cominação de uma determinada pena e da execução da ameaça legal contra cada infrator.⁷ Essa concepção foi criada como uma proposta alternativa à teoria defendida por Feuerbach, que via no direito das outras pessoas o objeto a ser protegido pelo direito penal. Para Feuerbach, quem

⁷ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Über das Erfordernis eines Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechen, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*. Archiv des Strafrechts, Neue Folge, Zweites Stück, Halle: C. A. Schwetckhe und Sohn, 1834, p. 179.

ultrapassasse os limites da liberdade jurídica cometeria uma lesão de direito, enquanto quem violasse uma liberdade garantida pelo contrato social e assegurada pela lei penal praticaria um crime. Em sentido lato, Feuerbach considerava delito a prática de uma ação contrária ao direito de outrem, ameaçada de pena por meio de uma lei penal.⁸ Mas Birnbaum, em sua obra “Sobre a exigência de uma violação de direito para o conceito de crime” (“*Über das Erfordernis eines Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechen*”), publicada em 1834, discorda dessa restrição do direito penal à defesa de direitos subjetivos, que, em sua opinião, torna o conceito de delito dependente da verificação de relações jurídicas de direito positivo e inadequado para explicar a existência dos delitos contra a moral e a religião. Ele defende, a partir de uma distinção entre direito natural e direito positivo, uma fundamentação da proibição penal vinculada ao direito natural e adota um conceito jurídico natural de crime, segundo o qual crime é aquilo que, de acordo com a natureza do direito penal, pode ser racionalmente considerado como punível pela sociedade civil. Birnbaum sustenta que há um conceito natural de lesão referido a uma pessoa, uma coisa ou a algo que é concebido como um bem, que pode ser subtraído ou diminuído pela conduta de outra pessoa. E identifica, então, a existência de bens inatos e adquiridos, bens dados aos homens pela natureza e bens que são consequências de seu desenvolvimento na sociedade, além de crimes praticados contra os indivíduos, a comunidade, a religião, a moral e os costumes.⁹

Na doutrina há o entendimento de que a teoria de Birnbaum tem preocupação liberal ao evitar, de maneira consciente, a transposição do direito penal a um metanível normativo¹⁰ e ao criticar a unilateralidade da ideia de lesão de direitos, que pode causar mal-entendidos na aplicação da lei penal.¹¹ Mas tais argumentos não parecem suficientes para considerá-la uma ferramenta crítico-sistemática. Birnbaum não apresenta uma proposta de imposição de limites ao direito penal e, ao contrário, com a crítica à teoria de Feuerbach, pretende justificar a inclusão dos delitos contra a religião e a moral no âmbito do penalmente punível.¹² A definição vaga do significado de “bem”

⁸FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 5. Auflage. Giessen: Georg Friedrich Heyer, 1812, p. 23 - 24.

⁹BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Op. cit.*, 1834, p. 149 - 178.

¹⁰SCHÜNEMANN, Bernd. *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation*. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 139.

¹¹BECHARA, Ana Elisa Liberatore. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 98.

¹²ROXIN, Claus. *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*. In: NEUMANN, Ulfrid; HERZOG, Felix (Hrsg.) *Festschrift für Winfried Hassemer*. Heidelberg: C. F. Müller, 2010, p. 576.

amplia de tal forma o objeto das normas penais que não é possível vislumbrar qualquer função delimitadora.¹³ A teoria de Birnbaum representa, na verdade, um positivismo moderado da época da restauração, que abandona o conteúdo jurídico-político da teoria do dano social do iluminismo.¹⁴ A teoria de Birnbaum, porém, contribuiu para o desenvolvimento de figuras importantes da moderna dogmática do direito penal. O conceito de proteção de bens permitiu uma diferenciação mais precisa entre consumação e tentativa, entre violação do objeto e colocação em perigo do objeto; aprimorou o entendimento sobre a distinção entre injusto do fato e culpabilidade; além de ter possibilitado o esclarecimento de fronteiras sistemáticas entre os elementos do plano objetivo e subjetivo do fato.¹⁵

1.2.2 O conceito de bem jurídico de Karl Binding

Embora Birnbaum tenha utilizado o termo “bem”, a expressão “bem jurídico” surge apenas com Binding dentro de uma construção teórica distinta. Binding defende em sua obra “As normas e sua infração” (“*Die Normen und ihre Übertretung*”), publicada pela primeira vez em 1872, que a essência de todo injusto é a contrariedade da norma, de modo que a vontade da lei e a atividade do indivíduo não correm paralelamente, mas de maneira divergente,¹⁶ e toda proibição tem o mesmo objetivo: impedir que certas mudanças no mundo jurídico sejam precipitadas mediante ações humanas. Com base na realização desse objetivo, Binding diferencia três grupos de proibições. O primeiro formado pela proibição de resultado indesejável por si mesmo. O segundo, pela proibição da colocação em perigo de bens protegidos antes da ocorrência de sua violação geralmente possível. O terceiro, pela proibição de ações que não consideram resultados reais, mas apenas o cuidado com a sua possibilidade, ou seja, a proibição da

¹³ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 106.

¹⁴ AMELUNG, Knut. *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 159-160.

¹⁵ SWOBODA, Sabine. *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Band 122, Berlin: Walter De Gruyter, 2010, p. 27-28. BECHARA, Ana Elisa Liberatore. *Op. cit.*, 2014, p. 98.

¹⁶ BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung – eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*. Erster Band. Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1872, p. 135.

desobediência não por ela causar um estado de contrariedade a um interesse e sim pela própria desobediência. Binding afirma que a comparação dessas três espécies de ações proibidas com o seu conteúdo, a proibição de realização, permite observar que o interesse do direito é contrariado pelo estado produzido pela ação proibida, enquanto o estado prévio à ação corresponde a esse interesse. Isso significa que todos esses estados que não devem ser suplantados por meio de sua modificação têm um valor para o direito e podem ser denominados de “bens jurídicos”. Por isso, Binding considera que o fim da proibição de realização é a conservação de bens jurídicos, isto é, o meio necessário da obediência frente à proibição. Assim, o bem jurídico não se equivale a tudo o que é apresentado como ideal na cabeça de um defensor da teoria do direito natural, segundo o qual algo deve ser considerado interesse mesmo quando o direito positivo não tome para si esse interesse, nem está identificado com direitos subjetivos do indivíduo, da coletividade ou do Estado. Para Binding, o que se entende por direitos subjetivos é com frequência apenas meios para a conservação de bens jurídicos. Além disso, nas proibições caracterizadas por ações sem consideração a resultados reais, não é possível identificar nenhum direito subjetivo, mas somente um direito do Estado contra o súdito da lei cuja omissão da ação era exigida.¹⁷

A partir desse ponto de vista, Binding elabora um conceito segundo o qual por “bem jurídico” se entende tudo o que, na perspectiva do direito positivo, possui um interesse em sua inviolabilidade e imodificabilidade. Em razão disso, o direito positivo busca assegurá-lo, por meio de suas normas, frente a uma indesejável violação ou colocação em perigo. Portanto, o objeto a ser salvaguardado se torna um bem jurídico por meio da norma. E o bem assegurado por meio da norma integra o “capital de bens” do ordenamento jurídico. Para Binding, a fonte jurídica, na criação de bens jurídicos e na disposição das normas de proteção, é limitada apenas por sua própria consideração e pela lógica. Isso com a ponderação de que aquilo que não pode ser violado ou aniquilado também não pode ser reconhecido pelo direito positivo como violável, bem como o direito positivo não pode, num passe de mágica, estabelecer uma relação de causalidade onde não existe.¹⁸ Em seu manual de direito penal, Binding resume esse pensamento na definição de crime como uma infração culpável de uma norma que tenha como consequência a ameaça de pena¹⁹ e de bem jurídico como um valor visto pelo

¹⁷ BINDING, Karl. *Op. cit.*, 1872, p. 188-190.

¹⁸ BINDING, Karl. *Op. cit.*, 1872, p. 193-194.

¹⁹ BINDING, Karl. *Grundriss des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Leipzig: Verlag von

legislador como condição de uma vida saudável da comunidade jurídica, cuja conservação inalterável e imperturbável é um interesse aos olhos do legislador. Esse interesse, por isso, é assegurado, por meio da norma, contra a pretensão de sua violação ou de sua colocação em perigo.²⁰

O conceito de bem jurídico de Binding, embora proposto no âmbito de uma sofisticada teoria das normas, tem o grave defeito de corresponder à mera vontade do legislador. É uma vez que a valoração do bem jurídico depende apenas do legislador, o indivíduo permanece numa situação de submissão diante do Estado, sem poder recorrer a quaisquer dos escudos de racionalização que, mesmo sob um ponto de vista jusnaturalista ou das ciências sociais, já tinham sido desenvolvidos à época em favor da proteção dos cidadãos.²¹ A teoria de Binding faz depender a criação da norma e do bem jurídico de uma decisão do Estado contra cujo mandamento o cidadão não tem mais saída a não ser a obediência, caso não queira sofrer a pena, pois o entendimento de que norma e bem jurídico, na condição de unidades inseparáveis, exercem uma função de pura legitimação do poder coativo do Estado torna possível cobrir com um manto de legalidade qualquer espécie de arbitrariedade.²²

1.2.3 A teoria do bem jurídico de Franz von Liszt

As ideias de Binding sobre o conceito de bem jurídico foram alvo de duras críticas levantadas por Von Liszt. Em sua obra “Bem jurídico e conceito de ação no manual de Bindig” (“*Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche*”), publicada em 1886, Von Liszt considera a definição de bem jurídico de Binding um conceito aparente, uma palavra sem conteúdo. Para Von Liszt, Binding não consegue dar clareza conceitual ao que a palavra “bem jurídico” deve dizer, que se revela um “Proteus” capaz de assumir todas as formas; uma palavra que hoje e amanhã pode ter significados diferentes; um papel em branco no qual qualquer um pode dar o conteúdo que entenda mais adequado. Von Liszt afirma que as colunas do orgulhoso edifício de Binding estão,

Wilhelm Engelmann, 1902, p. 80.

²⁰ BINDING, Karl. *Op. Cit.*, 1902, p. 102-103.

²¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore. *Op. cit.*, 2014, p. 101.

²² HOMAZABAL MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho – el objeto protegido por la norma penal*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 1992, p. 46.

na verdade, construídas sobre um brejo.²³ Na obra “O conceito de bem jurídico no direito penal e na enciclopédia das ciências jurídicas” (“*Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft*”), publicada em 1888, Von Liszt afirma que sua crítica à teoria de Binding acompanha a preocupação de que o direito penal nunca esteve tão ameaçado de se deteriorar num formalismo como naquele momento. Von Liszt sustenta que o conceito de bem jurídico, que ele considera uma questão vital para a teoria geral do direito e para todos os ramos das ciências jurídicas, precisa servir como um limite conceitual da lógica jurídica abstraída, pois entende que a abstração contínua das proposições dadas pelo direito vigente leva à observação de que elas se vinculam ao ingresso de uma consequência jurídica na realidade juridicamente produzida, o que consiste na fundamentação de direitos e obrigações e, portanto, de uma relação jurídica. Para Von Liszt, cada realidade e suas consequências jurídicas, as quais considera supraconceitos de todos os ramos das ciências jurídicas, e também os últimos e mais altos conceitos da teoria geral do direito, estão determinadas no direito penal como crime e pena. E tão logo esses dois últimos conceitos do direito são alcançados, é respondida a questão sobre por que o direito se vincula com essa realidade. A resposta, segundo Von Liszt, está no conceito de bem jurídico, pois este, em sua opinião, é responsável por revelar que todo o direito reside na vontade dos seres humanos, cujos interesses, sejam individuais, sejam da coletividade, devem ser protegidos e fomentados pelas disposições do direito. Von Liszt denomina, então, de bens jurídicos os interesses juridicamente protegidos.²⁴ Em seu manual de direito penal, Von Liszt explica que todos os bens jurídicos são interesses da vida, ou seja, interesses dos indivíduos ou da comunidade. Por isso, de acordo com o seu raciocínio, não é o ordenamento jurídico quem produz o interesse, mas a vida. E a proteção jurídica transforma o interesse da vida em bem jurídico.²⁵ Von Liszt enxerga seu conceito como um conceito limitador de bem jurídico apto a cumprir diversas finalidades. Ele acredita que sua definição pode afirmar com mais precisão a relação interna das ciências jurídicas com a política e servir de guarda contra um tratamento puramente formal do direito, ou seja, exclusivamente

²³ VON LISZT, Franz. *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche*. In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Sechster Band, Berlin und Leipzig: Verlag von J. Guttentag (D. Collin), Wien: Manz'sche k.k. Hof-Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1886, p. 674.

²⁴ VON LISZT, Franz. *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft*. In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Achter Band, Berlin und Leipzig: Verlag von J. Guttentag (D. Collin), Wien: Manz'sche k.k. Hof-Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1888, p. 138-139.

²⁵ VON LISZT, Franz. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 10. Auflage, Berlin: J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1900, p. 53.

lógico-jurídico. Além disso, imagina que consegue exigir de cada ramo técnico-jurídico sensibilidade político-criminal e a maior clareza possível da unidade superior entre legislação, ciência e efeitos jurídicos, com a maior determinação possível.²⁶

O conceito de bem jurídico de Von Liszt exerceu grande influência na doutrina brasileira. Com base nele, Siqueira admite o bem jurídico como interesse juridicamente protegido;²⁷ Lyra entende que o conceito de delito que a lei encerra resulta dos interesses dominantes em determinado ciclo da evolução social, ou seja, os interesses que fazem e aplicam a lei;²⁸ Noronha sustenta que o objeto jurídico do delito é o bem-interesse, pois bem é o que satisfaz a uma necessidade do homem, enquanto interesse é a relação psicológica em torno desse bem;²⁹ Sabino Júnior explica que ao lado do conceito de bem surge o de interesse, pois o bem é um fenômeno social e, por meio do interesse manifestado do titular e protegido pela lei contra a violação ilícita, assume a sua natureza jurídica;³⁰ Bruno defende que bens jurídicos são interesses fundamentais do indivíduo ou da sociedade, que pelo seu valor social, a consciência comum do grupo ou das camadas sociais nele dominantes eleva à categoria de bens jurídicos, de modo a julgá-los merecedores da proteção do direito ou, em especial, da tutela mais severa do direito penal;³¹ Hungria define bem como tudo aquilo que satisfaz a uma necessidade de existência humana e interesse como a avaliação ou representação subjetiva do bem, o que significa que bem ou interesse jurídico penalmente protegido é aquilo que dispõe de reforçada tutela penal.³²

Embora Von Liszt tenha feito críticas enérgicas a Binding, ambos partem da mesma perspectiva filosófica do positivismo. Entre as duas posições há uma distinção quanto à origem dos conceitos, respectivamente social e normativo,³³ mas também há um compartilhamento da posição predominante à época de que a ciência deveria estar limitada ao reconhecimento e constatação do objeto real, ou seja, positivo, como ocorre com a lógica e a matemática, e qualquer espécie de metafísica deveria ser rejeitada como não científica. As ciências jurídicas deveriam, assim, ficar restritas ao direito

²⁶VON LISZT, Franz. *Op. cit.*, 1888, p. 138-139.

²⁷ SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro – especial*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1924, p. 7.

²⁸ LYRA, Roberto. *Direito penal, parte geral*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1938, p. 111-114.

²⁹ NORONHA, Magalhães E. *Direito penal*, 1º volume, São Paulo: Editora Saraiva, 1959, p. 148

³⁰ SABINO JÚNIOR, Vicente. *Direito penal, parte geral*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967, p. 136.

³¹ BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte geral*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967, p. 29-30

³² HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*, volume I, Tomo II, 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 10-11.

³³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore. *Op. cit.*, 2014, p. 104.

positivo e à sua interpretação.³⁴ Se Binding foi um positivista legal puro, Von Liszt também foi, no campo da dogmática do direito penal, um positivista legal e, no âmbito da política criminal, um positivista no que diz respeito aos conhecimentos empíricos-criminológicos.³⁵ Assim, a exemplo do que acontece em relação ao conceito de Binding, também na proposta de Von Liszt cabe ao legislador, em última instância, definir quais interesses vitais dos homens merecem proteção jurídica e elevação ao patamar de bens jurídicos. Isso significa que tampouco é possível extrair da teoria do bem jurídico de Von Liszt algum potencial crítico relevante.³⁶ Ainda que por caminho mais longo, o raciocínio de Von Liszt leva ao mesmo lugar de Binding, pois nele uma norma sempre será expressão do interesse do Estado e a incriminação de determinada conduta sempre se justifica pela mesma decisão política do Estado que aponta Binding.³⁷

1.2.4 O conceito metodológico ou teleológico neokantiano de bem jurídico

Na primeira metade do século XX, a pretensão positivista de exclusiva cientificidade orientada pelas ciências empíricas entrou em decadência no direito penal, especialmente diante da crítica de que este não poderia participar do monismo metodológico e ideológico das ciências naturais. A percepção de que o direito trata com realidades que excedem a experiência psicofísica e que não se insere com exclusividade no mundo do “ser” deu corpo ao movimento fundado na filosofia dos valores neokantiana, que defendia a retirada do direito do mundo naturalista do “ser” e seu posicionamento como “ciência do espírito” numa zona intermediária entre o “ser” e o “dever ser”, no mundo das referências da realidade aos valores, do ser ao dever-ser, da axiologia e dos sentidos.³⁸ Os neokantianos entendiam que do “ser” não deriva nenhum “dever ser”, pois admitir o contrário leva à denominada “falácia naturalista”, o que, no plano sistemático, corresponde ao erro de se construir o sistema de maneira

³⁴ HAFT, Fritjof. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, München: C.H. Beck, 2004, p. 17-18.

³⁵ VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2. Auflage, Heidelberg: Springer, 2011, p. 138.

³⁶ PAWLIK, Michael. *El delito, ¿lesión de un bien jurídico?*, traducción de Ivó Coca Vila. In: *InDret – Revista para el análisis del Derecho* nº 2, Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2016, p. 5. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/1222.pdf>>.

³⁷ HOMAZABAL MALAREE, Hernán. *Op. cit.*, 1992, p. 46.

³⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal, parte geral*, tomo I, São Paulo/Coimbra: Editora RT, Coimbra Editora, 2007, p. 241-242.

predominante a partir dos fundamentos próprios de conceitos empíricos, em vez de fazê-lo sobre os valores essenciais do direito penal.³⁹ E distinguem as ciências naturais, em que predomina a investigação livre e cega de valores da generalidade repetitiva, regular e subsumível, das ciências do espírito e da cultura, que, por sua vez, são caracterizadas pelo pensamento vinculado a valores. O crescimento dessa nova orientação no direito penal deveu-se a pelo menos três obras principais: a) “O consentimento do ofendido” (*“Die Einwilligung des Verletzten”*), de Richard Honig, publicado em 1919; b) “Construção teleológica de conceito no direito penal” (*“Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht”*), de Erich Schwinge, publicado em 1930; e c) “Fundamentos metódicos da ciência atual do direito penal” (*“Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft”*), de Max Grünhut, publicado também em 1930 no livro de homenagem ao aniversário de 70 anos de Frank (*“Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930”*).⁴⁰

A influência neokantiana no direito penal defende a ideia de que é preciso adotar um conceito teleológico ou metodológico de bem jurídico que o faça ser entendido como um valor. Este valor consiste na proteção dos fins do tipo penal, de modo a permitir uma distinção clara entre bem jurídico e o objeto da ação sobre o qual a conduta punível se efetua.⁴¹ O crime é vislumbrado apenas como a violação de uma lei penal positivada e não são admitidas figuras como bens, interesses ou estados, pois o bem jurídico é compreendido como um mero recurso de interpretação.⁴² O bem jurídico cumpre o papel de fórmula interpretativa de tipos penais,⁴³ exerce uma função apenas hermenêutica que serve de ferramenta de interpretação teleológica e estruturação da Parte Especial do direito penal, sem qualquer significado político-criminal.⁴⁴ Com esses pressupostos, duas tendências de definição de bem jurídico se consolidaram como as mais relevantes. A primeira, de Richard Honig, para quem bem jurídico é uma fórmula sintética na qual o legislador reconhece os fins perseguidos por cada disposição penal, uma síntese categorial com a qual o pensamento jurídico se esforça para captar o sentido

³⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal*. In: El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales – Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario, trad. Jesús-María Silva Sánchez, Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1991, p. 47-48.

⁴⁰ VORMBAUM, Thomas. *Op. cit.*, 2011, p. 157.

⁴¹ VORMBAUM, Thomas. *Op. cit.*, 2011, p. 157.

⁴² HAFT, Fritjof. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, München: C.H. Beck, 2004, p. 62.

⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal, parte geral*, tomo I, São Paulo/Coimbra: Editora RT, Coimbra Editora, 2007, p. 115.

⁴⁴ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2006, p. 14.

e o fim das disposições penais individuais, o que significa que os objetos de proteção não existem como tais e são apenas um produto do pensamento jurídico específico.⁴⁵ A segunda, de Erik Wolf, que considera bem jurídico os bens da cultura, de caráter pré-jurídico, apenas descobertos pelo direito, não criados por ele, cuja violação não significa uma mudança do mundo empírico, mas um puro resultado jurídico, uma mudança específica da situação jurídica.⁴⁶

O conceito de Honig é acusado de ter promovido, com sua espiritualização definitiva, um processo de despolitização do bem jurídico cuja consequência foi deixar um caminho livre de obstáculos para fundamentar ideologicamente uma política penal autoritária a serviço do Estado nacional-socialista.⁴⁷ Se essa crítica, por um lado, é exagerada, pois não seria uma teoria do bem jurídico o que impediria o nacional-socialismo de fundamentar seu programa totalitário em algum discurso ideológico e, além disso, o conceito de bem jurídico chegou a ser considerado pelos nacional-socialistas expressão de um “direito penal liberal”, por outro lado, é de se reconhecer que a excessiva espiritualização não fornecia obstáculos argumentativos contra o esvaziamento e a abstração do conteúdo do bem jurídico verificados no período da ditadura. A definição de Wolf é criticada por ignorar que valores culturais não podem constituir objetivos a serem alcançados por meio do direito penal, que não pode ser utilizado para que os cidadãos incorporem um determinado valor ao seu catálogo axiológico sem que a conduta apresente lesividade,⁴⁸ e por se referir a uma realidade cultural imprecisa, abstrata e imaterial, o que, paradoxalmente, acaba por fazê-la cair no mais puro formalismo que não fazia parte da sua abordagem programática.⁴⁹ Essas críticas são corretas, pois o direito penal não deve mesmo servir de instrumento para integração de valores no catálogo axiológico das pessoas e, com efeito, a referência a uma noção vaga e imprecisa de cultura torna essa referência inútil e sem conteúdo material apreciável, de modo a restar como justificativa para a incriminação apenas a norma positivada. Além disso, ambas as definições de Honig e Wolf, devido à “espiritualização” do bem jurídico orientada pela filosofia neokantiana, apresentam a

⁴⁵ HOMA ZABAL MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho – el objeto protegido por la norma penal*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 1992, p. 63-64.

⁴⁶ HOMA ZABAL MALAREE, Hernán. *Op. cit.*, 1992, p. 65-66.

⁴⁷ HOMA ZABAL MALAREE, Hernán. *Op. cit.*, 1992, p. 64.

⁴⁸ TERRADILLOS BASOCO, Juan. *La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal*. In: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense n. 63, Madrid: Universidad Complutense, 1981, p. 132-133. BECHARA, Ana Elisa Liberatore. *Op. cit.*, 2014, p. 108.

⁴⁹ HOMA ZABAL MALAREE, Hernán. *Op. cit.*, 1992, p. 67.

incongruência de situar o bem jurídico em uma esfera ideal e, ao mesmo tempo, torná-lo objeto de relações causais.⁵⁰ Mas o debate sobre a teoria neokantiana do bem jurídico ainda estava em pleno desenvolvimento quando foi bruscamente interrompido com a chegada do nacional-socialismo ao poder em 1933.

1.2.5 A interrupção do desenvolvimento da teoria do bem jurídico no período nacional-socialista

A ascensão do nacional-socialismo e os anos em que esteve no poder, entre 1933 e 1945, representou um período de ruptura com valores liberais que atingiu profundamente o direito penal. A partir de uma crítica radical a todas as doutrinas em que era suposto algum vínculo com o individualismo iluminista, foi realizada uma reformulação da teoria do direito penal orientada por uma nova concepção de Estado, com a eliminação dos aspectos que podiam significar algum limite a ação de tal Estado.⁵¹ O desenvolvimento até então alcançado pela teoria do bem jurídico foi rejeitado como fruto de um liberalismo que precisava ser combatido em favor de um pensamento jurídico-penal autoritário que entendia a comunidade do povo de maneira semelhante a um ente e o fim primário da política criminal e do direito penal não como o de reagir a fatos, mas de eliminar elementos perigosos da comunidade. O pressuposto é o de que o autor de um crime viola deveres frente à comunidade, o que transforma o direito penal do fato em direito penal do autor e, daí, num direito penal de ânimo. O rechaço do direito penal nacional-socialista a um direito penal do fato tem como base a ideia de um direito penal que não depende de tipos penais editados formalmente em lei, mas pretende ver e realizar o que considera a evidente justiça substancial da coisa, de modo a avançar sobre a realidade das relações da vida, sobre como elas se manifestam na ordem concreta da comunidade.⁵²

⁵⁰ AMELUNG, Knut. *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 174.

⁵¹ HOMA ZABAL MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho – el objeto protegido por la norma penal*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 1992, p. 70.

⁵² VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2. Auflage, Heidelberg: Springer, 2011, p. 186-187.

O nacional-socialismo colocou em prática um projeto de eticização radicalmente orientado, que representou, sob as condições de uma ditadura totalitária, uma ideologização total e uma politização total. O Estado não fazia distinção entre o direito e a moral, moral de acordo com a visão de mundo nacional-socialista, cujo ponto de partida, ao lado do antissemitismo e do racismo, era um coletivismo em que o indivíduo somente tinha valor como membro da comunidade do povo. A preferência por bens jurídicos coletivos levou à inflação de leis penais com o propósito de protegê-los e fomentou o desenvolvimento de propostas para substituir ou esvaziar a própria teoria do bem jurídico, em especial no sentido de que o crime consiste na violação de um dever ou na infidelidade ou traição à comunidade do povo.⁵³ Nesse sentido, Schaffstein afirmava que a teoria do bem jurídico se relacionava de maneira dupla à esfera individual. Em primeiro lugar, por reconhecer o indivíduo, que na comunidade do povo não existe. Em segundo lugar, por ter como objetivo principal explicar crimes contra tal esfera do indivíduo, o que, segundo sua opinião, constitui, em relação a outras espécies de crimes, uma camisa de força. Para Schaffstein, todos estariam vinculados por honra, lealdade e obrigações à comunidade do povo e concluía que o que importa não é a violação de bens jurídicos, mas de deveres em relação à comunidade. Com posições semelhantes, Mezger defendia que o crime é certamente violação pessoal de dever e Gallas sustentava que a essência do crime é sua contrariedade à comunidade. Já Dahm afirmava que o conteúdo do crime se apresentava como uma traição à comunidade, o que Schaffstein entendia não divergir de sua opinião, pois a traição, em essência, é a violação de uma obrigação de lealdade.⁵⁴ Mas depois que Schwinge e Klee defenderam a compatibilidade da teoria do bem jurídico com o nacional-socialismo, a sua admissão passou a ser generalizada, despida de qualquer sentido liberal, o que se tornou possível também porque os conceitos que manejava não tinham eficácia limitadora.⁵⁵

O nacional-socialismo, afirma Vormbaum, construiu um regime patológico em relação ao qual se pode identificar, como patologia geral, o caráter autoritário, totalitário e racista, responsável por levar à morte milhões de pessoas devido a guerra e expulsões, e, como patologia especial, a formação de um Estado violador de normas, isto é, um

⁵³ VOGEL, Joachim. *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*, In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Band 115, Berlin: Walter De Gruyter, 2003, p. 656-657.

⁵⁴ FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e sistema penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015, p. 225.

⁵⁵ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal – concepto y método* 2ª edición. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003, p. 115.

Estado criminoso, responsável por ações de eutanásia, exploração de trabalhos forçados, crimes contra prisioneiros de guerra, homicídios e genocídio.⁵⁶ C. F. Fragoso explica que o nacional-socialismo não apenas aceitava, mas incentivava o uso do direito como instrumento político, de uma maneira em que os juristas nacional-socialistas se encarregavam, como membros do front do direito, de proteger a “comunidade do povo alemão”. Assim, os penalistas aproveitaram o conceito de “comunidade do povo alemão” para sustentar a sua proteção como objetivo do sistema penal e a noção de “são sentimento do povo alemão” como ferramenta normativa e interpretativa, como fonte do direito e parâmetro para a definição do conteúdo e da aplicação do direito penal, o que permitiu a substituição do princípio liberal *nullum crimen sine lege* pela autoritária fórmula *nullum crimen sine poena*.⁵⁷ Vogel expõe que foi promovida uma dogmática expansiva e materializadora, com conceitos fortemente eticizantes e ideologizados, como comunidade, fidelidade, traição, dever, além de tendências a subjetivizações e conceitos orientados ao autor, como ânimo ou culpabilidade pela condução de vida.⁵⁸ Segundo Bechara, esse período, embora traumático para o direito penal, trouxe importantes lições que devem condicionar a compreensão do conceito de bem jurídico na atualidade.⁵⁹

Todas essas observações estão corretas. O nacional-socialismo de fato implementou um Estado criminoso contra a humanidade e recebeu o apoio intelectual de juristas que trabalharam para desenvolver uma dogmática do direito penal expansiva, ideologizada e subjetivada. Por isso, é uma experiência que deveria ser sempre lembrada pelas sucessivas gerações de penalistas antes da apresentação de propostas cujos argumentos permitam sua utilização para cancelar uma política criminal autoritária, ainda que não faça parte de seus planos. Em relação à discussão sobre a teoria do bem jurídico e os limites da intervenção penal do Estado a lição é evidente: juízos racionais devem poder colocar em questão a legitimidade do direito positivo, pois, como afirmou Radbruch, ainda sob o impacto das atrocidades nacional-socialistas, a injustiça permanece injustiça, mesmo que revestida de forma legal, e uma decisão prolatada de acordo com uma lei injusta não é jurisprudência, mas injustiça.⁶⁰

⁵⁶ VORMBAUM, Thomas. *Op. cit.*, 2011, p. 219-221.

⁵⁷ FRAGOSO, Christiano Falk. *Autoritarismo e sistema penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015, p. 194-200.

⁵⁸ VOGEL, Joachim. *Op. cit.*, 2003, p. 666.

⁵⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 114.

⁶⁰ RADBRUCH, Gustav. *Die Erneuerung des Rechts*. In: KAUFMANN, Arthur (Hrsg.). Gustav

1.2.6 A retomada da teoria do bem jurídico no pós-guerra: o retorno do conceito neokantiano e a ascensão do finalismo de Hans Welzel

A derrota da Alemanha na Segunda Guerra Mundial, em 1945, e sua divisão pelas forças aliadas em dois Estados, a República Federal da Alemanha, capitalista, no lado ocidental, e a República Democrática da Alemanha, socialista, no lado oriental, levou à supressão das doutrinas vinculadas ao nacional-socialismo. Na Alemanha Ocidental, os defensores da teoria do delito e do conceito de bem jurídico de influência neokantiana retomaram a discussão interrompida pelo período totalitário, acompanhados também por ex-colaboradores ativos do nacional-socialismo, como Mezger, que dedicara ao regime obras teóricas, propostas de leis e trabalhos empíricos.⁶¹ Para o Mezger do pós-guerra, o bem jurídico voltou a ser o que ele acreditava na década de 1920: uma figura ideológica, a valoração jurídica em sua forma mais sensível, que traz em si a síntese realizada em ideias daquilo que o tipo penal abrange em conjunto, de acordo com o seu próprio sentido, e evidência do valor que possui para o indivíduo, como seu portador direto, ou para a sociedade como tal. Assim, o renovado (ou reantiquado) Mezger sustenta que não é correto se prender a ideias materialistas ou negar uma “espiritualização” do conceito de bem jurídico, pois o fundamental está em compreender o bem jurídico não somente como um bem do indivíduo, mas de toda a sociedade, como um “bem de direito”, o que deve esclarecer que a soma de todos os bens jurídicos significa o próprio ordenamento do direito em conjunto.⁶² Em sentido semelhante é a opinião de Baumann, que afirma que a função do direito penal consiste na proteção de bens jurídicos especialmente importantes, que se equivalem a interesses e são a mesma coisa que valores jurídicos. Para Baumann, o conceito de bem jurídico não deve ser interpretado apenas formalmente, no sentido de uma teoria formal do bem jurídico, e sim também em seu aspecto material, mas não corporizado objetivamente.⁶³

Radbruch Gesamtausgabe Band 3 - Rechtsphilosophie III. Heidelberg: C. F. Müller, 1990, p. 108.

⁶¹ Sobre a colaboração de Edmund Mezger com o nacional-socialismo ver MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo – Estudios sobre el Derecho penal en el Nacional-socialismo*, 4ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 80 e seguintes.

⁶² MEZGER, Edmund. *Derecho penal, parte general*, trad. Ricardo C. Núñez, Buenos Aires, Editorial Bibliografica Argentina, 1958, p. 155.

⁶³ BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal: conceptos fundamentales y sistema - introducción a la sistemática sobre la base de casos*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973, p. 9

A interpretação neokantiana do conceito de bem jurídico também exerceu certa influência sobre a doutrina brasileira. Marques defende que o legislador encarna em determinado bem valores relevantes para a vida coletiva, de modo que no conceito de bem jurídico se consubstanciam os valores cuja violação por determinada conduta constitui ilícito penal.⁶⁴ Ainda nos dias atuais, Reale Júnior afirma que a gênese da intervenção penal é a valoração, o reconhecimento de um valor como revestido de dignidade penal, devido à sua essencialidade à vida social, e explica que o valor deve ser apreendido pelo legislador ao realizar a intervenção penal por meio da norma incriminadora e tal reconhecimento e ponderação do valor como essencial ocorrem diante das circunstâncias e da atmosfera espiritual do momento histórico-espiritual.⁶⁵

As definições desenvolvidas na retomada pós-guerra da teoria do bem jurídico de perspectiva neokantiana merecem as mesmas críticas feitas em sua primeira fase, expostas no tópico 1.2.4., sobre a pretensão de espiritualização. Mas é preciso reconhecer que o conceito metodológico ou teleológico de bem jurídico apresentou um avanço em relação ao que havia antes dele: a ideia de que a interpretação do tipo penal deve ser orientada pelo respectivo bem jurídico protegido. Essa noção alcançou um consenso ainda hoje vigente entre os defensores da teoria do bem jurídico devido à sua importância para uma interpretação sistemática do direito penal vigente. Por meio dessa concepção, o conceito de bem jurídico pode se fazer respeitar como o acúmulo de sentido e fim da norma e como o âmago da interpretação teleológica.⁶⁶ A insuficiência está, porém, em restringir o bem jurídico apenas a esse papel de resumo dos sentidos e das finalidades das cláusulas jurídico-penais, da razão legal dos próprios tipos penais. A afirmação de que o bem jurídico cumpre somente a função de meio de interpretação teleológica e de estruturação da Parte Especial lhe atribui um papel insatisfatório, que ignora a necessidade de se desenvolver esforços de interpretação político-criminal na direção de uma teoria que seja elucidativa e jurídico-penalmente limitante.⁶⁷

O retorno do neokantismo ao debate foi acompanhado pela ascensão de um concorrente: a teoria finalista. O finalismo, desenvolvido por Welzel ainda na década de

⁶⁴ MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal*. Volume II. São Paulo: Editora Saraiva, 1956, p. 17

⁶⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal – parte geral*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 22-23.

⁶⁶ SWOBODA, Sabine. *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Band 122, Berlin: Walter De Gruyter, 2010, p. 28.

⁶⁷ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2006, p. 14-15.

1930, defendia uma teoria do delito cujos elementos giravam em torno do conceito de ação, considerada a coluna vertebral de toda a dogmática do crime e definida como o “exercício de uma atividade final”.⁶⁸ As suas bases foram definidas por Welzel em três importantes escritos: “Causalidade e ação”, (*“Kausalität und Handlung”*), de 1931; “Sobre valorações no direito penal” (*“Über Wertungen im Strafrecht”*), de 1933; e o capítulo final de sua tese de habilitação “Naturalismo e filosofia dos valores no direito penal” (*“Naturalismus und Werphilosophie im Strafrecht”*), de 1935.⁶⁹ Nas décadas seguintes ao fim da Segunda Guerra Mundial, o finalismo obteve grande prestígio internacional, em especial na Península Ibérica e na América Latina. Além de um novo conceito de ação, o finalismo apresentava um entendimento próprio a respeito da teoria do bem jurídico, segundo o qual a proteção de bem jurídico deveria ser levada adiante pelo direito penal em consonância com a defesa dos valores ético-sociais elementares da vida em sociedade. Para Welzel, cada ação humana, tanto boa quanto ruim, se submete a dois diferentes aspectos de valoração: o primeiro referido à valoração do resultado produzido, o valor do resultado ou do fato, e o segundo orientado pelo sentido da atividade em si mesma, independentemente de se o resultado é alcançado, o valor da ação. O mesmo ocorre em sentido negativo, ou seja, o desvalor da ação pode ser visto quando o resultado a que ela dá causa é digno de desaprovação, o que se torna hipótese de desvalor do resultado da ação. Welzel defende que, independentemente da realização do resultado, uma ação cujo objetivo seja um resultado digno de desaprovação é ela própria digna de desaprovação, é hipótese de desvalor do ato da ação. Segundo esse entendimento, ambas as modalidades de valor têm significado para o direito penal, já que o direito penal pretende, em primeiro lugar, proteger determinados bens da vida da comunidade, o que é responsável por configurar o valor do fato, como, por exemplo, a existência do Estado, da vida, da saúde, da liberdade, da propriedade etc, que são denominados bens jurídicos e cuja violação é revestida de consequências jurídicas. A proteção do bem jurídico abrange o proibir e o incriminar a ação tendente a violá-lo, isto é, busca-se evitar o desvalor do fato ou resultado por meio de penalizar o desvalor do ato para assegurar a validade do valor do ato ético-socialmente positivo, como a atenção pela vida alheia, saúde, liberdade, propriedade etc. As ações lícitas de valores enraizados no pensamento jurídico existente, ou seja, legal, mas não necessariamente

⁶⁸ WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Auflage, Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1969, p. 3.

⁶⁹ LOOS, Fritz. *Hans Welzel (1904-1977) – La búsqueda de lo suprapositivo en el Derecho*. In: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 4. Jahrgang, Ausgabe 5, 2009, p. 226. Disponível em: http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_5_317.pdf.

moral, constitui, para Welzel, a origem ético-socialmente positiva das normas penais. O direito penal deve assegurar a sua observância real com a punição de quem se afasta delas ao praticar ações infieis, indisciplinadas, desonestas, desleais. Assim, Welzel acredita que a tarefa central do direito penal é salvaguardar a validade inviolável desse valor da ação, mediante a ameaça ou aplicação da pena ao afastamento verdadeiro dos valores fundamentais das condutas lícitas.⁷⁰

Welzel defende que a mera proteção de bens jurídicos tem apenas finalidades negativas-preventivas ou policiais-preventivas, enquanto a tarefa mais profunda do direito penal possui natureza positiva ético-social. Isso porque, ao incriminar o afastamento real dos valores fundamentais do pensamento jurídico, o direito penal manifesta a valoração positiva do ato, amolda o julgamento ético-social dos cidadãos e reforça o sentimento permanente de confiança no direito. Welzel afirma que considerar que a justiça ou injustiça de uma ação se determina conforme a concepção sobre o grau de sua utilidade social ou danosidade social tem como consequência não somente uma forte utilitariedade, mas também uma forte atualização do juízo de valor, pois a necessidade ou danosidade atual das consequências da ação determinam o próprio valor da ação. Por isso, de acordo com esse raciocínio, o direito penal deve depender menos do resultado positivo atual da ação do que da tendência positiva permanente da ação do indivíduo. Assegurar o respeito aos bens jurídicos e, portanto, a validade do valor do ato é mais importante do que regular os resultados positivos nos casos individuais atuais. O valor da ação, segundo Welzel, é relativamente independente do valor do fato, isto é, do bem jurídico e, somente por meio da salvaguarda dos valores ético-sociais elementares da ação, torna-se possível obter uma verdadeira proteção permanente e ampla dos bens jurídicos. Apenas por meio de uma função ético-social do direito penal mais abrangente, a proteção do bem jurídico se torna mais intensa e profundamente mais assegurada do que por meio de uma ideia exclusiva de proteção de bens. Welzel enxerga no bem jurídico um bem da vida, da comunidade ou do indivíduo, que, em razão de seu significado social, tem proteção jurídica, ou seja, uma situação social que o direito quer assegurar de uma lesão. Por isso, defende que a soma dos bens jurídicos não forma um montante recortado, mas a própria ordem social, de modo que o significado de um bem jurídico não deve ser compreendido isoladamente, mas avaliado no contexto da ordem social total. Assim, a proteção de bens jurídicos leva o direito penal a proibir ou impor

⁷⁰ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, 1969, p. 1-2.

espécies determinadas de ação e, por trás dessas proibições ou mandamentos, há obrigações ético-sociais elementares, ou seja, valor da ação, cuja validade é assegurada mediante a ameaça de pena à sua violação. Com isso, Welzel pretende que o direito penal abranja, por um lado, uma proteção de bens permanente e incisiva e, por outro lado, se limite às formas de ataque ético-socialmente reprováveis.⁷¹

O direito penal, para Welzel, precisa adquirir, por meio dessa limitação da proteção de bens jurídicos às obrigações elementares, uma função significativa, adequada aos costumes de cada época. Nesse sentido, o direito penal deve ser visto apenas como um fator entre as inúmeras forças que marcam a concepção moral de mundo de um tempo, embora tenha entre elas uma importância profunda. Welzel explica que, conforme a validade inquebrantável dos deveres ético-sociais elementares, por meio da imposição de pena à sua violação, o direito penal amolda e consolida de maneira eficaz o juízo moral e o sentimento jurídico daqueles submetidos a uma comunidade de direito. A segurança do juízo ético-social do indivíduo depende essencialmente da segurança com que o Estado expressa e aplica seus juízos de valor. E tal segurança do juízo estatal não se manifesta tanto na severidade, mas na certeza da pena, ou seja, na intensidade da persecução. Para Welzel, onde a validade das obrigações ético-sociais elementares fraqueja em razão de um tratamento jurídico-penal inseguro ou incerto, o abalo não se limita a tais obrigações ético-sociais elementares, mas atinge o mundo ético de valores como um todo. Nesse ponto reside o que Welzel entende como o efeito mais profundo do direito penal, qual seja, o de que, por mais que suas normas se limitem aos deveres ético-sociais elementares, servem ainda de fundamento para a existência do mundo total de valores morais de um tempo. Por isso, segundo Welzel, o direito penal é algo elevado sobre si mesmo e assentado na cultura total de sua época, mas que somente alcança esse efeito por meio da sábia limitação de seus meios, pois um excesso de incriminação torna cega a arma em que consiste o uso do direito penal. Ele explica que o direito penal deve se limitar à incriminação de violações às obrigações ético-sociais elementares, de acordo com o seu caráter fragmentário. Além disso, considera que ao Estado é permitido aplicar as mais graves intervenções na vida, liberdade e honra da pessoa, mediante a pena e a prisão preventiva, somente dentro do direito penal, como consequências jurídicas do crime, o que decorre do princípio da exclusividade do meio penal específico. E quando o Estado

⁷¹ WELZEL, Hans. *Op. cit.*, 1969, p. 3-5.

utiliza tais intervenções ou medidas equivalentes para fins fora do direito penal, como o alcance de objetivos econômicos ou organizacionais, ou ainda a luta contra sentimentos políticos, a força construtora da moral contida nas normas penais fica abalada e tira o direito penal do caminho de uma pura medida de prevenção. Welzel afirma, então, que onde as disposições penais restringem quase todos os acontecimentos da vida, onde até mesmo atos de defesa da existência podem se tornar puníveis, o direito penal agoniza devido ao excesso de pena.⁷²

A teoria de Welzel já recebeu a grave crítica de que promove a eticização do nacional-socialismo.⁷³ É uma crítica injusta, pois, a despeito do verdadeiro silêncio de Welzel sobre as arbitrariedades da ditadura, bem como do relativo sucesso de sua carreira acadêmica durante aquele período, sua defesa da proteção de valores ético-sociais não coincide com o coletivismo característico do nacional-socialismo nem desenvolve argumentos fundados em sua ideologização e politização total. Também é injusta a crítica de que leva a um direito penal de ânimo, pois não há, na construção de Welzel, a imposição de sentimentos desejáveis positivos por meio do direito penal, mas a busca pelo que entende como respeito aos bens jurídicos previstos no Código Penal e seu reconhecimento pela norma.⁷⁴ O grande problema do pensamento de Welzel é mediatizar a proteção de bens jurídicos pela tutela de valores da ação e, embora tenha definido bem jurídico como um estado socialmente desejável, termina por derivá-lo da norma sem levar em consideração a maneira concreta com que as relações sociais ocorrem no período histórico concreto. Por isso, seu raciocínio leva a uma definição formal e não ao que propriamente seria bem jurídico em sentido material. O que Welzel apresenta é apenas um enunciado, não o que é protegido ou o que deve ser protegido pelo direito penal de acordo com um ponto de vista político-criminal de exclusiva proteção de bens jurídicos.⁷⁵ No final das contas, seu conceito é tão impreciso e manipulável quanto os conceitos tradicionais de bem jurídico, pois a identificação do conteúdo de tais valores ético-sociais padece das mesmas dificuldades de indicar o que é importante para uma vida sã ou quais interesses humanos, do indivíduo ou da coletividade, merecem ser protegidos juridicamente. O caráter adaptável desses valores ético-sociais torna possível ao legislador incluir no âmbito da fragmentariedade e da

⁷² WELZEL, Hans. *Op. cit.*, 1969, p. 5-6.

⁷³ VOGEL, Joachim. *Op. cit.*, 2003, p. 656.

⁷⁴ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, Band I, 2006, p. 48.

⁷⁵ HOMAZABAL MALAREE, Hernán. *Op. cit.*, 1992, p. 94.

exclusividade do meio penal específico aquilo que entender conveniente, desde que seja reputado por ele um desvalor da ação contrária ao que a norma editada por ele próprio considera valor ético-social digno de ser protegido.

Portanto, nem o conceito neokantiano nem a proposta de Welzel, embora assumissem funções hermenêuticas, apresentavam argumentos suficientes para limitar o poder estatal de incriminar. Uma séria preocupação nesse sentido apenas foi manifestada por uma nova geração de penalistas, de carreiras inteiramente construídas no pós-guerra, que ambicionou estabelecer um conceito de bem jurídico além das explicações formais e das fórmulas hermenêuticas, com verdadeiro sentido político-criminal. A atribuição dessa função renderia à teoria do bem jurídico o posto mais importante de sua história e uma posterior colocação em xeque.

1.3 O conceito político-criminal de bem jurídico e sua pretendida natureza constitucional

A partir de meados da década de 1960, um setor da doutrina alemã, liderado especialmente por à época jovens professores de direito penal, destinou à teoria do bem jurídico a mais árdua tarefa que já lhe fora atribuída. Os pressupostos fundamentais, manifestados em obras como “Sentido e limites da pena estatal” (“*Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*”), de Claus Roxin, publicada em 1966; “Pela definição do conceito de “bem “jurídico”” (“*Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut*”), de Michael Marx, publicada em 1972; e “Teoria e sociologia do crime” (“*Theorie und Soziologie des Verbrechens*”), de Winfried Hassemer, publicada em 1973, eram o de que o poder estatal de incriminar estava limitado pelo conceito de bem jurídico e que o direito penal deve proteger somente bens jurídicos concretos, não convicções políticas ou moralistas, doutrinas religiosas, visões de mundo ideológicas ou puros sentimentos.⁷⁶ A interpretação crítico-sistemática da teoria do bem jurídico, nos termos em que proposta, defende a sua atuação como uma escala de referência para a conexão entre a determinação do merecimento de pena e a lesão ou colocação em perigo de um bem

⁷⁶ ROXIN, Claus. *Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?*, in: HEFENDEHL, Roland. (Hrsg.) *Empirische und dogmatische Fundamente kriminalpolitischer Impetus*, Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 135.

jurídico.⁷⁷ Para o conceito político-criminal ou limitador de bem jurídico, o legislador moderno, mesmo que democraticamente legitimado, não está autorizado a ameaçar uma conduta com pena somente porque não lhe é agradável. Essa é a característica de crítica à legislação, pois persegue o objetivo de apresentar ao legislador os limites de uma incriminação legítima,⁷⁸ o que exige a demonstração, por meio de argumentos racionais constatáveis, de que o tipo penal protege um importante *bonum* social e que essa proteção jurídico-penal está em consonância com a estrutura das decisões de valor da sociedade de direito.⁷⁹ Isso não leva a um rompimento do consenso, entre aqueles que defendem a importância da teoria do bem jurídico, de que a interpretação do tipo penal deve ser orientada pelo respectivo bem jurídico protegido, mas à conclusão de que é insuficiente delimitar o significado do conceito de bem jurídico ao papel de resumo dos sentidos e das finalidades das cláusulas jurídico-penais, ou seja, da razão legal dos próprios tipos penais. Assim, o que se coloca em dúvida não é o ganho que o sentido metodológico do conceito de bem jurídico representou para o conceito material de crime, ou seja, não é a afirmação de que, se o legislador persegue um fim em cada disposição legal, não pode existir um tipo penal sem a previsão de violação a um bem jurídico, mas a insuficiência de tal conceito por não ir além da função de meio de interpretação teleológica e de estruturação dos tipos penais, por não ambicionar qualquer sentido político-criminal.⁸⁰ Portanto, entende-se que a atribuição ao bem jurídico de uma função meramente hermenêutica significa esvaziar seu conteúdo e transformá-lo num conceito legal-formal que nada adianta frente a conhecida e tradicional fórmula de interpretação teleológica da norma.⁸¹

Mas a atribuição de tamanha força à teoria do bem jurídico, acima do poder do legislador democraticamente eleito, exigiu uma justificativa convincente para uma posição tão elevada. E a explicação que mais prosperou entre os defensores do conceito político-criminal de bem jurídico foi a de que ele está diretamente vinculado à Constituição.⁸² Isso com o argumento de que, se a única instância acima do legislador é

⁷⁷ HASSEMER, Winfried. *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*, trad. Patricia S. Ziffer. In: *Doctrina Penal – Teoría y Práctica en las Ciencias Penales* n. 45/48, 1989, p. 276-277.

⁷⁸ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2005, p. 135-140.

⁷⁹ OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht*, 7. Auflage. Berlin: De Gruyter Recht, 2004, p. 8

⁸⁰ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2006, p. 14.

⁸¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal, parte geral*, tomo I, São Paulo/Coimbra: Editora RT, Coimbra Editora, 2007, p. 114.

⁸² GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 49. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 98.

a Constituição, uma limitação ao seu poder de intervenção deve necessariamente estar voltada a ela caso pretenda expressar mais do que uma opinião pessoal.⁸³ O conceito de bem jurídico deve, então, ser político-criminalmente orientado de acordo com o sistema jurídico-constitucional⁸⁴ e harmônico com a tarefa do direito penal de assegurar a todos os cidadãos um livre e pacífico convívio social sob a salvaguarda de todos os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.⁸⁵ Esse ponto de vista permitiu o desenvolvimento de conceitos em que o bem jurídico penalmente protegido adquire uma natureza constitucional, como, por exemplo, o de Roxin, que define bens jurídicos como “dados ou finalidades necessários para o livre desenvolvimento do indivíduo, a realização de seus direitos fundamentais e o funcionamento de um sistema estatal estruturado sob estes objetivos”;⁸⁶ de Kindhäuser, como “qualidades de pessoa, coisas ou instituições que servem ao livre desenvolvimento do indivíduo numa sociedade de um Estado social, constitucional e democrático de direito”;⁸⁷ ou de Greco, como “dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional”.⁸⁸ Também é o que fundamenta a afirmação de Hassemer de que as limitações do direito penal derivadas da tradição da teoria jurídico-penal, por um lado, e as limitações das intervenções penais impostas pela Constituição, por outro, se originam da mesma fonte, isto é, uma fundamentação do direito penal e da pena orientada pelos direitos fundamentais e realizada, sobretudo, pela filosofia política do iluminismo.⁸⁹

Na doutrina brasileira esse entendimento é bastante difundido. Prado, por exemplo, afirma que o bem jurídico vem a ser um ente, compreendido como um dado ou valor social, material ou imaterial, cuja titularidade pode ser individual ou metaindividual, que se tem como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem, em harmonia com o quadro axiológico decorrente da Constituição e com os

⁸³ ROXIN, Claus. *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*. In: NEUMANN, Ulfrid; HERZOG, Felix (Hrsg.) *Festschrift für Winfried Hassemer*. Heidelberg: 2010, p. 577.

⁸⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, 2007, p. 114.

⁸⁵ ROXIN, Claus. *Op. Cit.*, Band I, 2006, p. 16.

⁸⁶ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, Band I, 2006, p. 16.

⁸⁷ KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2008, p. 37.

⁸⁸ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2004, p. 107.

⁸⁹ HASSEMER, Winfried. *Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?* In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p 58.

princípios do Estado democrático e social de direito.⁹⁰ Gueiros Souza e Japiassú explicam que os bens jurídicos decorrem da própria Constituição, a qual, por sua vez, é basilar para caracterizá-los.⁹¹ Lobato concorda que a incriminação, nos Estados democráticos contemporâneos, apenas é legítima caso se relacione com o bem jurídico tutelado e a ordem axiológica da Constituição.⁹² T. Badaró sustenta que a Constituição deve ser o obrigatório ponto de partida para a construção do conceito de bem jurídico, já que é apenas dessa maneira que ele pode vincular o legislador.⁹³ Martinelli e De Bem defendem que a Constituição preserva a garantia da inafastabilidade de jurisdição em razão da qual não pode ser excluída de apreciação judicial ofensa a nenhum direito, conforme o disposto no artigo 5º, inciso XXXV,⁹⁴ e dessa garantia se extrai a fonte de proteção penal do bem jurídico, pois não deve ser excluída do exame judicial lesão ou ameaça aos bens jurídicos.⁹⁵

A referência à Constituição provoca a crítica de que consistiria numa mera duplicação conceitual em relação aos valores constitucionais, o que tornaria o conceito de bem jurídico dispensável, pois seria possível recorrer diretamente aos valores constitucionais sem a necessidade de uma figura intermediária. Essa crítica, porém, pode ser respondida com o argumento de que, embora o conceito de bem jurídico seja extraído da Constituição, deve ser entendido como algo mais restrito do que o conjunto de todos os valores constitucionais.⁹⁶ A coerência dessa explicação pode ser vislumbrada na já clássica menção ao Colégio Pedro II, cuja natureza federal é assegurada pelo artigo 242, § 2º, da Constituição do Brasil⁹⁷ e evidentemente não merece proteção penal, mas também em relação a valores mais relevantes, como a forma republicana de governo, princípio constitucional sensível, protegido pelo artigo 34, inciso VII, alínea *a*, da Constituição brasileira, justificador de intervenção da União

⁹⁰ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal*, volume 1, São Paulo: Editora RT, 2010, p. 265.

⁹¹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal – parte geral*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015, p. 181.

⁹² LOBATO, José Danilo Tavares. *Direito penal ambiental e seus fundamentos – parte geral*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 67-68.

⁹³ BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico supraindividual*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 287.

⁹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 5º (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

⁹⁵ MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Lições fundamentais de direito penal – parte geral*, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 107.

⁹⁶ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2004, p. 100.

⁹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 242. (...) § 2º O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

nos Estados e no Distrito Federal,⁹⁸ mas que não pode conferir legitimidade à incriminação da defesa da restauração da monarquia. É uma posição que se harmoniza com o caráter fragmentário do direito penal, que afirma que este não cuida de todas as violações a bens jurídicos, mas somente de determinados comportamentos que o legislador tenha vislumbrado como danosos em especial, com atenção às decisões de valor jurídico-constitucionais; e com o seu caráter subsidiário ou de *ultima ratio*, segundo o qual o direito penal apenas deve intervir quando outro meio mais brando do que a imposição de pena não for suficiente.⁹⁹ As maiores divergências entre os defensores da teoria político-criminal do bem jurídico que sustentam o seu vínculo na Constituição surgem, porém, em relação à questão sobre para quem o bem jurídico deve ter importância fundamental, se apenas para o indivíduo ou se também para a coletividade.¹⁰⁰ O desacordo sobre a resposta dá origem às duas principais vertentes da teoria político-criminal do bem jurídico defendidas na atualidade: a teoria monista-pessoal e a teoria dualista.

1.4. As principais vertentes do conceito político-criminal de bem jurídico

Não há entre os defensores da teoria do bem jurídico em sentido político-criminal discordância em relação à existência de bens jurídicos pertencentes aos indivíduos.¹⁰¹ A proteção da existência ou das condições de desenvolvimento de bens jurídicos individuais como a integridade física, a vida, a propriedade, a liberdade, é aceita de maneira generalizada como fundamentalmente legitimada e localizada no âmbito das tarefas do Estado.¹⁰² As divergências mais importantes giram em torno dos bens jurídicos coletivos e têm sido animadas por um impreciso debate a respeito da denominada “modernização do direito penal”, que parte do pressuposto de que um dia

⁹⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: (...) VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

⁹⁹ KINDHÄUSER, Urs. *Op. cit.*, 2008, p. 37-38.

¹⁰⁰ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2004, p. 102.

¹⁰¹ Há uma proposta, que remonta a Binding, que considera que bens jurídicos individuais somente poderiam ser reconhecidos como tais conforme isso fosse do interesse do Estado ou da comunidade. BINDING, Karl. *Grundriss des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1902, p. 102 e seguintes. A defesa dessa posição, porém, não encontra eco significativo entre os defensores da teoria político-criminal do bem jurídico.

¹⁰² FREUND, Georg. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2009, p. 8.

existiu um direito penal “clássico”, composto por preceitos tradicionais, como liberalismo, individualismo, legalidade estrita, bens jurídicos individuais ou direitos subjetivos, idealizado pelo movimento iluminista, em contraposição ao atual direito penal moderno, antiindividualista, predominantemente social, flexibilizador da legalidade estrita devido ao uso de normas penais em branco e da acessoriedade administrativa, abundante em bens jurídicos supraindividuais e delitos de perigo abstrato.¹⁰³

A posição adotada nesse debate divide os defensores da teoria do bem jurídico em sentido político-criminal em duas correntes principais. Uma monista-pessoal, que sustenta que o conceito de bem jurídico deve se restringir ao que necessariamente faça referência ao indivíduo, e outra dualista, que entende não ser necessário negar a existência de bens supraindividuais, mas realizar uma distinção entre falsos e verdadeiros bens jurídicos coletivos e excluir do direito penal aqueles considerados falsos. Esse debate tornou-se particularmente relevante devido às reformas legislativas das últimas décadas, que de fato promoveram ao redor do mundo uma expansão do direito penal a campos que lhe eram estranhos, em geral sob a justificativa de proteger bens jurídicos coletivos.

1.4.1 A teoria monista-pessoal

A teoria monista-pessoal é a vertente da teoria político-criminal do bem jurídico que defende que todo bem jurídico legítimo precisa guardar uma referência ao indivíduo.¹⁰⁴ É uma tese que parte da ideia de que bens jurídicos são interesses humanos que demandam proteção penal e que a proteção das instituições somente pode chegar até o ponto em que é condição da possibilidade de proteção da norma.¹⁰⁵ A meta assumida é funcionalizar os interesses gerais a partir do ponto de vista da pessoa, de modo a deduzir os bens sociais e estatais dos bens do indivíduo.¹⁰⁶ Para os seus defensores, a necessidade de proteção dos interesses coletivos deve ser orientada apenas

¹⁰³ GRECO, Luís. *Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?* In: Revista de concorrência e regulação n. 7/8, Lisboa: Edições Almedina S.A., 2012, p. 349-350.

¹⁰⁴ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2012, p. 349-350.

¹⁰⁵ HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 1989, p. 282.

¹⁰⁶ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 109.

se e na medida em que servir aos interesses individuais.¹⁰⁷ Os representantes da teoria monista-pessoal admitem que os bens jurídicos universais têm dominado a discussão político-criminal nos últimos anos, como consequência de uma “modernização do direito penal” que tem tido que se adaptar à evolução e à mudança social, mas sustentam que isso não é nenhuma razão ou motivo para que o bem jurídico seja concebido a partir da perspectiva dos bens jurídicos universais. Eles defendem que a reação deve ser em sentido contrário, com o argumento de que, numa época em que a socialização é cada vez maior, o direito penal deve refletir sobre se os interesses da pessoa não devem ser favorecidos diante dos da sociedade e do Estado.¹⁰⁸ Assim, o direito penal precisa ser pensado não da perspectiva da sociedade, mas do indivíduo, a partir de uma clara tomada de posição pelo lado de um modelo individual contrário a abordagens coletivistas, pois se a teoria vincula o direito penal a interesses concretos, pode servir para filtrar componentes ideológicos que ameacem o direito penal liberal.¹⁰⁹

No Brasil, orientação semelhante é adotada em conceitos que objetivam limitar radicalmente o âmbito de incidência do direito penal. É o caso, por exemplo, da definição de Zaffaroni e Batista, que consideram bem jurídico uma relação de disponibilidade de uma pessoa com um objeto ou, nos casos em que os sujeitos não sejam pessoas ou pessoas com existência atual, uma relação de disponibilidade de um sujeito com um objeto, de modo que, apesar de os bens jurídicos serem comumente mencionados de acordo com os objetos, como por exemplo, a liberdade ou o patrimônio, sua essência consiste na relação de disponibilidade do sujeito com estes objetos e não nos objetos em si mesmos.¹¹⁰ Posição próxima é defendida por Tavares, que compreende bem jurídico como o elemento da condição do indivíduo e de sua projeção social, um valor que se incorpora à norma como seu objeto de referência real, que configura, assim, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual a conduta típica e seus demais componentes devem se referir, o que significa que a constituição do bem jurídico deve ser compreendida não com a consideração de que em sua proteção esteja inserida um dever, pois, do contrário, seria confundido com a própria norma e se

¹⁰⁷ GÜNTHER, Klaus. *Die Person der personalen Rechtsgutslehre*. In: NEUMANN, Ulfrid; PRITTWITZ, Cornelius (Hrsg.) „Personale Rechtsgutslehre“ und „Opferorientierung im Strafrecht“, Frankfurt am Main: Peter Lang Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2007, p.15.

¹⁰⁸ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. Cit.*, 1989, p. 108.

¹⁰⁹ NEUMANN, Ulfrid. *Alternativen: keine. – Zur neueren Kritik an der personalen Rechtsgutslehre*. In: NEUMANN, Ulfrid; PRITTWITZ, Cornelius (Hrsg.). *Personale Rechtsgutslehre“ und „Opferorientierung im Strafrecht“*, Frankfurt am Main: Peter Lang Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2007, p. 86.

¹¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro – II, I*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010, p. 220.

apresentaria como mero atributo formal, mas inserido no aspecto amplo da finalidade da ordem jurídica, sem exercer a função de proteção dele próprio, mas da pessoa humana, que é o objeto último de proteção da ordem jurídica.¹¹¹ Assim, segundo Tavares, apenas pode ser reconhecido como bem jurídico o que pode ser reduzido a um ente próprio da pessoa humana, ou seja, quando determinado valor pode implicar um interesse individual, seja de modo direto, seja indireto, sem que importe se esse interesse individual corresponde a uma pessoa determinada ou a um grupo de pessoas que não possam ser distinguidas.¹¹² No mesmo caminho é a opinião de Lobato, para quem o bem jurídico coletivo não pode perder sua referência ao indivíduo, embora alerte que tampouco pode ser considerado a soma de bens jurídico individuais.¹¹³

Os defensores da teoria monista-pessoal de bem jurídico admitem que a referência ao indivíduo possa ser indireta e não apenas direta. A possibilidade de existência de bens jurídicos gerais ou estatais não é completamente rejeitada, mas se exige que estejam funcionalizados a partir da pessoa.¹¹⁴ E tal funcionalização, a partir do indivíduo, dos bens jurídicos coletivos termina por se tornar, em última instância, o grande desafio da teoria monista-pessoal para a manutenção de sua coerência. Hassemer, quem melhor desenvolveu esse entendimento, afirma que bens jurídicos coletivos podem ser aceitos com a condição de que digam respeito à possibilidade de servirem a interesses do indivíduo. Eles devem ser legitimados em uma forma especial e sua proteção penal depende de mandatos especiais de reserva, o que quer dizer que precisa ser particularmente urgente e, além disso, que as modalidades de técnica de proteção, como, por exemplo, a sanção da tentativa ou da imprudência, devem ser comparativamente mais benignas, pois quanto mais difícil seja conciliar legitimamente uma ameaça penal com um interesse humano, tanto mais cuidadoso deve ser a respeito do “se” e do “como” ameaçar penalmente a conduta.¹¹⁵ Já Otto busca a funcionalização por meio de conceitos sociológicos vinculados à tarefa do direito penal e a valores constitucionais. Ele entende que o direito penal está na condição de um direito de proteção, já que uma sociedade orientada pelo direito tem como pretensão assegurar, mediante a ameaça de pena ou a aplicação dessa pena, tanto o adequado desenvolvimento do indivíduo quanto das estruturas sociais comuns da comunidade. Os

¹¹¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 179-180.

¹¹² TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, 2000, p. 217.

¹¹³ LOBATO, José Danilo Tavares. *Op. cit.*, 2011, p. 73.

¹¹⁴ HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 1989, p. 282.

¹¹⁵ HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 1989, p. 282-283.

fundamentos da sociedade de direito são protegidos, então, por meio do resguardo de determinados bens elementares, que são os bens jurídicos, contra determinados ataques, de maneira a permitir aos indivíduos e à sociedade de direito que se desenvolvam dentro do âmbito admitido pelo direito. Otto conceitua bem jurídico como uma determinada e real relação da pessoa com valores concretos e reconhecidos pela comunidade jurídica como verdadeiras unidades sociais de função, na qual o sujeito jurídico se desenvolve pessoalmente com aprovação do ordenamento jurídico, e, a partir dessa definição, afirma que, conforme os determinados bens sirvam preferencialmente ao desenvolvimento da personalidade de um indivíduo ou de todos os membros da sociedade jurídica, podem ser classificados como bens jurídicos individuais ou bens jurídicos universais.¹¹⁶ Assim, as conclusões dos defensores da corrente monista-pessoal levam a crer, por exemplo, que o bem jurídico no direito ambiental não é o meio ambiente por si mesmo, mas apenas como meio para as necessidades de saúde e vida do indivíduo.¹¹⁷

A teoria monista-pessoal tem sofrido críticas no sentido de que minimiza a função do direito penal a um limite que não pode ser aceitável. Figueiredo Dias afirma que é inconsistente esperar que o controle das origens dos novos perigos surgidos com o desenvolvimento da sociedade possa, nos casos mais graves, ser realizado por meios não jurídicos, como formas de autoproteção da vítima, por meio da autoregulação do mercado, ou, ainda, de meios jurídicos extrapenais, como uma tutela jurídico-civil ou jurídico-administrativa mais intensa, o que significa, em sua opinião, pôr de “pernas para o ar” o princípio da subsidiariedade e da *ultima ratio* em razão da retirada, do âmbito da proteção e das sanções penais, de condutas graves o suficiente para colocar em risco a vida do planeta, a dignidade das pessoas, a solidariedade com os outros indivíduos e com aqueles que ainda estão por nascer.¹¹⁸ Há também críticas, como as levantadas por Greco, de que promove um exagerado estigma negativo em relação aos bens jurídicos coletivos, cuja existência não é uma novidade do moderno direito penal, seja ele administrativo, ambiental ou econômico, mas conhecida há séculos por meio, por exemplo, de crimes como a falsidade de moeda ou a corrupção;¹¹⁹ é contraditória com sua própria premissa de que o “Estado existe para o ser humano e não o ser

¹¹⁶ OTTO, Harro. *Op. cit.*, 2004, p. 5 -7.

¹¹⁷ HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 1989, p. 283.

¹¹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, 2007, p. 146.

¹¹⁹ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2004, p. 104.

humano para o Estado”, afirmativa que, além de não ser incompatível com o reconhecimento de bens jurídicos coletivos, em última instância reforça a sua existência, pois um Estado que atua não em favor de si próprio, mas dos indivíduos, beneficia a todos indivisivelmente e se caracteriza, por isso, como um verdadeiro bem jurídico coletivo; e tampouco consegue explicar delitos que protegem evidentes bens jurídicos coletivos, como, por exemplo, o crime de corrupção, pois a argumentação possível referida aos indivíduos, de que há o interesse de todos os cidadãos numa administração pública que não venda favores, além de genérica, é apenas uma dupla referência indireta ao indivíduo, insuficiente para diferenciá-la de uma teoria dualista e para deixar de se admitir também aqui outro verdadeiro bem jurídico coletivo.¹²⁰ Hefendehl critica os apoiadores da teoria monista-pessoal por, em geral, escolherem atacar “pesos leves” como adversários, isto é, delitos que ora representam proteções adicionais supérfluas ora são dificilmente compatíveis já com a própria ideia de bem jurídico, não somente com a de bem jurídico coletivo, os quais podem ser criticados independentemente de uma visão monista-pessoal, mas não chegam a defender a exclusão do direito penal de delitos contra a administração pública, a administração da justiça e a falsificação da moeda.¹²¹

Embora a expressão “pernas para o ar” seja forte, é correta a crítica de Figueiredo Dias de que há questões que, ainda que não se tenha referência a uma pessoa concreta, atingem a coletividade de maneira grave e não podem ser reguladas apenas por medidas extrapenais. Por exemplo, o meio ambiente em condições ruins que poderá ser legado às próximas gerações, o funcionamento desonesto da administração pública e da justiça e a tortura de animais são problemas que, mesmo não vinculados a um sujeito individualizado, têm gravidade suficiente para merecerem uma intervenção penal e não apenas medidas administrativas ou civis. Também são acertadas as críticas de Greco, pois, de fato, bens jurídicos coletivos não são nenhuma novidade, sempre fizeram parte do direito penal por meio de crimes milenares, como a corrupção e a falsificação de moeda; não há sentido em não considerar um bem jurídico coletivo autônomo de uma pessoa concreta um Estado que atue em favor dos indivíduos, que é a premissa da teoria monista-pessoal; as explicações de referência indireta à pessoa de crimes que protegem

¹²⁰ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2012, p. 356.

¹²¹ HEFENDEHL, Roland. *Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm*. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsguttheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 121.

bens jurídicos coletivos, como corrupção, são mesmo genéricas e semelhantes a uma teoria dualista, o que torna vazia a pretensão de uma interpretação monista e individual. Também é acertada a crítica de Hefendehl, pois se é verdade que os defensores da teoria monista-pessoal sustentam com relativa tranquilidade a descriminalização da desobediência a normas burocráticas ambientais,¹²² também é verdade que não há qualquer defesa da retirada do direito penal da corrupção e falsificação de moeda, cuja incriminação se justifica por bens jurídicos coletivos tão pouco referidos a uma pessoa concreta quanto o meio ambiente.

Além dessas críticas corretas, também não é sustentável o argumento histórico, de um antigo direito penal clássico formado preferencialmente por bens jurídicos individuais, ao qual o direito penal contemporâneo deveria retornar. Em nenhuma das teorias do bem jurídico mais influentes do chamado “período clássico” do moderno direito penal foi defendido que todo bem jurídico deveria necessariamente estar relacionado a indivíduos determinados. Birnbaum reconhecia a existência de “bens” a ser protegidos pela incriminação de condutas praticadas contra a religião, a moral e os costumes.¹²³ Binding mencionava, entre os interesses coletivos transformados em bem jurídico pelo direito positivo, a constituição do Estado, da federação e de seu território, o estado de paz do povo, os segredos de Estado do império e de seus estados-membros, o cumprimento das exigências jurídicas estatais a respeito da prestação de serviços de pagamento de tributos, a autenticidade do dinheiro em circulação, a veracidade da prova, a integridade dos serviços de telégrafos, entre outros, e legitimava a existência de crimes contra a ordem pública, a paz pública e os costumes.¹²⁴ Von Liszt afirmava a distinção entre crimes contra os interesses dos indivíduos e crimes contra os interesses da coletividade e sistematizava estes últimos em delitos a) contra o próprio Estado e os titulares da força estatal, que compreendia os delitos como de alta traição e traição à pátria, lesa-majestade, espionagem e traição de segredo militar, condutas contra direitos políticos dos cidadãos do Estado e contra Estados estrangeiros; b) contra a autoridade da força estatal, que abrangia condutas de intervenção violenta em ações oficiais, de

¹²² Hassemer, por exemplo, afirma que ao se considerar que o bem jurídico do direito penal ambiental é a vida e a saúde do homem, então, se tenderá a classificar a maioria dos tipos previstos no § 324 e seguintes do Código Penal alemão como ilícitos administrativos. HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 1989, p. 284.

¹²³ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Über das Erfordernis eines Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechen, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*. Archiv des Strafrechts, Neue Folge, Zweites Stück, Halle: C. A. Schwetckhe und Sohn, 1834, p. 177-180.

¹²⁴ BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung – eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*. Erster Band. Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1872, p. 195-197.

violência contra funcionários públicos florestais e de caça, de perturbação da paz pública; c) contra o funcionamento da administração estatal, entre os quais se incluía delitos de falso testemunho, falsa acusação, de favorecimento e recebimento de benefícios, contra a administração do estado de guerra, contra a segurança da vida, da saúde e da propriedade, contra a moralidade da polícia, contra a integridade da moeda, dos bancos e da bolsa, contra as finanças do império, os delitos militares, entre outros.¹²⁵ E mesmo os fundadores do direito penal de influência iluminista consideravam os crimes praticados contra o Estado, que sob a teoria do bem jurídico viriam a ganhar a roupagem da violação de bens jurídicos coletivos, mais graves do que os praticados contra os indivíduos. Feuerbach, por exemplo, sustentava que era fácil compreender porque os crimes contra o Estado seriam mais graves do que os crimes privados ou crimes contra os indivíduos, pois o Estado seria uma condição necessária da situação jurídica e da proteção de todos os direitos da generalidade dos cidadãos, de modo que, por isso, os direitos do Estado seriam mais sagrados e a violação deles mais punível do que a ofensa cujo objeto fosse apenas os direitos das pessoas privadas.¹²⁶ Já Cesare Beccaria afirmava que os delitos máximos, porque mais danosos, seriam aqueles denominados de lesa-majestade.¹²⁷ Portanto, a proposta da teoria monista-pessoal de “retorno” a um “direito penal clássico”, no qual bens jurídicos ou direitos individuais eram protegidos preferencialmente e de maneira quase exclusiva, significa, na verdade, uma alusão equivocada a um passado que nunca existiu com essas características.¹²⁸

1.4.2 A teoria dualista

A vertente predominante da teoria do bem jurídico em sentido político-criminal é a teoria dualista,¹²⁹ que parte do pressuposto de que, ao lado dos bens jurídicos

¹²⁵ VON LISZT, Franz. *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft*. In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Achter Band, Berlin und Leipzig: Verlag von J. Guttentag (D. Collin), Wien: Manz'sche k.k. Hof-Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1888, p. 143 e seguintes. VON LISZT, Franz. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 10. Auflage, Berlin: J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1900, p. 521 e seguintes.

¹²⁶ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Philosophisch-juridische Untersuchung über das Verbrechen des Hochverraths*, Erfurt: Henningschen Buchhandlung, 1798, p. 14.

¹²⁷ BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*, Nuova Edizione, London: Lackington, Allen, and Co., 1801, p. 77.

¹²⁸ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2012, p. 349-350.

¹²⁹ Roxin em várias manifestações sobre o tema bem jurídico afirma seu conceito como “pessoal”, o que pode ser verificado, por exemplo, em ROXIN, Claus. *Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?*. In: HEFENDEHL, Roland (Hrsg.). *Empirische und dogmatische Fundamente kriminalpolitischer Impetus*, Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 139; ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2006, p.

individuais ou com referência individual, há verdadeiros bens jurídicos coletivos no mesmo nível de exigência tutelar autônoma.¹³⁰ Não somente bens elementares do indivíduo são penalmente protegíveis, mas também interesses importantes da coletividade.¹³¹ É o entendimento adotado pela doutrina majoritária no Brasil, que pode ser observado, por exemplo, em Gueiros Souza, que concorda com aqueles que reconhecem que o emprego de bens jurídicos coletivos não importa em rebaixamento, mitigação ou violação de categorias dogmáticas ou de garantias penais e processuais penais;¹³² Silveira, que afirma que os bens jurídicos coletivos não devem ser fundamentados sob um caráter microssocial, mas, de maneira própria e particular, macrossocial;¹³³ Martinelli e De Bem, que explicam que, além dos bens jurídicos individuais, há aqueles de natureza coletiva, cuja principal característica é a não-distributividade, pois a disposição é realizada por todos indistintamente;¹³⁴ e Prado, que entende que os bens jurídicos coletivos são entes dotados de autonomia e substantividade e que, devido à sua natureza transindividual, têm conteúdo material próprio.¹³⁵

Para a teoria dualista, os bens jurídicos individuais e personalíssimos formam apenas um subgrupo de bens jurídicos, enquanto os bens jurídicos universais da coletividade constituem outro subgrupo.¹³⁶ Os seus defensores consideram que nem os bens jurídicos individuais podem ser reduzidos à dimensão de interesse coletivo e nem

17-18; ROXIN, Claus. *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*. In: NEUMANN, Ulfrid; HERZOG, Felix (Hrsg.) *Festschrift für Winfried Hassemer*. Heidelberg: 2010, p. 578-579. Diante dessa insistência, cogitei classificar, nesse trabalho, seu entendimento como “dualista-pessoal”, um meio termo entre o respeito à vontade do autor de classificar seu conceito como “pessoal” e a evidência de que seu conceito compreende a existência de bens jurídicos coletivos de maneira mais flexível e menos restritiva do que os defensores da vertente “monista-pessoal”, de modo a não poder nela ser enquadrada. Mas como não há divergência fundamental entre a proposta de Roxin e as demais teorias dualistas, ao contrário, ela reforça os argumentos dessas últimas, e como isso levaria a uma discussão terminológica desnecessária (mais uma dentro da teoria do bem jurídico, sobretudo porque alguns, como Figueiredo Dias – *Op. cit.*, 2007, p. 147 -, também denominam a teoria monista-pessoal de “pessoal-dualista”), optei, aqui, por continuar a classificá-la simplesmente como uma teoria dualista.

¹³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, 2007, p. 149.

¹³¹ BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Auflage, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2003, p. 13.

¹³² SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Da criminologia à política criminal: direito penal econômico e o novo direito penal*. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). *Inovações no direito penal econômico – contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília-DF: ESMPU, 2011, p. 138.

¹³³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual – interesses difusos*. São Paulo: Editora RT, 2003, p. 62.

¹³⁴ MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Lições fundamentais de direito penal – parte geral*, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 134.

¹³⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, volume 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 269.

¹³⁶ HAFT, Fritjof. *Op. cit.*, 2004, p. 63.

os bens jurídicos coletivos à dimensão de meros interesses individuais.¹³⁷ Assim, chegam à conclusão de que as críticas mais pertinentes não são aquelas direcionadas à legitimidade de bens jurídicos coletivos ou universais, mas ao abuso da aplicação de seu conceito, pois é esse abuso o que tem permitido que, com a ajuda de vagos conceitos gerais, falsos bens jurídicos coletivos sejam construídos com o fim de legitimar punições em situações nas quais o bem jurídico individual não é lesado de forma merecedora de pena.¹³⁸

Pode-se dizer que a teoria dualista promove um ataque diferenciado aos bens jurídicos coletivos e não generalizado, como faz a teoria monista-pessoal.¹³⁹ Por isso, a solução contra o abuso da técnica de estabelecer tipos penais de proteção a bens supraindividuais não está em questionar sua legitimidade, já que, embora nociva ao direito penal, a existência de falsos bens jurídicos coletivos ou de bens jurídicos coletivos não merecedores de proteção penal não deslegitima o reconhecimento dos verdadeiros ou daqueles que merecem proteção penal, mas indica, apenas, que é preciso empreender esforços de interpretação da Parte Especial no sentido de eliminar os bens jurídicos coletivos falsos ou não merecedores de proteção penal.¹⁴⁰ Os diferentes critérios desenvolvidos pelos defensores de uma postura dualista para orientar a identificação dos bens jurídicos coletivos que merecem proteção penal, devido à estrutura do presente estudo, serão analisados somente no item 4.3.3, enquanto a própria opinião defendida será apresentada no item 4.3.3.5. Por enquanto, adianta-se que a posição aqui adotada é a da teoria dualista, de reconhecer como entes autônomos os bens jurídicos individuais e os coletivos.

1.5 A combinação entre a teoria do bem jurídico e os princípios limitadores do poder estatal de incriminar desenvolvidos no sistema anglo-saxão

A teoria do bem jurídico é uma construção de origem alemã que se difundiu notadamente por países cuja ciência do direito penal é influenciada pela discussão alemã e que adotam uma base jurídica predominante assentada no sistema da *civil law*: Europa continental, América Latina e partes da Ásia e da África. Mas é uma noção estranha a

¹³⁷ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2004, p. 103.

¹³⁸ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, Band I, 2006, p. 17.

¹³⁹ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2012, p. 357.

¹⁴⁰ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, Band I, 2006, p. 17.

países que têm a base jurídica fundada no sistema de *common law*, cuja influência é o debate de matriz anglo-saxã, que desenvolve a pretensão de limitar a força penal do Estado não por algum conceito correspondente à ideia de bem jurídico e sim pelo desenvolvimento de princípios de natureza filosófica sobre os limites da intervenção estatal na liberdade do indivíduo. A semelhança de objetivos, porém, fez surgir propostas de transferência desses princípios próprios da discussão anglo-saxã para o debate sobre a teoria do bem jurídico, como complementos teóricos que poderiam lhe permitir um salto de consistência. Nos próximos tópicos serão examinadas as mais conhecidas variantes dessa proposta, o que será precedido, porém, pela apresentação das teses mais importantes para o desenvolvimento do conteúdo de tais princípios: o conceito de *harm principle* de Mill, que estabeleceu as ideias principais, e as obras de Feinberg, que as conduziram a um patamar superior de complexidade.

1.5.1 O conceito de *harm principle* de John Stuart Mill

Mill propôs na obra “Sobre a liberdade” (“*On Liberty*”), publicada pela primeira vez em 1859, um princípio que ele próprio descreveu como muito simples e que deveria servir para orientar, de maneira absoluta, as intervenções da sociedade no âmbito individual, seja por meio da coerção, seja por meio do controle. Esse princípio, que ele denomina *harm principle*, “princípio do dano”, tem fundamento na ideia de que o único fim que justifica a intervenção dos seres humanos, individual ou coletivamente, na liberdade de ação de qualquer outro ser humano é a autoproteção. Para Mill, o único propósito que legitima o exercício de poder sobre algum membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade é impedir o dano aos outros, pois o seu próprio bem, seja físico ou moral, não é uma justificativa suficiente. O indivíduo, segundo Mill, não pode de maneira legítima ser compelido a fazer ou tolerar algo porque será melhor para ele ou porque o fará mais feliz ou porque na opinião dos outros isso seja sábio ou correto, pois tais argumentos até poderiam ser boas razões para persuadi-lo ou aconselhá-lo, mas não para compeli-lo ou para impor-lhe algum mal no caso de fazer algo diferente. Mill explica que, para justificar uma punição, é preciso que a conduta da qual se pretende que alguém seja dissuadido tenha o objetivo de produzir um mal a outra pessoa. Assim,

em sua opinião, a independência do próprio indivíduo é, de direito, absoluta, pois o indivíduo é soberano sobre si mesmo, seu próprio corpo e sua mente.¹⁴¹

O que Mill entende por *harm principle* apenas se aplica a seres humanos na maturidade de suas faculdades e não se refere a crianças ou pessoas jovens em idade abaixo do fixado pela lei para a maioria masculina ou feminina. Mill sustenta que aqueles que estejam num estado em que ainda se requer os cuidados dos outros devem ser protegidos contra as suas próprias ações da mesma maneira que contra agressões externas. E afirma que, pelo mesmo motivo, é possível não levar em consideração estados atrasados de sociedade, cujos membros podem ser tidos como ainda na menoridade, pois o despotismo é um modo legítimo de governo ao se lidar com bárbaros, desde que se tenha por objetivo o aperfeiçoamento deles e os meios se justifiquem pela eficiência para se alcançar o resultado. Assim, Mill defende que a liberdade, como princípio, não tem aplicação a qualquer estado de coisas anterior ao tempo em que a humanidade se tornou capaz de se aperfeiçoar pela discussão livre e igual. Mas a partir do momento em que a humanidade atingiu a capacidade de se orientar pelo próprio aperfeiçoamento, por meio da convicção ou persuasão, a coação, seja na forma direta, seja mediante dores e punições em razão da desobediência, não é mais admissível como uma ferramenta para o seu próprio bem e se torna justificável somente para a segurança dos outros.¹⁴²

Mill, como utilitarista, rejeita qualquer vantagem que poderia ter, para sua argumentação, a ideia de um direito abstrato independente da utilidade. Ele deixa claro que enxerga a utilidade como a última instância de todas as questões éticas, com fundamento nos interesses permanentes do homem como ser progressivo, os quais autorizam a sujeição da espontaneidade individual ao controle externo apenas no que diz respeito àquelas ações de cada um que se referem aos interesses de outras pessoas. Mill explica que, se alguém pratica um ato danoso a outras pessoas, existe “prima facie” uma hipótese para puni-lo pela lei ou, quando penalidades legais não são seguramente aplicáveis, pela desaprovação geral. Mas há também muitos atos positivos em benefício de outras pessoas que alguém pode ser legitimamente compelido a praticar, como depor numa corte de justiça, suportar sua parte razoável numa defesa comum ou em qualquer outro trabalho coletivo necessário ao interesse da sociedade na qual ele desfruta de

¹⁴¹ MILL, John Stuart. *On liberty*, People's Edition. London: Longmans, Green, and Co., 1867, p. 6.

¹⁴² MILL, John Stuart. *Op. cit.*, 1867, p. 6.

proteção. Para Mill, em relação a execução de certos atos de beneficência individual, como salvar a vida de um companheiro ou intervir para proteger um indefeso contra o abuso, o indivíduo pode ser legitimamente responsabilizado pela sociedade sempre que for seu dever praticá-los. Uma pessoa pode causar mal aos outros não somente por meio de suas ações, mas por sua inação, e, em ambos os casos, é justamente responsável perante eles pelas lesões. Mill sustenta que, nesse último caso, é preciso um exercício mais cauteloso de coação do que no primeiro, pois responsabilizar alguém por fazer mal aos outros é a regra, mas responsabilizá-lo por não impedir o mal é, de maneira comparativa, a exceção. Em sua opinião, há muitos casos claros e graves o suficiente para justificar a exceção, pois entende que em todas as coisas que se referem às relações externas do indivíduo, ele é *de jure* responsável por aqueles cujos interesses são de se zelar e, se necessário, pela sociedade como seu protetor. Mill defende que há com frequência boas razões para não atribuir responsabilidade ao indivíduo, mas que tais razões devem se derivar das conveniências especiais do caso. Isso porque, segundo Mill, ou se é hipótese em que o indivíduo age melhor quando deixado à sua própria discricção do que quando controlado de alguma maneira pela sociedade, ou porque a tentativa de exercer controle produz outros males, maiores do que aqueles que se busca prevenir. E, para Mill, quando razões dessa espécie impedem a atribuição de responsabilidade, a consciência do próprio autor deveria se substituir ao julgamento faltante e proteger os interesses dos outros que não tiveram proteção externa, de modo a ele próprio julgar tudo mais rigidamente, porque o caso não admite sua responsabilidade pelo julgamento de seus semelhantes.¹⁴³

Mill reconhece a existência de uma esfera de ação em que a sociedade, como algo distinto do indivíduo, se tiver algum interesse, será apenas indireto. Tal esfera é a que compreende toda a parte da vida e da conduta que afeta somente a ele próprio ou, se também aos outros, apenas com o livre, voluntário e esclarecido consentimento e participação desses outros. Essa esfera é a região adequada da liberdade humana, que abrange, em primeiro lugar, o domínio íntimo da consciência no sentido mais abrangente: a liberdade de pensar e de sentir, a liberdade absoluta de opinião e sentimento sobre qualquer assunto, prático ou especulativo, científico, moral ou teológico. Mill afirma que a liberdade de expressar e publicar opiniões pode parecer que se submete a um princípio diferente, pois pertence à parte da conduta individual que se

¹⁴³ MILL, John Stuart. *Op. cit.*, 1867, p. 6-7.

refere a outras pessoas, mas que, se é quase de tanta importância quanto a própria liberdade de pensamento, e por repousar em grande parte sobre as mesmas razões, se apresenta de maneira praticamente inseparável dela. Em segundo lugar, para Mill, o princípio requer a liberdade de gostos e de atividades, de conceber o plano de vida para se adequar ao próprio caráter, de fazer o que quiser, sujeito às consequências que podem resultar disso, sem que os outros possam impedir se o que se faz não prejudicar ninguém, mesmo que seja considerado louco, perverso ou errado. Mill sustenta, ainda, em terceiro lugar, que dessa liberdade de cada indivíduo se segue a liberdade, dentro dos mesmos limites, de associação entre os indivíduos, liberdade de se unir a qualquer propósito que não envolva dano aos outros, desde que seja suposto que as pessoas associadas sejam maiores de idade e não tenham sido forçadas nem enganadas. Mill afirma que nenhuma sociedade é livre, independentemente da forma de governo, se nela em geral não são respeitadas essas liberdades. E, também, que nenhuma é completamente livre se nela tais liberdades não existem de maneira absoluta e sem reservas. Segundo Mill, a única liberdade que merece o nome é a de procurar o próprio bem da sua própria maneira, desde que não seja tirado dos outros o que for deles ou se impeça os esforços deles para obtê-lo. Mill defende que cada um deve ser o guardião adequado de sua própria saúde, seja ela corporal, mental ou espiritual, e que os seres humanos são os grandes ganhadores quando suportam que os outros vivam como parece bom para eles mesmos e não os compõem a viver como parece bom ao resto.¹⁴⁴

Mill não acredita que a sociedade seja fundada em algum contrato ou que seja possível tirar algum proveito da invenção de um contrato do qual se derive obrigações sociais. Ele defende que cada um que receba a proteção da sociedade deve dar um retorno por esse benefício e que o fato de viver em sociedade torna indispensável que cada um seja obrigado a observar uma certa linha de conduta em relação ao resto. Para Mill, uma tal conduta consiste, em primeiro lugar, em não lesionar os interesses do outro, ou por expressa previsão legal ou por tácita compreensão, o que deve ser considerado como direitos. E, em segundo lugar, que cada um suporte a sua parte, que deve ser fixada de acordo com algum princípio equitativo, nos trabalhos e sacrifícios que decorrem da defesa da sociedade ou de seus membros contra lesões e incômodos, o que justifica que a sociedade imponha tais condições àqueles que tentam recusar seu cumprimento, embora não seja tudo o que a sociedade pode fazer. Mill afirma que os

¹⁴⁴ MILL, John Stuart. *Op. cit.*, 1867, p. 7-8.

atos de um indivíduo podem ser prejudiciais aos outros, ou não levar devidamente em consideração o bem-estar deles, sem que isso necessariamente signifique a violação de algum de seus direitos constituídos. É possível que o ofensor seja punido pela opinião pública, mesmo que não pela lei, e desde que qualquer parte da conduta da pessoa afete prejudicialmente os interesses dos outros, a sociedade tem jurisdição sobre ela e a questão sobre se interferir nela promove o bem-estar geral se torna aberta à discussão. Mill sustenta que tal problema não existe na hipótese em que o comportamento do indivíduo não afeta interesses de nenhuma pessoa ou não precisa afetá-los, a não ser que ela prefira, com todos os interessados maiores de idade e de ordinária soma de compreensão. E afirma que em todos esses casos é preciso que exista uma liberdade perfeita, legal e social, de realizar a ação e suportar as consequências.¹⁴⁵

A noção de *harm principle* desenvolvida por Mill teve um grande impacto na filosofia e na ciência do direito penal de matriz anglo-saxã, particularmente em relação à questão sobre a incriminação de condutas, como a principal fonte de argumentos para justificar e limitar a intervenção do Estado na esfera autônoma do indivíduo.¹⁴⁶ A força de seu raciocínio atravessou mais de um século como escudo contra proibições meramente moralistas e foi determinante para levantar questionamentos a respeito da proibição penal do homossexualismo, da prostituição, do uso de drogas, etc. Diversos trabalhos, ao longo do tempo, cuidaram de estudar as ideias de Mill,¹⁴⁷ mas elas sofreram sua mais importante reformulação num denso conjunto de obras publicadas por Feinberg durante a década de 1980.

1.5.2 Os limites morais do direito penal, segundo Joel Feinberg

Feinberg reconstruiu o *harm principle* e definiu outros princípios numa série de obras de grande repercussão denominada “Os limites morais do direito penal” (“*The moral limits of the criminal law*”). É um estudo extenso, dividido em quatro volumes: I)

¹⁴⁵ MILL, John Stuart. *Op. cit.*, 1867, p. 44.

¹⁴⁶ PERŠAK, Nina. *Criminalising harmful conduct – The harm principle, its limits and continental counterparts*, New York: Springer, 2007, p. 13.

¹⁴⁷ Apenas para exemplificar, HART, Herbert Lionel Adolphus. *Law, liberty and morality*, Oxford/New York: Oxford University Press, 1968, p. 4 e ss.; RYAN, Alan. *The philosophy of John Stuart Mill*, London: Macmillan, 1970, p. 233 e ss.; RAZ, Joseph. *The morality of freedom*, Oxford: Clarendon Press, 1988, p. 412 e ss.; REES, John Collwyn. *A re-reading of Mill On liberty*. In: GRAY, John and SMITH G. W. (ed.) *J. S. Mill On liberty in focus*. London/New York: Routledge, 1991, p. 169 e ss.

“Dano aos outros” (“*Harm to others*”), publicado em 1984; II) “Ofensa aos outros” (“*Offense to others*”), publicado em 1985; III) “Dano a si mesmo” (“*Harm to self*”), publicado em 1986; e IV) “Fazer errado sem dano” (“*Harmless wrongdoing*”) publicado, por fim, em 1988.¹⁴⁸ Nesses livros, Feinberg apresenta vários pontos distintos em relação à versão do *harm principle* de Mill. Ao contrário de Mill, não vê no dano o único motivo legitimador e delimitador da intervenção penal, mas o entende como apenas um dentre outros princípios, como o *offense principle*. Além disso, desenvolve suas ideias com foco na incriminação e somente de maneira implícita trata do poder de intervenção geral do Estado na vida das pessoas, enquanto Mill elabora seu conceito voltado à sociedade e não apenas ao Estado. Feinberg invoca máximas mediadoras, como, por exemplo, o valor social do comportamento, e busca operacionalizar o *harm principle* básico de Mill. Mas, ao contrário de Mill, que formula seu princípio como limitação negativa da incriminação, no sentido de que na ausência de dano o Estado não está justificado a intervir, Feinberg formula seu princípio de maneira positiva, no sentido de uma razão que apoia a incriminação, como uma espécie de reivindicação positiva.¹⁴⁹

No primeiro volume, “Dano aos outros” (“*Harm to others*”), Feinberg estuda o conceito de “*harm*”, “dano”, que ele considera ambíguo. Em sua opinião, “*harm*” pode ser entendido tanto no sentido de dano causado a coisas, o que seria o caso do jardim de uma casa, os vidros de uma janela, etc, quanto no sentido de frustração a interesses, ocasionado pela intervenção de um indivíduo nos projetos dos outros, com o fim de evitar sua realização, bem como, ainda, de uma conduta injustificável e violadora do direito de alguém. Feinberg defende que o direito penal trata desses dois últimos sentidos, de modo a abranger a frustração de interesse que se manifesta como ilegalidade e a ilegalidade que se revela como frustração de interesses de outra pessoa.¹⁵⁰ Para Feinberg, a força punitiva do Estado apenas se legitima diante de um

¹⁴⁸ No ano de 2015 tive a oportunidade de apresentar, junto de João Paulo Orsini Martinelli e José Danilo Tavares Lobato, um resumo descritivo das ideias de Joel Feinberg contidas nos volumes que compõem “Os limites morais do direito penal”. Isso no artigo *Harm principle e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg*, publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais vol. 115. Martinelli também resume de maneira clara e didática as ideias de Feinberg em seu livro *Paternalismo jurídico-penal – limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais*. São Paulo: LiberArs, 2015.

¹⁴⁹ PERŠAK, Nina. *Op. cit.*, 2007, p. 13.

¹⁵⁰ FEINBERG, Joel. *Harm to others*. New York: Oxford University Press, 1984, p. 32-36. MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Harm principle e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg*. Revista Brasileira de Ciências Criminais vol. 115, 2015, p. 261. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-*

quadro de proteção interesses de indivíduos normalmente vulneráveis, o significa que, para se aplicar corretamente o *harm principle*, é preciso realizar um exame quantitativo sobre o referido grau de vulnerabilidade do sujeito: se for intenso, o Estado pode decidir intervir ou não na conduta do indivíduo conforme as circunstâncias do caso concreto; já se o comportamento do sujeito for somente apto a gerar um incômodo abaixo dos padrões toleráveis de normalidade, o afetado apenas pode recorrer a outros meios que não o direito penal, sob a justificativa de que o simples desapontamento não deve ser considerado “dano” no sentido do que merece ser tutelado pelo direito penal. Já a frustração de um plano de vida, que configura a violação de um interesse de outra pessoa, se apresenta como condutas por meio das quais o exercício de um direito ou o proveito de algum interesse é obstaculizado.¹⁵¹ Tais interesses, segundo Feinberg, correspondem ao que a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos reconhece como interesses dignos de ser protegidos: interesses relativos à personalidade, propriedade, reputação, relações domésticas, privacidade, bem-estar das pessoas, e, além desses interesses individuais, interesses públicos, que atingem coletivamente os indivíduos de maneira direta, como a saúde, a segurança, a tranquilidade, bem como aqueles que se referem à própria estrutura do Estado, mas não afetam de maneira direta as pessoas, como, por exemplo, o recolhimento dos tributos, a boa condução dos processos judiciais, a disciplina das Forças Armadas, de modo que sua violação não provoca isoladamente um dano às outras pessoas, mas sua repetição frequente inviabiliza a vida em comunidade por atingir o bem estar social.¹⁵²

Para Feinberg, existem hipóteses em que o direito pode autorizar que interesses de terceiros sejam prejudicados, que são casos de comportamentos de defesa, a respeito dos quais afirma não significar um “danificar” propriamente dito. Feinberg também faz uma distinção entre direitos morais e direitos legais, segundo a qual direitos legais têm sua exigibilidade prevista em lei enquanto direitos morais nem sempre têm exigibilidade prevista em lei, mas, quando têm, adquirem também a característica de direitos legais. Segundo Feinberg, apenas os direitos morais que sejam simultaneamente direitos legais

penal – limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 106.

¹⁵¹ FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, 1984, p. 50-51. MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2015, p. 261. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op. cit.*, 2015, p. 106-107.

¹⁵² FEINBERG, Joel. *Op. Cit.*, 1984, p. 61- 64. MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2015, p. 262. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op. cit.*, 2015, p. 107-108.

podem ser exigíveis do Estado, que é obrigado a garantir a todas as pessoas um padrão mínimo de bem-estar. Ele admite que não é possível ao legislador vislumbrar o significado que o bem-estar tem para cada pessoa, pois cada uma possui consciência e personalidade próprias, o que obriga o Estado a reconhecer o direito de cada indivíduo de escolher o que é o melhor para seu próprio bem-estar. Tal respeito à liberdade de escolha leva Feinberg a admitir hipóteses em que o sujeito consente com a frustração de seu próprio interesse. Esses casos seriam regulados pelo princípio *volenti non fit injuria*, “para aquele que consente não há dano”, o que significa que consentir com determinado comportamento é fazer parte dele próprio, de modo que o resultado consequente da conduta lesiva também passa a ser de responsabilidade de quem a consentiu. Mas o emprego do princípio *volenti non fit injuria*, para Feinberg, apenas é possível quando o consentimento for completo e voluntário, ou seja, nas hipóteses em que não ocorra ameaça, fraude ou manipulação que oculte ou altere dados importantes relacionados ao fato. Feinberg explica que, nos casos em que o consentimento é deficiente, fica justificada a interferência no âmbito de liberdade do sujeito com base no *harm principle*, o que complementa, nessas hipóteses, o princípio *volenti non fit injuria*. Ele afirma que vítima é quem sofre um dano produzido por um terceiro sem o seu consentimento e não é possível que alguém possa ser vítima de seu próprio comportamento, ainda que lhe seja prejudicial, ou de uma conduta praticada por terceiro em relação a qual ela tenha validamente consentido. Assim, segundo Feinberg, é possível falar-se em delito sem vítima, desde que o resultado danoso afete apenas aquele que praticou o comportamento ou tenha sido praticado por um terceiro depois de a vítima ter manifestado um consentimento válido a respeito de seus riscos.¹⁵³

No segundo volume, “Ofensa aos outros” (“*Offense to others*”), Feinberg desenvolve o conceito do *offense principle*, princípio da ofensa, distinto do *harm principle*, e analisa os fundamentos da incriminação de ofensas que, mesmo que não possam ser consideradas danos, são graves e também devem ser prevenidas de maneira eficiente e necessária. Feinberg explica que, embora a prática de tais ofensas seja punível com legitimidade, devem ter por consequência penas mais brandas do que a de comportamentos causadores de danos. Nessas hipóteses, é preciso dar preferência à

¹⁵³ FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, 1984, p. 109-118. MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2015, p. 262. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op. cit.*, 2015, p. 108-110.

multa em vez de prisão e, no caso de prisão, o estabelecimento do tempo restrito a dias, não em meses ou anos. Feinberg afirma que a incriminação de ofensa se justifica se esta for séria, razoável e possuir interesse social, bem como se for observada uma interferência penal em conformidade com a extensão e a duração do incômodo, da valoração social que é dada à intervenção sobre o comportamento ofensivo ou da eficiência que a norma terá para diminuir ou impedir a ofensa. Para tanto, Feinberg sustenta que é preciso identificar constelações de casos que indicam quando um incômodo assume características de ofensa punível, o que, segundo sua opinião, ocorre quando há violação do bom senso; desgosto ou reprovação; afronta a sentimentos morais, religiosos ou de patriotismo; vexame, ansiedade, embaraço; frustração, irritação e chateação; medo, ressentimento, raiva, humilhação. E vislumbra no direito à privacidade um escudo capaz de proteger as pessoas contra circunstâncias indesejáveis, desde que seja entendido como o direito de se permitir ficar sozinho. Feinberg entende esse direito de se permitir ficar sozinho não somente como o direito de ficar sozinho, mas, também, o direito de que os outros permitam que o sujeito fique sozinho se assim ele desejar. Em sua opinião, o alcance que adquire a privacidade e a autonomia pessoal é uma das maiores questões que devem ser tratadas pelo legislador quando este se propõe a utilizar o direito penal, que é a maneira mais violenta de o Estado interferir na vida das pessoas, para proibir algum comportamento. Para enfrentar esse problema, Feinberg estabelece alguns critérios para determinar se a ofensa que se pretende incriminar tem gravidade suficiente para ser coibida por meio do direito penal. Ele afirma que, em primeiro lugar, é preciso verificar se é durável o mal-estar causado pelo comportamento e a dimensão dele quanto ao padrão médio de tolerância da generalidade das pessoas; em segundo lugar, se torna mais fácil coibir os comportamentos ofensivos; em terceiro lugar, se a vítima da ofensa assumiu, de alguma maneira, o risco da ofensa, uma vez que o princípio *volenti non fit injuria* é aplicado tanto sobre o *harm principle* quanto sobre *offense principle*. Feinberg afirma, também, que a dimensão da seriedade da ofensa deve ser analisada de acordo com um padrão médio de tolerância, o que significa que, se for verificado que uma conduta pode ofender qualquer sujeito que a presencie, há motivo para sua proibição por meio da lei.¹⁵⁴

¹⁵⁴ FEINBERG, Joel. *Offense to others*, New York: Oxford University Press, 1985, p. 01-27. MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2015, p. 263. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op. cit.*, 2015, p. 110-112.

Feinberg defende que é possível determinar a seriedade de uma ofensa ao se observar se teve magnitude, ou seja, se foi intensa, durável e extensa; se era razoavelmente evitável, isto é, não exigia grande esforço do autor o deixar de praticá-la; se foi ou não voluntária, o que significa analisar se o ofendido também não colaborou e, até que ponto, com o comportamento ofensivo; e se estava dentro do âmbito de uma tolerância razoável, que não abranja sujeitos com baixo grau de tolerância. Feinberg exclui desses critérios a tolerância em relação à própria ofensa, pois afirma que cada sujeito tem sua própria sensibilidade e tolerância e, por isso, o Estado não pode avaliá-la. Ele desenvolve, também, parâmetros próprios para a verificação da razoabilidade da ofensa. O primeiro desses parâmetros é o exame da importância da conduta para aquele que a pratica, de modo que quanto mais for relevante para alcançar os seus objetivos, mais razoável a sua ofensividade deve ser entendida. O segundo é a análise do valor social do comportamento, no sentido de estabelecer uma proporção entre sua utilidade social e sua ofensividade, o que quer dizer que quanto maior aquela, maior será esta. O terceiro é a verificação sobre se a ofensa foi derivada de uma manifestação livre. O quarto é a observação a respeito das oportunidades de conduta do agente, de modo que quanto menores tiverem sido suas possibilidades de atuar de outra maneira, menor peso terá a ofensa. O quinto é a ponderação sobre se maldade ou malícia efetivamente foram os motivos da conduta ofensiva. O sexto é a análise das expectativas de comportamento que existem no lugar em que a ofensa foi praticada, o que significa que quanto mais comum for tal conduta no local em que o indivíduo a praticou, menor é o grau de sua ofensividade.¹⁵⁵ Além disso, Feinberg esclarece que o simples incômodo não tem grau de ofensividade bastante para legitimar o uso do direito penal, o que significa que, como não se localizam no âmbito de incidência do *offense principle*, sua solução cabe a outros meios.¹⁵⁶

No terceiro volume, “Dano a si mesmo” (*“Harm to self”*), publicado em 1986, Feinberg examina a questão do paternalismo jurídico-penal, com a atribuição de um significado liberal a esse termo. Feinberg sustenta que apenas o *harm principle* e o *offense principle* desenvolvem argumentos relevantes o suficiente para fundamentar a

¹⁵⁵ FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, 1985, p. 42-44. MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2015, p. 264. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op. cit.*, 2015, p. 112-113.

¹⁵⁶ FEINBERG, Joel. *Offense to others*, 1985, p. 90-94. MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2015, p. 265. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op. cit.*, 2015, p. 113.

intervenção estatal na liberdade do indivíduo sob a forma de uma ameaça de pena. Para Feinberg, somente esses dois princípios limitadores da liberdade do indivíduo têm conteúdo moral para, no âmbito de um Estado liberal, legitimar a incidência do direito penal. E, a respeito do paternalismo penal, identifica dois grupos em que ele pode se desenvolver. O primeiro é o denominado paternalismo presumivelmente reprovável, que se subdivide em paternalismo benevolente e paternalismo não benevolente. O paternalismo benevolente ocorre quando adultos são tratados da mesma maneira que crianças, assim como crianças mais velhas da mesma maneira que crianças mais novas, com a justificativa de se fazer o bem para o próprio indivíduo, ainda que ele não deseje receber esse tratamento. O paternalismo não benevolente acontece quando a intervenção do Estado pretende alcançar, além do bem do sujeito protegido, o bem de terceiros, também mesmo contra a vontade desses terceiros. O segundo grupo de paternalismo é o paternalismo não reprovável, que tem por objetivo a defesa de indivíduos relativamente vulneráveis a riscos exteriores, que atua de maneira semelhante à dos pais que protegem seus filhos menores, como nos casos de perigos de dano ao sujeito que não consente de modo voluntário.¹⁵⁷

Feinberg explica que o que faz uma medida se tornar paternalista é a busca pelo bem do sujeito sem levar em consideração sua vontade de ser protegido. E, sob essa perspectiva, desenvolve algumas classificações a respeito de normas paternalistas. Ele examina o grupo de leis penais em que o paternalismo se manifesta no comportamento que o Estado exige que o sujeito pratique, sob ameaça de pena, e chega à conclusão de que tais espécies de normas podem ser divididas em normas de paternalismo ativo e de paternalismo passivo. As normas de paternalismo ativo exigem que o sujeito pratique uma conduta com a finalidade de se atingir um benefício e de se evitar a ocorrência de um mal. Já aquelas que se caracterizam por um paternalismo passivo têm como objetivo alcançar um benefício e evitar que se realize um mal não por meio de se exigir uma conduta do sujeito, mas de se proibir a prática de um comportamento. Feinberg também analisa as finalidades pretendidas pela intervenção do Estado e faz uma distinção entre leis que expressam um paternalismo mesclado, *mixed paternalism*, e um paternalismo puro, *unmixed paternalism*. O paternalismo mesclado, *mixed paternalismo*, para

¹⁵⁷ FEINBERG, Joel. *Harm to self*, New York: Oxford University Press, 1986, p. 03-05. MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2015, p. 266. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op. cit.*, 2015, p. 113-114.

Feinberg, manifesta-se em normas cuja finalidade é, além de proteger o sujeito de danos causados por outras pessoas, protegê-lo de si mesmo ou, ainda, alcançar outros distintos objetivos. Já o paternalismo puro, *unmixed paternalismo*, é aquele característico de leis cuja finalidade é apenas evitar danos consentidos pelo indivíduo que sejam causados pelas outras pessoas ou por si mesmo. Feinberg também desenvolve uma classificação de acordo com a própria finalidade pretendida pela norma paternalista, entre paternalismo de promoção de benefício, *benefit-promoting paternalism*, e paternalismo de prevenção de dano ou *harm-preventing paternalism*. Ele indica, ainda, uma modalidade de classificação que distingue entre normas de paternalismo indireto e direto, de acordo com sua incidência sobre as partes envolvidas no fato. Segundo Feinberg, ocorre paternalismo indireto quando uma norma paternalista é aplicável tanto ao agente quanto à vítima, nos casos em que o sujeito consente ou pede que outra pessoa lhe cause um dano. Assim, essa espécie de paternalismo se manifesta nas hipóteses em que, de um lado, há um indivíduo que solicita ou consente com um dano a si mesmo e, de outro lado, uma pessoa que atua para realizar esse dano. Por sua vez, o paternalismo direto acontece quando a lei paternalista incide exclusivamente sobre uma parte, de maneira que o bem que se pretende fazer ao indivíduo não depende do comportamento de outro sujeito, mas apenas de quem se busca proteger, como é o caso, por exemplo, de normas que obrigam o uso do cinto de segurança nos carros. Feinberg defende, por fim, uma quinta distinção, relacionada à qualidade do sujeito protegido, que aponta a existência de normas de paternalismo rígido ou *hard* e paternalismo moderado ou *soft*. O paternalismo rígido ou *hard* é aquele que pretende proteger adultos competentes, no pleno gozo de suas faculdades, de condutas que estão plenamente de acordo com sua vontade, com o fim de evitar consequências que lhe sejam prejudiciais a despeito de seu próprio consentimento em relação ao dano que lhe será causado. Já o paternalismo moderado ou *soft* busca evitar condutas danosas somente diante da falta de vontade de quem sofrerá o dano ou, também, nas hipóteses em que a intervenção é necessária, de maneira provisória, para determinar se a vontade do indivíduo é realmente livre. Feinberg entende que o paternalismo moderado ou *soft* não pode ser considerado uma modalidade completa de paternalismo, mas, em verdade, um antipaternalismo moderado, na forma de um princípio de restrição da liberdade que apenas encontra legitimidade no objetivo de proteger o sujeito de condutas

exteriorizadas que sejam danosas e não abrangidas por sua vontade.¹⁵⁸ Além disso, Feinberg sustenta que há situações que se encontram na fronteira entre os interesses do sujeito protegido e os interesses de outras pessoas, o que denomina de “limiar da guarnição”. Ele menciona o suicídio de um pai da família, que pode ser um problema só dele ou da família inteira, se ela depender dos rendimentos de seu trabalho para sobreviver, e o não uso do cinto de segurança, que pode ser considerado tanto uma questão relativa ao motorista que se acidenta quanto da saúde pública, que terminará por arcar com um tratamento que poderia ser mais barato se as lesões mais graves tivessem sido prevenidas. E sustenta que, em razão disso, não se pode ser taxativo na recusa do paternalismo ou de outros princípios que justifiquem uma limitação da liberdade, já que sua legitimidade depende das consequências levadas em consideração e leva a uma amplitude maior ou menor do sentido de dano.¹⁵⁹

Feinberg também busca um conceito de autonomia que seja não apenas um argumento de equilíbrio entre questões em conflito, mas um “trunfo” real, capaz de indicar argumentos morais mais fortes do que o mero “cálculo” sobre o resultado do eventual dano e a intervenção estatal na liberdade do sujeito. Ele pretende alcançar isso a partir da identificação de quatro diferentes significados por meio dos quais, segundo sua opinião, a autonomia pode manifestar. Em primeiro lugar, para Feinberg, autonomia pode ser entendida como capacidade, que afirma que o sujeito é autônomo se tem habilidade para se autogovernar por meio de escolhas racionais. Em segundo lugar, afirma que a autonomia pode ser compreendida como condição, no sentido do conjunto de virtudes que condiciona o sujeito ao autogoverno: a) autoposse, quando está na posse de si mesmo, não é propriedade nem está submetida ao exercício da posse de outro indivíduo, apenas sobre si mesmo; b) autoidentidade ou autoindividualidade, quando não é um reflexo de outra pessoa; c) autenticidade ou autosseleção, quando os seus desejos, vontades e sentimentos são em geral seus, não atua como porta-voz ou representante de outra pessoa; d) autocriação ou autodeterminação, quando é um “*self-made man*”, acomoda racionalmente novas experiências e antigas políticas, a partir de

¹⁵⁸ FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, 1986, p. 07-13. MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2015, p. 267. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op. cit.*, 2015, p. 114-116.

¹⁵⁹ FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, 1986, p. 17-25. MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2015, p. 268. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op. cit.*, 2015, p. 116-117.

um processo de recriação, que o torna mais coerente e flexível; e) autolegislação, quando é capaz de criar regras morais que sejam suas, o que vai além de somente ter suas próprias preferências e opiniões, mas em ter autenticamente suas próprias convicções morais e princípios; f) autenticidade moral, quando tem enraizadas em seu próprio caráter convicções morais e princípios; g) independência moral, quando está em uma situação semelhante à soberania das nações-estado, independente de fato a despeito das convenções sociais; h) integridade ou fidelidade a si mesmo, quando é fiel aos próprios princípios; i) autocontrole ou autodisciplina, quando tem o controle de si mesma; j) autoconfiança, quando não depende das outras pessoas e pode dispensar aquilo que lhe for indesejável; k) iniciativa, quando os seus projetos, empreendimentos, planos e estratégias realmente lhe pertencem; l) responsabilidade por si mesmo, quando é capaz de assumir responsabilidade quanto às suas próprias atitudes, faz escolhas voluntárias e deve responder pelas consequências dessas escolhas.¹⁶⁰ Em terceiro lugar, Feinberg sustenta que a autonomia também pode ser compreendida como autodeterminação completa e consistente o bastante para estar em harmonia com a exigência da posição do indivíduo autônomo como membro da comunidade. Já o quarto significado vislumbrado por Feinberg indica a autonomia como um direito equiparável à soberania estatal, sob o argumento de que, da mesma maneira que não é permitida a intervenção externa na organização, na cultura e nas relações de um Estado, se não em casos extremos, como, por exemplo, o extermínio de sua população civil, nenhuma pessoa pode interferir na conduta do indivíduo com a pretensão de protegê-lo, com exceção de circunstâncias extremas; e, da mesma maneira que um Estado soberano exerce domínio sobre o seu território, que não pode ser invadido, o indivíduo também tem domínio sobre o próprio corpo, mas exerce uma soberania que vai além, pois é possível que seja violada sem que o corpo seja de fato tocado, como no caso em que é exibida uma cena indesejável, expelido um odor desagradável ou produzidos sons sem permissão.¹⁶¹ Mas Feinberg afirma que também a invasão da privacidade é uma maneira de violar a soberania do sujeito sem violar seu “território”, ou seja, seu próprio corpo, o que o leva a indagar sobre quais seriam tais “limites territoriais”. A resposta a essa

¹⁶⁰ FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, 1986, p. 31-44. MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2015, p. 269. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op. cit.*, 2015, p. 117-119.

¹⁶¹ FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, 1986, p. 46-54. MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2015, p. 268-270. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op. cit.*, 2015, p. 119-120.

questão é muito importante para Feinberg, uma vez que, de acordo com seu raciocínio, o paternalismo precisa estabelecer esses limites para que seja possível saber em quais casos a intervenção na liberdade do indivíduo estará legitimada. E Feinberg também se pergunta o que pode ser considerado o “próprio bem” do sujeito, definição esta que considera diretamente vinculada aos interesses pessoais variáveis a cada um. Ele identifica, então, quatro possíveis sentidos que podem ser atribuídos ao “próprio bem” do sujeito. Em primeiro lugar, o direito de exercer a autonomia conforme ela promova seu bem individual. Em segundo lugar, o respeito ao seu exercício de autonomia mesmo que, de alguma maneira, cause um prejuízo ao indivíduo, principalmente nas hipóteses em que a interferência em sua liberdade for ainda mais grave do que o prejuízo causado. Em terceiro lugar, o reconhecimento de que o exercício da autonomia é mais relevante do que o bem-estar do sujeito, independentemente do prejuízo que ela possa gerar. Em quarto lugar, o reconhecimento de que nos casos em que o próprio interesse do sujeito e o exercício de sua autonomia não coincidam, decidir o que será melhor para ele é algo realizado por intuição, de modo que não há prioridade quanto à autonomia e nem no tocante ao bem-estar.¹⁶² Feinberg também indica casos em que a vontade do sujeito é defeituosa, cuja ocorrência serve para delimitar a soberania do indivíduo: a) a compulsão, em que o sujeito, devido a um comportamento impulsivo, coloca-se em situação de risco sem uma mínima reflexão devida; b) a coerção, em que o sujeito sofre uma pressão externa; c) distúrbios psicológicos e demais formas de incapacidades; e, ademais, d) erro diante dos fatos, que podem ser provocados, por exemplo, pela fraude.¹⁶³

No quarto e último volume, “Fazer errado sem dano” (“*Harmless wrongdoing*”), Feinberg realiza um estudo sobre a legitimidade de se incriminar comportamentos que excepcionalmente se distanciam dos fundamentos defendidos pelo *harm principle*. Ele busca explicar os fundamentos da incriminação de condutas que não causam danos, mas são moralmente injustas, e também tratar de comportamentos que provocam danos, embora sejam considerados juridicamente regulares, como é o caso, por exemplo, do consentimento do ofendido. Feinberg identifica esses casos com o termo *wrong* e considera sua incriminação um moralismo legal, que merece a rejeição de um Estado

¹⁶² FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, 1986, p. 56-62. MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2015, p. 270. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op. cit.*, 2015, p. 120-121.

¹⁶³ FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, 1986, p. 189-228. MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2015, p. 271.

liberal.¹⁶⁴ O moralismo legal tem a finalidade, quando entendido em sentido amplo, de manter um meio de vida tradicional, impor certo tipo de moralidade, prevenir a existência de vantagens injustas e melhorar o caráter do ser humano. Já em sentido estrito, há a imposição de uma determinada moralidade por meio de uma norma específica. Assim, Feinberg faz uma distinção entre moralismo legal puro e moralismo legal impuro, segundo a qual o moralismo legal puro é aquele que determina uma proibição de comportamento considerado errado em si mesmo, enquanto o moralismo legal impuro determina uma proibição com o fim de se prevenir outras espécies de danos além daquela que se manifesta como simples imoralidade.¹⁶⁵

Há, assim, para Feinberg, um grau mínimo de hipóteses em que é acertada a aplicação do moralismo legal como princípio limitador da liberdade, mesmo que o comportamento não seja danoso ou ofensivo, desde que se esteja diante de um mal capaz de provocar desapontamento ou desprezo a ponto de suscitar motivos para sua incriminação. Feinberg defende que o direito penal não pode intervir em condutas imorais que não sejam protestadas por quem é ofendido,¹⁶⁶ mas admite que existem circunstâncias em que um padrão de estilo de vida está ameaçado de maneira tão extrema que sua incriminação é legítima, pois considera que o que tem capacidade de transformar as estruturas de toda uma sociedade manifesta um mal em si mesmo, mesmo que isso signifique uma forma de moralismo puro. Feinberg defende que transformações sociais são aceitáveis e colaboram para o desenvolvimento de uma comunidade, mas entende que não podem ser tolerados comportamentos que atinjam de maneira brusca as expectativas dos membros de uma comunidade.¹⁶⁷ Isso porque, em sua opinião, é preciso respeitar a forte identificação com as regras e valores de determinada da sociedade, as quais terminam por integrar também a própria identidade daqueles que a compõem.¹⁶⁸ Feinberg sustenta que, nos casos em que o indivíduo tem

¹⁶⁴ FEINBERG, Joel. *Harmless wrongdoing*, New York: Oxford University Press, 1988, p. XXVII-XXIX. MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2015, p. 271. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op. cit.*, 2015, p. 121-122.

¹⁶⁵ FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, 1988, p. 03-09. MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2015, p. 271. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op. cit.*, 2015, p. 122-123.

¹⁶⁶ FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, 1988, p. 35-38. MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2015, p. 271. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op. cit.*, 2015, p. 123.

¹⁶⁷ FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, 1988, p. 67-80. MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2015, p. 272. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op. cit.*, 2015, p. 123.

¹⁶⁸ FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, 1988, p. 118-120. MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José

interesses distintos da maioria, é preciso que estes sejam respeitados e permitidos conforme não conflitem com os valores essenciais da comunidade, pois a violação de um interesse de uma sociedade significa a violação indireta dos interesses dos membros desta comunidade e, por isso, o Estado é legitimado a vedar tais condutas. Ele ressalta que não é todo interesse que seja contrário àqueles da comunidade o que legitima a proibição de uma conduta, mas apenas aqueles que manifestem um infortúnio moral no sentido de uma moralidade compreendida como sistema de normas racionais que pode ser previsto em toda nação e comunidade, que pode servir também para a crítica de normas convencionais já existentes. Feinberg também entende legítima a incriminação da exploração de um sujeito por outro, entendida como uma relação em que alguém “manipula” ou “utiliza” o outro com o emprego da força ou de modo a se aproveitar de alguma fraqueza.¹⁶⁹ Isso pode ocorrer tanto por meio de coação quanto de uma manipulação da vítima, mesmo que sem coação, mediante abuso de confiança, situações de infelicidade ou fraquezas pessoais. Nesses casos, o explorador age como um parasita, que gruda nos outros indivíduos, sem necessariamente causar dano, e extrai desse comportamento os ganhos que lhe servem como um meio de viver. Feinberg entende que há diferentes maneiras em que uma exploração pode ser realizada. Ele acredita que uma pessoa pode explorar outra sem que isso signifique uma ofensa ou dano, ou, ainda, ter um sentido pejorativo, como ocorre quando uma mulher seduz um homem com o fim de que lhe faça favores. Em sua opinião, existe exploração em sentido pejorativo somente quando alguém explora outra pessoa com o objetivo de obter uma vantagem injusta e gerar um prejuízo, mesmo que o explorado, de maneira aparente, obtenha alguma vantagem. Mas também pode ocorrer exploração em sentido pejorativo nas hipóteses em que o explorador coage, realiza uma fraude, manipula, abusa de uma condição de desigualdade, abusa da generosidade ou da benevolência, arma uma cilada ou se aproveita da submissão.¹⁷⁰ Feinberg vislumbra o princípio da exploração como a última esperança dos moralistas de, no âmbito de um Estado liberal, legitimar a proibição penal de comportamentos não danosos ou ofensivos, pois a injustiça da

Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2015, p. 272. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op. cit.*, 2015, p. 123.

¹⁶⁹ FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, 1988, p. 173-179. MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2015, p. 272. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op. cit.*, 2015, p. 123.

¹⁷⁰ FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, 1988, p. 195-210. MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2015, p. 272-273. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op. cit.*, 2015, p. 123-124.

vantagem decorrente do prejuízo causado ao explorado permite que a conduta do explorador seja vedada com fundamento no moralismo legal em sentido amplo. E, segundo Feinberg, se a conduta do explorador não pode ser por si mesmo considerada criminosa, de acordo com os critérios do moralismo em sentido estrito, pode ser incriminada com fundamento no resultado injusto causado por ela, que pode ser inserido no âmbito do moralismo em sentido amplo. Por isso, Feinberg defende a possibilidade de se incriminar comportamentos que, ainda que não gerem um dano ou ofensa, podem ser, de uma perspectiva ética, considerados injustos.¹⁷¹

1.5.3 As propostas mais conhecidas de combinação dos princípios desenvolvidos na discussão anglo-saxã com a teoria do bem jurídico

O debate sobre os princípios de fundamentação e limitação das normas incriminadoras travado no sistema anglo-saxão entusiasmou um setor da doutrina que viu nela o desenvolvimento de critérios interessantes, que poderiam colaborar com a teoria político-criminal do bem jurídico. A sofisticação alcançada na discussão paralela surgiu como uma esperança de reforçar, com suas reflexões filosóficas a respeito dos limites da intervenção penal do Estado, a função limitadora atribuída ao conceito de bem jurídico. As principais variantes dessa proposta, que pretende mesclar a argumentação de que a incriminação estatal deve se restringir à proteção de determinados “bens” com o discurso anglo-saxão referido a princípios, foram desenvolvidas por Von Hirsch e Seher.

1.5.3.1 Os conceitos de bem jurídico, *harm principle*, *legal paternalism* e *offence*¹⁷² *principle* como argumentos complementares, em Andrew von Hirsch

Para Von Hirsch, há uma estreita proximidade entre a teoria do bem jurídico e os princípios do debate anglo-saxã que permite, a partir da aplicação do *harm principle*,

¹⁷¹ FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, 1988, p. 223-230. MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2015, p. 273. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Op. cit.*, 2015, p. 124.

¹⁷² Von Hirsch prefere usar a grafia britânica “offence”, enquanto Feinberg utiliza a norte-americana “offense”. Em homenagem aos autores, no presente texto será utilizado “offence” quando se tratar dos trabalhos de Von Hirsch e “offense” no caso dos estudos de Feinberg.

construir algo parecido com um bem jurídico. Ele explica que, se o conceito de “dano”, que é central para o *harm principle*, pode ser definido como o prejuízo de um recurso em relação ao qual uma outra pessoa possui uma determinada pretensão ou um direito, então essa definição também abrange, ao mesmo tempo, os elementos da discussão alemã sobre o conceito de bem jurídico. Von Hirsch deduz que o motivo pelo qual o fenômeno “bem jurídico” ganhou importância na discussão alemã, em lugar da ideia de prejuízo aos direitos dos outros, está possivelmente no esforço para estender o campo do que pode ser considerado o “*harm to others*, “dano aos outros”. Ele afirma que na Alemanha se constata a tendência de estender o campo dos potenciais bens jurídicos e que o conceito de bem jurídico tem sido muito amplamente alargado, em especial no sentido de se abdicar da ideia de vinculá-lo aos interesses pessoais. Von Hirsch lembra que tem sido reconhecido como bens jurídicos até mesmo entidades puramente fáticas ou relações funcionais, como, por exemplo, a “capacidade de funcionamento do mercado de capitais” ou a “capacidade de rendimento social das instituições de seguro”. E afirma que, mesmo quando o recurso frequentemente esteja relacionado com um fenômeno natural, por exemplo, a posse de coisas ou a saúde corporal, ainda permanece irrenunciável uma descrição normativa, pois recursos são, em primeiro lugar, interesses quando uma outra pessoa possui uma pretensão normativamente fundamentável à sua integridade.¹⁷³

Um conceito semelhante ao de bem jurídico, segundo Von Hirsch, também seria adequado para a teoria do direito penal anglo-saxã, diante da manifesta semelhança com o *harm principle*. Para ele, a questão é se a teoria do direito penal alemã pode se beneficiar de uma recepção do *harm principle*, pois como a discussão alemã sobre o bem jurídico é muito mais ampla do que a anglo-saxã a respeito do *harm principle*, é de se chegar à conclusão de que o teórico do direito penal alemão tem pouco a ganhar. Mas Von Hirsch afirma que a combinação entre a teoria do bem jurídico e o *harm principle* também pode trazer conhecimentos para a teoria do direito penal alemã, pois na Alemanha é debatido se a teoria do bem jurídico deve ser mantida ou se, devido à sua obscuridade e vagueza, o conceito de bem jurídico fracassou como doutrina básica e, por isso, deve ser abandonado ou, no mínimo, complementado em boa medida com outros princípios. E defende que derivar o bem jurídico do *harm principle* pode

¹⁷³ VON HIRSCH, Andrew. *Der Rechtsgutsbegriff und das „Harm Principle“*. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsguttheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 17-18.

contribuir com alguma coisa para esse debate, já que ao se definir o “*harm to others*”, “dano aos outros”, como uma ingerência nos recursos de uma outra pessoa, em relação aos quais ela tem um direito, torna-se possível uma abordagem que poderia fundamentar e, ao mesmo tempo, delimitar o conceito de bem jurídico. Von Hirsch raciocina que, se a premissa do *harm principle* consiste em que os danos devem ser definidos como prejuízos aos interesses de outras pessoas, a lesividade contra as outras pessoas é vista pelo *harm principle* de maneira predominantemente individualista e se trata, sobretudo, de danos a pessoas naturais. Mas ressalva que, embora seja evidente a preferência pelos interesses individuais, o *harm principle* permite que sejam proibidos comportamentos danosos à coletividade, como, por exemplo, a sonegação fiscal, sem que, para tanto, seja preciso ir tão longe como os representantes da Escola de Frankfurt, que afirmam que qualquer bem jurídico coletivo não é nada diferente da soma dos bens jurídicos individuais. O *harm principle*, explica Von Hirsch, pode abranger condutas danosas a bens jurídicos coletivos, mas exige que a *ratio* desses bens jurídicos coletivos, ao menos em casos normais, deva estar direta ou indiretamente relacionado à proteção da qualidade de vida dos seres humanos, pois os interesses individuais são primários. Von Hirsch exemplifica, então, que, para o *harm principle*, o fundamento pelo qual o sistema de tributos deve ser protegido pelo direito penal é derivado da justificativa de que num Estado social a arrecadação de impostos se reverte para a segurança da qualidade de vida dos cidadãos.¹⁷⁴

Von Hirsch afirma que a ênfase no dano aos interesses dos outros, central para o *harm principle*, pode contribuir para a distinção entre a lesão aos interesses das outras pessoas e aos interesses do próprio agente. Ele explica que essa diferença também é reconhecida pela teoria do bem jurídico, mas com frequência não é observada. E exemplifica com a discussão sobre a incriminação do consumo de drogas, em relação à qual, embora não exista dúvida de que determinadas drogas sejam prejudiciais à saúde, ao menos para a saúde daqueles que as consomem, os danos corporais que decorrem de tal consumo são causados pelos próprios consumidores das drogas. Para Von Hirsch, os danos que alguém inflige a si mesmo muito pouco se relaciona com o prejuízo a interesses de uma outra pessoa, de modo que, se é indubitável que há um interesse, juridicamente merecedor de proteção, em que a saúde de cada um não seja danificada por ações de terceiros, é de se indagar se cada um tem uma pretensão semelhante contra

¹⁷⁴ VON HIRSCH, Andrew. *Op. cit.*, 2003, p. 18-19.

si mesmo, pois o reconhecimento de uma ameaça a um bem jurídico próprio é algo obscuro. Von Hirsch expõe que se for pretendido sustentar a legitimidade dos tipos penais do direito penal das drogas por meio de um bem jurídico referido à saúde, somente podem ser abrangidos danos à saúde causados por outras pessoas, o que restringe consideravelmente o alcance do âmbito legitimado de aplicação de tais tipos penais. Ele defende, então, que a intervenção penal diante do consumo voluntário de drogas não se justifica, pois, mesmo que sejam imaginadas justificativas paternalistas para as normas penais, não podem ser integradas nem pela teoria do bem jurídico nem pelo âmbito do *harm principle* e precisam de outros fundamentos completamente distintos.¹⁷⁵

A teoria alemã do bem jurídico, para Von Hirsch, dá muito valor à determinação dos bens jurídicos merecedores de proteção, mas inobserva que isso, por si mesmo, não pode ser suficiente. Ele explica que os bens jurídicos, em regra, não estão protegidos contra todas as formas de ações, mas apenas contra aquelas determinadas que os coloquem em perigo ou os lesionem. Por isso, Von Hirsch sustenta que deve ser reconhecido que se trata, em última instância, do merecimento de pena das ações, de modo a ficar claro que tal merecimento de pena pode depender não somente de um comportamento que viole ou ponha em perigo os interesses de outra pessoa, mas é decisivo que a responsabilidade pela colocação em perigo ou lesão a um bem jurídico possa ser atribuída de maneira justa ao agente. Ele explica que o problema da imputação, especialmente importante no campo dos delitos de perigo, também tem sido inobservado na discussão anglo-saxã sobre o *harm principle*. E lembra que, em relação aos casos de delito de perigo abstrato, considera-se que os comportamentos vistos de maneira em abstrato perigosa devem ser *prima facie* jurídico-penalmente proibidos apenas quando for de se esperar, com probabilidade suficiente, danos grandes o bastante, em relação aos quais o agente tenha atuado com dolo ou, em determinados casos, ao menos com culpa. Essa abordagem, para Von Hirsch, desconhece a diversidade de mecanismos dos quais podem decorrer danos a bens jurídicos, pois o merecimento de pena de um comportamento depende de se ao autor pode ser imputado os danos eventualmente ocorridos e isso, por sua vez, depende de maneira decisiva da estrutura do curso causal em questão. Assim, Von Hirsch entende que tal problema de atribuição de responsabilidade existe em diversos contextos de colocações em perigos

¹⁷⁵ VON HIRSCH, Andrew. *Op. cit.*, 2003, p. 19-20.

abstratos. E considera que, para sua solução, é preciso distinguir, em primeiro lugar, o bem jurídico afetado e, em segundo lugar, o nexos de imputação entre o comportamento em questão e a possível colocação em perigo ou lesão. Von Hirsch afirma que também podem existir problemas de imputação nos casos em que um bem jurídico é inquestionavelmente merecedor de proteção, como, por exemplo, a integridade física. Von Hirsch menciona, nesse sentido, o argumento de que a pornografia deve ser proibida porque o acesso a textos e imagens pornográficas estimulam outras pessoas a comportamentos violentos. Ele explica que a incriminação da difusão de material pornográfico não pode se fundamentar apenas na identificação de um bem jurídico ameaçado, como a integridade física, pois o essencial e irrenunciável é uma análise da atribuição que deve resultar na conclusão de que as colocações em perigo ou danos que possivelmente ocorrerem são parte do âmbito de responsabilidade do agente.¹⁷⁶

Von Hirsch acredita que onde não existir um “*harm to others*”, um dano aos outros”, a teoria do bem jurídico não pode fundamentar a legitimidade da incriminação de uma conduta. Ele entende, como uma possível consequência dessa afirmação, que a incriminação seja excluída e observa que tal ponto de vista chegou a ser sustentado por Mill. E menciona que também segundo a opinião dominante na ciência jurídico-penal alemã a legitimação dos tipos penais deve depender da presença de um bem jurídico merecedor de proteção penal e, por isso, acredita que a discussão sobre se é justificável elevar a teoria do bem jurídico a um “dogma do bem jurídico” pode ser enriquecida ao se levar em consideração a discussão anglo-saxã.¹⁷⁷ Ao analisar os fundamentos da incriminação fora do *harm principle* em sentido estrito, verifica que na categoria do “*legal paternalismo*”, “paternalismo legal”, no tocante aos comportamentos autolesivos, a questão central é a autonomia pessoal, pois quanto mais se afirma o direito à autonomia, menos espaço há para proibições paternalistas. Von Hirsch observa que um dos pontos essenciais do debate é se o direito penal deve intervir quando (e porque) a conduta em questão leva a autolesões muito graves e irreparáveis, mesmo que a limitação à autonomia permaneça baixa. Ele exemplifica tais hipóteses como a de um mandamento sancionado com pena no sentido da utilização de cintos de segurança nos carros ou capacetes nas motos. Von Hirsch expõe que é possível discutir qual o âmbito delimitado para proibições paternalistas, como, por exemplo, a proibição do consumo de drogas, e sustenta que o fundamento de tais proibições pode ser vislumbrado na

¹⁷⁶ VON HIRSCH, Andrew. *Op. cit.*, 2003, p. 20-21.

¹⁷⁷ VON HIRSCH, Andrew. *Op. cit.*, 2003, p. 20-21.

proteção das possibilidades futuras de vida da pessoa contra sua própria negligência, que pode levar a prejuízos graves e irreparáveis. Mas observa que a justificação de normas penais fundadas no paternalismo depende de maneira decisiva da dimensão e da irreparabilidade das autolesões, da intensidade e da duração temporal da intervenção, bem como da coerência e aparente racionalidade dos motivos que o agente possa ter para o seu comportamento. Para Von Hirsch, a importância da plausibilidade dos motivos que levam a combater esses riscos se mostra à medida que os defensores de tais proibições se inclinam a proibir o consumo de drogas, mas não esportes perigosos como, por exemplo, o paraquedismo ou a escalada no gelo. Ele afirma, porém, que a ideia reitora aqui não é o bem jurídico, ou seja, o determinante não é se os “recursos” da pessoa foram prejudicados, pois, apenas com certas exceções possíveis, a pessoa tem o direito de dispor de seus recursos como quiser.¹⁷⁸

Von Hirsch também trata da aplicação do “*offence principle*”, “princípio da ofensa”. Ele lembra que o direito penal alemão proíbe diferentes formas de ofensas, como o exibicionismo,¹⁷⁹ a difusão de publicações pornográficas,¹⁸⁰ a incitação do escândalo público.¹⁸¹ E explica que as tentativas de legitimar as proibições de condutas previstas nesses tipos penais como violações ao bem jurídico “paz pública” não são convincentes, pois um tal bem jurídico não parece ser nada mais do que uma repetição da própria proibição. Von Hirsch considera que é mais interessante a abordagem de

¹⁷⁸ VON HIRSCH, Andrew. *Op. cit.*, 2003, p. 21.

¹⁷⁹ ALEMANHA. Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch*): “§ 183. Alguém que perturba uma outra pessoa por meio de uma ação exibicionista, é punido com pena privativa de liberdade de até um ano ou multa”. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>>.

¹⁸⁰ ALEMANHA. Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch*): “§ 184. Divulgação de publicações pornográficas. Quem, uma publicação pornográfica (§ 11 Absatz 3): 1. oferece, facilite, ou torne acessível a uma pessoa menor de dezoito anos, 2. oferece ou entrega em um lugar acessível a pessoas menores de dezoito anos, ou que possa ser visto por elas, exponha ou a torne acessível, 3. oferece ou disponibilize, em negócio individual fora das lojas do comércio, em quiosques ou lugares de venda, em que os clientes não estão autorizados a entrar, por encomenda postal ou em bibliotecas de empréstimos ou em círculo de leitores, 3a. oferece ou disponibilize, por meio de arrendamento comercial ou outorga de uso comercial comparável, com exceção de lojas comerciais não acessíveis a pessoas menores de 18 anos ou que que não podem ser visualizadas por eles, 4. busque introduzir por meio de encomenda postal, 5. oferece ou anuncie publicamente em um lugar acessível a pessoas menos de dezoito anos, ou que pode ser visualizado por elas, ou por meio da distribuição de publicação fora do trânsito negocial com o respectivo comércio, 6. faz com que se chegue a outro sem que tenha pedido, 7. mostre numa exibição cinematográfica pública mediante remuneração, exigida por completo ou predominantemente para essa exibição, 8. produz, recebe, fornece, mantém em depósito ou busque introduzir para o uso a publicação ou partes dela, no sentido dado pelos números 1 a 7, ou para facilitar sua utilização, 9. busque exportar por exportar partes dela, para distribuição no exterior sob a violação das disposições penais lá válidas ou para tornar acessível ou facilitar seu uso, é punido com pena privativa de liberdade até um ano ou com multa.” Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>>.

¹⁸¹ ALEMANHA. Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch*): “§ 183a Provocação de escândalo público. Quem pratica ações sexuais públicas e com provoca intencionalmente ou conscientemente um escândalo, é punido com pena privativa de liberdade de até um ano ou multa, se o fato não for ameaçado com pena prevista no § 183.” Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>>.

Feinberg, que explica essas proibições não sob a perspectiva do *harm principle*, o princípio do dano, mas a partir do *offence principle*, o princípio da ofensa. Von Hirsch explica que, segundo Feinberg, os comportamentos que se enquadram como ofensas não levam a um dano no sentido do *harm principle*, mas provocam nas outras pessoas uma série de sentimentos indesejados e devem ser proibidos sempre que tais sentimentos sejam suficientemente intensos ou difundidos ou, ainda, que as ações sejam praticadas de uma maneira que seja difícil ao público se furtar delas ou ignorá-las.¹⁸² Von Hirsch reconhece que chegou a criticar o entendimento de Feinberg pela direção subjetivista segundo a qual o importante é apenas a circunstância de que determinados comportamentos sejam sentidos como incômodos. Ele afirma que não há em tal concepção fundamentos que expliquem porque tais incômodos produzem um injusto e que o decisivo não pode ser a mera existência de sentimentos de desgosto, mas é preciso que exista uma base normativa para justificar que tais sentimentos não podem ser provocados em outras pessoas. O fundamento está em que, sob determinadas circunstâncias, tais condutas ofensivas manifestam a tendência de tratar as pessoas sem o devido respeito ou consideração, o que pode significar um fundamento para a incriminação dessa espécie de comportamentos, ainda que a questão sobre se é ou não um fundamento suficiente permaneça em aberto. Mas Von Hirsch acredita que tal discussão não pode ser resolvida a partir da presença ou ausência de um bem jurídico.¹⁸³

Para exemplificar essa argumentação, Von Hirsch analisa o delito de exibicionismo, previsto no artigo 183 do Código Penal alemão,¹⁸⁴ a partir da pergunta sobre qual seria o bem jurídico protegido. Ele explica que a ciência do direito penal alemã sustenta que esse tipo penal protege, em primeiro plano, a integridade física e psíquica do indivíduo diante de lesões consequentes das confrontações indesejadas com uma ação sexual possivelmente chocante e, além disso, que há por trás um interesse público na evitação de tais ações que provocam intranquilidade na comunidade. Mas Von Hirsch argumenta que tal “interesse público” é, quando muito, apenas um dos motivos que levaram o legislador a submeter à pena os comportamentos exibicionistas, não apresenta uma legitimação para que se conclua que tenha feito o certo, e mesmo que ocorram os temidos efeitos de prejuízos à integridade física e psíquica das pessoas, normalmente serão apenas passageiros, o que torna duvidosa a justificativa de tais tipos

¹⁸² VON HIRSCH, Andrew. *Op. cit.*, 2003, p. 22.

¹⁸³ VON HIRSCH, Andrew. *Op. cit.*, 2003, p. 22.

¹⁸⁴ Ver nota 177.

penais.¹⁸⁵

Von Hirsch questiona, então, se o princípio da ofensa justifica tal incriminação. Ele afirma que, no caso de se admitir que sim, a justificativa não pode ser que tais ações perturbam as sensibilidades dos outros, mas que as pessoas atingidas foram gravemente desrespeitadas. Von Hirsch explica que um ponto de partida poderia ser extraído da perspectiva do argumento da *reverse privacy*, privacidade reversa, segundo o qual a intimidade, normalmente, supõe a exclusão de outras pessoas do domínio pessoal de um indivíduo, mas que também pode supor o não ser incluído, sem consentimento, no domínio pessoal dos outros e ser resguardado de certas atividades privadas especialmente íntimas de outras pessoas. E, a partir dessa interpretação, pode ser considerado desrespeitoso e, por isso, ofensivo confrontar as outras pessoas com determinados aspectos íntimos de um sujeito. Mas Von Hirsch pondera que é algo a ser discutido se esse fundamento é convincente e, mesmo que fosse, ainda é preciso formular “*mediating principles*”, “princípios mediadores”, por meio dos quais deve ser analisada a necessidade de uma tal proibição, por exemplo, de acordo com a dimensão e a intensidade da ofensa, bem como as possibilidades do atingido de evitar as lesões.¹⁸⁶ Von Hirsch esclarece que, ao contrário de Feinberg, não entende que os “*mediating principles*” sejam um instrumental necessário para determinar quais comportamentos devem ser submetidos à ameaça de pena como condutas ofensivas. Por isso, defende que se o comportamento em questão não pode ser classificado como injusto no sentido apresentado acima, a incriminação também deve ser excluída mesmo quando o escândalo público seja intenso e difundido. Von Hirsch exemplifica com os casos de homens que usam cabelos longos e brincos, comportamento que, embora tenha provocado indignação difundida em sociedades de convenções tradicionais, como os estados do sul dos Estados Unidos da América, nas décadas de 1950 e 1960, deve ter excluída a legitimidade de sua incriminação, pois quem usa cabelos longos e brincos não trata ninguém sem respeito ou consideração e não se pode falar numa ofensa penalmente relevante.¹⁸⁷

¹⁸⁵ VON HIRSCH, Andrew. *Op. cit.*, 2003, p. 23.

¹⁸⁶ VON HIRSCH, Andrew. *Op. cit.*, 2003, p. 23.

¹⁸⁷ VON HIRSCH, Andrew. *Op. cit.*, 2003, p. 23-24.

1.5.3.2. O bem jurídico como resultado derivado de uma ponderação de princípios, segundo Gerhard Seher

A variante de Seher da proposta de combinar a teoria do bem jurídico com o *harm principle* e demais princípios do debate anglo-saxão é no sentido de considerar bem jurídico aquilo que for resultado da ponderação desses princípios. Seher entende que os princípios desenvolvidos na discussão anglo-saxã constituem um filtro que compreende de maneira distinta da teoria do bem jurídico as diversas formas de comportamentos possivelmente merecedores de pena, mas afirma que os princípios nela mencionados estabelecem somente boas razões para a incriminação. Para Seher, a cláusula da boa razão vale, em termos filosóficos, como indicador de que um princípio não é razão suficiente nem necessária para o merecimento da pena. Ele sustenta que nenhum dos princípios pode postular uma razão suficiente para a incriminação, pois significaria a exclusão dos demais do resto do debate. E isso, em sua opinião, é justamente o defeito do debate sobre o bem jurídico desenvolvido até agora, ou seja, a sobrecarga do conceito de bem jurídico como razão necessária para o juízo de merecimento de pena. Seher explica que nenhum dos princípios da discussão anglo-saxã é uma razão suficiente para a legitimidade de uma norma penal também porque sempre podem ser dadas razões para que uma conduta merecedora de pena não seja qualificada como necessitada de pena. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de proibição de excesso ou objeções político-criminais.¹⁸⁸ Assim, os princípios de legitimação de normas reconhecidos no debate anglo-saxão não se esgotam numa fundamentação teórica, mas observa que a plausibilidade deles depende da incorporação numa teoria global do direito penal. Seher afirma que a abordagem de Feinberg se fundamenta numa filosofia social liberal que reconhece uma presunção a favor da liberdade individual, em que cada princípio é considerado um princípio delimitador da liberdade, e lembra que na Alemanha se trabalha com uma fundamentação por meio de princípios constitucionais ou em direitos fundamentais, o que, em sua opinião, é correto por adotar uma perspectiva fora do direito penal e, portanto, crítica a si mesmo. Mas Seher explica que os resultados têm sido escassos, pois apenas em raros casos é possível dizer que a lei fundamental promove, por meio de uma incriminação, uma imposição, com fundamento

¹⁸⁸ SEHER, Gerhard. *Prinzipien gestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff*. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 54.

na vedação da proteção deficiente, ou uma proibição, com base na vedação do excesso. Seher sustenta, porém, que os princípios anglo-saxões são discursivamente abertos, pois é possível discutir o conteúdo do princípio do dano, reclamar uma precisão do princípio da ofensa ou refletir sobre novas formas de legitimação moralista. Por isso, defende que, no debate alemão, os princípios constitucionais também deveriam exercer um papel relevante na afirmação da lei fundamental. Para Seher, mesmo se não for possível extrair totalmente da Constituição os fins e os limites do direito penal, é de se esperar que algumas máximas constitucionais sejam relevantes como boas razões para uma nova versão de uma legitimação moral das normas penais, como, por exemplo, a obrigação constitucional de proteção do meio ambiente, previsto no artigo 20a da Lei Fundamental alemã,¹⁸⁹ que estabelece como princípio um “moralismo ecológico”.¹⁹⁰

Seher acredita que um discurso de legitimação apoiado em princípios não obriga ninguém a aceitar todos os princípios apresentados. Ele explica que o liberal, por exemplo, rejeita todo paternalismo duro e qualquer moralismo, enquanto outros podem rejeitar o princípio da ofensa devido à trivialidade das lesões que abrange. Também vislumbra que ainda pode ocorrer o inverso e novas formas específicas de moralismo serem introduzidas no discurso como resposta a novos desafios. E afirma que, se essas propostas forem plausíveis, podem obrigar o liberal a repensar sua postura de estrita limitação penal, o que levaria ou a um moralismo estabelecido com precisão e em geral aceito, como o “ecológico”, ou a uma reformulação do *harm principle* que integrasse propostas moralistas razoáveis. Assim, Seher entende que o debate se desenvolve em planos distintos. Em primeiro lugar, a aceitação do princípio em si mesmo. Em segundo lugar, a plausibilidade de seu conteúdo. E, em terceiro lugar, a legitimação de normas penais individuais por meio de um princípio aceito e plausivelmente formulado.¹⁹¹ Seher conclui, então, que a legitimação de normas penais com base em princípios pode diminuir o nível de exigência sobre o conceito de bem jurídico, do qual a discussão jurídico-penal alemã tem esperado demais. Seher observa que os princípios desenvolvidos no debate anglo-saxão possibilitam um discurso fundamental a respeito das questões materiais de legitimação e parecem funcionar plenamente sem a

¹⁸⁹ ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - GG*): “Art. 20a. O Estado também protege, em razão de sua responsabilidade pelas gerações futuras, os recursos naturais vitais e os animais, no âmbito da ordem constitucional, por meio da legislação e de acordo com a lei e o direito, mediante o poder executivo e o sistema judicial”. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>>.

¹⁹⁰ SEHER, Gehard. *Op. cit.*, 2003, p. 55.

¹⁹¹ SEHER, Gehard. *Op. cit.*, 2003, p. 55-56.

necessidade de um conceito de bem jurídico. Mas acredita que não é preciso abandonar o conceito de bem jurídico, pois entende que ele faz sentido em sua configuração crítico-sistemática. Seher afirma que o debate tradicional busca demonstrar que o bem jurídico é um “algo” determinado e que, se isso é correto, a legitimação das normas penais deve surgir da proteção desse “algo”. Ele afirma, porém, que o raciocínio deve ser o contrário, ou seja, uma vez proposta a proteção jurídico-penal de um determinado objeto, isto é, um interesse, um recurso, um valor, etc., é preciso demonstrar, de maneira plausível, por meio de princípios éticos e críticos, que esse objeto merece tal proteção. Para Seher, realizada essa demonstração, é possível concluir, da ponderação de princípios, se esse objeto, em sentido jurídico-penal, é um bem jurídico. Ele entende que, a partir dessa abordagem, o conceito de bem jurídico não é um instrumento primário de legitimação das normas penais, mas é derivado desses princípios. Assim, deve ser compreendido como “bem jurídico” todo objeto, ou seja, interesse, recurso ou valor, reconhecido legitimamente como merecedor da proteção do direito penal de acordo com um discurso de proteção fundado em princípios. Com isso, Seher afirma que o conceito de bem jurídico fornece a determinadas realidades o status jurídico-penal e, ao mesmo tempo, mantém seu clássico conteúdo crítico-sistemático, que se enraíza em princípios críticos aceitos. Ele conclui, então, que tal inversão da estrutura de legitimação exige um intenso debate sobre os princípios envolvidos, o que, em sua opinião, leva a um duplo benefício: uma maior precisão no debate interno e um contínuo desenvolvimento do conceito de bem jurídico, tão necessário na prática.¹⁹²

1.5.4 Críticas aos princípios desenvolvidos no debate anglo-saxão e à sua transposição para a teoria do bem jurídico

Os princípios desenvolvidos na discussão anglo-saxã também têm recebido diversas críticas. No caso do princípio da ofensa, *offense principle*, proposto por Feinberg, Hörnle observa que, como há uma ênfase no fenômeno psicológico, ou seja, no fato de que o sujeito reage com fortes sentimentos de desgosto e embaraço quando confrontado com certos comportamentos, permanece a questão sobre por que o primeiro passo crucial, que abre o portão principal para a incriminação, deve se fundamentar nas

¹⁹² SEHER, Gehard. *Op. cit.*, 2003, p. 56.

reações emocionais da testemunha. Hörnle lembra que emoções podem estar embasadas em preconceitos e convenções morais e reflete se não seria preferível evitar a confusa categoria da “ofensa” e indagar, diretamente, se as pessoas têm o direito de não serem tratadas de uma certa maneira.¹⁹³ Essa crítica também é feita por Swoboda, que também vê, em relação ao princípio da ofensa proposto por Feinberg, a necessidade de se esclarecer sob qual justificativa pode o Estado colocar os sentimentos negativos das outras pessoas acima do direito do indivíduo ao seu livre desenvolvimento.¹⁹⁴

A análise da categoria do *soft paternalism*, também proposta por Feinberg, igualmente revela problemas significativos. Shonsheck constata que a suspeita de que ações praticadas foram substancialmente não voluntárias não pode ser suficiente para garantir moralmente uma intervenção. Ele explica que mesmo que se considere que os indivíduos não têm um direito a suas neuroses, suas ações neuróticas ou suas falsas consciências, esse fato sozinho não autoriza uma intervenção forçada dos outros. Em sua opinião, quando acontece de uma pessoa fazer alguma coisa que pensamos que nenhuma pessoa poderia escolher fazer de maneira voluntária, podemos sentir em nós um impulso de interferir, mas agir de acordo com esse impulso pode ser ou não moralmente permitido e é possível que exercer a força possa levar a problemas morais piores do que se conter, ainda que, como consequência, uma pessoa se prejudique em razão de sua própria ação substancialmente não voluntária. Shonsheck afirma que a mecânica de prevenir, ou tentar prevenir, prejuízos a si causados pelo comportamento de outras pessoas é bem diferente da mecânica de que outras pessoas devem prevenir, ou tentar prevenir, prejuízos para uma pessoa decorrentes da conduta dessa própria pessoa. Assim, para Shonsheck, a mera ocorrência de um comportamento substancialmente não voluntário não é, sozinho, razão suficiente para uma interferência além do aviso. Ele sustenta que intervenções para além da advertência, especialmente intervenções forçadas de alguma duração, estão em si mesmas submetidas a uma necessidade de escrutínio moral, uma necessidade de avaliação moral, se são motivadas pela intromissão, pela pura compaixão, pois uma intervenção forçada ampliada a uma pessoa é um empreendimento de grande seriedade moral. Por isso, explica Shonsheck, o fato de a conduta interferida ser substancialmente não voluntária pode exercer um

¹⁹³ HÖRNLE, Tatjana. *Theories of criminalization*. In: The Oxford Handbook of Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 690-691.

¹⁹⁴ SWOBODA, Sabine. *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*. In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 122, Berlin: Walter De Gruyter, 2010, p. 39.

papel, um grande papel, em qualquer justificativa exitosa de uma intervenção forçada, mas não constitui, em si mesmo, uma justificação.

Um exame ainda mais pessimista é realizado sobre o princípio mais importante: o *harm principle*, princípio do dano. Peršak observa que um dos problemas do *harm principle* está justamente em seu objeto, na noção de dano, o “*harm*”. Ela afirma que Mill não dá nenhuma definição coerente de interesses, o que termina por ser a maior dificuldade de lidar com a sua explicação sobre o que é dano. E sustenta que o corolário do problema de não ser especificado o que o dano é ou deveria ser, como medi-lo, etc., é o seu potencial para o abuso, pois ao não se saber o que é dano, torna-se possível argumentar que ele é tudo ou qualquer coisa.¹⁹⁵ Peršak também afirma que a localização sistemática do “dano” no direito penal substantivo ou sua interpretação sistemática requer uma justaposição com a “culpabilidade”, o que leva a um par de problemas. Em primeiro lugar, isso acaba com o propósito de definir o dano de uma maneira não normativa; em segundo lugar, com a culpabilidade, também chamada de “responsabilidade subjetiva”, o “subjetivo” é introduzido na equação, o que significa que o dano não pode ser concebido como uma categoria objetiva. Peršak observa que, se a culpabilidade é utilizada para se definir danos, então a variedade de graus de culpa, para não mencionar a variedade de motivos, incapacitaria a possibilidade de se produzir um catálogo definido de danos, que categorize e posicione danos, uma vez que existiria tantos danos como graus de culpa e tons de motivos e circunstâncias capazes de determinar a extensão do que o ofensor deve suportar pelos seus atos.¹⁹⁶ Ela também vê como problema do *harm principle* seu escopo indeterminado, que oscila entre o interesse próprio e a área relacionada aos outros. Peršak explica que uma das críticas dirigidas à concepção de *harm principle* de Mill é a separação em áreas ou esferas de conduta em que uma é relacionada principalmente ao agente, a esfera da liberdade, e a outra diz respeito a sociedade ou “outros”, que é a jurisdição da sociedade. Assim, existe uma dificuldade de se demarcar a esfera de liberdade protegida pelo princípio, pois a esfera de liberdade, denominada de área de “interesse de si próprio”, é uma área protegida pela intervenção do Estado e engloba a parte da conduta que afeta primariamente o agente, isto é, o interesse do próprio agente. Peršak lembra que os críticos de Mill insistem que tal área é uma ficção e que a distinção entre atos de

¹⁹⁵ PERŠAK, Nina. *Criminalising harmful conduct – The harm principle, its limits and continental counterparts*, New York: Springer, 2007, p. 77-78.

¹⁹⁶ PERŠAK, Nina. *Op. cit.*, 2007, p. 79.

interesse de si próprio, que afetam somente o próprio agente, e atos relacionados aos outros é completamente falacioso e infundado, o que enfraquece o impulso antipaternalista do *harm principle*, pois não é possível, com razoável confiança, identificar atos que prejudiquem apenas os interesses do próprio agente. Mas Peršak afirma que esse argumento de que “nenhum homem é uma ilha”, quando utilizado para atacar o *harm principle*, precisa provar não somente que toda ação de uma pessoa afeta outros, mas, também, que as afeta de maneira prejudicial. E, para rejeitar esse argumento, basta afastar a inferência, decorrente do “truísmo”, de que se toda ação afeta os outros é de se concluir que toda ação prejudica os outros. Peršak sustenta que a resposta final à questão sobre se existem interesses de si próprio, subjacentes à ideia europeia-continental de bens disponíveis para os propósitos do direito penal, deve ser normativa ou política. Em sua opinião, a resposta deve, em última análise, estar na escolha normativa ou política do objetivo geral que o direito penal deve perseguir.¹⁹⁷ Peršak também vislumbra que outra deficiência do conceito de Mill é ignorar que o *harm principle* é apenas uma condição necessária, mas não suficiente para a restrição da liberdade, o que deixa a aplicação do princípio dependente do ideal do legislador. Para Peršak, o *harm principle* é somente uma *prima facie* boa razão para a intervenção do Estado, não uma razão conclusiva, de modo que ele apenas diz quando se pode restringir a liberdade, mas não quando é correto fazer isso. Peršak afirma que é muito importante ter em mente que é preciso investigar outros possíveis fatores, princípios, requisitos ou critérios suplementares que devem ser levados em consideração para se realizar uma justa, humana e eficiente nova peça de legislação. Peršak também enxerga como problemático o potencial de abuso do *harm principle*. Ela explica que as noções abstratas que definem o *harm principle* permitem também uma abertura a abusos diversos que, em última instância, aniquilam a principal função do *harm principle*, qual seja, a função de estabelecer rigorosos limites à incriminação. Tais abusos podem ocorrer por meio de uma interpretação de “outros” generosa, extensiva e capaz de abranger tudo, por exemplo, sociedade, comunidade, maioria, e que a expressão “causar ou suscetível de causar”, que faz parte da definição do princípio, principalmente o “suscetível de causar”, pode gerar problemas, uma vez que permite o conceito de “ser fonte de perigo”, que é distante do mais sólido “dano”, para qualificar a disposição penal. Mas Peršak entende que a maneira mais simples e fácil de abusar do princípio é

¹⁹⁷ PERŠAK, Nina. *Op. cit.*, 2007, p. 84-85.

por meio de estender a ideia de “dano”. Ela afirma que, em relação à incriminação extensiva, repressiva, é possível observar duas tendências ou dois caminhos ainda paralelos de alargar a incriminação. A primeira mantém o *harm principle* intacto, ou seja, utiliza-o num sentido estrito, original, que pode ser chamado de *harm principle stricto sensu*, em que “dano” é somente direto e físico ou, como exceção, o dano psicológico extremo. Esse grupo, explica Peršak, no desejo de expandir o alcance do direito penal, emprega outros princípios disponíveis, como o paternalismo legal ou o moralismo legal ou, ainda, o *offence principle*, para justificar a intervenção estatal. Já o segundo grupo, para Peršak, parece manter-se mais fiel a Mill ao aceitar somente o *harm principle* como o único fundamento justificador da incriminação, mas expande a ideia de “dano” ao interpretar muito do que de outra maneira constituiria uma ofensa ou um moralismo legal como se fosse “dano” e, assim, mediante a expansão do significado de dano, alonga o *harm principle* para torná-lo uma limitação pouco eficaz.¹⁹⁸

Também Holtug entende que há problema de definição do significado de “dano”. Ele não vê plausibilidade num conceito de *harm principle* em que o “dano” esteja diretamente relacionado com o bem-estar do sujeito, como uma piora em sua vida devido ao comportamento do agressor.¹⁹⁹ Holtug acredita que é arbitrário definir o quanto de bem-estar que pode ser considerado o limite mínimo para que não seja incluído no âmbito de sofrimento²⁰⁰ e questionável conceituar dano com fundamento numa variação de bem-estar, independentemente se relacionada a redução, ganho ou perda de bem-estar, mesmo que se pressuponha a ideia de bem-estar positivo como um estado mental agradável e de bem-estar negativo como um estado mental desagradável.²⁰¹ Holtug afirma que, diante de um rebaixamento de bem-estar, se for considerada a específica circunstância pessoal do indivíduo no momento da ocorrência, é possível que o sujeito não sofra uma diminuição significativa em seu bem-estar se este, desde antes, já estiver baixo. Além disso, explica Holtug, caso a referência da diminuição seja uma situação “normal” do ser humano, é possível concluir que o sujeito

¹⁹⁸ PERŠAK, Nina. *Op. cit.*, 2007, p. 87.

¹⁹⁹ HOLTUG, Nils. *The harm principle*, In: Ethical theory and moral practice 5, n. 4, Dordrecht: Kluwer Academic Publisher, dez. 2002, p. 365. MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Harm principle e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg*. Revista Brasileira de Ciências Criminais vol. 115, 2015, p. 273.

²⁰⁰ HOLTUG, Nils. *Op. cit.*, 2002, p. 366. MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2015, p. 273.

²⁰¹ HOLTUG, Nils. *Op. cit.*, 2002, p. 364. MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2015, p. 274.

foi prejudicado com a redução de seu bem-estar mesmo que ele se sinta melhor do que antes, pois, para isso, basta que seu nível de bem-estar já esteja desde antes abaixo do limite adequado à situação “normal” do ser humano e, embora tenha sofrido uma melhora, ainda não tenha alcançado esse limite.²⁰² Ele também entende problemática uma definição de “dano” fundada numa qualidade de bem-estar verificada conforme os interesses do sujeito,²⁰³ pois considera possível que o Estado intervenha em situações que não geram qualquer tipo de contrariedade a desejos ou objetivos pessoais,²⁰⁴ bem como que existam casos em que, a despeito de efetivamente existir contrariedade a interesses pessoais, não pode ser legitimada uma proibição da conduta. Foi o que aconteceu, segundo Holtug, no caso do livro “Versos Satânicos”, do escritor Salman Rushdie, que embora pudesse ser considerado violador dos interesses dos muçulmanos, ou seja, de seus desejos e objetivos de promover suas crenças religiosas na sociedade, uma vedação à sua publicação e distribuição não poderia ser por tal motivo legitimada.²⁰⁵

O problema de precisão conceitual do *harm principle* é também vislumbrado por Hörnle, que afirma ser preciso esclarecer, em relação à concepção de “dano aos outros”, quem são os “outros” e o que é “dano”. Ela questiona o que deve ser classificado como “dano aos indivíduos” e acredita que a mera existência de uma perda ou de um “estar pior” ainda não é algo significativo de uma perspectiva legal, pois seu efeito negativo deve ser resultado de um ato ilegal de outra pessoa não atribuível à natureza, à má-sorte ou a uma ação legalmente permitida de outra pessoa. Hörnle explica que algumas críticas são dirigidas à utilização do *harm principle* para justificar a proteção de interesses coletivos vagos ou distantes, enquanto outras porque “dano” não é uma descrição precisa se o ato em questão não pode ter qualquer efeito adverso na vida da futura vítima, mas que ainda podem existir casos em que, embora alguém tenha sofrido uma injustiça, seus recursos ou capacidades não sejam necessariamente

²⁰² HOLTUG, Nils. *Op. cit.*, 2002, p. 369. MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2015, p. 274.

²⁰³ HOLTUG, Nils. *Op. cit.*, 2002, p. 373. MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2015, p. 274.

²⁰⁴ HOLTUG, Nils. *Op. cit.*, 2002, p. 374. MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2015, p. 274.

²⁰⁵ HOLTUG, Nils. *Op. cit.*, 2002, p. 374. MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Op. cit.*, 2015, p. 274.

impactados no futuro, como no caso de transgressões ou atos sexuais não noticiados contra uma pessoa inconsciente.²⁰⁶

Já Kahlo critica o *harm principle* de Feinberg por entender que não foram refletidos juridico-filosoficamente por Feinberg nem os fundamentos de suas ideias nem suas posteriores concretizações em matéria de proibição penal e sua possível justificação. Segundo Kahlo, as considerações de Feinberg partem de convicções e representações de valor julgadas predominantes e reconhecidas na sociedade e não são assumidos os fundamentos teóricos de Mill, a cuja versão do *harm principle* faz referência expressa, com o fim de manter uma própria concepção livre desse princípio e, sobretudo, desenvolvê-la de maneira a se compatibilizar com a maior quantidade possível de teoremas ético-jurídicos, em relação aos quais cita especialmente o utilitarismo e as posições de Kant e Rawls. Kahlo afirma que isso é metodologicamente pouco convincente e cientificamente inconsistente, o que torna as considerações de Feinberg sem chão e sem fundamento. Ele explica que o *harm principle* de Feinberg, ao contrário de Mill, é visto apenas como mais um princípio legitimador da incriminação, que nem mesmo é necessário para justificar a proibição penal de um comportamento, o que no fim faz perder ao menos parte da força de seu potencial crítico.²⁰⁷

A crítica mais devastadora, porém, é a desenvolvida por Harcourt, que considera o *harm principle* um princípio em colapso. Harcourt afirma que ele foi empregado de maneira distorcida nas últimas décadas, pois, embora o argumento de se evitar danos tenha tido sucesso em afastar justificativas relacionadas à mera imoralidade para fundamentar a incriminação de condutas, foi apropriado por defensores da “teoria das janelas quebradas” (“*broken windows theory*”) de prevenção de crimes, os quais enfatizam que crimes menores, como prostituição e vadiagem, causam tanto danos quanto crimes maiores, por exemplo, declínio da vizinhança e decadência urbana, e defendem que condutas homossexuais e heterossexuais sejam reguladas para evitar danos relacionados à propagação da AIDS.²⁰⁸ Harcourt exemplifica essa distorção com

²⁰⁶ HÖRNLE, Tatjana. *Theories of criminalization*. In: The Oxford Handbook of Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 688-690.

²⁰⁷ KAHLO, Michael. *Über den Zusammenhang von Rechtsgutsbegriff und objektiver Zurechnung im Strafrecht*. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 31-32.

²⁰⁸ HARCOURT, Bernard E., *The collapse of the harm principle*. In: The Journal of Criminal Law & Criminology, volume 90. Chicago: Northwestern University School of Law, 1999, p. 192.

o programa aplicado na cidade de Chicago, onde, na segunda metade da década de 1990, foram fechados estabelecimentos de vendas de bebidas alcoólicas como parte de uma campanha de revitalização da vizinhança promovida pelo então prefeito Richard Daley que focava em argumentos relacionado aos danos que o comércio de bebidas produzia na vizinhança e não na moralidade ou na imoralidade de se beber. No mesmo sentido, Harcourt expõe que em Nova York o então prefeito Rudolph Giuliani implementou uma política de tolerância zero que impôs leis severas contra beber em público, urinar em público, vender produtos ilegalmente nas ruas, prostituição, vadiagem, pular catraca de metrô, grafitar, pichar, sob o argumento de que a imposição agressiva dessas leis era necessária para combater crimes graves de homicídios e roubos, pois as menores ofensas de desordem contribuem causalmente para crimes sérios. Assim, a justificativa adotada para a execução dessas políticas estava relacionada aos danos que as atividades causam, não à sua imoralidade.²⁰⁹

Harcourt explica que a teoria das janelas quebradas alterou significativamente o debate na área do comportamento desordenado, pois seu discurso, surgido com o artigo “Janelas quebradas” (*“Broken windows”*) de James Q. Wilson e George L. Kelling, publicado em 1982, revolucionou o modo de os departamentos de polícia e os realizadores de políticas pensarem sobre as infrações menores, como vadiagem, mendicância, micção pública, grafiteagem, salto de catracas e outras ofensas de “qualidade de vida”.²¹⁰ Harcourt afirma que a teoria das janelas quebradas transformou o entendimento dessas ofensas à qualidade de vida, de meros incômodos ou aborrecimentos para condutas positivamente prejudiciais, isto é, condutas que de fato contribuem para crimes sérios, como homicídios e roubos à mão armada. E, assim, passou-se a compreender que muitas dessas ofensas à qualidade de vida satisfaziam com certeza o *harm principle*. Por exemplo, é defendido que, assim como a grafiteagem e a micção pública causam prejuízos à propriedade, o salto de catracas representa uma renda perdida e, portanto, um dano. Tal raciocínio busca demonstrar, então, que muitas dessas ofensas menores podem ser consistentemente reguladas com o *harm principle*. Harcourt utiliza o exemplo da vadiagem para demonstrar que essas espécies de ofensas à qualidade de vida não eram vistas anteriormente como prejudiciais em si mesmas.²¹¹ Ele explica que a discussão sobre as regras antivadiagem mudou significativamente, nas

²⁰⁹ HARCOURT, Bernard E., *Op. cit.*, 1999, p. 110.

²¹⁰ HARCOURT, Bernard E., *Op. cit.*, 1999, p. 154.

²¹¹ HARCOURT, Bernard E., *Op. cit.*, 1999, p. 155.

últimas três décadas do século XX, de um debate focado na vadiagem como perturbação da ordem pública a um foco cada vez maior na vadiagem como dano generalizado. Harcourt expõe que nas décadas de 1960 e 1970 a vadiagem era vista principalmente como um aborrecimento e, antes do surgimento da hipótese das janelas quebradas, as normas antivadiagem eram frequentemente justificadas pela prevenção de aborrecimentos ao público e da preguiça entre aqueles que tinham corpos saudáveis. Nesse sentido, muitas disposições antivadiagem se referiam especificamente à preguiça e ao incômodo para justificar as condutas proibidas.²¹²

Harcourt também expõe que algo semelhante ocorreu em relação à pornografia, em que a defesa de sua proibição passou a levantar argumentos não mais relacionados à imoralidade, mas aos múltiplos danos que a pornografia causa às mulheres, como agressões, violência e estupro.²¹³ Para Harcourt, os defensores da regulação e proibição da pornografia habilmente empregaram o argumento do dano em apoio à sua própria posição.²¹⁴ Ele cita, nesse sentido, o que é defendido por MacKinnon, para quem “na pornografia as mulheres são estupradas e podem ser filmadas”.²¹⁵ MacKinnon sustenta que a pornografia é fonte causadora de ao menos três tipos de dano. Em primeiro lugar, segundo MacKinnon, causa danos à mulher utilizada para fazer material pornográfico, que é ferida e penetrada, amarrada e amordaçada, despida e tem a genitália aberta e borrifada com laquê e água para que as imagens de sexo possam ser feitas.²¹⁶ Em segundo lugar, para MacKinnon, a pornografia causa danos às mulheres que são agredidas por homens consumidores de pornografia, que são induzidos a praticar crimes de violência sexual contra as mulheres.²¹⁷ Em terceiro lugar, afirma MacKinnon, a pornografia apoia e promove um clima geral de discriminação contra as mulheres, que se torna uma parte da identidade da mulher e de sua sexualidade, porque se torna mais e mais a experiência genérica e de sexo e, assim, a mulher na pornografia tem se tornado mais e mais o arquétipo vivo da sexualidade feminina na experiência dos homens e, conseqüentemente, das mulheres. Assim, MacKinnon entende que a pornografia causa danos múltiplos às mulheres ao modelar e distorcer o sujeito moderno.²¹⁸ Harcourt

²¹² HARCOURT, Bernard E., *Op. cit.*, 1999, p. 155-156.

²¹³ HARCOURT, Bernard E., *Op. cit.*, 1999, p. 111.

²¹⁴ HARCOURT, Bernard E., *Op. cit.*, 1999, p. 141.

²¹⁵ MACKINNON, Catharine A. *Only words*, Third printing, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996, p.15.

²¹⁶ MACKINNON, Catharine A. *Op. cit.*, 1996, p.15.

²¹⁷ MACKINNON, Catharine A. *Op. cit.*, 1996, p.15.

²¹⁸ MACKINNON, Catharine A. *Op. cit.*, 1996, p.25.

explica que tais argumentos se infiltraram na retórica legal e política dos Estados Unidos, de maneira a associar a pornografia a danos num sentido diferente do alegado nos anos 1960. Com base ao menos em parte desses argumentos, muitas municipalidades impuseram regulamentos que buscaram diminuir a quantidade de pornografia. Harcourt explica que o Conselho da Cidade de Indianapolis, por exemplo, editou um regulamento baseado no modelo de MacKinnon, enquanto na Cidade de Nova York o prefeito Rudolph Giuliani editou em 1995 um regulamento de zoneamento que tinha como o objetivo fechar estabelecimentos de sexo comercial como *strip clubs*, sex shops e lojas de livros e vídeos para adultos, sob a justificativa de reprimir os danos pelas atitudes sexuais comerciais aos cidadãos ordinários e à vizinhança, não apenas em termos de aumento de crimes contra as mulheres, mas também em termos de reduzir os valores da propriedade, do comércio e do turismo.²¹⁹ Em relação à proibição de prostituição, Harcourt afirma que, nos anos 1970, um movimento feminista radical focava na prostituição não como um mal à sociedade em geral, mas como um dano à mulher em particular, e, segundo essa visão radical, as próprias prostitutas eram vitimizadas, exploradas e precisariam ser protegidas. Mas ele explica que esse movimento social foi efetivamente contido pelos proponentes da descriminalização, inclusive por “feministas liberais”, e, como resultado, a descriminalização continuou a marcar esse período até a década de 1980, quando, desde então, leis de incriminação da prostituição foram vigorosamente impostas, sob a premissa do discurso das “janelas quebradas”. Assim, segundo Harcourt, as novas iniciativas políticas buscaram criar uma ordem pública por meio da imposição agressiva de leis contra a prostituição tanto quanto a bebedeira pública, a vadiagem, o vandalismo, a desordem, a urinação pública, a mendicância agressiva e outras contravenções menores. Em 1994, na Cidade de Nova York, a repressão policial à prostituição de rua prendeu mais de 9.500 pessoas entre prostitutas e clientes. Clientes tiveram seus nomes publicados e veículos apreendidos, enquanto juízes revelaram-se menos propensos a permitir que as prostitutas voltassem às ruas sem sentenças de prisão. E tal repressão levou a um significativo impacto nas manifestações públicas da prostituição, de maneira que em algumas partes da cidade foi cortado pela metade o número de prostitutas de rua. Mas isso não significou que a prostituição se tornou menos presente na cidade, apenas que se moveu das ruas para as páginas na internet.²²⁰ Harcourt afirma que, no caso da prostituição, a proliferação de

²¹⁹ HARCOURT, Bernard E., *Op. cit.*, 1999, p. 142.

²²⁰ HARCOURT, Bernard E., *Op. cit.*, 1999, p. 152-153.

argumentos conservadores relacionados a danos, por exemplo, sobre danos a mulher, vítimas de crimes, vizinhança e valor da propriedade coincidiu com a intensificação da coerção pelas leis contra prostituição. As medidas de coerção tiveram um efeito significativo, em especial na percepção de ordem, em muitas cidades. Harcourt explica que, por exemplo, a transformação da rua 42ª e da Times Square na Cidade de Nova York gerou uma impressão de longo alcance ao redor da nação sobre os tremendos custos financeiros, em termos de perdas de turismo e comércio, que os estabelecimentos de sexo comercial haviam gerado à vizinhança. E isso, afirma Harcourt, sem dúvida reforçou a força retórica dos argumentos conservadores contra a prostituição com base em danos.²²¹

Harcourt sustenta que um raciocínio similar foi empregado no debate sobre o homossexualismo, especialmente na década de 1980, quando a epidemia da AIDS se tornou o dano que justificou a intervenção legal para fechar casas de banho gays sem recorrer ao argumento da moralidade. Ele explica que o mesmo argumento do dano foi utilizado para regular práticas sexuais entre militares infectados com o vírus HIV,²²² de modo que pessoas infectadas com o HIV foram condenadas por uma variedade de crimes fundados na exposição dos outros ao vírus em contextos sexuais, não-sexuais, heterossexuais, homossexuais, civis e militares. E a epidemia da AIDS foi usada no debate sobre a conduta homossexual como um dano a justificar sua regulação.²²³ Além disso, Harcourt afirma que também a onda de intensificação de políticas antidrogas foi justificada em razão dos danos associados ao uso de drogas e o comércio de drogas ilícitas, o que levou a um movimento para reforma da política de drogas voltado cada vez mais ao argumento da “redução de danos”.²²⁴ Harcourt explica que, embora exista um movimento denominado de “redução de danos”, “*harm reduction*”, que orientou as políticas públicas alternativas adotadas no final dos anos 1970 e início dos anos 1980 nos Países Baixos e na Grã-Bretanha, focadas em reduzir os danos associados ao uso ilícito de drogas, inclusive de transmissão de doenças como a AIDS e a hepatite, além dos riscos de overdose, por meio de se relaxar, mas ainda regular, a venda e a posse de certas drogas, como a maconha e o haxixe, o antigo argumento de que o uso de maconha era um crime sem vítima passou a ser combatido desde o final dos anos 1970

²²¹ HARCOURT, Bernard E., *Op. cit.*, 1999, p. 154.

²²² HARCOURT, Bernard E., *Op. cit.*, 1999, p. 111-112.

²²³ HARCOURT, Bernard E., *Op. cit.*, 1999, p. 163-164.

²²⁴ HARCOURT, Bernard E., *Op. cit.*, 1999, p. 112.

por uma campanha contra o uso de drogas com ênfase nos “danos à sociedade” e justificadora de uma guerra total contra as drogas.²²⁵ Harcourt menciona, nesse sentido, as afirmações de McCaffrey, ex-diretor da Secretaria Nacional de Política de Controle de Drogas dos Estados Unidos da América, conhecido como “Czar das Drogas”.²²⁶ McCaffrey sustenta que o abuso de drogas leva famílias ao naufrágio;²²⁷ que a proibição fez com que em vinte anos o uso casual de cocaína nos Estados Unidos da América diminuísse em 70%;²²⁸ e que drogas viciantes são criminalizadas porque são danosas e não são danosas porque são criminalizadas.²²⁹ Assim, Harcourt conclui que tanto conservadores como progressistas se valem de argumentos relacionados a danos e que o debate acaba por girar em torno de quais danos seriam os piores.²³⁰

Todas essas críticas demonstram que não se pode esperar dos princípios limitadores desenvolvidos na discussão anglo-saxã o papel de mensageiros de uma nova era no desenvolvimento da teoria político-criminal do bem jurídico. Proceder à mera transposição de seu conteúdo significa baixar uma cortina de problemas sobre outros problemas, o que, além de não conduzir o debate a um patamar superior, inclui nele, sem necessidade, desafios adicionais, de modo a funcionar no sentido contrário de uma navalha de Ockham. A ideia de Von Hirsch de utilizar o *harm principle*, o *offence principle* e o *legal paternalism* como instrumentos complementares esclarecedores do conteúdo ou da distinção entre bens jurídicos merecedores ou não de proteção penal levaria a tais questões, sem a contrapartida de argumentos melhores do que aqueles que já foram apresentados no âmbito da própria teoria do bem jurídico, uma carga de obscuridade conceitual, manipulabilidade retórica, psicologismo, subjetivismo e obrigações morais mal explicadas, o que acumularia e aprofundaria as dificuldades já existentes. Também o raciocínio de Seher não demonstra capacidade de rendimento suficiente para mudar o panorama da teoria do bem jurídico. A proposta de considerar bem jurídico o resultado decorrente de uma ponderação de princípios não pode fornecer nada mais preciso do que os conceitos já disponibilizados pela discussão tradicional

²²⁵ HARCOURT, Bernard E., *Op. cit.*, 1999, p. 172.

²²⁶ HARCOURT, Bernard E., *Op. cit.*, 1999, p. 175.

²²⁷ MCCAFFREY, Barry R. *Legalization would be the wrong direction*. In: Los Angeles Times, July 27, 1998. Disponível em < <http://articles.latimes.com/1998/jul/27/local/me-7526>>

²²⁸ MCCAFFREY, Barry R. *Legalization would be the wrong direction*. In: Los Angeles Times, July 27, 1998. Disponível em: < <http://articles.latimes.com/1998/jul/27/local/me-7526>>

²²⁹ MCCAFFREY, Barry R. *Don't legalize those drugs*. In: The Washington Post, June 29, 1999. Disponível em:< https://www.washingtonpost.com/archive/opinions/1999/06/29/dont-legalize-those-drugs/7cc7326f-2609-4ddf-addd-036c4e4f5649/?utm_term=.8c0611eaeae>

²³⁰ HARCOURT, Bernard E., *Op. cit.*, 1999, p. 176.

sobre o bem jurídico, uma vez que, como essa ponderação somente poderia ser realizada por um juízo contaminado com os defeitos dos princípios anglo-saxões aqui descritos, o produto entregue não poderia deixar de ser algo tomado pelos mesmos problemas.

Tais conclusões, porém, não significam que o debate anglo-saxão deva ser ignorado. Roxin e Greco têm razão ao afirmar que o defensor da teoria do bem jurídico deve reconhecer no *harm principle* mais um aliado do que um inimigo.²³¹ Como explica Lobo da Costa, a apropriação e a distorção do conceito de bem jurídico e do *harm principle* demonstram a repercussão que o discurso do direito penal gera nos âmbitos político e social, mas, também, que a argumentação jurídica eficiente em relação aos seus limites, realizada por um modelo cientificamente convincente, pode, da mesma maneira, repercutir nos âmbitos político e social.²³² Mas a melhor forma de aproveitar os princípios anglo-saxões não parece ser integrá-los como elementos conceituais da teoria do bem jurídico e sim utilizá-los como argumentos paralelos, de reforço da persuasão racional dirigida à legislação e à jurisprudência a respeito da legitimidade da proibição de uma conduta. Isso porque se uma determinada incriminação não é considerada legítima segundo o raciocínio da teoria do bem jurídico e tampouco o é se analisada à luz dos princípios anglo-saxões, então, há bons motivos para que o legislador e os juízes assim também a compreendam. Os estudos de Feinberg, porém, se não são convincentes para justificar uma substituição da teoria político-criminal do bem jurídico pelo *harm principle* ou *offense principle* ou uma mistura fundamental entre eles, contribuí com o detalhamento do conceito de autonomia, importante também para a discussão dos limites do poder estatal de incriminar num sistema jurídico-penal de matriz germânica. A definição de Feinberg de autonomia como condição, com a exposição das virtudes que condicionam a pessoa ao autogoverno, será aproveitada nesse trabalho por ser a que melhor explicita o que pode ser prejudicado pelo comportamento de alguém colidente com a autonomia de outra pessoa, noção essencial para determinar o que está fora da esfera intocável da autonomia e dar conteúdo a um dos três pilares da proposta que aqui será defendida.

²³¹ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 5. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, no prelo, § 2, 125a.

²³² COSTA, Helena Regina Lobo da. *Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do harm principle*. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito penal como crítica da pena – estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 149.

2. A COLOCAÇÃO DA TEORIA POLÍTICO-CRIMINAL DO BEM JURÍDICO EM DÚVIDA

2.1 Considerações introdutórias

A diferença principal da interpretação político-criminal em relação às versões predecessoras da teoria do bem jurídico é o propósito, como visto, de balizar as escolhas do legislador penal. Mas a manutenção da ideia de que o poder estatal de incriminar deve estar submetido a limites teóricos implica no enfrentamento de duas questões. A primeira, se a criticada política criminal de previsão de delitos sem bem jurídico está sempre errada. A segunda, se os argumentos críticos apresentados são consistentes. Respostas à primeira questão levaram ao reconhecimento, por defensores da teoria limitadora do bem jurídico, de exceções ao seu próprio raciocínio; enquanto a segunda questão deu origem a diversas análises, realizadas por seus oponentes, que apontaram sérios defeitos em suas estruturas. Ambas as reações alimentaram um panorama de ceticismo crescente na literatura, o que, somado à rejeição pela jurisprudência, colocou a capacidade de rendimento da teoria político-criminal do bem jurídico sob frequente indagação. Nos tópicos seguintes será realizada a análise desse panorama de dúvida.

2.2 O reconhecimento de exceções à teoria do bem jurídico em sentido político-criminal por seus próprios defensores

Os defensores da teoria do bem jurídico em sentido político-criminal passaram a admitir a ideia de que ela comporta exceções a partir de um argumento principal relacionado aos novos aspectos da vida moderna. Eles afirmam que a noção de bem jurídico, por tirar seu fundamento espiritual da época do iluminismo, não tem aptidão para solucionar todos os problemas gerados pelo posterior desenvolvimento da ciência, da técnica e da indústria, pois esses novos desafios da contemporaneidade exigem do direito penal tarefas novas e avançadas, que não podem ser satisfatoriamente cumpridas por uma concepção fundada há dois séculos.²³³ Os defensores dessa posição consideram

²³³ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, Band I, 2006, p. 29.

que, em casos excepcionais, um tipo penal pode não proteger um bem jurídico sem que isso seja considerado inconstitucional ou político-criminalmente ilegítimo.²³⁴ O reconhecimento da possibilidade de exceções é vista, então, não como um enfraquecimento da teoria do bem jurídico em sentido político-criminal, mas um fortalecimento, pois a recusa de diluir o conceito de bem jurídico permite esclarecer quando o direito penal é aplicado para proteger interesses distintos da existência de um bem jurídico e impõe a quem os defenda um forte ônus de fundamentação.²³⁵ Tais exceções foram trabalhadas com mais clareza em três hipóteses identificadas por Roxin; na teoria das velocidades do direito penal, de Silva Sánchez; e nos denominados delitos de comportamento, em especial defendidos por Von Hirsch e Kuhlen. Mas também há a posição de negar reconhecimento a qualquer exceção, fundada, em especial, nos argumentos veementes de Hassemer.

2.2.1 A proteção de embriões, de animais e plantas e da vida das gerações futuras, de acordo com Claus Roxin

Embora seja um grande defensor da teoria político-criminal de bem jurídico, Roxin admite que em ao menos três hipóteses excepcionais ela não se aplica: a) a proteção de embriões; b) a proteção de animais e plantas; e c) a proteção da vida das gerações futuras. Em relação à primeira exceção, Roxin afirma que a proteção penal de embriões envolve questões de bioética polêmicas e, ainda que não encontre um fundamento claro na teoria do bem jurídico, é concebível a legitimidade de se proibir a produção de embriões especificamente destinados a tratar de doenças genéticas; a destruição de um embrião ao se reconhecer nele doenças genéticas; e, no futuro, a produção de seres humanos com o mesmo material genético de pessoas já vivas. Isso porque, de acordo com Roxin, embora embriões ainda não sejam seres humanos e a coexistência entre as pessoas não esteja diretamente atingida, o embrião não pode ficar sem proteção penal, já que, como forma antecedente de vida humana, projeta-se até um determinado ponto nesse âmbito de proteção, mesmo que o limite dessa projeção seja controverso no direito, na ética e na medicina. Para Roxin, disso surge uma nova tarefa do direito penal:

²³⁴ HEFENDEHL, Roland. *Op. cit.*, 2003, p. 128.

²³⁵ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2004, p. 110.

a compreensão da existência de embriões como algo próximo ao bem jurídico de uma já nascida vida humana, com o fim de lhe dirigir proteção e equilibrar o direito à vida de um nascituro tanto quanto possível com as necessidades de pesquisa e tratamento de graves doenças. Roxin sustenta que nesse campo não podem ser dadas soluções radicais, pois se, por um lado, o embrião merece ser protegido por trazer em si um ser humano em potencial, mesmo que fora de um útero materno, por outro lado, não pode ser igualado de maneira fundamentalista a uma vida humana, uma vez que lhe falta a qualidade de pessoa dos seres humanos já nascidos. Assim, uma ponderação entre seu direito de existência e outros interesses importantes tornar-se inevitável.²³⁶

A segunda exceção, a proteção animais e plantas, é reconhecida por Roxin a partir da constatação de que a humanidade pode viver de maneira desimpedida mesmo que espécies raras de animais ou plantas se extingam e sua existência não constitui verdadeiros bens jurídicos. Isso embora muitos outros elementos da natureza, protegidos pelo direito penal ambiental, sejam verdadeiros pressupostos para uma vida humana em comum garantida. Mas Roxin afirma que, mesmo que a existência de tais animais e plantas em extinção não configure verdadeiros bens jurídicos, os humanos, atualmente, são “os senhores da natureza” e devem também arcar com a responsabilidade de sustentá-la. Roxin explica que essa é uma questão que antigamente não era encarada como um problema, pois não era imaginável a destruição de setores da natureza pela humanidade, como é hoje. Por isso, animais e plantas também devem ser incluídos no âmbito de proteção do direito penal, mesmo que não tenham qualquer utilidade para a existência social da humanidade. Roxin lembra, ainda, que a proteção penal dos animais, que sempre tem sido considerada um embaraço para a teoria do bem jurídico, foi legitimada constitucionalmente pelo artigo 20a da Lei Fundamental alemã.²³⁷²³⁸

²³⁶ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, Band I, 2006, p. 29-30.

²³⁷ Diz o artigo 20a da Lei Fundamental alemã: “Art. 20a. Em razão da responsabilidade pelas gerações futuras, o Estado também protege as bases naturais da vida e os animais no âmbito da ordem constitucional por meio da legislação e, de acordo com a lei e o direito, pelos poderes executivo e judiciário”. ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - GG*). Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>>. A Constituição brasileira também prevê esse tipo de proteção, em seu artigo 225, que dispõe: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...)VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:

A terceira exceção admitida por Roxin, a proteção das gerações futuras, gira em torno do argumento de que há determinados prejuízos que, embora não sejam diretamente sentidos pelas gerações atuais, interferem nas bases da vida das gerações futuras. São os casos de se explorar de modo exaustivo os recursos naturais do planeta Terra, de se cobrir o mundo de poluição para satisfazer os interesses da prosperidade científica, de se destruir florestas e causar modificações no clima. Roxin afirma que a solidariedade com nossos descendentes e nosso dever de proteção impõem-nos a responsabilidade de assumir que eles também precisam ter os pressupostos de uma vida digna, o que significa gradualmente reconhecer nesse ponto um novo campo de trabalho para o direito penal.²³⁹ Ele explica que o legislador alemão já elevou a objetivo constitucional a proteção dos animais com vista às gerações futuras quando estabeleceu, no artigo 20a da Lei Fundamental alemã, que o Estado, devido à responsabilidade pelas gerações futuras, também precisa proteger as bases naturais da vida, de modo que, em sua opinião, a implementação de um tal programa em propostas concretas de regulação penal é um dos desafios do futuro.²⁴⁰

Em todas essas três exceções, Roxin justifica a proibição penal da conduta não por meio de argumentos referidos à proteção de algo, mas a ponderações de interesses, boas consequências e deveres constitucionais. Mas não apresenta uma explicação clara sobre porque argumentos dessa natureza devem admitidos nesses três casos e não para fundamentar a generalidade dos tipos penais, o que tornaria desnecessária uma teoria do bem jurídico com seus respectivos problemas. Também não esclarece porque apenas nesses três casos a incriminação sem bem jurídico pode ser admitida como excepcional, uma vez que é possível imaginar outros comportamentos atualmente atípicos cuja proibição penal também poderia ser defendida com argumentos relacionados a ponderações de interesses, boas consequências e deveres constitucionais, como, por exemplo, o não-uso de cinto de segurança, cuja incriminação poderia diminuir a gravidade dos ferimentos em acidentes de trânsito e os custos do sistema público de saúde, de modo a efetivar o dever de proteção constitucional à saúde dos cidadãos, além de otimizar a aplicação dos recursos públicos, em respeito aos princípios constitucionais que tutelam às finanças públicas; a alimentação por produtos *fast-food*, que diminuiria a

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

²³⁸ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, Band I, 2006, p. 30.

²³⁹ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, Band I, 2006, p. 31.

²⁴⁰ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, Band I, 2006, p. 31.

incidência de doenças relacionadas à obesidade e ao desequilíbrio nutricional, inclusive em crianças e adolescentes, o que também efetivaria o dever de proteção constitucional da saúde dos cidadãos em geral e, em especial, das crianças e adolescentes; ou o transporte de uma segunda pessoa, além do piloto, em motocicletas, o que dificultaria roubos a mão armada no trânsito e observaria o dever constitucional de manutenção da segurança pública. Reconhecer, como faz Roxin, exceções à teoria político-criminal do bem jurídico sem estabelecer regras claras que relacionem tais exceções a um pressuposto comum, mas apenas com base ora em explicações consequencialistas, ora em ponderações, ora referidas a deveres constitucionais, reforçam os questionamentos sobre sua importância, uma vez que, como qualquer tipo penal pode ser justificado com argumentos dessa natureza, a presença de um verdadeiro bem jurídico a ser protegido surge menos como uma exigência e mais como uma coincidência. Além disso, ao permitir que, sob os mesmos critérios, seja possível justificar a incriminação de muitas condutas hoje consideradas atípicas, joga por terra a ambição principal de limitar o poder estatal de incriminar, pois a quantidade de exceções admitidas pode ser aumentada indefinidamente. Esses três casos identificados por Roxin, que de fato são casos difíceis diante dos critérios político-criminais de limitação do poder do legislador, serão analisados novamente no Capítulo 5, mas sob a perspectiva do direito positivo brasileiro.

2.2.2 As velocidades do direito penal, de Jesús-María Silva Sánchez

O entendimento de que o direito penal enfrenta novas tarefas também é assumido por Silva Sánchez, que desenvolve suas exceções na forma de uma teoria de velocidades do direito penal. Silva Sánchez admite que o direito penal é um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes, mas reconhece que é preciso levar em consideração a possibilidade de sua expansão de acordo com a aparição de novos bens jurídicos, de novos interesses ou de novas valorações de interesses preexistentes. Isso porque se opor à modernização do direito penal, em sua opinião, equivale a propor um “direito penal de classes”, em que o ladrão convencional continua sujeito ao sofrimento de uma pena enquanto o delinquente econômico ou ecológico fica

à margem do direito penal.²⁴¹ Silva Sánchez explica que o problema não é tanto a expansão do direito penal em geral, mas especificamente a expansão do direito penal de pena privativa de liberdade, e somente esta última deve realmente ser contida. Por isso, entende que a diminuição das garantias e do rigor dogmático pode ser explicada e legitimada no direito penal contemporâneo se junto delas ocorrer uma generalização de sanções pecuniárias ou privativas de direitos ou, mais ainda, da reparação penal, nos casos em que ela possa ser realizada, no lugar das penas privativas de liberdade.²⁴² Assim, uma oposição à “modernização” íntegra do direito penal não é merecedora de uma reprovação como a defendida pela opinião que situa os crimes contra o patrimônio no núcleo duro do direito penal e que pretende legar os fatos lesivos ao meio ambiente ao âmbito das infrações administrativas.²⁴³

A partir dessa conclusão, Silva Sánchez defende que existe um espaço de expansão razoável do direito penal. Ele afirma que, para o desenvolvimento de tal espaço de expansão razoável do direito penal, a pena de prisão somente se justifica pela existência de condutas que, por si mesmas, lesionam ou colocam em perigo real um bem individual e, eventualmente, bens supraindividuais, sempre que a conduta do sujeito concreto efetivamente os lesionem ou os coloquem em perigo. Nesse âmbito, a razoabilidade da expansão exige, em sua opinião, a plena salvaguarda de todos os critérios clássicos de imputação e princípios de garantia. Para Silva Sánchez, é possível admitir resignadamente a expansão do direito penal a ilícitos de cumulação ou perigo presumido, ou seja, a condutas distanciadas da criação de um perigo real para bens individuais e, inclusive, supraindividuais. Mas a admissão dessa segunda expansão, que vem acompanhada de traços de flexibilização, exige que esses ilícitos não recebam penas de prisão. Tal espaço de flexibilização ocupado pela expansão do direito penal é denominado por Silva Sánchez de “segunda velocidade” do direito penal, contraposta à “primeira velocidade”, referente ao direito penal clássico. Silva Sánchez ainda vislumbra uma “terceira velocidade” do direito penal, em que o direito penal do cárcere concorre com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais. Ele sustenta que é inevitável a existência de um espaço de direito penal de privação de liberdade com regras de imputação e processuais

²⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal – Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Segunda edición, Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p.157-158.

²⁴² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.*, 2001, p. 152-153.

²⁴³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.*, 2001, p.158.

menos estritas do que as do direito penal de primeira velocidade, em alguns âmbitos e por tempo limitado, o que corresponde a algo próximo ao direito penal do inimigo de Jakobs. Silva Sánchez afirma que a legitimidade de um direito penal com tais características se fundamenta em considerações de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia, em um marco de emergência. Em sua opinião, tratam-se de reações limitadas ao estritamente necessário para fazer frente à fenômenos excepcionalmente graves, que podem se justificar em termos de proporcionalidade e que não oferecem perigo de contaminação do direito penal da normalidade, de modo que, embora o direito penal de terceira velocidade seja um mal, este pode ser o mal menor.²⁴⁴

A proposta de Silva Sánchez de flexibilizar a teoria político-criminal do bem jurídico, de acordo com um direito penal dividido em velocidades, tem inconsistências que dificultam compreender quais seriam as suas eventuais vantagens. No que denomina segunda velocidade, sem prescindir da etiqueta “direito penal”, arrola características próprias do âmbito já conhecido há mais de meio século na Europa como direito de contraordenações, mas com um papel de contenção de megarriscos que ele nunca desempenhou nem histórica nem materialmente.²⁴⁵ O chamado direito de contraordenações, que tem natureza de direito administrativo, foi desenvolvido para lidar, fora do direito penal, com problemas econômicos e sociais característicos da sociedade industrial de meados do século XX, em especial dos anos seguintes ao término da Segunda Guerra Mundial, cujos objetivos principais eram retirar do campo do direito penal e transferir para o direito administrativo infrações de duvidosa relevância ético-social, modificar a consequência jurídica dessas infrações de pena criminal para advertências ou sanções administrativas, além de permitir a aplicação de sanções por agentes administrativos encarregados da fiscalização e controle das atividades abrangidas por esse ramo do direito.²⁴⁶ Assim, é difícil compreender por que uma solução surgida na metade do século XX para regular condutas de baixo risco poderia servir para tratar da mesma maneira comportamentos que criam perigos capazes de afetar o planeta inteiro e as futuras gerações da humanidade. Também não é claro o motivo pelo qual o violador dos novos interesses ou bens jurídicos derivados da “sociedade pós-industrial” não seria digno da mesma rigidez de garantias prevista no

²⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.*, 2001, p.162-166.

²⁴⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal, parte geral*, tomo I, São Paulo/Coimbra: Editora RT, Coimbra Editora, 2007, p. 148.

²⁴⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, 2007, p. 158.

direito penal tradicional ou porque estaria impedido de sofrer pena de privação de liberdade, já que Silva Sánchez não adota uma teoria monista-pessoal do bem jurídico e concorda com a crítica direcionada à denominada Escola de Frankfurt de que se opor à “modernização do direito penal” equivale a propor um “direito penal de classes”, em que o delincente convencional continuaria submetido ao sofrimento de uma pena enquanto o econômico ou ecológico ficaria à margem do direito penal. O mero uso simbólico do termo “penal” no âmbito de um evidente direito de contraordenações não é suficiente para superar o distinto grau de sofrimento e estigmatização entre quem sofre o encarceramento e quem apenas se submete à restrição de direitos. Já quanto ao que Silva Sánchez denomina “terceira velocidade”, a qual ele próprio faz uma correspondência expressa ao “direito penal do inimigo” de Jakobs, é uma ideia perigosa por autorizar que o indivíduo seja utilizado para finalidades pragmáticas, sem observar que ele deve ser considerado um fim em si mesmo, e possibilitar que a liberdade dos cidadãos fique à mercê do poder dos dirigentes do Estado, os quais, em última instância, são aqueles que definiriam quem se submeteria à tal velocidade do direito penal.

2.2.3 Os delitos de comportamento, segundo Andrew von Hirsch e Lothar Kuhlen

A ideia de estabelecer exceções à teoria político-criminal do bem jurídico também se apresenta sob a proposta de reconhecer a existência de delitos de mero comportamento. É um entendimento que também parte da noção de que o direito penal precisa desenvolver novos instrumentos diante da existência de situações de risco a uma pluralidade indeterminada de indivíduos, o que é característico da sociedade industrial.²⁴⁷ Essa espécie de delito, em que se incrimina determinadas formas de comportamentos decorrentes de puras relações da vida como tais, na forma de incriminações sem bem jurídico em caráter excepcional.²⁴⁸ Von Hirsch considera que sob o conceito genérico de delitos de comportamento é possível falar de critérios de incriminação além do *harm principle* e da teoria do bem jurídico, como ocorre, por exemplo, no crime de perturbação da paz dos mortos, previsto no § 168 do Código Penal alemão, que encontra correspondência no delito de vilipêndio ao cadáver disposto no

²⁴⁷ HEFENDEHL, Roland. *Op. cit.*, 2003, p. 130.

²⁴⁸ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2004, p. 107.

artigo 212 do Código Penal brasileiro. Von Hirsch explica que, nessa hipótese, ainda que o corpo do cadáver seja danificado, não há um bem jurídico violado, já que um morto não é uma pessoa com exigências diante dos outros e, por isso, não existe uma pretensão de incolumidade de seu corpo. Para Von Hirsch, afirmar que tal comportamento atenta contra algum bem jurídico de paz dos mortos não é muito esclarecedor e tampouco significa necessariamente uma ofensa aos parentes e amigos, pois tais pessoas podem simplesmente não existir. Além disso, segundo sua opinião, defender que o respeito aos mortos é uma parte de nossa “forma de vida”, isto é, de nossa cultura, mesmo que seja correto no plano fático, não oferece nenhum argumento normativo que possa explicar porque essa “forma de vida” deve ser protegida por meio do direito penal. Von Hirsch sustenta que é preciso um argumento normativo que esclareça quais valores estão aqui em questão e porque devem ser protegidos pelo direito penal. Ele considera que é possível argumentar que existem determinados deveres éticos dos vivos de tratar com dignidade os restos mortais dos falecidos, mas que, ainda assim, permanece a questão sobre porque esse dever diz respeito ao Estado e porque é importante o suficiente para ser protegido pelo direito penal. Von Hirsch afirma que essa questão deve receber uma resposta direta e não se esconder por trás da invenção de um bem jurídico. E conclui que as questões envolvidas nesse contexto não podem ser solucionadas nem pela teoria do bem jurídico nem pelo *harm principle*.²⁴⁹

Já Kuhlen tem opinião ligeiramente distinta. Ele acredita que em todos os casos de delitos de comportamento é possível sustentar o “dogma do bem jurídico”, ou seja, a noção de que toda incriminação protege bens jurídicos, desde que seja construído o respectivo bem jurídico. Kuhlen afirma que é conceitualmente possível vislumbrar como bem individual protegido a integridade não somente física, mas também psíquica, e como bens coletivos protegidos importantes interesses da comunidade; o interesse dos indivíduos, digno de proteção, de que tabus profundamente enraizados sejam respeitados; ou, ainda, o interesse merecedor de proteção de que animais sensíveis à dor não devem ser desnecessariamente torturados. Kuhlen afirma que esses passos levam a um distanciamento do núcleo semântico de um conceito material de bem jurídico e à aproximação de um entendimento puramente metodológico como abreviatura de uma

²⁴⁹ VON HIRSCH, Andrew. *Der Rechtsgutsbegriff und das „Harm Principle“*. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsguttheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 24-25.

“ideia de finalidade”. E, com isso, é abandonada a exigência crítico-sistemática da teoria do bem jurídico, com a qual o “dogma do bem jurídico” está inseparavelmente vinculado. Kuhlen defende que a razoabilidade de se seguir esse caminho é, em última instância, uma questão de conveniência político-teórica, pois é mantido um apego ao dogma do bem jurídico e, à medida que se julga necessário, há uma atenuação para se reconciliar com o direito vigente.²⁵⁰

Mas Kuhlen afirma que essa tentativa é, por diversos motivos, vista com pouca expectativa de sucesso. Ele menciona o baixo rendimento da busca de um consenso, ou mesmo somente de clareza, que fica sob o traço de um debate há muito tempo orientado por grandes esforços; a complicação do estado do debate, alcançada com o decurso do tempo, o que torna extraordinariamente difícil avançar no meio do matagal de uma complexa narrativa de dogmas rumo a questões normativas; a falta de resposta à questão sobre o motivo pelo qual o direito penal apenas pode proteger bens jurídicos; a inclusão da discussão anglo-saxã, na qual o *harm principle* não é considerado um congênere da teoria do bem jurídico, algo fechado, mas despreocupadamente complementado com outras possibilidades de fundamentação da pena. Kuhlen defende que, ao se reconhecer delitos sem bem jurídico, a tipologia do delito não fica mais fechada e surge a questão sobre como deve ser suportada a conta classificatória, de modo a se abandonar as categorias até o momento conhecidas e tão-somente realizar uma distinção interna entre delitos que protegem bens jurídicos e outros delitos ou, então, construir, ao lado dos delitos que protegem bens jurídicos, uma categoria autônoma de delitos sem bem jurídico. Kuhlen indaga se não existem aqui divisões, normativamente interessantes, semelhantes às dos tipos penais que servem à proteção de bens jurídicos ou se não tratar-se-ia de uma categoria residual ainda não estruturada em detalhes. E afirma que não tem resposta a essas questões, mas que deseja chamar a atenção para elas.²⁵¹

O reconhecimento da legitimidade de delitos de comportamento pode levar, porém, a problemas ainda maiores do que aqueles que visa solucionar. A utilização de argumentos referidos a sentimentos da coletividade para justificar a existência de determinadas incriminações permite um retrocesso liberal em que explicações da mesma natureza sejam empregadas para legitimar a incriminação de condutas hoje já

²⁵⁰ KUHLEN, Lothar. *Rechtsgüter und neuartige Deliktstypen*. In: VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. (Hrsg.), *Mediating Principles, Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2006, p. 150-152.

²⁵¹ KUHLEN, Lothar. *Op. cit.*, 2006, p. 152-153.

consideradas atípicas, como, por exemplo, o homossexualismo.²⁵² Também poderia levar a uma ditadura da maioria, uma vez que torna a minoria desprotegida contra a opinião dominante da maioria. Além disso, ignora que a opinião pública sobre a tolerabilidade ou reprovabilidade de um comportamento depende das distintas visões políticas, religiosas ou sexuais, que são oscilantes e manipuláveis.²⁵³ E pode, ainda, servir para fundamentar a incriminação de violações a normas de comportamentos que, apesar de socialmente importantes, são irrelevantes para o direito penal, como, por exemplo, normas de etiqueta à mesa.²⁵⁴ Todos esses problemas demonstram que a ideia de delitos de comportamento dificilmente pode fundamentar uma política racional de aplicação do direito penal.²⁵⁵

2.2.4 A recusa a qualquer exceção, de Winfried Hassemer

Hassemer caminha em sentido contrário ao dos proponentes de uma flexibilização da aplicação da teoria político-criminal do bem jurídico, mesmo contrariado pela realidade da legislação. Ele afirma que é simplesmente terrorismo de Estado a proibição penal de um comportamento que não possa se referir a um bem jurídico. E sustenta que isso significa nada menos do que uma intervenção na liberdade de ação humana sem que o Estado interventor possa explicar com qual fim promove essa intervenção. Para Hassemer, tal “fim” é o lugar tradicionalmente ocupado pelo conceito de bem jurídico, de modo que, sem ele, a intervenção na liberdade de ação humana não tem algo que possa legitimá-la, do qual possa resultar seu sentido. A questão sobre se podem existir delitos que não atinjam um bem jurídico penal é retórica, em sua opinião, pois o bem jurídico é o fundamento necessário e portador de constitucionalidade tanto para a concepção de um dever de proteção como para a determinação de um limite de intervenção e seu dimensionamento preciso em detalhes. Hassemer defende que a necessidade de um bem jurídico penal como base legitimadora de uma ameaça de pena não pode ser colocada seriamente em dúvida, pois o que se tem

²⁵²GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 49. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 108. ROXIN, Claus. *Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand*. In: Goldammer’s Archiv für Strafrecht, 160. Jahrgang, 2013, München: R. v. Decker, 2013, p. 446.

²⁵³ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2013, p. 446.

²⁵⁴GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2004, p. 108.

²⁵⁵ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2013, p. 446.

adiante são apenas questões sobre como e em que medida todos os problemas clássicos das discussões jurídico-penais a respeito do bem jurídico podem ser reunidos, ou seja, trata-se de se estabelecer o parâmetro para um conceito aceitável de bem jurídico.²⁵⁶

Hassemer entende que um tal conceito satisfatório de bem jurídico pode ser formulado a partir de três requisitos. O primeiro requisito é o de que o conceito de bem jurídico deve ser próximo à realidade, de modo que deve ser entendido como uma relação ajustada entre o direito e a vida, uma ponte resistente até os “verdadeiros” bens das pessoas na atualidade, o que exige uma incorporação inteligente das condições de vida da moderna socialização, principalmente dos interesses universais, no sistema de bens jurídicos. O segundo requisito é o de que o conceito de bem jurídico deve ser nitidamente delimitado, para que apresente limites à intervenção sobre a liberdade de ação humana, isto é, signifique um conceito protetor da liberdade que exija diferenciações precisas dos objetos e dos sentidos próximos aos fatos. O terceiro requisito é o de que o conceito de bem jurídico deve ser geralmente compreensível o suficiente para facilitar o controle democrático do legislador penal, pois, à medida que isso seja prioritariamente possibilitado, torna-se possível proibir generalizações nebulosas, sob as quais ninguém consegue vislumbrar nada.²⁵⁷

A postura de Hassemer de rejeitar exceções ou interpretações da teoria do bem jurídico que fujam da referência ao indivíduo concreto, ainda que mantenha a coesão de seu pensamento e evite os problemas das posições analisadas acima, mantém-se isolada da realidade legislativa, também formada por tipos penais que protegem bens coletivos, autônomos em relação aos bens individuais, cuja relação com o indivíduo é distante, que não podem ser considerados ilegítimos. Os seus argumentos dirigidos de maneira radical aos interesses individuais deixam uma lacuna no âmbito do direito penal de prevenção, especialmente em relação aos delitos que protegem os animais, o meio ambiente e as estruturas sócio-econômicas,²⁵⁸ que são difundidos e incorporados à política criminal estatal no mundo inteiro, inclusive por meio de tratados internacionais. Tampouco os requisitos que propõe fornecem bases interpretativas sólidas, pois são

²⁵⁶ HASSEMER, Winfried. *Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?* In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 64.

²⁵⁷ HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, 2003, p. 64.

²⁵⁸ SWOBODA, Sabine. *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Band 122, Berlin: Walter De Gruyter, 2010, p. 34.

desenvolvidos mediante termos generalistas que expressam intenções de boa vontade presentes na maioria das propostas de conceituação de bem jurídico. Não há dúvida de que todos os defensores de uma teoria do bem jurídico limitadora do poder de incriminar do legislador desejam estabelecer um conceito de bem jurídico “próximo à realidade”, que fomente uma “incorporação inteligente das condições de vida da moderna socialização”, que seja “nitidamente delimitado”, “geralmente compreensível”, e sirva para “facilitar o controle democrático do legislador penal”. Mas nem por isso conseguiram realizar a ambicionada contenção legislativa ou mesmo evitar a avalanche de críticas a tal interpretação.

2.3 As principais críticas da doutrina à teoria do bem jurídico em sentido político-criminal

A teoria político-criminal do bem jurídico enfrenta, desde que ganhou ressonância, contestações doutrinárias à sua capacidade de rendimento. Seus opositores apontam problemas nos argumentos sobre os quais se diz assentar, nos elementos que constituem seu raciocínio, na aptidão para gerar efeitos além do debate acadêmico, e permanecem numa postura cética em relação ao cumprimento de sua tarefa limitadora autoimposta. As críticas são dirigidas com considerações de natureza distinta sobre diversos pontos de sua estruturação teórica, mas podem ser reunidas, de acordo com uma proximidade de conteúdo, em ao menos três grandes grupos: o primeiro composto por críticas relacionadas ao seu pressuposto histórico; o segundo, direcionadas à imprecisão de seus elementos conceituais; e o terceiro, referidas aos seus fundamentos e consequências.

2.3.1 Críticas ao pressuposto histórico: equivocada tradição liberal

Os defensores da teoria do bem jurídico em sentido político-criminal são criticados por remeterem a pretensão de limitar o poder de incriminar do legislador a uma suposta tradição liberal do conceito de bem jurídico que permitiria o questionamento do direito positivo. Amelung afirma que atribuir à noção de proteção de bem jurídico uma função crítico-sistemática tem origem no erro da Escola nacional-

socialista de Kiel, que equiparou a teoria do bem jurídico do século XIX à teoria da lesão de direitos do iluminismo e passou a combatê-la como “liberal”. Para Amelung, esse erro fez parte da tendência, existente no período pós-Segunda Guerra Mundial, de defender tudo aquilo que o nacional-socialismo havia criticado por “liberal” apenas pelo fato de ter sido por ele criticado. E tal tendência, segundo sua opinião, levou a que o que fora então censurado pelos nacionais-socialistas como “liberal” em relação à aplicação do direito viesse a se tornar o depósito de esperança de liberalizar a criação e a aplicação do direito.²⁵⁹

Hörnle faz essa análise histórica e afirma que um motivo essencial para a popularidade de longa data da teoria do bem jurídico é a sua aura de instrumento de esforços progressistas e antitotalitários. Ela explica que as descrições atuais da história da dogmática põem o conceito de bem jurídico em relação direta com as reivindicações políticas jurídico-penais do tempo do iluminismo, a partir da narrativa de que a nova postura inerente ao conceito de iluminismo, de que o conteúdo das leis não resulta do direito divino, mas deve ser racionalmente justificado, e da responsabilidade de indivíduo a indivíduo, levou ao surgimento da teoria do bem jurídico, com a qual a justiça das normas penais deve ser fundamentada. E constata que a introdução do termo no século XIX foi, então, igualada à aceitação de um direito penal derivado da ideia de contrato social, segundo a qual o comportamento proibido deve estar orientado pela lesividade aos indivíduos. Hörnle sustenta que a importância atualmente concedida ao bem jurídico relaciona-se com o fato de que, durante o tempo do nacional-socialismo, vários professores de direito penal, em especial Dahm e Schaffstein, teceram críticas a esse conceito e etiquetaram a noção de lesividade social como liberal e incompatível com o pensamento jurídico nacional-socialista. Eles propuseram sua substituição ou complementação por outro conceito central, como a violação de dever ou os valores das convicções fundamentais (*Gesinnungswerte*). Assim, expõe Hörnle, depois de 1945, na democracia, o conceito de bem jurídico foi revalorizado como reação ao pensamento nacional-socialista e foi demandada a “lembrança do tradicional conteúdo crítico da teoria do bem jurídico”.²⁶⁰

Os argumentos no sentido dessa objeção histórica estão corretos, pois o

²⁵⁹ AMELUNG, Knut. *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 160.

²⁶⁰ HÖRNLE, Tatjana. *Grob anstößiges Verhalten – Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005, p. 13.

tradicional conteúdo da teoria do bem jurídico de fato não era crítico. Birnbaum, considerado pela maioria o fundador do pensamento do bem jurídico, não discordava, no começo do século XIX, da legitimidade do emprego usual de normas de direito penal para a proteção da religião e da moralidade.²⁶¹ Ele escrevia no período da restauração²⁶² e era defensor de um positivismo moderado, de modo que sua teoria não se compara com o conteúdo político da teoria do dano social do iluminismo, mas o abandona.²⁶³ Já Binding integrava seu conceito de bem jurídico numa concepção autoritária de Estado que não lhe possibilitava qualquer potencial crítico. Para Binding, bens jurídicos não seriam sequer bens pré-positivos, mas resultados de um ato político de vontade.²⁶⁴ Tampouco Von Liszt propôs um conceito de bem jurídico que pudesse se opor ao direito positivo²⁶⁵ e mesmo a sua narrativa referida a interesses é mais descritiva do que crítica. Isso demonstra que o impulso da interpretação central da teoria do bem jurídico em sentido político-criminal não resultou da evolução científica que seus defensores acreditam, mas da análise equivocada de quem mal entendia as ideias contra as quais lutava. Por outro lado, ao mesmo tempo em que os defensores de um conceito crítico-sistemático de bem jurídico devem reconhecer que essa noção do pós-guerra se desenvolveu a partir do equívoco dos nacional-socialistas quanto aos seus fundamentos originais, também podem considerá-la fruto de um prêmio, o prêmio de a teoria do bem jurídico ter sido rejeitada por uma doutrina de indubitável abjeção, o que lhe permitiu exercer um papel mais relevante nas discussões da dogmática penal.

2.3.2 Críticas à imprecisão dos elementos conceituais: obscuridade, vagueza, flexibilidade, relatividade, força argumentativa superestimada, alto grau de abstração e sobreesforço de personalismo

Críticas mais fortes, porém, são dirigidas à imprecisão dos elementos conceituais com os quais a teoria político-criminal do bem jurídico trabalha. Stratenwerth afirma que, apesar dos inúmeros esforços, até hoje não foi alcançado um conceito de bem

²⁶¹ HÖRNLE, Tatjana. *Op. cit.*, 2005, p. 13.

²⁶² Época em que os monarcas europeus buscaram reafirmar a legitimidade de seu poder contra os movimentos que seguiam os valores do iluminismo e da Revolução Francesa.

²⁶³ AMELUNG, Knut. *Op. cit.*, 2003, p. 159-160.

²⁶⁴ HÖRNLE, Tatjana. *Op. cit.*, 2005, p. 14.

²⁶⁵ AMELUNG, Knut. *Op. cit.*, 2003, p. 160.

jurídico que ao menos se aproxime da clareza. Ele acredita que as tentativas são frustradas devido à dificuldade, a princípio insolúvel, de se encontrar uma definição que abranja e seja adequada a todos os tipos penais, capaz de manter a legitimidade deles fora de questão e ainda enunciar alguma coisa. Para Stratenwerth, o conceito de bem jurídico somente adquire um conteúdo concreto à medida que trata de interesses individuais, como a vida, a integridade física, a liberdade, pois, quando se estende aos denominados bens jurídicos coletivos, como a confiança nos documentos, a liberdade religiosa, a administração da justiça, apenas indica a ideia fundamental em que se apoia a disposição penal. Stratenwerth explica que tal dificuldade somente seria sanada se pudesse ser concluído que os interesses da pessoa sempre se direcionam a ela própria. Mas ele constata que a liberdade do indivíduo também corresponde à necessidade elementar de se viver em uma ordem social, que, por sua vez, é estabelecida independentemente do que é considerado “correto” para o próprio bem-estar. E afirma que a limitação da ideia de bem jurídico às condições de existência e desenvolvimento do indivíduo na comunidade, ou às condições especiais da liberdade exterior dos outros, passa por cima do fato de que cada grupo humano conhece e precisa de diversas normas de comportamento cultural que não se tratam de “bens” mais ou menos tangíveis. Stratenwerth sustenta que não se deve negar que mesmo para a norma elementar de que o outro, e cada outro, precisa ser respeitado como pessoa, no final das contas não existe outra justificativa além do recurso ao consenso normativo fundamental de nossa sociedade. E já por isso, segundo sua opinião, não é sustentável o dogma de que leis penais que não protegem um bem jurídico determinado são ilegítimas.²⁶⁶

Também Frisch entende que a vagueza é uma das conhecidas debilidades do conceito de bem jurídico. Ele afirma que essa vagueza lhe confere uma modesta função de limite, o que leva seus defensores a atualmente considerar bens jurídicos, de maneira semelhante às antigas definições, estados de coisas de aparência valiosa ou cuja conservação pareça valiosa, interesses legítimos ou que necessitem de proteção, sejam dos indivíduos, sejam da coletividade, bem como unidades de função que merecem conservação, enquanto outros ainda falam em condições de existência e desenvolvimento dos indivíduos, com referência a manifestações dos valores da Constituição para sua concretização substancial. Frisch explica que não são necessárias longas reflexões para observar que determinações conceituais dessa espécie consideram

²⁶⁶ STRATENWERTH, Günther; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 5. Auflage, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2004, p. 29-30.

muitas coisas como “bem jurídico”, de modo que um conceito de bem jurídico assim concebido possui uma modesta função limitadora, pois considerar um estado de coisas valioso ou um interesse legítimo depende, em primeiro lugar, das concepções valorativas das quais se parte para responder essa questão. Para Frisch, se o respectivo estado de coisas correspondesse a tais concepções valorativas fundamentais, somente poderia ser excluído do círculo de bens jurídicos se as próprias concepções valorativas fossem desacreditadas como critério. Frisch afirma que, nesse ponto, as definições habituais de bem jurídico são bastante modestas e, logo, pouco úteis para realizar uma seleção. E também o mencionado âmbito de liberdades de uma Constituição de um Estado de direito pode abranger muitas coisas, pois o que se exclui desse campo são estados de coisas ou interesses cuja proteção ou conservação contraria ou não corresponde aos critérios de um Estado de direitos e liberdades, situações que, em geral, numa democracia, não devem preocupar ninguém. Frisch sustenta que o mesmo vale quando se fala em unidades de função, processos funcionais ou subsistemas, cuja valoração depende de se e em qual medida são necessários no âmbito de determinados sistemas e organizações sociais. Em sua opinião, é de se concluir que apenas pode ser excluída a proteção de unidades funcionais ou de processos funcionais incompatíveis com o âmbito jurídico-constitucional pressuposto implicitamente por uma Constituição de um Estado de direitos e liberdades ou que não sejam necessários de acordo com as bases de uma forma de organização da sociedade conformada segundo uma tal Constituição.²⁶⁷

Frisch defende que o conceito de bem jurídico é altamente relativo e qualquer coisa menos inequívoco quando se tenta precisá-lo a partir das condições de existência e desenvolvimento dos indivíduos. Frisch explica que determinar quais sejam as condições de desenvolvimento depende, naturalmente, de como e em qual contexto se vislumbra tal desenvolvimento. E, por isso, apenas fica claramente excluído como bem jurídico o que não é necessário ou o que ninguém precisa para o seu desenvolvimento, cuja proteção já não tenha mais quem seja a favor. Frisch afirma que, diante da relatividade, amplitude e vagueza do conceito “bem jurídico”, não é surpresa a modesta balança de resultados do *topos*, pois se na literatura é possível encontrar uma série de exemplos de tipos penais que são problemáticos sob o aspecto de uma teoria do bem

²⁶⁷ FRISCH, Wolfgang. *Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens*. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 215-217.

jurídico que os legitime, como, por exemplo, a crueldade contra animais, certos delitos de piedade, um ou outro delito econômico, etc., é porque tais disposições incriminam abertamente a violação de meras concepções ou sentimentos valorados que se sujeitam ao fogo cruzado da crítica. Mas mesmo tais críticas têm conseguido poucos resultados dignos de menção, pois na maioria dos casos somente chega a que seja considerado adequado e razoável que o respectivo tipo penal ou delito indique qual o bem jurídico protegido pela disposição. Frisch cita como exemplo o crime de crueldade contra animais, cuja proteção é justificada não como lesão de concepções ou sentimentos, mas, em vez disso, com a consideração dos animais superiores como “irmãos distantes” dos indivíduos humanos, e afirma que outras violações de expectativas ou concepções de valor são conceituadas como produções indiretas de perigo à paz pública e, assim, como lesão a um bem jurídico. Para Frisch, como dessas tentativas de adaptação e de nova compreensão participam, também, os próprios defensores do dogma do bem jurídico e o *topos* da perturbação da paz pública naturalmente abrange muitas coisas, o que se obtém é apenas uma mudança de nome do bem jurídico protegido sem que nenhuma consequência digna de menção alcance os tipos penais problemáticos. E em outras ocasiões sequer ocorre essa mudança de nome. Frisch entende que as afirmações daqueles que não reconhecem um determinado substrato como bem jurídico enfrentam a lei e seus defensores a partir de uma posição relativamente débil, pois não existe conceito de bem jurídico a partir do qual seja possível deduzir e derivar a correção de uma ou outra posição. Os críticos suportam ou devem suportar o ônus de provar que o que a maioria enxerga como fundamento suficiente de uma disposição penal e de um bem jurídico protegido na verdade não o é. Frisch reconhece que a tese de que o direito penal deve se limitar a proteger bens jurídicos conquistou algum êxito sobretudo no âmbito dos denominados crimes contra a moral, na forma, por exemplo, da abolição das disposições sobre a incriminação da mera homossexualidade ou da sodomia. Ele explica que a abolição dessas disposições é argumentada pelos defensores de uma limitação do direito penal à proteção de bens jurídicos como a prova da correção e do reconhecimento de sua posição, pois a mera violação de concepções morais não constitui nenhuma violação a bem jurídico e, por isso, não pode ser punida com a imposição de uma pena. Mas afirma que mesmo esses argumentos devem ser colocados em dúvida, pois a abolição de tais disposições pode ter obedecido a motivos bem distintos do reconhecimento de uma limitação do direito penal à proteção de bem jurídico. E menciona, nesse sentido, que mudanças no âmbito das concepções morais ou

de pontos de vista médicos ou antropológicos, além de outras, já levam a que o que seja majoritariamente considerado como uma lesão à vida em sociedade, merecedora de pena, deixe de ser sentida como tal.²⁶⁸

Frisch afirma que também as concessões feitas pelos próprios defensores da noção de bem jurídico como instância crítica do direito penal, em relação à lesão de meras concepções de valor internalizadas, seja com a admissão de delitos contra a paz, seja ao recorrer a meros delitos de comportamento, permitem duvidar da potência crítica do conceito de bem jurídico. Segundo sua opinião, essas concessões não chegam a ser surpreendentes, pois a qualidade de bem jurídico dos bens jurídicos reconhecidos está profundamente internalizada nas concepções fundamentais de valor mais ou menos compartilhadas pela generalidade das pessoas. Ele sustenta que, diante dessa verdadeira raiz dos bens jurídicos reconhecidos, o que parece importante e digno de proteção, de maneira semelhante para os sujeitos com o mesmo entendimento, dificilmente pode ser retirado do âmbito de proteção jurídica e do direito penal apenas por não possuir um substrato real comparável com o dos bens jurídicos reconhecidos. Mas Frisch considera que a limitada potência crítica não se deve apenas à vagueza do conceito de bem jurídico, ao seu conteúdo material quase incompreensível e à sua fraqueza facilmente explicável para concretizar o programa de retirar do âmbito do direito penal as lesões a meras concepções de valor. Ele afirma que também há um aspecto que é ao menos igualmente importante, se não mais significativo, que passa despercebido pela doutrina ou não é considerado o bastante em suas consequências: a competência de decisão originariamente ausente do penalista e, especialmente, do legislador penal sobre determinadas realidades são ou não bens jurídicos. Para Frisch, a doutrina do bem jurídico penal se movimenta como se estivesse nas mãos do legislador, ou dos juristas que estudam incriminações, decidir se determinada realidade é ou não um bem jurídico. Ele explica que a reflexão sobre o caráter de bem jurídico de determinadas realidades configura apenas a primeira fase conceitual de um discurso jurídico-penal originário sobre a incriminação ou não-incriminação de comportamentos que afetam essas realidades. Frisch sustenta que tal maneira de enxergar o problema desconhece a realidade e até pode ser correta nos direitos arcaicos ou nos sistemas jurídicos simples, em que o direito recebe seu cunho interno majoritariamente ou em boa medida do direito penal. Mas perde seu cabimento num sistema jurídico moderno, em que a

²⁶⁸ FRISCH, Wolfgang. *Op. cit.*, 2003, p. 215-218.

configuração do conteúdo do direito resulta fundamentalmente de normas jurídicas prévias ao direito penal e que ao direito penal corresponde, em regra, a função de um direito sancionador estabilizador das mais importantes áreas dos ordenamentos jurídicos primários. Frisch explica que aqui o reconhecimento de determinadas realidades como bens jurídicos não resulta primariamente do legislador penal, mas é fixado por distintas normatizações especiais prévias ao direito penal e decorrentes dos mais importantes campos da vida ou de outros espaços de conflitos imagináveis. E cita como exemplos o direito econômico, alimentar, farmacêutico, social, do trabalho. Frisch explica que o moderno direito público abrange quase todos os campos da vida com uma densa rede de regulamentações orientadoras de comportamentos, o que pode ser verificado, por exemplo, no direito administrativo econômico ou nas diversas matérias que seriam abrangidas pelo direito administrativo do meio ambiente. Frisch afirma que, em todas essas leis, bens jurídicos são passo a passo reconhecidos, definidos e precisados tanto por meio do estabelecimento de diretrizes e princípios quanto pelas distintas regulações detalhadas e preocupadas com aspectos de coordenação.²⁶⁹

Hörnle também faz duras críticas. Ela afirma que o alcance e a força argumentativa do conceito de bem jurídico foram superestimados e que a abordagem metodológica corrente chegou aos limites esgotados de uma definição generalizada de bem jurídico. E sustenta que as definições mais difundidas, como “interesses juridicamente protegidos”, “estados com valor”, “unidades funcionais com valor”, “interesses humanos necessitados de proteção”, ou, ainda, o detalhado “dados ou finalidades necessários para o livre desenvolvimento do indivíduo, a realização de seus direitos fundamentais e o funcionamento de um sistema estatal estruturado sob estes objetivos”, são altamente abstratas e não tornam possível um exame crítico de proibições penais duvidosas. Hörnle afirma que é inútil para uma compreensão crítico-sistemática uma censura sobre “interesses juridicamente protegidos”, pois apenas substitui o conceito de bem pelo de interesse. E explica que, contra todas as definições fundadas em argumentos de valor, como estados de valor, unidades funcionais de valor, pode-se alegar, com razão, que se tratam de conceitos abertos. Hörnle explica que qualquer estado revestido de positivo pode ser descrito como “valioso”, por exemplo, a paz, em comparação com o seu oposto, a perturbação, é um estado positivo, de modo que não há dificuldade em se postular que a paz pública seja um “estado com valor”,

²⁶⁹ FRISCH, Wolfgang. *Op. cit.*, 2003, p. 218-220.

mas a superficialidade e, por conseguinte, a falta de valor de tais fundamentações, não é algo difícil de ser reconhecido. Hörnle afirma que os apoiadores da teoria material do valor defendem que os valores têm um “ser em si mesmo” (*Ansichsein*) e podem ser compreendidos pelo sujeito numa “visão de valor”, em que este é um ato “puramente receptivo, aceitador”. Ela explica que, como isso não descreve nenhuma das exigências contemporâneas de racionalidade de um método suficiente de conhecimento para a determinação do conteúdo dos valores, não precisa de nenhuma fundamentação adicional.²⁷⁰ Hörnle admite que as definições que expressamente se referem a “interesses humanos necessitados de proteção” ou ao “indivíduo e seu livre desenvolvimento” têm grande valor informativo, pois incorporam uma tomada de posição em favor de uma compreensão pessoal de bem jurídico que também fundamenta bens jurídicos coletivos ou universais com interesses individuais e que, por isso, possui um *status* derivado dela. Mas afirma que tais definições de bens jurídicos não permitem uma avaliação sobre tipos penais concretos, pois a maioria dos delitos, desde a perturbação da ordem pública até o exibicionismo, estão localizados num contexto social-comunicativo. Por isso, em sua opinião, condutas ao menos potencialmente referidas ao social devem fundamentalmente afetar de alguma maneira interesses merecedores de proteção, o que depende de detalhes que não resultam dessa definição. Hörnle acredita que a pretensão de uma avaliação crítico-sistemática de normas penais não pode, sem mais nem menos, ser justificada por uma definição pessoal de bem jurídico. Isso porque um resultado inequívoco, que torne protegidos pelo direito determinados interesses humanos, somente é possível em relação à coleção nuclear das normas de proibição jurídico-penais constituída por aquelas que já não têm necessidade de uma decisão político-criminal. Hörnle explica que derivar a proteção da vida e da saúde de uma compreensão pessoal do bem jurídico não tem consequência prática, pois a autorização para essas normas de proibição não é questionada por ninguém. E conclui que, mesmo nas definições de bem jurídico mais substanciais, há o paradoxo de somente poder fornecer fundamentações para um âmbito nuclear em que, sob a perspectiva político-criminal, não são necessárias, enquanto a aplicação da definição a limites controversos não vai muito além disso.²⁷¹

Para Hörnle, o cerne do problema não está na insuficiência das definições até hoje desenvolvidas, pois, se fosse esse o caso, seria possível salvar a potência crítico-

²⁷⁰ HÖRNLE, Tatjana. *Op. cit.*, 2005, p. 14-15.

²⁷¹ HÖRNLE, Tatjana. *Op. cit.*, 2005, p. 16.

sistemática por meio de definições mais amplas ou melhor elaboradas. Ela sustenta que, ao contrário, é impossível levar a cabo uma análise crítico-sistemática com o método de definir o conceito de bem jurídico, subsumi-lo a um estado merecedor de proteção e, a partir daí, decidir a questão da legitimidade. O motivo para isso está na delimitação de uma definição válida de bem jurídico. E disso, segundo Hörnle, surge um conflito inevitável, previsto inclusive por Hassemer, pois abrange em uma definição a generalidade de que todo objeto merecedor de proteção forçosamente leva a generalizações abstratas com caráter muito mais propagandístico do que informativo, a uma teoria com alto grau de abstração e mínimo valor de conhecimento. Assim, a tentativa de encontrar uma definição geral para o bem jurídico e dela derivar inferências em favor da legitimidade de uma norma penal qualquer está, em sua opinião, condenada ao fracasso, pois, devido à amplitude e à indeterminação, não é possível, por meio da definição de bem jurídico, fornecer um juízo sobre se o comportamento deve ser incriminado ou não. Hörnle afirma que isso revela o pouco sentido da clássica abordagem alemã sobre tipos penais controversos na qual se situam o centro de gravidade da definição de bem jurídico e da história do dogma. E que o debate cuidadoso com a história e o conteúdo do conceito somente compensaria se pudesse ser obtido um conhecimento dedutivo agregado, mas isso fracassa devido à abstração de um conceito geral de bem jurídico.²⁷²

Amelung também crítica o alto grau de abstração das tentativas de conceituar bem jurídico sob uma perspectiva limitadora. Ele afirma que o único *topos* utilizado pela doutrina alemã em favor de uma teoria político-criminal do bem jurídico, em parte por tradição, em parte por sua vaga relação com a Constituição, é o *topos* da pessoa. E explica que os defensores das “teorias pessoais do bem jurídico” partem do pressuposto de que o valor incomparável da pessoa humana deve se manifestar na teoria do bem jurídico, seja na forma da primazia de bens jurídicos pessoais, seja na forma da exigência de que o direito penal deve proteger somente aqueles bens jurídicos que permitem orientar a proteção da pessoa, de modo que, nesse último caso, as teorias pessoais do bem jurídico servem como o fundamento da exigência de se limitar a criação de tipos penais a somente aqueles que tenham um referente pessoal. Amelung afirma que essa posição, porém, não é firmemente mantida e que nem sempre existe uma vontade séria nesse sentido. Ele exemplifica com a posição de Roxin, que defende

²⁷² HÖRNLE, Tatjana. *Op. cit.*, 2005, p. 16-17.

bem jurídico como realidades ou fins úteis para o indivíduo e para o livre desenvolvimento de sua personalidade e se pronuncia a favor da legitimidade do tipo penal de maus tratos de animais, que não tem nada a ver com a proteção do indivíduo e seu desenvolvimento. Amelung também menciona o delito de sonegação de tributos como exemplo da falta de alcance da definição pessoal ou ao menos individualista de bem jurídico. Ele afirma que existem bens jurídicos coletivos sem qualquer relação com a proteção de uma pessoa e explica que a sociedade moderna e o Estado se organizam de forma flexível, não apenas no direito penal, mas também em outros campos sociais, o que leva à criação de margens para decisões que não tratam da relação do indivíduo com a sociedade, mas do funcionamento otimizado de sistemas sociais cujas prestações são desempenhadas de maneira mais ou menos “neutra”, isto é, a todo mundo, independentemente de se considerar o destinatário em termos individuais ou coletivistas. Amelung considera um sobreesforço do personalismo a exigência da teoria do bem jurídico de que toda norma legítima tenha um objeto de proteção que mostre uma relação específica com o bem jurídico superior e oriente os demais: o bem jurídico “pessoa”. E conclui que, da mesma maneira que não se pode exigir que o direito penal apenas proteja bens jurídicos com um conteúdo personalista específico, o personalismo também não serve para impor limites ao legislador, mas para, nas primeiras páginas de manuais de direito penal, aliviar a carga um tanto pesada da necessidade de legitimação que pesa sobre a teoria do direito penal quando justifica um sistema normativo que gira em torno da distribuição de imposições de um mal, ainda que nas páginas seguintes essa bonita ideia precise ser traída.²⁷³

Essas críticas revelam os graves defeitos relacionados aos elementos conceituais desenvolvidos pelos defensores da teoria político-criminal do bem jurídico. Os termos obscuros e vagos empregados nas inúmeras definições propostas até adquirem um conteúdo concretamente identificável quando se referem a interesses inquestionáveis do indivíduo, como a vida ou a integridade física, mas à medida que são relacionados a interesses de dimensões coletivas fica evidente que o alto nível de abstração conceitual atinge uma amplitude de interpretações flexíveis e relativas que transforma a tarefa de limitar o legislador apenas na vaga lembrança de que o homossexualismo não pode ser incriminado. Mesmo o melhor conceito, por seu caráter mais detalhado, elaborado por Roxin, de que bens jurídicos são “dados ou finalidades necessários para o livre

²⁷³ AMELUNG, Knut. *Op.cit.*, 2003, p. 161-163.

desenvolvimento do indivíduo, a realização de seus direitos fundamentais e o funcionamento de um sistema estatal estruturado sob estes objetivos”, não explica com qual conceito de liberdade trabalha e nem o que entende por desenvolvimento do indivíduo. A profusão de definições constituídas por diferentes termos abstratos se afasta, então, da pretensão inicial de orientar o legislador e, ao contrário, acaba por gerar, na verdade, desorientação. Stratenwerth tem razão ao afirmar que os defensores da teoria do bem jurídico ainda não apresentaram um conceito que seja suficientemente claro, bem como Frisch, ao afirmar que os conceitos apresentados são altamente relativos e qualquer coisa menos inequívoco, e Hörnle, ao concluir que os limites de uma definição generalizada se esgotaram em terminologias altamente abstratas que tornam impossível justamente o que elas ambicionam: um exame crítico de incriminações duvidosas. Também há razão nas críticas de que a carga excessiva de personalismo contida nos elementos conceituais prejudica a tarefa de orientar e limitar o legislador, pois, como menciona Stratenwerth, uma ordem social que permita à pessoa viver em liberdade é estabelecida independentemente do que se considera “correto” para o seu próprio bem-estar individual, e, como lembra Amelung, há bens jurídicos coletivos sem qualquer relação com a proteção de uma pessoa, como o protegido pelo delito de sonegação de impostos. Aliás, o próprio Amelung também acerta ao observar que o personalismo não é firmemente mantido e seus defensores nem demonstram uma vontade séria nesse sentido, quando estabelecem diferentes exceções ao pressuposto que eles mesmo exigem, de modo que assim não conseguem limitar o legislador, mas apenas preencher páginas de livros. Tudo isso significa que os defensores da teoria político-criminal do bem jurídico, antes de jogar a culpa exclusiva de seus fracassos na postura muitas vezes acientífica da legislação e da jurisprudência, que de fato ocorre, precisam realizar aquilo que está ao seu alcance direto: enfrentar de maneira autocrítica os problemas dos elementos conceituais que oferecem, pois a pretensão de limitar e orientar o legislador deve vir no mínimo acompanhada de elementos que sirvam para tal limitação e orientação.

2.3.3 Críticas aos fundamentos e consequências: unidimensionalidade conceitual, falta de referência à danosidade social e de reconhecimento da impossibilidade de proteção absoluta, incapacidade de enfrentar os perigos atuais, expressão de ideal de justiça suprapositivo

Não apenas o pressuposto histórico e os elementos conceituais apresentados pelos defensores da teoria político-criminal do bem jurídico têm sofrido questionamentos, mas também seus fundamentos e consequências são alvos de críticas frequentes. Pawlik entende que a deficiência fundamental, o defeito congênito do pensamento do bem jurídico, é sua parcialidade, que reduz de maneira errônea a complexa problemática da legitimação de normas penais à questão sobre se num tipo penal está presente um substrato merecedor de proteção, ou seja, um “bem jurídico”. Segundo Pawlik, a teoria do bem jurídico, assim entendida, limita-se a privar de legitimidade somente as normas penais que perseguem interesses que, de acordo com os últimos convencimentos normativos imperantes numa sociedade, não merecem proteção. Pawlik afirma que o significado prático dessa espécie de discussão é muito exíguo, pois os tipos penais em que é questionável indicar o bem jurídico como tal constituem um problema marginal. E a conclusão de que certos interesses são em princípio merecedores de proteção não diz nada sobre de que maneira e com quais meios é possível proteger tais interesses. Para Pawlik, essa carência é substancial, pois como a proteção penal de bens jurídicos não afeta somente os interesses da vítima potencial, mas, também, os interesses daquelas pessoas que, por meio de uma norma proibitiva, têm sua liberdade de atuação limitada. Por isso, ele afirma que, mais além da mera designação de um determinado bem jurídico, deve ser esclarecido por que e em qual medida se pode recorrer a outras pessoas para a salvaguarda desses interesses, ou seja, em qual medida, num sentido material e também temporal, alcança sua competência.²⁷⁴

Pawlik sustenta que as teorias tradicionais do bem jurídico acentuam que o direito penal não protege de forma absoluta e sem fissuras os bens que acolhe sobre sua

²⁷⁴ PAWLIK, Michael. *El delito, ¿lesión de un bien jurídico?*, traducción de Ivó Coca Vila. In: InDret – Revista para el análisis del Derecho nº 2, Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2016, p. 08. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/1222.pdf>>

asa, bem como que a existência de um determinado bem jurídico é apenas uma condição necessária, mas não suficiente, para a legitimidade da cominação penal. E afirma que de tais teorias não é possível deduzir nenhum critério que esclareça em quais condições específicas o interesse de que não sejam praticadas determinadas ações justifica a imposição de proibições ou, inclusive, a estabilização destas por meio do reforço da pena. Pawlik afirma que à medida que as teorias do bem jurídico convertem um bem, apesar de ser somente um bem, no parâmetro de suas reflexões sobre o merecimento de proteção, ocultam a possibilidade de um conflito com outros bens. E como é alheia ao bem jurídico qualquer consideração a respeito da noção de competência, a questão sobre o “como” da proteção jurídico-penal é amplamente desatendida pelos defensores da teoria do bem jurídico. Pawlik avalia que o pensamento do bem jurídico possui uma afinidade, em certa medida congênita, com o critério de perigo, de maneira que, se a conservação de bens jurídicos é o fim, as colocações em perigo devem ser evitadas. Autor é, então, todo aquele que pode colocar em perigo um bem jurídico. Mas com isso, segundo Pawlik, é posta em funcionamento uma lógica expansiva que não pode ser contida com os recursos de fundamentação próprios da teoria do bem jurídico, pois, se com vista à pretendida otimização dos bens jurídicos se considera que já o incremento do risco de lesão para os bens jurídicos, que está fora do âmbito da própria esfera jurídica, constitui uma razão de legitimação suficiente para fundamentar a responsabilidade jurídico-penal, deixa de ser algo óbvio que um mandado de comportamento reforçado com uma pena, que é visto pelo legislador como medida idônea e necessária de contenção de perigo, pode ser revelado como ilegítimo.²⁷⁵

Além disso, Pawlik acredita que a tendência expansiva da punibilidade da teoria do bem jurídico é mostrada de forma ainda mais nítida no âmbito dos delitos omissivos, pois o modo mais seguro de conseguir a otimização do universo de bens passa por obrigar a que todos aqueles que sejam capazes de prestar auxílio pratiquem toda conduta salvadora possível. Mas avalia que a teoria dos deveres de garante serve para evitar essa consequência e que é a partir dela, mesmo que equivocadamente apenas para um grupo restrito de delitos, que a dogmática jurídico-penal tradicional consegue sobrepor à questão do bem jurídico a indagação a respeito da competência do obrigado. Isso leva Pawlik a concluir que o déficit essencial da teoria do bem jurídico é sua unidimensionalidade, pois, à medida que a teoria do bem jurídico não descreve, ou não

²⁷⁵ PAWLIK, Michael. *Op. cit.*, 2016, p. 8-9.

necessariamente descreve, a danosidade social e o merecimento da pena como uma perturbação das relações entre as pessoas no direito, mas como uma lesão de objetos externos, aos quais uma sociedade lhes atribui valor, tal teoria obscurece o horizonte social do direito, sua vinculação com as interações sociais e, ainda, desconhece que sem uma observação sobre a relação jurídica em que o bem “vive”, não é possível obter nem uma escala para seu valor nem um critério para sua lesão.²⁷⁶

Jakobs, por sua vez, afirma que ao direito penal não interessa toda alteração prejudicial a um bem, mas somente uma situação valorada positivamente. Por isso, tal alteração deve direcionar-se contra a própria valoração positiva, o que somente pode ocorrer por meio de um comportamento humano com o expressivo conteúdo de que não é pertinente respeitar a valoração positiva. Isso porque, segundo sua opinião, o que constitui uma lesão de bem jurídico penal não é, por exemplo, a causação de uma morte, que é simplesmente a lesão de um bem, mas a oposição da norma subjacente no homicídio evitável. Nesse sentido, a norma obriga o autor a escolher a organização que não ocasione danos, ou seja, que ele não se organize de maneira a causar dano de forma imputável, com um projeto de conformação do mundo oposto ao da norma. Jakobs entende, então, que apenas essa perspectiva eleva o bem jurídico penal à esfera em que se desenvolve a interação social importante para o direito penal, que é a esfera da significação do comportamento delitivo como negação do significado de normas e o reforço de se perseverar no significado da norma por meio da reação punitiva. Jakobs exemplifica que o bem jurídico penal no âmbito dos delitos contra a propriedade não é a coisa alheia ou a relação do proprietário com sua coisa como unidade funcional de ações e satisfação de necessidades, ou a busca por fins e objetivos, mas a validade do conteúdo da norma que deve proteger a propriedade e, em relação aos delitos de lesões corporais, bem jurídico penal é a validade do conteúdo da norma segundo a qual é preciso respeitar a integridade corporal alheia, etc. Para Jakobs, bem jurídico penal é, assim, a vinculação prática da norma. E, nesse sentido, o bem jurídico penal não pode ser atacado por um comportamento entendido como acontecimento externo, mas somente por meio de um comportamento que se apresenta como um acontecimento significativo. Embora Jakobs reconheça que, de acordo com o princípio do fato, apenas ocorre um fato penal quando há um acontecimento externo, perceptível pelos sentidos, o objeto desse comportamento exterior, em sua opinião, não é o bem jurídico penal, pois

²⁷⁶ PAWLIK, Michael. *Op. cit.*, 2016, p. 9.

ainda é preciso distinguir bem jurídico penal e objeto da ação ou, de modo mais exato, objeto do comportamento. Em sua opinião, o objeto da ação pode se constituir, inclusive, no contrário a um objeto, quando o comportamento consista na produção de objetos indesejáveis, como, por exemplo, a falsificação de moedas ou de documentos. Jakobs afirma que um bem é uma situação ou fato valorado positivamente, num contexto em que, por conceito de situação, sejam compreendidos, em sentido amplo, não somente objetos, corporais ou não, mas também estados e processos. E um bem chega a ser bem jurídico apenas pelo fato de gozar de proteção jurídica, o que significa que o bem jurídico é determinado de maneira positivista e abrange tudo o que aos olhos da lei seja valioso como condição de vida sã da comunidade jurídica, o que falta quando a lei regula formas de conduta cujo rendimento não é valioso para algo, mas constitui um valor em si mesmo, em especial quando a lei prescreve um comportamento moral. Mas Jakobs admite que o bem jurídico não pode ser concebido de maneira tão elástica que inclua todo o fim de regulação e seja entendido como sentido e finalidade das proposições jurídicas singulares ou como abreviatura da ideia de fim.²⁷⁷

Jakobs até concorda com os esforços de incluir a noção de pessoa no conceito de bem jurídico, de modo a considerá-lo como uma relação, compreendida no interesse valorado positivamente, entre esta e uma situação. Mas isso sem impor ao conceito a função de designar as fontes dessas relações valorativas, como, por exemplo, vida, cultura, ordenamento constitucional, etc. Isso porque, em sua opinião, a inclusão da pessoa no conceito de bem jurídico permite encontrar o valioso do bem jurídico melhor do que por meio de uma enumeração de objetos, mas o bem jurídico, nesse sentido, não se trata de um ato de valoração realizado pela pessoa, que não precisa de proteção penal, e sim da possibilidade de a pessoa realizar seus interesses, possibilidade que consiste no uso e gozo de uma situação valorada positivamente. Assim, por exemplo, o bem jurídico dos delitos contra a propriedade não é a coisa sobre a qual recai a propriedade, mas a relação de possibilidade de utilização entre propriedade e coisa. Para Jakobs, bens jurídicos devem ser definidos como objetos em sua relação com as pessoas, unidades funcionais valiosas, potenciais, ou como condições de possibilidade de participar na interação social. Jakobs adota, nesse contexto, o conceito de unidade funcional, segundo o qual não é qualquer objeto de regulação de uma norma que constitui bem jurídico, mas somente aquele que desempenhe alguma função para a sociedade ou para um de

²⁷⁷ JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*, traducción Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo, 2ª edición, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas S.A., 1997, p. 46-50.

seus subsistemas, inclusive o de cidadão. Esse conceito, segundo Jakobs, evita o mal-entendido de que o bem jurídico deve se referir a algo perceptível sensorialmente ou a um objeto similar, mas não resolve o problema de distinguir quais funções devem ser reconhecidas como juridicamente legítimas. Não oferece, assim, nenhuma vantagem diante do conceito de interesse, pois esse ponto fraco é inerente, por sua constituição, a todo conceito de bem jurídico. Mas Jakobs ainda afirma que muitas normas não são explicáveis por meio da proteção de bens jurídicos, como acontece com modalidades de fato, de caráter objetivo e subjetivo, irrelevantes no que se refere a uma lesão de bens jurídicos. Em sua opinião, a proteção de bens jurídicos não consegue explicar todos os elementos do delito e sequer é necessária para todos os crimes, de modo que a equiparação entre norma e proteção de bens jurídicos, ou entre delito e lesão de bens jurídicos, fracassa especialmente nos delitos de infração de um dever especial derivado de competência institucional. Jakobs explica que, normalmente, o comportamento esperado do autor se esgota em algo negativo, ou seja, o autor não deve realizar comportamento algum que leve a uma lesão, porém, nos casos definidos como de deveres especiais por responsabilidade institucional deve existir entre o autor e o bem uma relação positiva, ou seja, uma dedicação, não necessariamente interessada, no caso ideal de uma comunidade vital. Por causa dessa comunidade, ao autor são afetadas expectativas especiais de comportamento, cujo conteúdo não se pode refletir, nos casos de deveres especiais que fundamentem pena, que são os delitos especiais próprios, ou somente de maneira incompleta, nas hipóteses de deveres especiais que agravem a pena, que são os delitos especiais impróprios, caso se atenda a não lesão de um bem. Para Jakobs, a expectativa referida a um dever especial não se deriva da existência atual de bens, mas da função determinada ao autor para que se adapte a uma instituição, o que significa que, nos delitos especiais, não existe uma perturbação de unidades funcionais existentes, intactas em si, mas da negativa de se deixar integrar na produção de uma unidade funcional. Por isso, não é possível considerar que o núcleo de todos os delitos seja a lesão de um bem jurídico, mas sim o descumprimento de um dever.²⁷⁸

Jakobs afirma que duas objeções básicas ao conceito de bem jurídico podem ser levantadas. Em primeiro lugar, a teoria do bem jurídico pode conceber o bem jurídico em relação ao seu titular sem demonstrar a necessidade de assegurar tal bem também jurídico-penalmente. Isso, em sua opinião, leva à necessidade de introduzir, desde fora,

²⁷⁸ JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 1997, p. 51-53.

a danosidade social na lesão ao bem, com o fim qualificá-la de lesão de bem jurídico. Mas sustenta que, ainda assim, a teoria do bem jurídico não pode determinar quais unidades de funcionamento podem ser elevadas à categoria de bens jurídicos por seu significado social, bem como tampouco fundamentar que a proteção das normas sempre deve ser aplicável a bens. Para Jakobs, a configuração da ordem que deve ser protegida pelo direito penal não é definida por todos os bens e nem sempre somente por bens, de modo que a soma de todos os bens jurídicos não constitui a ordem social, mas apenas uma parte desta. Assim, somente o interesse público na conservação de um bem o converte em interesse público e o interesse público nem sempre se refere apenas à conservação de bens. A segunda objeção, segundo Jakobs, é a de que nem sequer os bens reconhecidos pelo direito penal desfrutam de proteção absoluta. Jakobs explica que a sociedade não é uma instituição para a conservação de bens ou otimizá-los, ainda mais porque, em algumas ocasiões, bens são sacrificados para possibilitar o contato social, o qual, por sua vez, também pode ser designado como um bem. E defende que não se pode deduzir dos bens que se inserem no contato social quais os riscos devem ser suportados por um bem no contato social sem proteção jurídico-penal, já que tais bens não possuem qualquer classificação determinável antes de seu emprego no contato social. Apenas existem bens jurídicos se e na medida em que estejam a desempenhar uma função, isto é, conforme estejam na vida social a surtir efeitos e a recebê-los. Jakobs afirma, então, que a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade, etc, não existem simplesmente por si mesmos, mas sua essência está no desempenho de uma função, em outras palavras, na conexão social de exercer efeitos e recebê-los, algo que impede uma norma de proteger um bem, sempre que se trate da proteção de bens, contra todos os riscos, o que é possível somente contra aqueles que não sejam consequência necessária do contato social permitido.²⁷⁹

Já Stratenwerth afirma que o atrevimento da ideia de que o direito penal se limita à proteção de bens jurídicos concretos ainda é desacreditado devido à compreensão, transformada em ameaça de pena, radicalmente diferente das criações de perigo que o direito penal até então estava acostumado a se ocupar, de que o homem realiza uma destruição aparentemente inexorável dos elementos fundamentais da vida na Terra. O meio ambiente, defende Stratenwerth, não é um bem com as características tradicionalmente atribuídas a um bem jurídico, tanto se analisado em seus elementos

²⁷⁹ JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 1997, p. 55-57.

vistos isoladamente, como o solo, o ar, a água, quanto nos processos que os configuram, como o clima, o desenvolvimento das plantas e animais e etc. Stratenwerth afirma que o recurso a qualquer fundamento antropocêntrico é aqui efêmero e, mesmo que fosse possível, não responde a questão decisiva sobre qual intervenção, ou qual a medida de intervenção, na natureza, que o homem sempre explorou, é permitida e sob quais circunstâncias pode ser sancionada penalmente. Ele afirma que é de se perguntar se o direito penal está preparado para impor regras de comportamento tão distintas das normas tradicionais e sempre referidas a conflitos sociais atuais, de modo a incorporar tais novas regras gradualmente e em seus pormenores. E acredita que o desenvolvimento do direito penal já está nessa direção e seria custoso, diante do tamanho das ameaças existentes, simplesmente rejeitar isso. Stratenwerth defende que a determinação sobre qual “bem” é merecedor de proteção e qual grau ele requer na hierarquia de seus interesses é algo que tanto se submete à mudança histórica quanto às possibilidades e à dimensão dos perigos a respeito dos quais o comportamento humano pode se sujeitar.²⁸⁰

Gärditz, por sua vez, crítica a pretensão da teoria político-criminal do bem jurídico de estabelecer um ideal de justiça suprapositivo. Ele afirma que, embora a tarefa do direito penal seja predominantemente descrita como a da proteção de bens jurídicos, não é claro se esses bens jurídicos são simplesmente retirados do direito positivo ou se são bens fingidos pelo legislador, que devem ser construídos naturalmente ou por meio da cópia de categorias ônticas e, assim, mantidos fora do sistema democrático. Gärditz afirma que não é de se admirar que a insegurança das abordagens de fundamentação teórico-penais que acompanha a ideia de bens jurídicos também se transmita à aplicação do direito pelos tribunais, que atua por meio de uma patética sobrecarga de variados motivos de justiça não raro emocionalmente insólitos. Gärditz afirma que a justiça penal permaneceu como o mais acentuado campo de recuo de antipositivismo, em que o argumento de uma justiça se preciso for *contra legem* sobreviveu de maneira persistente tanto ao progresso epistemológico quanto à democratização do direito. Gärditz explica que os recursos à “justiça” ao “ideal de justiça” ou à historicamente agravada associação evocada pelo “sentimento de justiça” são *topoi* de interpretação correntes, que não raro saltam do âmbito da interpretação metódica e, ao menos implicitamente, recorrem, de maneira normativa, a categorias fora

²⁸⁰ STRATENWERTH, Günther; KUHLEN, Lothar. *Op. cit.*, 2004, p. 31-32.

do direito. Gärditz afirma que a intervenção de direito penal é, então, mal-entendida como a missão de acudir a “ideia de justiça” de ataques e que às vezes também chama a atenção que determinados resultados devem ser aceitos mesmo quando eles contradizem o “sentimento de justiça”, o que pressupõe no mínimo a existência de um direito sentimental como substrato crítico de interpretação. Gärditz explica que isso mostra com clareza que divergências do “princípio da justiça” somente devem ser admitidas quando princípios jurídico-dogmáticos imperativos não permitem outra decisão. E afirma que se considera que no âmbito da intervenção do direito penal são postas as mais altas exigências de justiça, o que termina por se tratar de uma questão de “culpa e expiação”, em que vale o pensamento da “compensação jurídica da culpa”. Para Gärditz, a erosão da determinação da justiça penal, tanto do estado de direito quanto da democracia, que aqui se localiza mostra-se sempre desvelada quando a jurisprudência, com dificuldades naturais, precisa contorcer problemas sociais transitórios numa mudança radical do sistema. Gärditz afirma que quando um comportamento viola o “convencimento jurídico” generalizado em toda a população, a possibilidade de uma punição termina por se impor e, em tal caso, o direito positivo acaba por ceder à justiça. Gärditz lembra que a questão sobre se um juiz da antiga Alemanha Oriental estava sujeito ao direito é então avaliada de acordo com a ocorrência de uma intolerável violação contra toda a espécie de sentimento de justiça sem influência ideológica. Para Gärditz, esses são apenas alguns exemplos de uma questionável compreensão da justiça penal como guardiã de uma justiça suprapositiva, que não apenas ocasionalmente entra em cena, mas permeia a estrutura da argumentação jurídica, mesmo quando é considerada “crítica”.²⁸¹

As críticas aos fundamentos e consequências da teoria do bem jurídico referem-se, assim, em grande parte, ao seu objetivo de construir um direito penal voltado à proteção de “bens” e à sua tensão com o direito positivo. Mas nem todas são justas. Pawlik tem razão ao afirmar que a conclusão de que certos interesses são em princípio merecedores de proteção não diz nada sobre de que maneira e com quais meios é possível proteger tais interesses. Os defensores da teoria do bem jurídico em sentido político criminal de fato não apresentam argumentos claros sobre o motivo pelo qual consideram algo um bem valioso e por que esse algo somente pode ser protegido pelo direito penal. A referência comum a alguma espécie de interesse individual ou da

²⁸¹ GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. *Strafbegründung und Demokratieprinzip*. In: *Der Staat*, Vol. 49, N. 3, Berlin: Duncker & Humblot, 2010, p. 335-337.

coletividade tampouco responde satisfatoriamente a essas questões, pois há interesse em que a rua fique limpa, regras básicas de etiqueta sejam observadas e o texto constitucional seja respeitado, mas não existem tipos penais que tornem crime o comportamento de quem deixa cair papel no chão, solte gases intestinais dentro de um elevador lotado ou defenda a instauração de uma confederação no lugar da federação, e dificilmente os adeptos da teoria político-criminal do bem jurídico considerariam legítimos delitos dessa natureza. Mas isso não significa que seja inviável construir um raciocínio que gire em torno da proteção de bens ou de sua colocação em perigo, pois explicações obscuras não implicam necessariamente em explicações impossíveis e o próprio Pawlik não apresenta um argumento convincente que demonstre essa impossibilidade. A mencionada teoria do incremento do risco não pode servir de argumento nesse sentido, já que, além de não constituir qualquer contradição quanto ao pensamento referido a lesão de bens,²⁸² é aceita somente por parte dos defensores da teoria político-criminal do bem jurídico. Tampouco pode ser a característica que ele identifica como unidimensionalidade do raciocínio direcionado a lesão de objetos externos, pois a considerar que tais objetos sejam bens jurídicos, serão bens jurídicos que sempre terão respectivos titulares, seja uma pessoa ou a coletividade, o que, de certa maneira, ao contrário do que sustenta, também manifesta uma espécie de interação social (entre autor do fato e titular do bem jurídico) não mais obscura do que os conceitos de “danosidade social” e de “perturbação das relações entre as pessoas no direito”. Também as críticas de Jakobs não são fortes o suficiente para esvaziar a teoria do bem jurídico, como ele pretende. A ideia de que por bem jurídico deve ser considerada a validade do conteúdo da norma é tão flexível e justificadora das escolhas do legislador quanto a técnica de se construir falsos bens jurídicos, de modo que não se vislumbram efeitos práticos e nem a razão pela qual, além do mero exercício teórico, se deve apoiar sua técnica e não continuar com a mesma de sempre. A excessiva amplitude do que ele entende como unidade funcional ou objeto que desempenhe alguma função para a sociedade ou para alguns de seus subsistemas, o que inclui o cidadão, não apresenta, como o próprio Jakobs reconhece, qualquer vantagem em relação ao velho elemento “interesse” e, diante de sua própria admissão de que tem o mesmo ponto fraco de todo conceito de bem jurídico, uma vez mais não se compreende por que abandonar

²⁸² Roxin explica, com razão, que não é possível dividir o risco ao bem jurídico entre uma parte permitida e outra não permitida e examinar separadamente qual a contribuição de cada uma para a realização do risco. ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2006, p. 394.

uma terminologia tradicional para se adotar um raciocínio esotérico. Também a afirmação de que a proteção de bens jurídicos não consegue explicar todos os elementos do delito e não é necessária para todos os crimes somente faz algum sentido diante de alguma expectativa de exercício de função político-criminal pelo conceito de bem jurídico, pois a se admitir um conceito de bem jurídico meramente legitimador e o uso da técnica de se construir um bem jurídico a cada tipo penal, o discurso de proteção de bem jurídico pode ser utilizado para explicar todas as espécies de delitos; e, como Jakobs não faz qualquer exigência político-criminal ao que ele próprio defende como bem jurídico, não se compreende o motivo da crítica. Além disso, os problemas que vislumbra em relação ao que denomina delitos de infração de dever especial derivado de competência institucional são superáveis pela teoria do bem jurídico por meio dos conhecidos deveres da posição de garante, pois tais crimes se tratam, apenas, dos tradicionais delitos omissivos. E mesmo as duas objeções que Jakobs especialmente levanta devem ser vistas com ressalvas. Os defensores da teoria político-criminal de fato têm problemas para explicar a necessidade de se assegurar jurídico-penalmente determinado bem, mas essa falha não é superável com a adição da sugerida “danosidade social”, que é um elemento tão obscuro, amplo e flexível quanto as antigas expressões referidas a interesses, valores, funções, etc. Tampouco é correto afirmar que os defensores da teoria do bem jurídico não reconhecem que o bem jurídico não desfruta de proteção absoluta, ao contrário, todos admitem diversas hipóteses de exclusão do tipo, da antijuridicidade ou da culpabilidade, que tornam sem consequência penal a lesão a um bem jurídico a princípio protegido e colaboram para a melhora do convívio social. Stratenwerth, por sua vez, acerta ao observar que o fundamento antropocêntrico imediato da teoria político-criminal do bem jurídico é em alguns pontos efêmero, pois realmente não explica incriminações de comportamentos de legitimidade amplamente reconhecida, como a tortura de animais ou a produção de danos ambientais cujos graves efeitos serão sentidos apenas pelas gerações futuras. Por isso, a defesa de um raciocínio que gire em torno da proteção de bens, se tiver a pretensão de colaborar com a melhora de sua atual situação de decadência, deve passar a compreender que não apenas seres humanos podem ser titulares de bens jurídicos e, também, que não apenas seres humanos de existência presente merecem ter seus bens jurídicos protegidos. Caso contrário, ficará deslocado da irreversível preocupação mundial com o bem-estar dos animais, a qualidade do meio ambiente, a integridade da biodiversidade, a subsistência da fauna e da flora, do reconhecimento de dignidade aos mortos, e definitivamente

condenado a se tornar mero objeto de discussão de sala de aula. A observação de Stratenwerth de que o que determina qual “bem” merece proteção penal, e sua posição na hierarquia de interesses, é algo submetido à mudança histórica e sobre as possibilidades e dimensões dos riscos aos quais a conduta humana pode se sujeitar apenas se torna um bom argumento contra a teoria do bem jurídico em sentido político-criminal se relacionada à dificuldade de admissão de bens jurídicos não enquadrados no antropocentrismo imediato, pois, quanto à flexibilidade histórica, deve ceder ao fato de que seus defensores não negam um caráter dinâmico ao conceito político-criminal de bem jurídico, que permite englobar realidades e interesses modificáveis com o passar do tempo. Já Gärditz não tem razão ao afirmar que o pensamento de que a tarefa do direito penal é a proteção de bem jurídico leva a uma jurisprudência sentimentalista fundada num ideal de justiça suprapositivo. Em primeiro lugar, porque não é errado, mas correto, defender um ideal de justiça suprapositivo que proteja o indivíduo contra a arbitrariedade do uso do poder estatal de intervir em sua esfera de liberdade e a minoria da ditadura da maioria no processo de elaboração de leis, o que em essência pretende a interpretação político-criminal de bem jurídico. Em segundo lugar, porque a teoria do bem jurídico tem sido, na verdade, vítima da jurisprudência, que de fato muitas vezes utiliza argumentos sentimentalistas para fundamentar suas decisões, mas quase nunca para corroborar uma limitação do poder de incriminar do legislador, no sentido crítico da teoria do bem jurídico, e sim, na imensa maioria dos casos, para justamente legitimar o direito positivo e o processo de produção legislativa ao qual a norma penal sob análise foi submetida.

2.4 A rejeição da teoria político-criminal do bem jurídico pela jurisprudência alemã

A ideia de que a teoria do bem jurídico limita o poder de incriminar o legislador não foi acolhida em sua plenitude pela jurisprudência, que tem preferido deixar o legislador livre para escolher qual espécie de comportamento deve ser proibido, desde que siga os trâmites constitucionais de elaboração das leis. A natureza constitucional do conceito de bem jurídico, que serviria para fundamentar sua posição superior de hierarquia para limitar e orientar a produção das normas, é uma pretensão que não encontrou o respaldo judicial que lhe seria necessário e em todas as oportunidades que o

Tribunal Constitucional de seu país de origem, a Alemanha, teve de se manifestar, optou por sua não admissão. Pouco antes de a teoria político-criminal do bem jurídico ganhar relevância na doutrina, o Tribunal Constitucional alemão já havia dado mostras de que não estava disposto a reconhecer limites ao poder de incriminar do legislador, quando sua Primeira Turma,²⁸³ ao decidir, em 10 de maio de 1957, sobre a constitucionalidade do crime de homossexualismo entre homens adultos, previsto no § 175 do Código Penal alemão, afirmou a constitucionalidade de seu tipo penal por considerar que o tratamento distinto entre a homossexualidade masculina e feminina se justificava pelos fatores biológicos diferenciados e pela incontida necessidade sexual dos homossexuais masculinos²⁸⁴ e protegia o bem jurídico “a concepção moral do povo”²⁸⁵ extraída das grandes confissões cristãs.²⁸⁶ E mesmo quando a teoria político-criminal do bem jurídico já havia se tornado difundida, a Segunda Turma do Tribunal Constitucional alemão, em 09 de março de 1994, ignorou-a para julgar constitucional a proibição da posse de pequenas quantidades de produtos derivados da *cannabis*, sob a alegação de que inexistia um “direito ao entorpecimento”²⁸⁷ e que o legislador pode estabelecer diferentes regras para produtos derivados da *cannabis*, por um lado, e o álcool ou a nicotina, por outro, sem que isso signifique uma violação constitucional ao princípio da igualdade.²⁸⁸

A teoria do bem jurídico em sentido político-criminal sofreu, entretanto, o mais duro golpe da jurisprudência no julgamento realizado pela Segunda Turma do Tribunal Constitucional alemão, em 26 de fevereiro de 2008, que considerou constitucional o tipo penal de incesto, previsto no § 173 do Código Penal alemão.²⁸⁹ Nesse julgamento, o Tribunal Constitucional alemão afirmou que limitações de direitos gerais da

²⁸³ Preferi nesse trabalho traduzir a expressão “Senat”, que se refere à composição dos órgãos colegiados dos tribunais superiores alemães, por “Turma” em vez de “Senado”, para que o leitor não a confunda com a casa legislativa de mesmo nome e possa identificar com mais clareza a divisão interna das cortes alemãs.

²⁸⁴ BVerfG, 1 BvR 550/52, vom 10. Mai 1957, Rn. 55.

²⁸⁵ Idem, Rn. 168.

²⁸⁶ Idem, Rn. 167.

²⁸⁷ BVerfG, 2 BvL 43/92; 2 BvL 51/92; 2 BvL 63/92; 2 BvL 64/92; 2 BvL 70/92; 2 BvL 80/92; 2 BvR 2031/92, vom 09. März 1994, n. 42, 84, 88, 121.

²⁸⁸ Idem, Rn. 36 – 47.

²⁸⁹ ALEMANHA. Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch*). Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>>. “§ 173 Conjunção carnal entre parentes. (1) Quem mantiver conjunção carnal com descendente consanguínea será punido com pena privativa de liberdade de até três anos ou pena de multa. (2) Quem mantiver conjunção carnal com parente consanguíneo em linha ascendente, será punido com pena privativa de liberdade de até dois anos ou pena de multa; o disposto continua válido ainda que a relação de parentesco seja extinta. Da mesma maneira, serão punidos os irmãos consanguíneos que mantiverem conjunção carnal entre si. (3) Descendentes e irmãos não serão punidos conforme esse dispositivo se, no momento do fato, não tiverem 18 anos”.

personalidade necessitam de um fundamento constitucional e legal, em que os pressupostos e o âmbito de delimitação que lhe foram destinados sejam claros e possam ser reconhecidos pelos indivíduos.²⁹⁰ Além disso, considerou que, sob o ponto de vista material, o legislador está obrigado a se manter sob a incidência do princípio da proporcionalidade, que exige, quanto à ameaça de pena privativa de liberdade e, também, no que diz respeito à garantia de liberdade da pessoa, que uma norma penal sirva para proteger outrem ou a coletividade.²⁹¹ O Tribunal Constitucional alemão não deixou de reconhecer que o direito penal é orientado pelo princípio da proteção de bens jurídicos como *ultima ratio*, ainda mais quando um determinado comportamento é em especial socialmente danoso e intolerável para uma vida em comum ordenada e sua evitação é particularmente urgente, mas afirmou que a determinação do âmbito da conduta penalmente punível é uma questão atinente ao legislador, que é fundamentalmente livre para decidir se um determinado bem jurídico, cuja proteção lhe pareça essencial, deve ser protegido por meio do direito penal e, em caso afirmativo, para dispor sobre a maneira como pretende realizar isso.²⁹² Assim, o Tribunal Constitucional alemão entendeu que as normas penais não se submetem a outras exigências além dos estritos fins relacionados com a Constituição e nem estão orientadas pela teoria do bem jurídico, ainda mais porque não existe sequer unanimidade quanto ao conceito de bem jurídico.²⁹³

A constitucionalidade da incriminação do incesto foi confirmada, então, por motivos variados. O Tribunal Constitucional alemão afirmou que é uma “proibição difundida internacionalmente e transmitida histórico-culturalmente”,²⁹⁴ que parte de “uma das mais sedimentadas convicções do injusto na sociedade” e que deve “continuar a ser sustentada por meio do direito penal”.²⁹⁵ Além disso, que protege o casamento e a família, pois a conduta incestuosa leva a uma “lesão dos papéis atribuídos estruturalmente em uma família.”²⁹⁶ E, também, resguarda a autodeterminação sexual, em especial porque o abuso e a violência sexual praticados por anos continuam mesmo depois que a vítima abusada ultrapassa os 18 anos, devido à relação de dependência

²⁹⁰ BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26. Februar 2008, Rn. 34.

²⁹¹ BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26. Februar 2008, Rn. 34-35.

²⁹² BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26. Februar 2008, Rn. 35.

²⁹³ BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26. Februar 2008, Rn. 39.

²⁹⁴ BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26. Februar 2008, Rn. 2.

²⁹⁵ BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26. Februar 2008, Rn. 50.

²⁹⁶ BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26. Februar 2008, Rns. 45.

familiar.²⁹⁷ O tribunal considerou, ainda, que o tipo penal de incesto não significa uma interferência na esfera nuclear inviolável da vida privada, pois a conjunção carnal entre irmãos não interessa exclusivamente a eles mesmos, mas tem consequências para a família, a sociedade e, também, para as crianças que eventualmente nasçam de uma relação sexual incestuosa.²⁹⁸ Por fim, julgou que a proibição também tem como objetivo a prevenção de doenças genéticas nas novas gerações.²⁹⁹ E, com esses fundamentos, decidiu que a incriminação do incesto cumpre as exigências de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de uma regra limitadora de liberdade.³⁰⁰

Nesse julgamento, a opinião da maioria foi divergida pelo voto de Hassemer, então ministro do tribunal. Hassemer argumentou que uma norma penal não pode tirar sua legitimidade constitucional nem de uma nebulosa justificativa histórico-cultural, nem de um convencimento social, e nem, ainda, da existência de uma punibilidade comparada internacionalmente.³⁰¹ Além disso, afirmou que considerações genéticas não podem se apresentar como finalidade de uma norma penal³⁰² e nem a proteção da saúde dos potenciais descendentes, já que tal titular do bem jurídico, cujos presumidos interesses a proibição de incesto busca proteger, ainda não existe ao tempo da ação³⁰³ e pressupõe a, em sua opinião, absurda ponderação de que os presumidos interesses dos potenciais descendentes em uma vida sem defeitos genéticos são superiores à sua não-existência.³⁰⁴ Hassemer também apontou que a proibição não busca a tutela da autodeterminação sexual, pois nos tipos penais que visam protegê-la há o pressuposto de que a vítima age de forma irresponsável ou se encontra em alguma situação de coação, isto é, se pressupõe indicadores de redução da autonomia sexual da vítima que não são encontrados na estrutura do delito de incesto.³⁰⁵ E considerou que tampouco a proteção do casamento e da família pode servir de fundamento constitucional, já que ao tipo penal não compreende a proibição de relações sexuais entre irmãos do mesmo sexo, de consideração, não germanos, adotados ou de famílias de acolhimento, mas somente consanguíneos.³⁰⁶ Assim, Hassemer concluiu em seu voto vencido que a proibição de

²⁹⁷ BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26. Februar 2008, Rns. 48.

²⁹⁸ BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26. Februar 2008, Rn. 40.

²⁹⁹ BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26. Februar 2008, Rn. 49.

³⁰⁰ BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26. Februar 2008, Rn. 49.

³⁰¹ BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26. Februar 2008, Rn. 81.

³⁰² BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26. Februar 2008, Rn. 82.

³⁰³ BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26. Februar 2008, Rn. 83.

³⁰⁴ BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26. Februar 2008, Rn. 83.

³⁰⁵ BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26. Februar 2008, Rn. 87.

³⁰⁶ BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26. Februar 2008, Rn. 94.

incesto é inconstitucional, pois a composição ou a percepção de um consenso social sobre valores não pode ser a finalidade direta de uma norma penal e, para tanto, existem outros meios melhores e mais apropriados, no sentido dos princípios da *ultima ratio* e da proporcionalidade como limites constitucionais à intervenção penal.³⁰⁷

Os fundamentos utilizados demonstram que certamente não foi o melhor julgamento da história desse tribunal. As razões dos votos majoritários, como observa Stuckenberg, foram excepcionalmente pobres e a única realização duradoura da decisão do tribunal sobre o crime de incesto foi mesmo o afastamento da teoria do bem jurídico no sentido em que ela se apresentou nas últimas décadas.³⁰⁸ O voto vencido de Hassemer, como explica Krauß, esforçou-se para disponibilizar um arsenal dogmático jurídico-constitucional e penal suficiente para que o crime de incesto previsto no Código Penal alemão fosse reconhecido não apenas como uma lei ruim, mas inconstitucional.³⁰⁹ Mas, por ironia, a teoria do bem jurídico sequer deveria ter sido o argumento levantado mais relevante para comprovar isso. Como afirma Greco, a ideia de esfera nuclear da vida privada decorrente da autonomia do indivíduo fundamenta a inconstitucionalidade do delito de incesto de maneira mais apropriada do que a teoria do bem jurídico.³¹⁰ Greco tem razão ao explicar que, se por um lado, o Tribunal Constitucional alemão exagerou ao recusar toda a teoria do bem jurídico, por outro lado, seu maior erro não foi deixar de aplicar a teoria do bem jurídico ao caso, mas ignorar a ideia derivada do liberalismo jurídico-penal de que a imoralidade de um comportamento não é uma justificativa para puni-lo, além de desconhecer o potencial da teoria da esfera nuclear da vida privada, pois sua correta aplicação torna dispensável tanto analisar a proporcionalidade quanto recorrer à teoria do bem jurídico.³¹¹ Krauß também entende que era desnecessário recorrer à teoria do bem jurídico, pois, embora os argumentos do voto vencido tenham sido convincentes em relação à ilegitimidade do bem jurídico abstrato saúde pública, a teoria do bem jurídico não oferece um fundamento suficiente

³⁰⁷ BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26. Februar 2008, Rn. 100.

³⁰⁸ STUCKENBERG, Carl-Friedrich, *The constitutional deficiencies of the German Rechtsgutslehre*. In: *Oñati Socio-legal Series*, v. 3, n. 1, 2013, p. 35. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2200870.

³⁰⁹ KRAUß, Detlef. *Rechtsgut und kein Ende – Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests (BVerfGE 120, 224)*. In: HERZOG, Felix; NEUMANN, Ulfried. *Festschrift für Winfried Hassemer*, Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2010, p. 424.

³¹⁰ GRECO, Luís. *Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? – Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*. In: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 3. Jahrgang, Ausgabe 5, 2008, p. 237. Disponível em: http://zis-online.com/dat/artikel/2008_5_235.pdf

³¹¹ GRECO, Luís, *Op. cit.*, 2008, p. 238.

para excluir constitucionalmente a proteção da genética e da família como fins regulamentados,³¹² já que tal proteção da genética e da família contraria, na verdade, o princípio constitucional da proibição de excesso.³¹³ Já Roxin concorda que a teoria do bem jurídico teria capacidade de rendimento para demonstrar a inconstitucionalidade do tipo penal, com o argumento de que no incesto consensual entre irmãos plenamente responsáveis falta prejuízo às possibilidades de desenvolvimento pessoal, situação que o princípio de proteção de bens jurídicos exige que não seja incriminada. E observa que o Tribunal Constitucional alemão foi contraditório ao sustentar que as faculdades legislativas não podem ser restringidas com base na teoria do bem jurídico e fundamentar a decisão justamente na identificação de determinados bens jurídicos tutelados pelo incesto, quais sejam, a família, a autonomia sexual e a saúde.³¹⁴

O exame dos argumentos específicos da decisão também faz saltar aos olhos a baixa qualidade do raciocínio empregado para fundamentá-la. Como explica Hörnle, em relação à proteção da família, é duvidoso se o incesto entre irmãos, não mais dependentes de seus pais, atinge o bem protegido “família”, não é convincente o argumento de que os descendentes de uma relação incestuosa têm grande dificuldade de encontrar seu lugar na estrutura familiar e, também, que falta uma necessária distinção entre incesto de adultos-crianças e de irmãos, o que somente seria plausível para descendentes no primeiro caso.³¹⁵ Além disso, como observa Greco, entender que crianças nascidas de relações incestuosas seriam discriminadas permite também justificar a incriminação de relações sexuais inter-raciais numa sociedade intolerante o bastante e o argumento de que o a estrutura da família seria atingida por relações incestuosas também pode ser utilizado para justificar a incriminação das relações homossexuais e da troca de casais.³¹⁶ Tampouco tem consistência o argumento referido à proteção da autonomia sexual, pois, como afirma Hörnle, o crime de incesto do direito penal alemão abrange todas as constelações de casos nas quais tem início um contato sexual, mesmo quando realizado entre irmãos adultos sem qualquer prática de abuso, o

³¹² KRAUß, Detlef. *Op. cit.*, 2010, p. 430.

³¹³ KRAUß, Detlef. *Op. cit.*, 2010, p. 432.

³¹⁴ ROXIN, Claus. *Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand*. In: Goldammer's Archiv für Strafrecht. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2013, p. 438

³¹⁵ HÖRNLE, Tatjana. *Das Verbot des Geschwisterinzests – Das Verbot des Geschwisterinzests – Verfassungsgerichtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik*. In: Neue Juristische Wochenschrift, München: C.H. Beck, 2008, p. 2086.

³¹⁶ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2008, p. 234.

que, apesar de violar o princípio da proporcionalidade, foi chancelado pelo tribunal.³¹⁷ Quanto ao ponto de vista eugênico, Hörnle tem razão ao afirmar que o argumento de que a existência de crianças deficientes deve ser evitada em seu próprio interesse inevitavelmente leva à questão sobre se alguém pode ter interesse em sua própria não existência e, como não nascer não pode ser a melhor alternativa para crianças deficientes, o que pode ser discutido apenas em raros casos de doenças genéticas que causam dores extremas e insuportáveis, resta apenas o entendimento de que se trata do interesse geral da proteção da saúde pública, o que é criticável por não se adequar ao preceito constitucional que impede que alguém seja prejudicado em razão de sua descendência ou deficiência.³¹⁸ E, sobre o argumento do convencimento histórico-culturalmente fundamentado do merecimento de pena, Hörnle afirma com acerto que tampouco se adéqua aos fundamentos de um sistema constitucional racionalmente orientado por fins.³¹⁹ Assim, não há dúvida de que a teoria político-criminal do bem jurídico, até mesmo por reverência ao seu papel no debate científico, merecia ser nocauteada pelo tribunal com um golpe mais bonito. Mas talvez seja justamente a grosseria da técnica utilizada o que alimenta o inconformismo e as esperanças de seus defensores de que ela ainda pode se levantar com toda força.

³¹⁷ HÖRNLE, Tatjana. *Op. cit.*, 2008, p. 2087.

³¹⁸ HÖRNLE, Tatjana. *Op. cit.*, 2008, p. 2087.

³¹⁹ HÖRNLE, Tatjana. *Op. cit.*, 2008, p. 2088.

3. O ABANDONO DA TEORIA POLÍTICO-CRIMINAL DO BEM JURÍDICO. ALTERNATIVAS QUE BUSCAM EM OUTRAS IDEIAS OS FUNDAMENTOS E LIMITES DAS NORMAS PENAIS

3.1 Considerações introdutórias

A decisão do Tribunal Constitucional da Alemanha sobre o tipo penal de incesto recusou décadas de discussão sobre a interpretação político-criminal da teoria do bem jurídico ao lhe negar a pretendida natureza constitucional. Mas, a despeito dos argumentos ruins, a rejeição da teoria político criminal do bem jurídico não foi uma posição surpreendente, pois o seu abandono já era debatido por um setor crescente da doutrina. Esse setor, que vislumbra a morte da teoria político-criminal do bem jurídico como uma questão de tempo, é composto por um diversificado conjunto de propostas que ora significam o esvaziamento dos elementos político-criminais do conceito de bem jurídico ora o deslocamento do seu centro de gravidade crítico para outras definições, com o objetivo de reexplicar, à sua própria maneira, os limites e a legitimidade das normas penais. O julgamento do Tribunal Constitucional da Alemanha, mesmo com seus graves equívocos, a maior parte alheios à fundamentação dessas alternativas, conferiu-lhes um novo impulso e uma vitrine mais iluminada para a exposição de seus argumentos, que ganharam a oportunidade de exercer o papel de baliza e orientação teórica deixado em aberto pela jurisprudência.

3.2 A validade da norma e o direito penal do inimigo, segundo Günther Jakobs

Ao contrário dos defensores da teoria político-criminal do bem jurídico, Jakobs desenvolve suas ideias sem qualquer pretensão crítica em relação ao sistema jurídico-penal. Ele não chega a abandonar completamente o termo “bem jurídico”, mas não o compreende no sentido do tradicionalmente sustentado, pois acredita, a grosso modo, que a contribuição que o direito penal deve prestar à manutenção da configuração social e estatal está apenas em garantir suas normas. Jakobs afirma que essa garantia consiste nas expectativas imprescindíveis ao funcionamento da vida social, na forma disposta e

exigida legalmente, para que estas não se deem por perdidas quando forem violadas. Isso leva-o a entender, mesmo que contradiga a linguagem usual, que o definido como bem a ser protegido é a firmeza das expectativas normativas essenciais diante da decepção, ou seja, a firmeza diante das decepções que ocupa o mesmo âmbito da vigência da norma colocada em prática. E é esse referido “bem” o que Jakobs denomina “bem jurídico-penal”.³²⁰ Como visto no tópico 2.3.3., Jakobs acredita que a teoria do bem jurídico pode conceber o bem em relação ao seu titular, mas afirma que ela não demonstra a necessidade de assegurar o bem também jurídico-penalmente, o que torna necessário introduzir, desde fora, a danosidade social no conceito de lesão a bem, com o fim de qualificá-la de lesão a bem jurídico.³²¹ Ele sustenta que, apesar dos problemas de fundo que tem a doutrina do bem jurídico, a melhor solução não é rejeitá-la completamente em favor de se determinar o delito sempre por meio da danosidade social do comportamento, sem a intermediação de um bem jurídico. Isso porque, em sua opinião, como a configuração social se concretiza por meio de bens, essa concretização tem a função de abreviar a questão sobre a real danosidade social de cada lesão a bem jurídico mediante a remissão à importância geral do bem e de relativizar ao menos o peso da concreta danosidade social. Assim, na concepção de Jakobs, em especial nos bens altamente pessoais, que não são transferíveis ou não confiáveis ao aproveitamento pelos outros, e de maneira mais tênue em todos os bens, as unidades de função são um meio em que se deve garantir a equiparação de acordo com a medida de lesão imputável ao bem. Em razão disso, num caso de homicídio, por exemplo, não deve ser levantada a questão sobre o valor social da vítima morta. Jakobs explica que não se pode prescindir do filtro da danosidade social e que as normas que passam por esse filtro são ou normas protetoras de bens jurídicos ou normas destinadas à criação de bens jurídicos, como os delitos especiais e os delitos de própria mão, ou normas destinadas a proteger a paz pública. O importante, para Jakobs, é que a punibilidade se oriente não ao que é desvalorado *per se*, mas sempre à danosidade social. Por isso, ele afirma que mesmo o consenso de que o direito penal deve proteger somente as condições de existência da sociedade rende poucos frutos, pois não há limite obrigatório algum do que seja social e, por conseguinte, uma *numerus clausus* das condições de existência. Jakobs explica que, por exemplo, interpretar que o estupro seja um delito específico e não a expressão

³²⁰ JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*, traducción Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo, 2ª edición, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas S.A., 1997, p. 46.

³²¹ JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 1997, p. 55-57.

de meras coações, apenas fora do matrimônio ou também dentro do matrimônio, pode depender, entre outras circunstâncias, de se o matrimônio se concebe como abertura de um amplo campo privado ou de se a autodeterminação, isto é, a liberdade sexual, é compreendida de maneira ampla como tarefa pública, de modo que, nesse último caso, junto do âmbito do publicamente relevante, cresce o âmbito das condições de existência da sociedade.³²²

Jakobs explica que nem todo dano a um bem é um dano juridicamente relevante e, com isso, um dano a um bem jurídico. Ele dá como exemplo a morte de um homem ancião, por fraquezas decorrentes da senilidade, que significa a perda de um bem, pois os parentes ficam tristes, etc., mas que, se tiver sido realizado um tratamento médico de maneira totalmente correta, tal morte somente será juridicamente relevante à medida que desperte determinados interesses, como a sucessão da herança ou o encerramento do benefício da aposentadoria. O passado desse morto se apresenta, então, como um cemitério ou um ferro-velho de bens jurídicos. Jakobs afirma que o discurso de que a vida de uma pessoa constitui um bem jurídico não permite compreender que é o direito, por excelência, quem valoriza o bem positivamente em cada contexto. Jakobs explica que o direito pode também decidir, em diversos contextos, não valorar o bem ou, especialmente em casos de bem contra outros bens, deixar de considerá-lo um bem jurídico. E defende que sem dever jurídico que oriente o comportamento pela existência de um bem, esse bem não é um bem jurídico, o que significa, em sua opinião, que fenômenos da natureza não significam nada e, por isso, ficam *per se* fora do direito, enquanto, por outro lado, o comportamento permitido não significa nada diante do conteúdo considerado “bom” pelo direito. Jakobs afirma que o direito não é apenas uma regulação de círculos de deveres, mas também de círculos de direitos. Por isso, em sua opinião, o direito pode também atribuir o conteúdo de bem a um direito de defesa contra um comportamento não imputável ou não completamente imputável, o que eleva o bem, no respectivo contexto, à condição de bem jurídico. Jakobs entende que tanto na hipótese de se tratar de um âmbito de deveres ou quanto de um direito de defesa, a existência de um bem jurídico numa situação de imputação depende de uma violação ou ameaça de violação ao bem. E explica que contribuição específica do direito penal consiste em que, para o caso de uma violação culpável de um bem jurídico imposto e protegido pela norma, há a ameaça de uma desvantagem, que é justamente a pena. Para

³²² JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 1997, p. 57-58.

Jakobs, “culpabilidade” é apenas um outro nome para a falta de fidelidade ao direito e isso é apenas um outro nome para o abuso e, assim, um dano potencial à validade da norma. Jakobs afirma que para o direito penal importa a violação do bem jurídico mediatizada sobre a violação imputável, mesmo indireta, da norma protegida e, por isso, não é surpresa, mas adequado, que a doutrina coloque a validade da norma numa posição central e a teoria do bem jurídico regresse à teoria de um motivo da norma, de uma representação de objetivo.³²³

Jakobs reconhece a existência de dois polos regulatórios do direito penal. Ele afirma que, como regra, predomina o direito penal do cidadão, no âmbito do qual o direito penal deve aguardar até que o cidadão exteriorize seu fato para, somente após, reagir com o objetivo de confirmar a estrutura normativa da sociedade. Mas entende que, excepcionalmente, é possível a atuação do direito penal do inimigo, cujo objetivo é interceptar o inimigo em seu estágio prévio e combatê-lo devido à sua perigosidade.³²⁴ Jakobs afirma que o Estado pode proceder de duas maneiras com os delinquentes, isto é, pode ver neles pessoas que delinquem, que cometeram um erro, ou, além disso, indivíduos que devem ser impedidos, por meio da coação, de destruir o ordenamento jurídico. Para Jakobs, quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não pode esperar ser ainda tratado como pessoa, já que, do contrário, a segurança das demais pessoas ficaria vulnerada.³²⁵ Ele sustenta que, enquanto no direito penal do cidadão a função manifesta da pena é a contradição, no direito penal do inimigo é a eliminação de um perigo, pois quem, por princípio, não oferece garantia de um comportamento pessoal, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo.³²⁶ Jakobs formula, então, três raciocínios para aferir a legitimidade e a dimensão do direito penal do inimigo. Em primeiro lugar, afirma que o Estado não deve deixar sua configuração ser empregada de maneira mal-intencionada e o direito penal do inimigo não significa “processo curto”, “pena fundada na mera suspeita”, “esquartejamento para aterrorizar” ou coisas semelhantes. Em segundo lugar, para Jakobs, a dedução de uma resposta sobre a legitimidade do direito penal do inimigo

³²³ JAKOBS, Günther. *Recht und Gut – Versuch einer strafrechtlichen Begriffsbildung*. In: FREUND, Georg; MURMANN, Uwe; BLOY, René; PERRON, Walter (Hrsg.). *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker und Humblot, 2013, p. 86.

³²⁴ JAKOBS, Günther. *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*. In: HRR-Strafrecht Onlinezeitschrift *Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*, 5. Jahrgang, Ausgabe 3, 2004, p. 92. Disponível em: <<https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/04-03/index.php3?seite=6>>.

³²⁵ JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 2004, p. 93.

³²⁶ JAKOBS, Günther. *Op. cit.*, 2004, p. 95.

não decorre do conceito abstrato de Estado de direito, pois um Estado que não conhece garantias de segurança, que pune a formação de organizações terroristas somente como fato contrário à ordem pública, que é alheio ao bloqueio de contatos, à escuta, à investigação secreta e outras medidas, para se aproximar do ideal de um Estado de direito mais do que um Estado que autoriza tais medidas, apenas pode ser verificado em abstrato, enquanto concretamente a renúncia a essas medidas solaparia o direito dos cidadãos à segurança, o que, em sua opinião, é apenas um outro nome para um direito ao estado de validade real das normas. Jakobs sustenta que um Estado de direito não é real porque se acredita, se postula, que no Estado de direito tudo deve ser realizado sem reduções. E explica que quem tem essa opinião deveria saber que esse “tudo ou nada” de um perfeito Estado de direito oferece, na realidade concreta, uma localização enormemente vantajosa para terroristas. Em terceiro lugar, Jakobs acredita que ninguém pode realizar realmente tudo o que poderia ser feito com boas razões, e dá como exemplo o fato de muitos pacifistas declararem não querer que o agressor seja morto em caso de defesa, mesmo que isso seja necessário, e preferirem se submeter à agressão. Jakobs afirma que ao Estado de direito fica a possibilidade de recuar ou se submeter caso seus funcionários não chafurdem no sangue do inimigo e que é preciso se afastar dos extremos tanto do pacifismo incondicional quanto da autodefesa incondicional, de modo a limitar o direito penal do inimigo ao necessário, alcançável e otimizável na prática. E conclui que é possível defender com facilidade um mundo ideal, mas que não se ganha nada com isso na vida do mundo real.³²⁷

As propostas de Jakobs são alvo de duras críticas. Em relação à ideia de garantia de validade da norma, Roxin afirma que um sistema social não pode girar em torno de sua própria vontade, mas da vontade dos seres humanos que vivem na respectiva sociedade, bem como não pode se sustentar numa atribuição de sentido, mas apenas nos efeitos reais de suas medidas orientadoras, que pertencem à ameaça e aplicação das penas. Além disso, Roxin também observa que a norma não pode ter por fim apenas a obediência dos cidadãos, mas se orientar pela produção de um estado de convívio pacífico, livre e respeitador dos direitos humanos dos membros componentes da

³²⁷ JAKOBS, Günther. *Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit*. In: HRR-Strafrecht Onlinezeitschrift Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, 7. Jahrgang, Ausgabe 8-9, 2006, p. 296-297. Disponível em: <<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/06-08/index.php?&sz=7>>.

sociedade.³²⁸ Já Hefendehl verifica que na teoria de Jakobs fica clara a falta de seletividade da validade da norma, a ausência de lugar para a finalidade do conteúdo da norma, de modo que o ônus de fundamentação simplesmente é eliminado a partir de fundamentações estéticas.³²⁹ E Swoboda constata que a teoria da violação à validade da norma tem a desvantagem de poder legitimar tanto um regime totalitário que despreza os seres humanos quanto uma sociedade vinculada a valores fundamentais democráticos liberais, pois o decisivo é exclusivamente a obediência dos cidadãos ao ordenamento social como um todo.³³⁰ Quanto ao direito penal do inimigo, embora exista a opinião de Schick, que aceita o direito penal do inimigo como uma realidade que não pode ser eliminada, mas sustenta que também pode ser interpretado como uma ideia reguladora que se preocupe em diferenciar com clareza suas determinações necessárias e desenvolver algum potencial crítico,³³¹ as críticas são no sentido de uma recusa total. Greco afirma que não é possível entender o direito penal do inimigo como um conceito descritivo, pois o termo “inimigo” é de tal maneira carregado de valorações que força tanto a ciência do direito penal quanto o discurso cotidiano a realizarem algum tipo de valoração;³³² que, quando entendido num sentido crítico-denunciador, é emotivo e difamatório, institucionalizador de maniqueísmos, e dispensável, pois não há ganho em precisão analítica ou potência crítica;³³³ e, num sentido afirmativo-legitimador, é um escândalo³³⁴ que deve ser rejeitado por razões epistemológicas, pois o homem é um fim em si mesmo que não pode ser tratado como instrumento para finalidades diversas, pragmáticas e, além disso, existem conceitos melhores, mais precisos e não tão emocionais para designar aspectos preventivos, e também razões retóricas, uma vez que remete a posições autoritárias.³³⁵ Greco conclui que o direito penal do inimigo não pode fazer parte da ciência do direito penal, já que como conceito legitimador-afirmativo é nocivo, como conceito descritivo é inimaginável e, como conceito crítico, é

³²⁸ ROXIN, Claus. *Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?*. In: HEFENDEHL, Roland (Hrsg.). *Empirische und dogmatische Fundamente kriminalpolitischer Impetus*, Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 148.

³²⁹ HEFENDEHL, Roland. *Der Begriff des Rechtsguts*. In: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 154 Jahrgang, 2007, p. 5.

³³⁰ SWOBODA, Sabine. *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Band 122, Berlin: Walter De Gruyter, 2010, p. 43-44.

³³¹ SCHICK, Stefan. *Feindstrafrecht als regulative Idee*. In: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 7. Jahrgang, Ausgabe 3, 2012, p. 59-60. Disponível em: < http://www.zis-online.com/dat/artikel/2012_3_649.pdf >

³³² GRECO, Luís. *Sobre o chamado direito penal do inimigo*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 56. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.105-106.

³³³ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2005, p. 111.

³³⁴ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2005, p. 97.

³³⁵ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2005, p. 99-101.

desnecessário.³³⁶ Roxin concorda com Greco e adverte, corretamente, que, como quem define o inimigo é o detentor do poder, a liberdade dos cidadãos fica à sua disposição e o direito penal perde sua função liberal de servir de Carta Magna do criminoso.³³⁷ As críticas traçam ainda paralelos com Estados autoritários. Asholt compara o direito penal do inimigo com as ações do general francês Cavignac na Argélia, que resultaram em 5.500 mortos ou feridos, 1.500 suplícios, 4.000 desterrados e 11.000 presos.³³⁸ Neumann lembra que a experiência histórica ensina que, na prática da perseguição estatal a grupos de pessoas, a definição de “inimigo” não é controlável.³³⁹ E Zaffaroni alerta que a admissão jurídica do conceito de inimigo no direito, que não seja estritamente de guerra, sempre foi, lógica e historicamente, o gérmen ou o primeiro sintoma da destruição autoritária do Estado de direito, já que se trata apenas de uma questão de quantidade de poder, não de qualidade.³⁴⁰

Não é exagero afirmar que todas essas críticas pesadas estão corretas. Um sistema social de fato não pode funcionar de acordo com a sua própria vontade e nem se fundamentar numa atribuição de sentido, mas deve atuar conforme a vontade dos membros da sociedade e se orientar pelas consequências reais das medidas penais que o orientam, assim como o fim da norma não deve ser considerado somente a obediência dos cidadãos, pois é uma justificativa autoritária. Também são acertadas as observações de que o ônus de fundamentação das proibições penais é afastado em prol de fundamentações meramente estéticas e que apresenta explicações que podem legitimar não apenas democracias, mas também regimes totalitários, justamente por apenas se pautar pela obediência dos cidadãos. A proposta de um direito penal do inimigo confirma a sensação de que o pensamento de Jakobs manifesta tentações autoritárias, pois é uma figura que, com efeito, não pode ser legitimada em nenhum sentido que lhe seja atribuído e não pode integrar a ciência do direito penal. Também são insuperáveis

³³⁶ GRECO, Luis. *Op. cit.*, 2005, p. 112.

³³⁷ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2006, p. 56.

³³⁸ ASHOLT, Martin. *Die Debatte über das „Feindstrafrecht“ in Deutschland – Aufleben eines alten Dilemmas am Anfang des 21. Jahrhunderts?*. In: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 6. Jahrgang, Ausgabe 4, 2011, p. 191-192. Disponível em: < http://www.zis-online.com/dat/artikel/2012_3_649.pdf >

³³⁹ NEUMANN, Ulfried. *Feindstrafrecht*. In: Bitte bewahren Sie Ruhe! Leben im Feindrechtsstaat, UWER, Thomas (Hg.) / Berlin: Strafrechtidigervereinigungen Organisationsbüro, 2006, p. 314.

Disponível em:

<http://www.strafverteidigervereinigungen.org/Material/Themen/Feindstrafrecht/neumann_Feindstrafrecht.pdf>

³⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*, Segunda Reimpresión, Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 150.

as críticas de que a liberdade dos cidadãos fica à mercê do detentor do poder, pois é este que define quem é o inimigo, uma definição que não é controlável e, de fato, surgiu em diversos momentos históricos como o gérmen da queda do Estado de direito diante do autoritarismo.

3.3 A teoria dos sistemas e da danosidade social, de Knut Amelung

Também Amelung desenvolve suas ideias sem se afastar por completo da noção de bem jurídico, mas admite que a exigência de que a norma penal tenha um objeto a ser protegido tem em si mesma um fraco conteúdo liberal. Para Amelung, um conceito de bem jurídico crítico-sistemático pressupõe, sobretudo, um enfoque que preencha o conteúdo do juízo de valor que produz os bens, o que, em sua opinião, se for pretendida uma definição de bem jurídico que signifique mais do que uma tautologia, torna preciso uma teoria política do direito penal que possa se sustentar sem recorrer ao conceito de bem jurídico. Amelung afirma que a mescla de pontos de vista político-criminais sem conexão lógica, que se refere a termos como frequência, intensidade da demanda, ameaça, acordo normativo, como a oferecida como fundamento por Hassemer, o criador do adjetivo “crítico-sistemático”, não é uma teoria com tais moldes. Amelung explica que essa enumeração apenas concretiza o postulado trivial segundo o qual a criação de uma norma pelo legislador deve ser precedida por uma fase de reflexão, informação e discussão político-criminal. E acredita que a ideia do bem jurídico pode dar uma contribuição racionalizadora por forçar o político-criminal a pensar sobre o que deve ser protegido pela norma projetada e questionar sobre qual utilidade ela poderia ter. Amelung sustenta que o que é dito nesse contexto sobre bem jurídico não apresenta qualquer referência a um estado de coisas diferente do conceito jurídico-positivo de bem jurídico, mas somente uma ampliação do âmbito em que o conceito é utilizado e também possibilita sua aplicação em discussões político-jurídicas. E explica que a expressão “bem jurídico” é empregada, para tornar mais fácil o seu uso, com o objetivo de denominar não apenas o que bem jurídico é, mas também aquilo que deve ser. Para Amelung, a impressão de que a busca estéril de um conceito “pré-positivo” de bem

jurídico ignora essa trivialidade dramatiza a dimensão político-criminal de seu conceito.³⁴¹

Amelung afirma que a flexibilidade da organização social moderna e, também, do Estado, tanto em relação ao direito penal quanto a outros campos sociais leva a um âmbito de tomada de decisão não referido à relação da pessoa com a sociedade, mas de funcionamento otimizado de sistemas sociais, cujas funções são exercidas com certa neutralidade, sem que se possa compreender o destinatário como uma pessoa ou uma coletividade. E sustenta que isso possibilita a institucionalização de uma tarefa estatal livre de um fim, como, por exemplo, o tributo, que um partido político não individualista, mas constitucional, pode decidir empregar as receitas alcançadas com esse instrumento de financiamento para fins não individuais, por exemplo, a proteção do meio ambiente, se ele, por meio de seus eleitores, assumir o poder no Estado. Amelung explica que essas margens de atuação são importantes porque numa sociedade pluralista é preciso ter lugar para diversas concepções políticas e quem espera mais dos valores nos sistemas de funções sociais se vê logo confrontado com a censura de pensamento “ideológico”.³⁴²

Esse modelo, para Amelung, corresponde à técnica de regulamentação com a qual as Constituições democráticas amarram o legislador. Ele explica que as Constituições, em princípio, não estipulam objetivos concretos, mas limites, entre os quais muitos servem à proteção da personalidade do ser humano. O legislador não pode ultrapassar esses limites e, por isso, também precisa levar em consideração a personalidade como critério limitador. Amelung entende que, nesse campo assim delimitado, o legislador a princípio pode decidir livremente quais finalidades pretende perseguir e com quais técnicas de regulação. Ele afirma que a Constituição deseja um legislador flexível pela seguinte razão prática: uma sociedade como a moderna, que com frequência produz novas situações e problemas, precisa de um órgão que possa reagir de maneira adequada. E aponta, também, um fundamento normativo, que é o respeito ao Parlamento como representação democrática eleita por cidadãos maiores de idade, os quais uma Constituição democrática não quer tratar como se fossem crianças. Amelung

³⁴¹ AMELUNG, Knut. *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 160-161.

³⁴² AMELUNG, Knut. *Op. cit.*, 2003, p. 161-162.

explica que na zona central entre o sentido de proteção da Constituição e o do direito penal está a convergência de que os direitos fundamentais muitas vezes protegem diante do Estado os mesmos bens que o direito penal protege diante dos cidadãos, além de o próprio Estado democrático de direito, que conforma a Constituição, também ser objeto de proteção do Código Penal. Amelung faz, então, a crítica de que é um superesforço de personalismo o requisito de que todo tipo penal legítimo tutele um objeto com alguma referência específica ao superior e orientador bem jurídico da “pessoa”, o que impossibilita a exigência de que o direito penal proteja sobretudo bens jurídicos com algum especial conteúdo personalista e demonstra que tampouco tal personalismo justifica limitar o legislador.³⁴³

Amelung sustenta que o instrumento que protege a norma de seu desaparecimento pela desobediência é a sanção, o que, no contexto de seu raciocínio, significa pena. Para Amelung, o efeito protetor da sanção está em que o desrespeito à norma de conduta onera a prática do delito com consequências que parecem adequadas para impedir que os outros sigam o mau exemplo do violador do direito. Ele explica que a sanção protege a vigência fática da norma e, nessa medida, faz sentido, como defende Jakobs, elevar as normas de comportamento penalmente protegidas à condição de “bem jurídico” do direito penal. Mas afirma que como uma tal compreensão de bem jurídico não pode realizar as funções dogmáticas que cumpre o bem jurídico como objeto de proteção da norma de conduta e objeto do desvalor do resultado, a questão passa a ser, então, quais funções é capaz de concretizar. Amelung explica que a exposição da função dos efeitos da sanção protetores da norma esclarece a função da pena e dissecas suas características. Em sua opinião, a pena tem a função de assegurar a vigência fática das normas de conduta penalmente protegidas e de reparar o dano que foi causado pelo violador do direito, o que é seu efeito imediato, enquanto o resto do que se associa à pena são meras accidentalidades que se relacionam com ela num maior ou menor sentido, seja a melhora do violador do direito, seja a proteção indireta que os bens jurídicos experimentam por meio da salvaguarda das normas de comportamento que os protegem de maneira imediata. Amelung sustenta que outra função tem a ver com o fato de que normas regulam o contato entre as pessoas, enquanto atualmente se sabe que as relações, interações e comunicações interpessoais não transcorrem arbitrariamente, mas se submetem a determinadas leis sociológicas e social-psicológicas concretas. Ele afirma

³⁴³ AMELUNG, Knut. *Op. cit.*, 2003, p. 162-163.

que, nas ciências sociais, e não apenas na teoria sociológica dos sistemas de Parsons e Luhmann, o objetivo é captar essas regularidades em modelos de sistemas que tragam fatores que influenciem as relações interpessoais numa conexão. Amelung acredita que as normas e, no plano social geral, as instituições, são elementos estruturais dos sistemas de interação e comunicação, e, como tais, protegem uma determinada configuração da sociedade, que é aquela mesma dada pela instituição. E, nessa medida, a proteção das normas tem a função de uma proteção da existência da sociedade.³⁴⁴

Amelung explica que as abordagens mais ambiciosas tentam até mesmo definir os problemas de existência dos sistemas sociais e investigar a contribuição das instituições para a conservação do respectivo sistema. Assim, em sua opinião, recupera-se uma questão que foi levantada no início da teoria do contrato social, que dizia respeito à danosidade social do crime, expressa na indagação hobbesiana sobre como é possível a ordem humana (“*How is human order possible?*”). Ele afirma que a resposta do iluminismo apresenta um elemento que se comunica com as abordagens sociológicas, qual seja, o entendimento de que as condições do convívio humano se conceituam como problemas de organização. O encanto especial dessa abordagem, para Amelung, está em que, na teoria do contrato social, o efeito desorganizador do crime se vincula à sua compreensão como dano a um “objeto”, ou seja, que o delito é tanto uma infração ao estatuto da organização do contrato social como também a violação de um “objeto”, que é o direito subjetivo garantidor da integridade desse estatuto organizativo. Amelung sustenta que a teoria da proteção a bens jurídicos, em sua versão clássica, referida ao sentido do objeto de proteção da norma de comportamento, ficou parada na busca pelo “objeto” do crime e desistiu de se ocupar dos aspectos organizativos que possibilitam o convívio humano. E afirma que, em seu lugar, se preferiu tratar do juízo de valor do legislador, de modo que por bem jurídico foi entendido, como sustentado por Binding, tudo aquilo que, aos olhos do legislador, tem valor como condição de uma vida saudável da comunidade jurídica. E, assim, segundo Amelung, a questão que tanto a teoria do contrato social quanto a teoria sociológica parsoniana pretendia responder de maneira “objetiva” e “científica” é subjetivada na fórmula de que o que é socialmente danoso não é determinado pela ciência, mas por um sujeito político. Amelung acredita que esse tipo de abordagem tem suas limitações, pois embora a ideia de proteção de bens jurídicos guarneça a aplicação do direito penal com um instrumentário

³⁴⁴ AMELUNG, Knut. *Op. cit.*, 2003, p. 179.

extraordinariamente adequado para compreender um sujeito criador do direito, no sentido das ciências humanas, e ainda levar em consideração suas valorações também onde esse sujeito não tenha se manifestado, a análise das funções das normas no sistema social exige que sejam realizadas investigações científicas.³⁴⁵

A questão sobre como a teoria do direito penal deve se situar diante de tais análises, segundo Amelung, permanece em aberto. Ele explica que, por um lado, seus objetivos correspondem às indagações que se impõem pelo discurso de que o direito penal deve somente proteger as condições da vida em comum dos seres humanos. Mas entende que é injustificada a crítica de que as reflexões teórico-sistemáticas são inadequadas por se importarem apenas com a percepção do sistema social e não com o valor próprio da pessoa. Isso porque, em sua opinião, a Constituição, no caso, a Lei Fundamental alemã, fundamenta um sistema social que não permite colocar em dúvida o valor próprio da pessoa em nome do sistema, pois, antes pelo contrário, as suas estruturas são dispostas de maneira a que o valor próprio da pessoa seja respeitado. Amelung afirma que o direito penal somente pode proteger a pessoa ou, mais exatamente, as pessoas, por meio de uma reparação simbólica das estruturas sistemáticas, favoráveis às pessoas, que foram colocadas em dúvida por uma violação ao direito. Assim, por exemplo, quando o direito penal reage a um homicídio protege não a vítima concreta, mas reafirma uma norma que deve proteger as pessoas de um homicídio. Amelung afirma que o direito penal, quando protege as normas e instituições de uma sociedade livremente constituída, assegura as estruturas de uma “caixa da liberdade”. Mas explica que é questionável se e em que medida a teoria do direito penal pode se aventurar no negócio das análises funcionais sistêmicas das normas. Amelung questiona, então, se não seria exigir demais da dogmática da ciência do direito penal, como ciência humana, que se sirva desses métodos. Ele indaga se tais questões não deveriam ao menos ficar legadas à criminologia, em cujos manuais entende que de fato há uma busca infrutífera por um capítulo a respeito dos efeitos sociais do comportamento desviante, e se é possível lançar à margem a polêmica das ciências sociais sobre a teoria dos sistemas ao simplesmente se posicionar ao seu lado e se uma tal conduta poderia convencer a sociedade. Amelung afirma que isso não é inimaginável sob o testemunho retrospectivo de um historiador, pois, em sua opinião, basta pensar, por exemplo, num teórico dos sistemas que atribua a queda dos Estados socialistas reais

³⁴⁵ AMELUNG, Knut. *Op. cit.*, 2003, p. 180.

à falta de uma separação entre o sistema econômico e o sistema político. Ele admite que, quando se declara o futuro, o conflito é mais provável do que o consenso, pois vislumbra que, como tal polêmica tem dimensão macrossociológica, dificilmente será dirimida por meio de experimentos e, possivelmente, chegará de novo a vez do legislador, que, por causa da pluralidade de enunciados fáticos, terá que dar a última palavra, como faz hoje em dia, devido à pluralidade de valores. Mas Amelung acredita que, se esse ceticismo fosse justificado, o resultado seria bastante deprimente, pois significaria que o que prejudica de maneira contínua uma sociedade não pode ser reconhecido da perspectiva das pessoas do presente ou ainda não pode ser combatido de modo adequado.³⁴⁶

Esse raciocínio leva Amelung a concluir que o conceito de bem jurídico entendido como objeto de proteção da norma de comportamento derivada do direito positivo é um instrumento multifuncional de argumentação jurídico-penal. Em sua opinião, o postulado, arrimado na ideia de proteção de bens jurídicos, de que uma norma de comportamento protegida penalmente deve proteger um objeto por trás dela, exige dessa norma uma utilidade que vai além da manutenção de sua validade fática. Mas em que consiste essa utilidade, segundo sua opinião, fica legado ao juízo de valor do legislador, nos limites da Constituição. Amelung afirma que, nessa versão, a teoria do bem jurídico é um dogma que, por um lado, nega legitimidade a normas penais inúteis e, por outro lado, é tão flexível que faculta ao legislador determinar por si mesmo o que é válido como útil e merecedor de proteção. Amelung sustenta que junto dessa teoria é concebível uma teoria sociológica sobre o dano social, que compreenda o dano social não como a deterioração de um objeto, mas que retorne à velha noção de que o delito se orienta contra as condições de organização da vida em comum dos seres humanos. E isso desagua na visão da sanção penal como instrumento para a proteção da validade fática das normas de comportamento. Amelung explica que, ao se compreender essas normas de acordo com o modelo das ciências sociais, como elemento estrutural do sistema social configurado pela Lei Fundamental, é possível proceder a uma análise funcional estrutural, que busque investigar a contribuição da norma para a conservação desse sistema como condição concreta da vida em comum dos indivíduos. Para Amelung, a sanção assegura essa contribuição com a norma, mas se a dogmática do direito penal pode implementar esse modelo de pensamento na prática é uma questão

³⁴⁶ AMELUNG, Knut. *Op. cit.*, 2003, p. 181.

que permanece aberta. Ele acredita que a impressão de crise da teoria da proteção de bens jurídicos, sentida pelo defensor de um conceito crítico-sistemático de bem jurídico, decorre essencialmente da decepção em relação a expectativas que não se mostravam justificadas. Amelung afirma que, da perspectiva do apoiador de um conceito jurídico-positivo de bem jurídico, os problemas que causam inquietação são resolvidos por meio da precisão da teoria das normas e a contínua suspeita quanto às tentações que a linguagem cotidiana submete ao pensamento.³⁴⁷

Os fundamentos da teoria de Amelung também têm sofrido críticas. Roxin verifica que seu centro de gravidade na funcionalidade sistemática de um comportamento leva a que não seja a própria pessoa a ser protegida, mas apenas a sociedade, de modo que permite que aquela (pessoa) seja sacrificada enquanto o sistema social permanece intacto. Roxin analisa que Amelung pretende se eximir dessa consequência, diametralmente contrária ao sentido liberal da ideia de bem jurídico, com a limitação de sua concepção pelas decisões de valor fundamentais da Constituição e, assim, chegar a resultados semelhantes aos defendidos pela teoria limitadora de bem jurídico. Mas conclui que tal necessidade de limitação contradiz o ponto de partida do raciocínio e encobre o juízo de que o Estado existe para o indivíduo e que o indivíduo deve ser protegido por si mesmo e não apenas por fazer parte de um sistema social global.³⁴⁸ Já Swoboda vislumbra um potencial crítico-libertário no recurso de Amelung ao sistema social constitucional, mas acredita que sua construção teórico-sistemática, derivada de uma visão própria sobre o comportamento violador do direito causador de danosidade social, ainda é vazia de conteúdo e não demonstra um interesse de Amelung pela discussão sobre os critérios de legitimação a favor de um direito penal crítico-sistemático no debate sobre o bem jurídico em sentido próprio.³⁴⁹

As observações feitas por Roxin são corretas. Amelung, ao colocar como fundamento da legitimidade da norma penal a funcionalidade sistêmica de uma conduta, realmente transfere o foco de proteção do indivíduo para a sociedade, com a preocupação dirigida à manutenção da integridade do sistema social. A pretensão de que suas ideias sejam balizadas pelos valores constitucionais de fato contradiz sua

³⁴⁷ AMELUNG, Knut. *Op. cit.*, 2003, p. 182.

³⁴⁸ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2006, p. 51-52.

³⁴⁹ SWOBODA, Sabine. *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Band 122, Berlin: Walter De Gruyter, 2010, p. 43.

perspectiva de funcionalidade sistêmica, pois direitos humanos e garantias fundamentais são previstos constitucionalmente em razão do próprio indivíduo, não do sistema social, e é assim que devem ser entendidos, já que o indivíduo deve mesmo ser protegido por si mesmo e não por integrar um sistema social global. A análise de Swoboda também é acertada, pois a ideia de danosidade social de Amelung é, de fato, vazia de conteúdo, não fornece precisão conceitual suficiente para que os seus elementos sejam esclarecidos e não apresenta argumentos que possam ser utilizados de maneira a estabelecer os limites da incriminação e questionar a legitimidade das normas penais.

3.4 O consenso normativo fundamental na sociedade, de acordo com Günther Stratenwerth

O raciocínio de Stratenwerth parte do entendimento de que a comunidade não é apenas o marco necessário de nossa liberdade, não é somente um mero pressuposto para a execução sem perturbação de nossos negócios, mas forma o ponto de referência de nossa identidade social. Por isso, não lhe parece importante, por exemplo, se algo como um tipo penal de perturbação da ordem pública pode ser reduzido a interesses individuais. Stratenwerth afirma que o que é especialmente importante é o fato de que nós queremos viver em um Estado no qual os indivíduos não sejam perseguidos e discriminados por suas crenças religiosas ou sua origem étnica, o que é uma norma fundamental de conduta e parte de um consenso normativo fundamental que constitui a nação. Stratenwerth convida a um abandono mental, por alguns minutos, de nosso sistema de normas e valores, a uma saída desse edifício em forma de cúpula abobadado pela Constituição, que, em sua opinião, não é o único dessa espécie na Terra, para analisá-lo do lado de fora. Stratenwerth explica que a situação da política mundial torna natural lançar um olhar comparativo sobre o Islã, que no entendimento de muitos se contrapõe ao caminho ocidental num verdadeiro “choque de culturas”. Ele afirma que, embora não seja possível resumir em que consiste o núcleo da mensagem sagrada do Islã, o essencial é que nela não há lugar para a liberdade individual, pois “Islã” significa tornar-se consciente da ligação existencial entre o ser humano com Deus, Alá, e elevá-la à medida de toda a prática de vida, de modo que a realidade da vida deve ser totalmente compreendida e configurada não a partir do princípio de autoafirmação do indivíduo, mas exclusivamente com vista a proteger os interesses da comunidade religiosa. Por

isso, segundo Stratenwerth, conceitos geralmente derivados da sociedade ocidental, como democracia ou direitos humanos, perdem seu significado emancipador, orientado pela autonomia do indivíduo, à medida que são assumidos num contexto islâmico. E naturalmente, afirma Stratenwerth, também o direito penal tem núcleo completamente diferente, já que a negação das verdades religiosas fica em primeiro lugar. Stratenwerth explica que faz essa comparação com o Islã porque ilustra melhor onde ele gostaria de chegar do que longas exposições teóricas, que é o conhecimento de que o sistema de normas e valores representativos de nosso consenso fundamental é vinculado à nossa tradição cultural e, por isso, não pode reivindicar uma validade universal. Para Stratenwerth, também a visão de mundo liberal se apoia numa decisão a favor de uma determinada norma fundamental de conduta, que não foi derivada do nada. Stratenwerth sustenta que é possível formular isso filosoficamente, como o insolúvel problema da denominada fundamentação última na ética, passível de ser referida a Kelsen, que não foi mais além do que sua norma fundamental, ou, ainda, que é possível afirmar, drasticamente, que não teria muito sentido recomendar aos últimos povos nativos do Amazonas a Introdução da Lei Fundamental de Bonn. Stratenwerth afirma que o recurso a uma Constituição compreendida em sentido liberal clássico é tão dependente de uma fundamentação orientada por convicções de valores compartilhadas de maneira generalizada como, retorna ele ao exemplo, o tipo penal de perturbação da ordem pública. Stratenwerth chega à constatação de que o que se diz sobre a fundamentação última da adesão a uma das grandes culturas humanas vale *mutatis mutandis* também para as convicções de valor dentro do âmbito demarcado por elas. Ele explica que, em muitos lugares da Terra, pessoas ainda lutam e morrem por regras de acordo com as quais querem viver como existência social, o que pode ser observado em um Estado próprio ou integrado em outra entidade estatal, como tâmiles, curdos ou palestinos, bem como pertencentes a uma determinada cultura e com uma determinada confissão, como sunitas e xiitas, protestantes ou católicos, membros de uma seita, apoiadores de um sistema socialista ou capitalista, etc. Para Stratenwerth, uma tomada de partido em tais lutas também é uma questão de identidade social, pois dá sentido às vidas daqueles que a realizam.³⁵⁰

Stratenwerth acredita, porém, que nem isso nem os problemas da teoria político-

³⁵⁰ STRATENWERTH, Günther. *Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter*. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 257.

criminal do bem jurídico significam a impossibilidade de se tratar criticamente a legitimidade das leis penais, embora afirme que, para tanto, não bastam os teoremas desenvolvidos até o momento. Stratenwerth explica que as novas investigações têm demonstrado que, pelo contrário, nesse ponto somente abordagens diferenciadas, que também incluam a respectiva estrutura do delito, têm capacidade para levar essa tarefa adiante. Ele defende que um tal critério está nas exigências derivadas da Constituição e impostas ao legislador, cujo alcance é estimado de diferentes formas, ainda que de uma maneira geral não seja muito importante. Stratenwerth expõe que é discutido com intensidade se e em até que ponto obrigações de incriminação podem ser fundamentadas nesse sentido, mas que os respectivos esforços têm esbarrado em limites estreitos, pois as obrigações de proteção constitucionais dizem respeito a poucos direitos fundamentais e desvela apenas um âmbito nuclear do direito penal. E, também nesse âmbito nuclear, a Constituição não diz, ou não diz de maneira unívoca, com exceção de casos limites como a proibição do homicídio doloso ou a violação corporal, que a proteção necessária deve ser realizada justamente por meio do direito penal. Mas Stratenwerth reconhece que é frutífera a questão sobre o limite em que o direito penal pode ser extraído da Constituição, o que, antes de qualquer coisa, remete à regra constitucional explícita da proibição de disposição penal indeterminada. Stratenwerth observa que também é questionável se e até que ponto uma norma penal pode intervir nos direitos elementares da personalidade do(s) atingido(s). E afirma que o princípio da proporcionalidade sem dúvida estabelece um critério crítico, que ao mesmo tempo pertence ao direito constitucional e é também autônomo como ponderação da utilidade e desvantagem de uma determinação penal, o que é uma das exigências fundamentais constitutivas de uma legislação racional. Stratenwerth alerta, porém, que, quando falta experiência adequada sobre a forma e a medida da ameaça séria a um bem jurídico protegido e sobre os possíveis efeitos de uma lei penal, é possível apenas conjecturar sobre a extensão desse alcance. Ele explica que a pena significa, ao menos em regra, a mais severa intervenção imaginável no direito da personalidade do atingido e deve, por isso, somente ser aplicada quando outros meios falham, sobretudo aqueles do direito civil e constitucional, de modo a afirmar a preponderância da natureza fragmentária e subsidiária do direito penal. Em sua opinião, outro critério geral de exame crítico também é dado pelo princípio de que as normas que pertencem ao mesmo ordenamento jurídico não podem se contradizer, pois somente assim é garantida a unidade das expectativas de comportamento, as quais, por sua vez, constituem a preliminar de cada

orientação segura no âmbito das relações sociais.³⁵¹

Mas Stratenwerth afirma que a função do dogma da teoria do bem jurídico limitadora do direito penal pouco pode ser vista como crítica. Ele acredita que isso vale não apenas no sentido de se recorrer à exigência de legitimar tipos penais por meio de um bem jurídico pessoal, que praticamente não orienta nada quando contraria convicções difundidas e revestidas com forte carga emocional. Em sua opinião, isso se mostra em especial nas hipóteses em que se faz válida uma necessidade de pena mais ou menos urgente, que pode economizar a busca por um bem jurídico “adequado”, como, por exemplo, no abuso de informações privilegiadas e na lavagem de dinheiro. Stratenwerth explica que em tais casos naturalmente também se deve especificar o interesse para o qual serve o tipo penal, pois o seu âmbito de aplicação deve ser determinado com precisão, mas sustenta que, para isso, não é preciso brotar um “bem jurídico” ou, ainda, algum que somente de maneira distante poderia se relacionar com o delito, como são os casos daqueles que recebem a etiqueta, que em sua opinião não diz nada, dos delitos de perigo abstrato. Stratenwerth afirma que caso constitua Estado de terror a proibição, sob ameaça de pena, de um comportamento que não pode invocar um bem jurídico, então, a realidade atual padece por completo sob um tal terror. Ele defende que sua visão não significa a renúncia de uma discussão crítica dos produtos do legislador penal contemporâneo, mas, ao contrário, que, ao se libertar do dogma do bem jurídico, tal discussão pode se dedicar às questões de fato importantes. Para Stratenwerth, essas questões se mantêm inalteradas desde a época do iluminismo e não mudaram com o desenvolvimento, nas últimas décadas, da cada vez mais urgente necessidade de fundamentar racionalmente normas penais: saber se a norma, cuja sancionalização se submete ao debate, é importante o suficiente para o convívio comum em nossa sociedade a ponto de merecer uma tal proteção especial; se se encaixa sem contradição na estrutura total de nosso ordenamento jurídico, inclusive o constitucional; se não pode, de outra maneira, ser assegurada; se os “custos” presumidos decorrentes da incriminação do respectivo comportamento não são muito altos; e se a configuração específica do tipo penal é realmente defensável, sob o ponto de vista da determinabilidade, da proporção com outras ameaças de pena e da medida da pena ameaçada. Stratenwerth explica que esses são os problemas concretamente enfrentados no cotidiano do legislador, mesmo com todo o amor a concepções teóricas globais, e

³⁵¹ STRATENWERTH, Günther; KUHLEN, Lothar. *Op. cit.*, 2004, p. 33-35.

acredita que, assim, se decide a medida de limitação de nossa liberdade que temos de suportar.³⁵²

As ideias de Stratenwerth também são objeto de fortes objeções. Roxin afirma que numa sociedade multicultural e liberal, especialmente em relação a formas de comportamento cujo merecimento de pena é controverso, não há “consenso fundamental”, mas apenas um grande número de diferentes opiniões, das quais não se pode derivar nenhum resultado claro. Roxin observa que, embora Stratenwerth esteja correto ao dizer que o que se quer é viver em um Estado em que as pessoas não sejam perseguidas nem discriminadas por suas visões religiosas ou origens éticas, o fundamento da incriminação de tais perseguições ou discriminações não está em algo aproximado a uma inacessível “vontade”, mas se explica melhor pelo fato de que as lesões aos bens jurídicos dessas perseguições religiosas e discriminações étnicas são graves, pois violam as regras fundamentais de uma vida em comum pacífica e livre. Roxin verifica, com acerto, que isso também se comprova no caso inverso, historicamente frequente e ainda hoje não raro em países apenas pretensamente democráticos, da submissão de apoiadores de visões religiosas dissonantes ou minorias étnicas a disposições penais com base numa facilmente manipulável “convicção popular”. E conclui que somente o princípio da proteção de bens jurídicos pode revelar a injustiça de tais procedimentos.³⁵³ Já Kim constata que os critérios para uma política criminal racional oferecidos por Stratenwerth são muito pobres, pois a predominância social das convicções de comportamento é algo que depende de muitos e variados momentos e não apresenta nenhuma meta-regra de incriminação.³⁵⁴ E alerta que significa uma renúncia aos fundamentos de um direito penal liberal localizar o fundamento da incriminação com exclusividade em regras sociais de comportamento constatáveis de maneira fática, mas cujos contornos, por sua vez, não são justificáveis racionalmente.³⁵⁵

³⁵² STRATENWERTH, Günther. *Zur Legitimation von „Verhaltensdelikten“*. In: VON HIRSCH, von Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Mediating Principles: Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2006, p. 164-165.

³⁵³ ROXIN, Claus. *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*. In: NEUMANN, Ulfrid; HERZOG, Felix (Hrsg.) *Festschrift für Winfried Hassemer*. Heidelberg: 2010.p. 592-593.

³⁵⁴ KIM, Young-Whan. *Verhaltensdelikte versus Rechtsgutsverletzungen – Zur aktuellen Diskussion um einen materiellen Verbrechensbegriff*, In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Band 124, Berlin: Walter De Gruyter, 2012, p. 605.

³⁵⁵ KIM, Young-Whan. *Op. cit.*, 2012, p. 606.

Essas críticas dirigidas a Stratenwerth são de fato acertadas. Roxin tem razão ao entender que não é adequado justificar proibições penais em um “consenso fundamental”, pois quando se tem mente o modelo de uma sociedade liberal e democrática, é preciso concebê-la formada por diferentes opiniões e visões de mundo, que não encontram concordância quanto ao merecimento de pena de muitas espécies de comportamentos, atípicos ou tipificados. Dar legitimidade ao argumento do “consenso fundamental” ou “convicção popular” autoriza a perseguição ou discriminação das minorias discordantes e sem dúvida vai no sentido contrário do estabelecimento de um convívio livre e pacífico. Também Kim está certo ao entender que o critério proposto é pobre, já que o predomínio social de determinadas convicções realmente depende de diversos fatores e não indica, por si mesmo, nenhuma meta-regra para justificar a intervenção penal do Estado na vida dos cidadãos, que não podem ter sua liberdade restringida com base apenas em regras sociais de conduta, ainda que observáveis no plano fático.

3.5 A teoria da proteção dos direitos dos outros, de Tatjana Hörnle

Hörnle acredita que o primeiro passo decisivo para a fundamentação *prima-facie* de uma proibição de direito penal é mais complexo do que sugere a teoria do bem jurídico. Ela afirma que, por trás das definições de bem jurídico, é preciso recorrer a premissas nas quais se discute quais pontos de vista de valoração uma proibição jurídico-penal deveria conter, de modo que é necessário proceder a uma materialização por baixo das proibições jurídico-penais muito mais além do que o realizado pelo conceito estreito da teoria tradicional do bem jurídico.³⁵⁶ Hörnle explica que os princípios materiais para a análise dos fins legítimos da lei devem ser retirados dos direitos fundamentais, pois, em razão do Art. 1 Abs. 3 da Lei Fundamental alemã,³⁵⁷ é pacífico que o legislador penal está vinculado aos direitos fundamentais e a doutrina que trata da legitimação democrática e teórico-discursiva do procedimento legislativo não

³⁵⁶ HÖRNLE, Tatjana. *Grob anstößiges Verhalten– Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005, p. 18.

³⁵⁷ ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*): “Art. 1 (...) (3) “Os direitos fundamentais dispostos a seguir vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário como direito imediatamente válido”. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>> A Constituição brasileira possui disposição semelhante prevista no § 1º de seu artigo 5º, que afirma: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

escapa dessa afirmação fundamental da Constituição. Para Hörnle, uma possibilidade de utilizar o catálogo de direitos fundamentais para circunscrever os fins de proteção perseguidos por meio das sanções jurídico-penais pode estar nos direitos fundamentais das potenciais vítimas do delito diretamente atingidas. Ela explica que é necessário refletir, a partir dessa perspectiva, em que medida os deveres de proteção que o legislador precisa cumprir por meio de leis penais são derivados da Constituição, pois poucos e muito importantes bens jurídicos, em essência a vida e a saúde, são protegidos por normas penais que cumprem deveres de proteção e apenas em relação a esses não é problemático reconhecer uma violação direta ou ameaçada. Assim, a possível lesão à vítima potencial não precisa forçosamente ser evitada por meio de uma lei penal, pois há uma margem de decisão sobre como esse objetivo deve ser atingido, em especial com quais meios. Hörnle afirma que a negativa à pretensão de garantir proteção por meio do direito penal não significa necessariamente que a norma penal não poderia ser justificada, pois a Constituição autoriza a dedução das condições gerais que afirmam que algo não deve ser penalizado antes do que uma fixação positiva detalhada sobre normas de proteção jurídico-penal. E sustenta que a saída para a questão das normas penais inaceitáveis são os direitos fundamentais das pessoas, pois reportam à proibição de ações em que alguém pode ser incriminado como autor. Segundo Hörnle, isso pode ser invocado da função de defesa jurídica que lhes cabe, já que, em sua opinião, a própria existência de uma força estatal penal significa que pode ser válida a defesa jurídica delimitada pelas normas penais. Ela explica que os direitos fundamentais são o pretexto para a existência de muitas leis penais na realidade cotidiana dos problemas surgidos entre as pessoas e que o direito penal serve também como conciliação de interesses individuais antagônicos, o que o torna alinhado com as constelações de relações triangulares de direitos fundamentais em que se discute os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre as pessoas privadas. Mas afirma que isso não impede um teste de defesa jurídica, pois como o caráter especial da pena criminal decorre da imposição de normas de comportamento por meio de normas de sanção, enquanto a sentença se origina de um juízo de desvalor decretado por uma instância estatal de acordo com um processo levado adiante pelo Estado, um julgamento jurídico-penal tem também a função, em relação a terceiros e com vista ao futuro, de esclarecer as esferas de interesse em conflito e explicitar, por meio das questões jurídicas reconhecidas, onde se encontram os limites da esfera de liberdade. E o condenado também pode fazer valer os direitos fundamentais, em sua função de defesa, contra a imposição de uma pena

criminal e, do mesmo modo, aceitar as limitações de comportamento decorrentes da norma de sanção. Para Hörnle, quando uma lei intervém num direito fundamental, essa intervenção precisa ser analisada de acordo com os critérios gerais para a intervenção em direitos fundamentais e dos respectivos limites apresentados ao direito fundamental resulta a indicação sobre para quais fins a intervenção é permitida, o que vale também para as decisões de incriminação. Hörnle acredita que os limites ao direito fundamental ficam no ponto central da investigação, pois os objetivos perseguidos pela lei devem estar de acordo com a formulação das barreiras e quaisquer interesses de bem-estar geral somente podem levar legitimidade a uma lei penal se forem exibidas as barreiras do direito fundamental do potencial autor restringido em favor de tais “interesses de bem-estar geral”.³⁵⁸

Hörnle defende que a referência material para o direito penal deve ser a violação dos direitos dos outros, como barreira da liberdade de ação e do direito geral da personalidade. Em sua opinião, o fato de que a autorrealização de uma pessoa sozinha deve encontrar seus limites na liberdade de ação de seus próximos é algo que não precisa de uma fundamentação profunda, pois um individualismo extremado e sem respeito não é compatível com uma vida que necessariamente deve se organizar socialmente. Hörnle explica que a noção de “direito dos outros” levanta duas questões relevantes: a primeira, quem são “os outros”; a segunda, o que o conceito de “direitos” significa. Ela afirma que as pessoas naturais são em todos os casos os “outros”, no sentido do descrito no Art. 2 Abs. 1 da Lei Fundamental alemã,³⁵⁹ mas que é controverso se também os interesses da coletividade poderiam ser considerados “direitos dos outros”, pois a atual doutrina dominante no direito constitucional diz não a essa questão e relaciona os limites da liberdade de ação ao direito de outros seres humanos, não aos direitos da coletividade, e considera que restrições ao interesse de bem-estar geral apenas seriam possíveis se estivessem acima da ordem constitucional. Hörnle explica que, de acordo com essa interpretação dos “outros” como pessoas naturais e não como unidades coletivas, os titulares de direito fundamental são, em primeiro plano, pessoas naturais, de modo que a extensão a pessoas jurídicas internas precisa de uma regra complementar, no caso o Art. 19 Abs. 2 da Lei Fundamental

³⁵⁸ HÖRNLE, Tatjana. *Op. cit.*, 2005, p. 43-45.

³⁵⁹ ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*): “Art. 2 (1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos dos outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.” Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>>.

alemã.³⁶⁰ Mas Hörnle afirma que ao se interpretar, conforme a barreira aos direitos fundamentais prevista no Art. 2 Abs. 1 da Lei Fundamental alemã, que os direitos fundamentais de alguém podem ser limitados pelos direitos dos outros titulares de direitos fundamentais, resulta forçosamente que os “outros” são seres humanos e, eventualmente, pessoas jurídicas, mas não a comunidade. Para Hörnle, do Art. 2 Abs. 1 da Lei Fundamental alemã se extrai que os limites da liberdade de ação por meio das normas penais se impõem em primeiro plano à medida que o comportamento questionável colida com os direitos de outras pessoas.³⁶¹

Hörnle explica que o acento no “direito dos outros” como referência material para o direito penal, derivado do Art. 2 Abs. 1 da Lei Fundamental alemã, significa, na verdade, da perspectiva da discussão alemã sobre bem jurídico nos últimos cinquenta anos, um passo atrás. Isso porque a referência aos “direitos subjetivos dos outros” como fundamento dos limites jurídico-penais da liberdade de ação já se encontrava nos trabalhos de Feuerbach, no início do século XIX, que definiam o crime como uma violação ao mesmo direito de liberdade. Mas defende que fundamentar os limites no Art. 2 Abs. 1 da Lei Fundamental alemã é mais convincente do que um conceito amplo de bem jurídico. Hörnle afirma que com o conceito de “direitos dos outros” é possível trabalhar melhor quais normas penais são justificadas em âmbitos delimitados; por que o comportamento descrito viola ou coloca em perigo o direito de outra pessoa; e para quais condutas uma tal limitação não é possível. E também expõe que no conceito de “direito dos outros” não se incluem puros interesses de outras pessoas, pois, para se poder limitar a liberdade de ação, o direito do outro precisa ser reconhecido pelo ordenamento jurídico como protegível. Hörnle sustenta que os direitos dos outros não são restritos aos direitos fundamentais, mas também abrangem simples posições garantidas pelo direito, e que, ao se projetar isso sobre a atividade do legislador, as decisões de incriminação se tornam desde já vinculadas ao ordenamento jurídico existente. Mas, em sua opinião, a concessão de proteção pelo direito penal não deve ter o mesmo alcance daquela conferida aos direitos da potencial vítima pelo direito civil ou direito público. Hörnle acredita que é razoável que intervenções de caráter administrativo não se apoiem em interesses de outras pessoas avaliáveis como graves,

³⁶⁰ ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*): “Art. 19 (2) Em nenhum caso um direito fundamental poderá ser violado em seu conteúdo essencial.” Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>>.

³⁶¹ HÖRNLE, Tatjana. *Op. cit.*, 2005, p. 65-66.

desde que se sustentem em critérios claros. Mas afirma que as condições de atuação do legislador penal são diferentes, pois, embora a questão especial da referência material para as decisões de incriminação não exerça na doutrina constitucional nenhum papel, a preocupação em reconhecer nas normas jurídicas somente direitos subjetivos já justificados tem também a vantagem de desenvolver instruções de ação ao legislador penal. Para Hörnle, assim é possível estabelecer limites mais claros do que os do conceito de interesse, de fracos contornos, enquanto muitas das normas penais já existentes podem ser justificadas sem problemas.³⁶²

Mas Hörnle afirma que a premissa de que o direito penal deve servir aos interesses das pessoas e tratar da proteção de direitos subjetivos não leva à conclusão de que os fatos puníveis devem sempre ter uma vítima concreta. Ela explica que delitos sem uma pessoa concreta violada ou colocada em perigo também podem prejudicar interesses das pessoas, pois como todos precisam da defesa da segurança de sua esfera privada para poder exercer sua liberdade, os indivíduos têm interesse na garantia dessas condições básicas. Para Hörnle, o círculo dos interesses pessoais não se desenvolve exclusivamente com os interesses de liberdade orientados à defesa contra intervenções na esfera direta da personalidade. Em sua opinião, o interesse na própria saúde, por exemplo, é forçosamente ligado ao interesse de que o ambiente dividido fisicamente e socialmente com muitos outros indivíduos não seja prejudicial à saúde. Por isso, Hörnle entende que seria enganoso classificar os bens jurídicos coletivos como exclusivamente do Estado ou da comunidade, pois vislumbra que, ao contrário, é possível existir uma relação com a esfera de indivíduos que pode dar validade a interesses compartilhados. E com referência a tais interesses compartilhados e garantidos, afirma Hörnle, é possível comportar os direitos subjetivos dos indivíduos, o que também abrange os interesses coletivos divididos. Hörnle sustenta que, devido à vinculabilidade de interesses dos direitos subjetivos, o contraste entre “direitos dos outros” e “interesses da coletividade” não é tão drástico como parece à primeira impressão. Ela explica que a recondução do conceito de direito ao conceito de interesse de segurança permite integrá-lo ao interesse de defesa orientado pela proteção de bens classificados como pessoais, os quais se constituem de bens e estados que são importantes para mais de um indivíduo. Assim, para Hörnle, a questão decisiva não é se são afetados “clássicos bens jurídicos individuais”, e, portanto, direitos de defesa contra intervenções em bens não divididos

³⁶² HÖRNLE, Tatjana. *Op. cit.*, 2005, p. 70-72.

com os outros, ou direitos compartilhados. Ela afirma que os atuais direitos de defesa contra lesões de interesses classificados como individuais, por exemplo, a saúde de uma pessoa, sua propriedade etc., são incontroversos no discurso jurídico-penal, mas isso não significa que a distinção entre “individualmente classificados versus necessariamente divididos com os outros” determine a valoração, pois, em sua opinião, um direito de defesa protegível pelo direito penal pode também ser negado quando o indivíduo não faz valer um interesse válido dividido com outros. Por isso, Hörnle sustenta que o decisivo tanto para a defesa dos direitos pessoais quanto para os direitos compartilhados, que levam aos direitos de defesa contra agressões a bens divididos, é se indivíduos podem se reportar a interesses de fundamental importância e, portanto, interesses de segurança. Hörnle afirma que a revitalização dos direitos subjetivos como critério essencial de incriminação não leva, por isso, a um corte radical ou mesmo abolição dos clássicos delitos contra bens jurídicos coletivos, pois os “direitos dos outros” não é um conceito contrário aos interesses divididos, mas a uma fundamentação de normas de direito penal com leis morais ou com a proteção de sentimentos e tabus. Para Hörnle, mesmo o fato de a exclusão de bens jurídicos coletivos não ser deduzível dos limites de direito fundamental como “direitos dos outros” não significa admitir um grande número ilimitado de bens jurídicos coletivos. Ela sustenta que devem ser protegidos pelo direito penal apenas bens classificados como coletivos que sejam parte integrante dos interesses de segurança de cada indivíduo de maneira indispensável. Assim, Hörnle exemplifica que a proibição da falsidade de moeda é indispensável para proteger o direito à propriedade, que poderia ser afetado com a alta da inflação decorrente da circulação de dinheiro falso no mercado, enquanto o bem jurídico “saúde pública” é supérfluo, pois não tem outro significado além da saúde de cada pessoa individualmente atingida.³⁶³

Embora sofisticada, a teoria de Hörnle também é objeto de fortes críticas. Sternberg-Lieben observa que, embora Hörnle acredite poder trabalhar com limites mais exatos da incriminação admissível, ao defender que o comportamento deve violar ou colocar em perigo os direitos das outras pessoas e não apenas os interesses gerais, torna questionável se essa abordagem, no plano analítico, é mais útil do que uma categoria não diferenciada “bem jurídico”, especialmente em relação à precisão dos “direitos dos outros”, que, de maneira semelhante à constituição de bens jurídicos por meio do

³⁶³ HÖRNLE, Tatjana. *Op. cit.*, 2005, p. 85-88.

entendimento da sociedade, precisam de uma verificação normativa que deve sofrer influência de valorações cunhadas pelo contexto temporal-cultural concreto.³⁶⁴ Já Roxin constata que o legislador precisaria criar novas disposições penais sempre que novas condições da coexistência humana tornassem violáveis as condições de vida do indivíduo, pois a persistência nos direitos subjetivos existentes não possibilitaria nenhuma reação diante da mudança nas relações da vida. E afirma que o delito não seria corretamente entendido se nele fosse visto somente uma violação de direito, já que, por exemplo, um ladrão não atenta contra a propriedade da vítima, que permanece existente apesar do roubo, mas viola, na verdade, o poder de disposição do proprietário e, com isso, o que pode ser considerado bem jurídico real caracterizado pela sua propriedade, da mesma maneira que o homicida não tira da vítima seu direito à vida, mas sua vida em si. Para Roxin, o critério da violação de interesses não pode ser um objeto adequado para justificar a incriminação, pois o violado de fato não é o interesse, mas o bem contra o qual a conduta se dirige, por exemplo, quando alguém espanca outra pessoa, o interesse dela na integridade corporal, por óbvio, ainda permanece, já que apenas a integridade corporal em si é lesionada, o que revela que o objeto do direito penal não é ideal, mas algo real, e que também um conceito ideal de bem jurídico deve ser rejeitado.³⁶⁵

A crítica de Sternberg-Lieben é correta, pois a verificação dos “direitos dos outros” em última instância não conseguirá se afastar da influência de valorações dependentes do contexto temporal e cultural concreto, como assumidamente faz a teoria do bem jurídico, sem apresentar nenhum ganho relevante de fundamentação ou de conteúdo. Também as observações de Roxin demonstram que o raciocínio de defesa contra a violação de direitos não tem vantagem em relação ao do bem jurídico, pois, embora a crítica sobre a necessidade de novas disposições penais à medida do surgimento de novas condições de coexistência humana também pudesse ser dirigida aos defensores da teoria do bem jurídico, que não têm conseguido convencer o legislador de que já existe um suficiente ordenamento jurídico-penal protetor de bens jurídicos e não há necessidade da profusa edição de novos tipos penais que se tem

³⁶⁴ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Rezensionen – Tatjana Hörnle, Grob anstößiges Verhalten – Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*. In: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 1. Jahrgang, Ausgabe 11, 2006, p. 546. Disponível em: < http://www.zis-online.com/dat/artikel/2006_11_90.pdf >

³⁶⁵ ROXIN, Claus. *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*. In: NEUMANN, Ulfried; HERZOG, Felix (Hrsg.) *Festschrift für Winfried Hassemer*. Heidelberg: C. F. Müller, 2010, p. 591-592.

presenciado, o conceito de bem jurídico envolve o pressuposto teórico de sua dinamicidade, segundo o qual deve ser interpretado não como algo estático, mas aberto às influências do desenvolvimento histórico e dos progressos do conhecimento empírico,³⁶⁶ qualidade que não é evidente na teoria da proteção dos direitos dos outros. Também é correta a avaliação de Roxin de que a proposta de Hörnle não compreende com precisão o delito, pois a prática do crime de fato não lesiona o direito da pessoa, que permanece íntegro e sim a disposição de seu titular sobre a figura real que torna possível o exercício desse direito. Isso significa que não é o direito subjetivo como idealização jurídica o que deve ser compreendido como o objeto a ser protegido pela proibição penal da conduta, pois este não é por ela afetado, não é eliminado, diminuído ou rebaixado, mas a figura da realidade que se torna danificada, isto é, eliminada, diminuída ou rebaixada, pelo comportamento proibido previsto no tipo penal.

3.6 A cultura e o princípio da tolerância, em Joachim Vogel, Eric Hilgendorf e Marc Thommen

Nos últimos tempos também ganhou ressonância a opinião de que o direito penal é constituído por representações de valor culturais que predominam em uma sociedade e dão sentido a tipos penais. Vogel afirma que o direito penal vive tão intensivamente de seus respectivos dados culturais e normas sociais que sua configuração e, também, a possibilidade de sua mudança são dependentes do respectivo conteúdo de sua cultura regional. Em sua opinião, a maneira como a violência, o adultério e o aborto serão penalmente regulados parece tão dependente da cultura do cotidiano quanto a configuração do procedimento penal ou do direito de defesa. Por isso, ele entende que faz sentido falar em culturas de direito penal, conforme os distintos círculos culturais. Vogel explica que não pode ser seriamente questionável o fato de que as culturas jurídicas, no sentido não enfático da totalidade das experiências, expectativas, pré-concepções e convencimentos juridicamente referidos de uma sociedade, influenciam o direito e sua prática. Fatores culturais, para Vogel, podem e devem ser precisados e distinguidos como fatores históricos, políticos, religiosos, histórico-intelectuais e psicológico-sociais. Mas ele afirma que “cultura” não pode ser contrastado com o contraconceito filosófico “natureza”, mas com contraconceitos como “incultura”,

³⁶⁶ Sobre a dinamicidade do conceito de bem jurídico, ver ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Auflage, München: Verlag C. H. Beck, 2006, p. 32-33.

“ruptura cultural” ou “barbárie”, o que também torna visível uma reivindicação normativa.³⁶⁷

Hilgendorf, por sua vez, acredita que no âmbito do direito penal o contexto cultural do autor pode ser observado em diversos campos e afirma que o direito penal se baseia em representações de valor culturais de sua respectiva sociedade de maneira mais forte do que outros ramos do direito. Hilgendorf explica que isso não significa que nos tipos penais regularmente são encontrados juízos valorativamente morais ou culturais, pois, ao contrário, na maioria dos tipos penais predominam elementos descritivos ou normativos, que não se referem à cultura ou moral, mas a axiomas jurídicos, como, por exemplo, a característica “alheia” da coisa no furto. Mas sustenta que existem elementos do tipo que se referem a representações da moral social e, por isso, regularmente apresentam problemas quando o autor tem outro pano de fundo cultural, como, por exemplo, nos casos de homicídio em razão da honra em que o autor age por motivo torpe, pois o motivo é torpe se, de acordo com uma valoração moral geral, está no grau mais profundo de baixa e, por isso, é especialmente nefando. Para Hilgendorf, daqui resulta uma referência ao senso moral da sociedade, articulada pelo respectivo julgador, que depende dos selos culturais especiais da sociedade. Ele indaga, então, como deve ser punido o estrangeiro dessa cultura que matou uma pessoa que havia prejudicado massivamente a sua honra e a honra de sua família, cuja violação da honra em seu círculo cultural somente pode ser restaurada por meio do homicídio, se, de acordo com o entendimento local, quem mata alguém para restaurar a honra de sua família age no mais baixo grau ético, com egoísmo implacável e, assim, de um jeito desprezível e, portanto, com motivo torpe. Essa impressão, segundo Hilgendorf, é reforçada ainda quando se considera a conduta violadora da honra da vítima, que na maioria das vezes não é mais do que a recusa de um casamento forçado ou outro estilo de vida reputado pelo ocidente como imoral. Mas, explica Hilgendorf, se as representações éticas e morais do círculo cultural do autor forem tomadas como critério, o homicídio para a reparação da honra com frequência não será tido como especialmente desprezível e sim, ao contrário, como uma ação com motivos compreensíveis.³⁶⁸

Hilgendorf acredita que o ponto de partida para se decidir em quais casos

³⁶⁷ VOGEL, Joachim. *Transkulturelles Strafrecht*. In: Goldammer's Archiv für Strafrecht, 157 Jahrgang, 2010, München: R. v. Decker, 2010, p. 2-3.

³⁶⁸ HILGENDORF, Eric. *Das Eigene und das Fremde I: Die deutsche Strafgesetzgebung und Strafrechtspraxis vor den Herausforderungen kultureller Pluralisierung: Begleitaufratz zur strafrechtlichen Abteilung des 70. Deutschen Juristentages Hannover 2014*. In: Strafverteidiger Band 34, 9/2014, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2014, p. 557.

representações culturais estrangeiras devem ser integradas no ordenamento jurídico deve ser o julgamento “em nome do povo”, isto é, a noção de que numa democracia as decisões judiciais devem ser fundamentalmente legitimadas pela maioria da população. Em sua opinião, elementos centrais do ordenamento jurídico do país em que se julga o caso (na hipótese de seu raciocínio, a República Federativa da Alemanha) não podem ser colocadas em questão ou renunciadas. Isso quer dizer que também a racionalidade do processo judicial e do direito sobre a produção de provas não pode ser estremecida, pois o direito sobre a prova judicial é ajustado à moderna compreensão científica internacional. Hilgendorf também afirma que não está à disposição as decisões de valor da Lei Fundamental, como os deveres de respeito à dignidade humana e à igualdade entre homem e mulher. Ele lembra que em setores da cultura dos imigrantes é imposto às mulheres um *status* não é compatível com determinados valores da Constituição, o que, em sua opinião, não pode ser favorecido por uma erroneamente compreendida tolerância ou condescendência.³⁶⁹

A ideia de que o grupo dominante da sociedade não pode submeter suas representações culturais de valor aos grupos sociais minoritários com diferentes círculos de cultura levou mesmo ao reconhecimento de um princípio da tolerância. Thommen defende que numa sociedade plural a tolerância em relação a visões de mundo e formas de vida diferentes é um mandamento fundamental. Ele admite que no plano da sentença judicial de um injusto penal, composto pelos fundamentos da fixação legal, realmente não há espaço para a tolerância, mas o debate sobre incriminação que aqui interessa não gira em torno da sentença judicial, mas da definição de um injusto punível, pois se trata de um critério de legitimação do injusto. Thommen explica que no contexto da punibilidade de comportamentos associativos são levantadas questões, por exemplo, sobre se a poluição sonora ou o exibicionismo devem ser tolerados, e afirma que considerações de tolerância podem servir como um elemento envolvido na legitimação penal e se interpor, como princípio mediador, entre argumentos favoráveis e contrários à incriminação. Mas esclarece que a tolerância, na verdade, apenas pode intervir de maneira mediadora se for o caso de estilos de vida diferenciados que devem ser realmente tolerados e beneficiados. Ele responde aos apoiadores dos argumentos de intolerância, que questionam o ônus de tolerância que a vítima de importunações

³⁶⁹ HILGENDORF, Eric. *Strafrecht und Interkulturalität – Plädoyer für eine kulturelle Sensibilisierung der deutschen Strafrechtsdogmatik*. In: *JuristenZeitung* 64. Jahrgang, Nr. 3, Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, p. 144.

suporta, com a afirmação de que a discussão sobre a importância da tolerância para a incriminação é uma discussão sobre os fundamentos de um sistema jurídico-penal. A tolerância, em sua opinião, é um mandamento fundamental apenas numa sociedade pluralista, pois se anula como princípio mediador num sistema jurídico-penal em que a conservação das estruturas de uma sociedade pluralista não é mais seriamente ambicionada. Thommen acredita que a tolerância é um princípio mediador idôneo para a legitimação e definição do injusto penal. Ele afirma que, em relação a qual influência as considerações de tolerância têm sobre a valoração de comportamentos antissociais, em primeiro lugar, numa parte grande da incriminação de condutas associadas já falta um dano ou uma importunação séria e, como não é ultrapassado o limiar para um incômodo indigno e sério, as considerações de tolerância podem falar, de maneira complementar, contra a incriminação, sobretudo porque em sociedades liberais tradicionalmente se pode exigir uma certa insensibilidade diante de diferentes formas de vida e convicções. Para Thommen, o problema específico com a legislação de comportamento antissocial consiste precisamente no que deve ser quebrado dessa tradição liberal, pois não é a “maioria decente” que deve tolerar formas de vida distintas de poucos, mas os poucos é que devem se adaptar às representações de valor da maioria, e nesse sistema jurídico-penal com unidade de valor em construção não tem espaço para considerações mediadoras de tolerância.³⁷⁰

Ainda que admitida somente em circunstâncias excepcionais, a incriminação e a exclusão de incriminação fundamentadas em argumentos relacionados à cultura e a tolerância são vistas com ceticismo pela maior parte da doutrina. Hörnle, por exemplo, afirma que não existe um fundamento claro, não questionável, a respeito de o que seria um “bem cultural”, de modo que fica à bel prazer do legislador e da decisão judicial crítica ao legislador a identificação dos respectivos limites que tal ideia pretende estabelecer. Ela observa que os defensores de uma tal compreensão louvam em palavras floridas a diversidade colorida do mundo cultural, mas isso não apenas piora a definição de um conceito já com problemas de indeterminação, o de bem jurídico, por meio de outro conceito, bem cultural, como não apresenta qualquer contorno nítido. E também verifica que, como ao legislador fica legada a escolha em meio a diversidade cultural, aprova-se um decisionismo extraído do entendimento de que o segredo criador

³⁷⁰ THOMMEN, Marc. *Toleranz & Anti Social Behavior*. In: VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. (Hrsg.), *Mediating Principles, Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2006, p. 118-120.

escondido na arte da legislação vem de sua expressão viva.³⁷¹ Já Roxin e Greco percebem que, embora a afirmação de que existe um condicionamento cultural do direito penal não seja implausível como tese de sociologia jurídica e, portanto, descritiva, como tese normativa fica numa evidente relação de tensão com o entendimento de que a tarefa do direito penal é a proteção do convívio pacífico. Eles afirmam que tampouco uma proibição pode ser justificada com o argumento do enraizamento cultural, pois isso equivaleria a uma espécie de “chauvinismo cultural”. Além disso, observam que a perspectiva relacionada a cultura pode ser empregada para incriminar violações de tabus e reconhecer delitos de mero comportamento, o que não é compatível com um direito penal liberal. Roxin e Greco também verificam que a máxima da tolerância, embora tenha uma história venerável e seja um marco no desenvolvimento do liberalismo, tem uma aplicação discutível no debate político-criminal não apenas por sua indeterminação, mas porque uma série de práticas expressa um modelo de submissão de determinados grupos de indivíduos dentro da minoria cultural. E afirmam que, ainda que não tenha nenhuma importância o argumento de que significa ser intolerante concluir que o legislador não pode hesitar em direcionar o direito penal contra a mutilação genital feminina ou o casamento forçado, não se sabe ao certo o que tem importância em tal discussão, pois os critérios dos quais depende essa atribuição de importância não são fornecidos pela palavra chave tolerância, mas, ao contrário, é a tolerância que fica na dependência de tais critérios.³⁷²

O teor dessas críticas é acertado. Hörnle tem razão ao afirmar que não há um fundamento inequívoco sobre qual “bem” poderia ser reconhecido a partir de sua natureza “cultural”, pois como não são apresentados argumentos mais precisos do que a mera admissão de um mundo cultural, a definição do que merece ser protegido fica legada à mera arbitrariedade do legislador e ao decisionismo da jurisprudência. Também as observações de Roxin e Greco estão corretas, pois o reconhecimento da proteção penal de determinados aspectos culturais em detrimento de outros com efeito estabelece uma relação de tensão entre visões de mundo, o que contradiz a pretensão do direito penal de manter uma vida pacífica em comum na sociedade e permite argumentos supremacistas referidos à cultura que se pressupõe enraizada, e, além disso, a cultura como argumento de incriminação pode realmente significar a perigosa negação de um direito penal

³⁷¹ HÖRNLE, Tatjana. *Op. cit.*, 2005, p. 15-16.

³⁷² ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 5. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, no prelo, § 2º, Rn. 125s – 125t.

liberal ao servir de justificativa para a proibição penal de condutas que manifestem apenas contrariedade a tabus e para o estabelecimento de delitos de meros comportamento; assim como procede a crítica quanto à indeterminabilidade do princípio da tolerância, pois a ausência de critérios que demonstrem o que deve ou não ser tolerado leva a um estado de manipulabilidade que de fato pode ser utilizado para chancelar posições de sujeição de minorias dentro da minoria cultural.

3.7 A proporcionalidade e a democracia, segundo o Tribunal Constitucional da Alemanha, Klaus Ferdinand Gärditz e Carl-Friedrich Stuckenberg

O Tribunal Constitucional da Alemanha, no já analisado julgamento realizado em 26 de fevereiro de 2008 sobre a constitucionalidade do crime de incesto,³⁷³ em que expressamente rejeitou a natureza limitadora da teoria do bem jurídico, decidiu que o legislador penal está vinculado apenas ao princípio da proporcionalidade, no que diz respeito à pena privativa de liberdade e à garantida de liberdade do indivíduo, a partir do pressuposto de que uma norma penal deve servir à proteção das pessoas ou da coletividade.³⁷⁴ Ele entendeu que o legislador tem liberdade essencial para decidir se um determinado bem jurídico (o tribunal não chegou a abandonar o termo “bem jurídico”) merece ser protegido por meio do direito penal e estabelecer o modo como isso deve ser procedido,³⁷⁵ pois as normas penais não devem se submeter a outras exigências que não sejam os estritos fins referidos na Constituição nem se orientar pela teoria do bem jurídico, que não consegue nem mesmo apresentar unanimidade quanto ao seu conceito.³⁷⁶ O Tribunal Constitucional da Alemanha reafirmou esse entendimento também na decisão de 30 de junho de 2009, que julgou a legitimidade do Tratado de Lisboa³⁷⁷ para impor deveres de edição de normas ao legislador nacional. O tribunal

³⁷³ Tópico 2.4, supra.

³⁷⁴ BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26. Februar 2008, Rn. 34-35.

³⁷⁵ BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26. Februar 2008, Rn. 35.

³⁷⁶ BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26. Februar 2008, Rn. 39.

³⁷⁷ O Tratado de Lisboa foi assinado em 13 de dezembro de 2007 pelos então 27 Estados-membros da União Europeia com o objetivo de reformular o seu funcionamento, como uma emenda ao Tratado de Maastricht, de 7 de fevereiro de 1992, e o Tratado de Roma, de 25 de março de 1957. Além de diversas modificações sobre a estrutura da União Europeia, ficou previsto na Declaração nº 17 anexada à Ata Final da conferência internacional que aprovou o tratado, sem fazer distinção em relação a normas penais, o princípio do primado do direito comunitário, nos seguintes termos: “A Conferência lembra que, em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, os Tratados e o direito adoptado pela União com base nos Tratados primam sobre o direito dos Estados-Membros, nas condições estabelecidas pela referida jurisprudência”. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2bf140bf-a3f8-4ab2-b506->

manifestou nesse julgamento a compreensão de que a segurança da paz jurídica na configuração da proteção do direito penal é desde sempre uma tarefa central da força estatal. Ele afirmou que o direito penal, em relação à tarefa de produzir, assegurar e impor um convívio humano ordenado por meio da proteção de valores elementares da vida em comunidade sob os fundamentos de uma ordem jurídica, é um elemento indispensável para o asseguramento e a inviolabilidade dessa ordem jurídica e que cada norma penal contém um juízo de valor ético-social, exercido com autoridade estatal, sobre a forma de ação por ela incriminada, de modo que o conteúdo concreto desse juízo de valor resulta do tipo penal e da ameaça de pena. O tribunal considerou que é uma decisão fundamental determinar qual a extensão e em quais campos uma comunidade política utiliza o direito penal como instrumento de controle social, pois uma comunidade jurídica fornece, por meio do direito penal, um código de comportamento ancorado em seus valores, cuja violação, de acordo com o convencimento jurídico difundido, é avaliado como relevante e intolerável para o convívio na sociedade e torna o direito penal necessário. Para o Tribunal Constitucional da Alemanha, então, o legislador assume, com a decisão a respeito do comportamento merecedor de pena, a responsabilidade democrática e legítima por uma forma de procedimento soberano, o que inclui as intervenções intensas na liberdade individual ocorridas no moderno Estado constitucional. Assim, também nesse julgamento, entendeu-se que o legislador é fundamentalmente livre para decidir se um determinado bem jurídico, cuja proteção se apresenta essencial, deve ser defendido por meio do direito penal e, em caso afirmativo, como ele pretende fazer isso. Portanto, o legislador pode, segundo o tribunal, dentro dos limites jurídico-constitucionais, decidir livremente com qual ameaça de pena ele quer sancionar condutas culpáveis.³⁷⁸

Tal defesa da legitimidade das escolhas do legislador não ficou restrita à jurisprudência, mas encontrou eco também na doutrina. A pretensão de limitar o legislador por entendimentos suprapositivos leva Gärditz a afirmar que o domínio de uma *expertocracia* da justiça conflita diretamente com a autodeterminação democrática pela lei jurídico-positiva. Para Gärditz, salta aos olhos que as teorias de fundamentação da pena não raro se desatrelam consideravelmente de seu sistema referido ao direito público, entre mudanças de interpretação do conteúdo positivo do direito, da crítica ao direito positivo, da autorreferência científica, da referência a uma metafísica, e, na

fd71826e6da6.0022.02/DOC_5&format=PDF>

³⁷⁸ BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30. Juni 2009, Rn. 355-356.

maioria das vezes, não deixam transparente o bastante a perspectiva do respectivo ponto de vista. Gärditz afirma que em especial a jurisprudência deixa geralmente em aberto os pontos de referência e os critérios de aplicação da “justiça” trazida, o que, na realidade, significa uma mera caricatura de justiça com vestimentas populistas dificilmente fundamentadas juridicamente. Gärditz afirma que a justiça se torna influenciável por um corretivo do direito vigente, colocado em posição de espera, suprapositivo e fora do alcance do estabelecimento democrático do direito, enquanto o direito penal, de maneira autorreferenciada, se considera emancipado da várzea da legislação política ordinária parlamentar, em favor de uma ideia de ordenamento geral eticamente elevado, e atua como um refúgio da ideia de justiça.³⁷⁹ Ele sustenta que deveria ser feito um esclarecimento a respeito da intensa frequência da metafísica que sustenta uma arrebatadora e emotiva concordância sobre a necessidade da pena, em contraste com uma irritante falta de fundamentação empírica. E explica que, a despeito da perceptível posição especial, a pena estatal pode também aduzir interpretações teóricas jurídico-penais que a justifiquem de acordo com o direito vigente e se enquadrem no contexto do princípio constitucional da democracia. Para Gärditz, o julgamento do Tribunal Constitucional alemão a respeito da incriminação do incesto incentivou a discussão sobre em que proporção as condições da função da democracia permanecem de pé no direito penal e quais exigências constitucionais se impõem para um direito penal democraticamente adequado. Ele acredita que é possível tirar proveito de uma teoria penal crítica ao positivismo, mas caso se tenha em vista as questões sobre a produção do direito penal balizada pelos auspícios democráticos ou se possa domesticar democraticamente a “justiça penal”.³⁸⁰

Gärditz observa que na Lei Fundamental da República Federativa Alemanha não há declarações explícitas sobre o fundamento e os limites da pena estatal, uma vez que, quando tal Constituição se refere ao direito penal, essa valoração permanece aberta. Ele questiona, então, se o que está previsto na Lei Fundamental alemã a respeito do direito penal é uma ideia de ordenação material jurídico-constitucional ou se nela há um papel instrumental limitador. E cita que a Lei Fundamental da Alemanha, em seu Art. 74 Abs. 1 Nr. 1,³⁸¹ prevê uma competência legislativa concorrente dos estados-membros em

³⁷⁹ GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. *Strafbegründung und Demokratieprinzip*. In: Der Staat, Vol. 49, N. 3, Berlin: Duncker & Humblot, 2010, p. 337.

³⁸⁰ GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. *Op. cit.*, 2010, p. 337-338.

³⁸¹ ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*): “Art. 74 (1) A legislação concorrente abrange as seguintes matérias: 1. o

relação ao direito penal, o que lhe permite concluir que a divisão federativa de competência dessa determinação contém, também, a decisão implícita de que o direito penal é um objeto idôneo de regulamentação por lei parlamentar e está fundamentalmente de acordo com a Constituição. Gärditz também menciona que a Lei Fundamental alemã pressupõe em seu Art. 96, Abs. 2 e Abs. 5³⁸² os casos em que tribunais federais penais podem ser estabelecidos em determinados âmbitos de competência; a abolição da pena de morte no Art. 102,³⁸³ o princípio do *nula poena sine lege* no Art. 103 Abs. 2³⁸⁴ e do *ne bis in idem* no Art. 103 Abs. 3,³⁸⁵ que submetem a poder penal do Estado a restrições especiais, enquanto o objetivo da persecução penal sob determinadas circunstâncias amplia o instrumental de autorização para a intervenção estatal, como, por exemplo, no Art. 9 Abs. 2;³⁸⁶ no Art. 13 Abs. 3;³⁸⁷ ou no Art. 16 Abs. 2 S. 2.³⁸⁸ Assim, Gärditz sustenta que, numa visão geral, a Constituição

direito civil, o direito penal, a organização judicial, o processo judicial (sem o direito da execução de prisão preventiva), o regime de advocacia, o tabelionato e a assessoria jurídica”. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>>.

³⁸² ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*): “Art. 96 (...) (2) A Federação poderá criar tribunais penais militares para as Forças Armadas, como tribunais federais. Estes só poderão exercer a jurisdição penal na vigência do estado de defesa, bem como sobre integrantes das Forças Armadas enviados ao estrangeiro ou a bordo de navios de guerra. A matéria será regulamentada por uma lei federal. Estes tribunais pertencem à competência do Ministro Federal da Justiça. Seus juízes titulares deverão ter a qualificação para a magistratura (...) (5) Em relação a processos penais, pode uma lei federal, com a aprovação do Conselho Federal, prever que os tribunais dos estados exerçam jurisdição federal sobre: 1. genocídio; 2. crimes de direito penal internacional contra a humanidade; 3. crimes de guerra; 4. outras ações, que sejam adequadas e praticadas com a intenção de perturbar o convívio pacífico dos povos (artigo 26 Abs. 1)”. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>>.

³⁸³ ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*): “Art. 102. A pena de morte fica abolida”. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>>.

³⁸⁴ ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*): “Art. 103. (...) (2) um fato somente pode ser punido se a punibilidade foi estabelecida antes de ter sido praticado”. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>>.

³⁸⁵ ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*): “Art. 103. (...) (3) ninguém pode ser punido mais de uma vez pelo mesmo fato e com base nas leis penais comuns”. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>>.

³⁸⁶ ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*): “Art. 9 (...) São proibidas associações cujos objetivos ou cuja atividade contrarie as leis penais ou se orientem contra a ordem constitucional ou os ideais do entendimento entre os povos”. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>>.

³⁸⁷ ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*): “Art. 13 (...) (3) Se determinados atos fundamentam a suspeita de que alguém praticou um fato punível considerado por lei especialmente grave, poderão ser utilizados, com base em autorização judicial, meios técnicos de vigilância acústica dos lares em que presumivelmente esteja o suspeito, se a investigação for, de outra forma, desproporcionalmente difícil ou sem perspectiva de êxito. A medida precisa ter duração limitada. A autorização deve ser concedida por uma junta de três juízes. Se há perigo iminente, pode ser autorizada por um único juiz.” Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>>.

³⁸⁸ ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha (*Grundgesetz für die*

alemã afirma positivamente o direito penal como instrumento estatal específico de controle social formalizador de deveres jurídicos. E afirma que o direito penal é parte componente da função estatal de ordenação, mas também estreitamente incorporado, por isso, ao processo democrático de produção do direito. Gärditz explica que a norma constitucional chave para o direito penal, o Art. 103 Abs. 2 da Lei Fundamental alemã,³⁸⁹ possui não apenas uma raiz no Estado de direito, mas igualmente uma raiz na democracia, e protege, em seu aspecto do Estado de direito, as possibilidades de reconhecimento subjetivo dos limites do direito penal, mas também com um lado objetivo, que determina uma ordem objetivamente constituída. Gärditz defende que a formação do ordenamento se realiza sob a Constituição, pelo menos depois da transformação de um ordenamento jurídico-penal pré-democrático, e apenas por meio do caminho democrático, ou seja, mediante a legislação parlamentar.³⁹⁰

Mas Gärditz explica que não se observa diretamente do texto constitucional até que ponto a Lei Fundamental não somente aprova a existência do direito penal, mas também a exige, e afirma que a estipulação de tipos penais não é, em geral, função das disposições constitucionais. Em sua opinião, deveres penais constitucionais podem ser defendidos sob dois argumentos. O primeiro argumento é o do dever de proteção e da proibição de insuficiência, segundo o qual a pena serve mais à proteção prospectiva de bens, por exemplo, a proteção da vida, do que a um tratamento retrospectivo do fato correspondente. Gärditz expõe que o Tribunal Constitucional da Alemanha admite que a questão sobre um dever do Estado, fundamentado jurídico-constitucionalmente, de submeter à pena determinados comportamentos lesivos não pode ser respondida de maneira indiscriminada. Para tanto seria preciso realizar uma consideração geral a respeito, por um lado, do valor do bem jurídico violado e da dimensão da lesividade social do comportamento danoso, e, por outro lado, da regulamentação jurídica tradicional do respectivo campo da vida, de modo a se considerar o desenvolvimento da noção do papel do direito penal na moderna sociedade, bem como a eficácia prática das ameaças de pena. Gärditz explica que o tribunal examina, no sentido de uma tal

Bundesrepublik Deutschland): “Art. 16. (...) (2) Nenhum alemão pode ser extraditado para o exterior. Por meio de lei, pode ser estabelecido um regulamento distinto para extradições a outro estado-membro da União Europeia ou a um tribunal internacional, desde que respeitados os princípios do Estado de direito.” Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>>.

³⁸⁹ ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*): “Art. 103 (...) (2) Um fato somente pode ser punido se a punibilidade foi estabelecida por lei antes do fato ser praticado.” Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>>.

³⁹⁰ GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. *Op. cit.*, 2010, p. 338-339.

consideração geral, se, de uma maneira geral, um determinado bem jurídico possui um nível de proteção suficiente, embora seja concedido ao legislador âmbitos largos de avaliação. O segundo argumento é o do estatalidade jurídica (*Rechtsstaalichkeit*),³⁹¹ de acordo com o qual outros caminhos de fundamentação derivam da estatalidade jurídica objetiva. Gärditz afirma que a explicação de tipos penais graves é uma ordem essencial de uma comunidade de Estado de direito e acredita que, embora, nesse contexto, fique mal compreendido quando o tribunal às vezes se refere de maneira suplementar à realização de “justiça”, o importante não é a realização de uma justiça material extrajurídica e sim a imposição formal do direito vigente por meio de um mecanismo de afirmação adequado para produzir, além da validade do direito, sua eficácia social equivalente. Para Gärditz, o que é considerado como injusto penal não é a consequência de uma justiça que deve ser determinada, mas o resultado da lei penal positiva a ser aplicada. Em sua opinião, submeter determinadas formas de comportamento à pena não trata, no âmago, de um dever jurídico-constitucional, mas de extrair da violação da respectiva lei penal vigente consequências no sentido de uma persecução penal eficaz.³⁹²

Gärditz concorda com a posição do Tribunal Constitucional da Alemanha no julgamento sobre o Tratado de Lisboa. Ele entende correta a afirmação do tribunal de que na elaboração de leis nacionais incide a princípio a liberdade de realização do legislador e que o conteúdo das leis penais está atrelado de maneira estreita ao processo democrático. E afirma que a democracia se fundamenta na ideia de liberdade individual e a autodeterminação democrática é a última consequência da autodeterminação individual. Mas explica que a pena não é um acontecimento natural e sim uma construção social, o que significa que a consideração de algo como pena resulta apenas de seu sentido social, não da configuração externa de uma determinada forma de atividade, e a tarefa de dar significado social com relevância jurídico-penal é monopólio do legislador parlamentar e, por isso, está atrelada ao processo democrático. Em sua opinião, a democracia está ancorada numa abertura interna e o compromisso, como objetivo político do processo de decisão democrático, é algo necessariamente relacionado com a visão de mundo do relativismo. Para Gärditz, a democracia não faz exigências de verdades objetivas, não visa a uma exatidão material, sempre a ser determinada, mas a uma exatidão formal, que resulta somente do processo de

³⁹¹ Termo que pode ser compreendido como referência ao Estado de direito.

³⁹² GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. *Op. cit.*, 2010, p. 339-341.

legitimação do domínio político. Gärditz afirma que a verdade objetiva não é nem o ponto de referência nem o objetivo da democracia e que é uma característica notória de governo totalitário jogar com uma verdade idealizada do direito contra o direito positivo, com o fim de imunizar o direito considerado verdadeiro contra a arbitrariedade da formação da vontade democrática. Ele defende que, no lugar da substância a ser identificada, por exemplo, verdade material, justiça, está o processo gerador de objetos. E que a democracia é formal porque sem uma forma jurídica não pode ser dada uma vontade democrática. Gärditz explica que as decisões democráticas são tomadas pela maioria e, por isso, são contingentes. O sistema democrático imanente ao princípio da maioria é igualmente consequência da autodeterminação e, por isso, expressão da pluralidade e da modificabilidade de interesses e valores legítimos. Assim, a democracia, no sentido da Constituição, pressupõe a reunião de diferentes posições e o encontro de compromissos. Gärditz afirma que a democracia é, também, um domínio sobre o tempo, pois as decisões democráticas não são mais do que uma percepção vinculada ao tempo, que não pode afirmar definitividade e se mantém reversível no futuro diante de decisões desviantes da maioria. Segundo Gärditz, relatividade e revisibilidade de conteúdos não são imperfeições, mas um valor próprio que deve ser mantido. Ele explica que a imperfeição das respostas às questões do tempo é o aperfeiçoamento das respostas do Estado de direito à cognoscitividade humana limitada. E que as democracias repousam não sobre um fundamento, mas estão continuamente em um rio, de modo que nessa insistência contínua na incerteza reside, no final das contas, uma força especial do domínio democrático que estabelece os limites das possibilidades de uma fundamentação da pena democraticamente adequada.³⁹³

Gärditz defende que, num Estado democrático, a pena jamais pode ser um fim em si mesmo, mas conserva uma decisão racional do legislador, que persegue determinados fins sociais e, por isso, sempre pode ou deve ter em vista reações não jurídico-penais. Para Gärditz, o direito penal democrático é desidealizado e o objetivo do processo democrático é o compromisso, o meio-termo ou acordo, não um ordenamento material hipostasiado como um sistema ideal de direito justo. A Constituição alemã, em sua opinião, adotou o domínio democrático e, com isso, a conciliação de interesses sempre relativa entre valores, interesses e bens concorrentes. Assim, apenas com a renúncia de se recorrer ao absoluto ou ôntico, torna-se visível a verdadeira decisão de valor de uma

³⁹³ GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. *Op. cit.*, 2010, p. 341-346.

sociedade, que produz um direito penal muito específico, por meio de uma ordenação positiva de valores, e assume a responsabilidade por valores estabelecidos por trás. Gärditz afirma que a legislação penal produz o direito e não apenas se declara partidária de um encontrado sistema social de normas que somente precisaria ter sua “capacidade de execução” realizada. Para Gärditz, apenas dessa maneira o legislador penal é retirado de uma função instrumental auxiliar, como se fosse um mero notário de uma justiça ou verdade metafísica. Ele explica que fundamentações penais metafísicas também não estão em posição de justificar intervenções nos direitos fundamentais e, assim, legitimar constitucionalmente a existência de tipos penais e sua imposição, pois as teorias da pena servem como argumento para justificar uma intervenção somente quando são introduzidas numa matrix de argumentação jurídico-constitucional, o que significa uma sub-espécie de proporcionalidade, especialmente fins legítimos, idoneidade, necessidade e adequação. Em sua opinião, a lei penal produzida democraticamente não é orientada por altos objetivos distantes, mas sempre persegue fins socialmente concretos, de modo que o direito penal é acima de tudo expressão de uma determinada percepção da necessidade social no tempo e não pode exigir se fundamentar numa fonte superior além da vontade orgânica democrática do legislador parlamentar. Gärditz afirma que a instituição democrática da positividade, relatividade e contingência do direito penal acompanha também uma contenção da pena estatal, pois quem acredita ter nas mãos verdades absolutas não dá valor às outras opiniões, impõe seu ponto de vista com severidade e perde sua medida. Ele explica que, ao se entender o direito como obra humana, a responsabilidade pela fundamentação de critérios de justiça suprapositivos fica legada ao indivíduo, pois diante do Estado o indivíduo deve apenas fidelidade jurídica, não moralidade ou altruísmo. A questão sobre a justiça, por meio do direito positivo em sua relatividade, recai, então, sobre o indivíduo como última instância moral, do qual ninguém pode tirar a carga da responsabilidade de escolher a norma decisiva de justiça.³⁹⁴

Mas Gärditz estabelece algumas inferências para um quadro do direito penal democraticamente adequado. Ele faz uma análise da relação entre democracia e teorias da pena e afirma que crime e pena são ligados um ao outro como tipo penal e consequências jurídicas, de modo que os pressupostos estatais da pena tomados por base dependem decisivamente da fundamentação da pena empregada para a legitimação. Ele

³⁹⁴ GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. *Op. cit.*, 2010, p. 346-348.

explica que isso não significa que toda fundamentação da pena é da mesma forma adequada democraticamente e sustenta que a neutralidade da Lei Fundamental diante de certas teorias da pena, postulada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha, foi, nesse contexto, desde o princípio um erro de julgamento, em que a responsabilidade pela fundamentação da pena ficou sobre a legislação sem o exame prévio sobre quais pressupostos uma teoria da pena deve em geral cumprir para, de sua parte, estar arrimada em um conceito de acordo com a configuração legal contingente. Em primeiro lugar, Gärditz afirma que é preciso recusar fundamentações absolutas da pena, pois são fontes necessariamente exógenas ao ordenamento jurídico e, por isso, não fundamentam o direito penal num espaço democrático. Para ele, a incriminação não se orienta por nenhuma justiça superior ou verdade ontologicamente conceituada, mas pela vontade política que manifesta sua forma jurídica na lei. Em segundo lugar, Gärditz afirma que é preciso compreender os bens jurídicos como produto de um equilíbrio contingente de interesses. Ele explica que a conformidade constitucional de determinações penais é produto do encontro democrático de compromissos e se apresenta como uma questão de ponderação de interesses a ser equilibrados, o que se procede antes de tudo de maneira relacional e não por conceituações determináveis substancialmente, pois somente pode ser entabulada em relações entre diferentes construídas no processo político. E afirma que mesmo a afirmação corrente de que o direito penal serve para a proteção de bens jurídicos fica difusa se não se produzir a relação institucional com o sistema democrático, bem como permanece aberta a questão sobre a competência de definição do conceito de bem jurídico. Assim, para Gärditz, os bens jurídicos protegidos são resultados da construção do direito democrático, não dados ônticos que o legislador teria encontrado e somente copiado, e tampouco se depreende da Constituição que o direito penal apenas poderia ser utilizado para a proteção de bens que já teriam arrimo nela própria, a Constituição.³⁹⁵ Em terceiro lugar, Gärditz sustenta que a prevenção geral é uma fundamentação da pena democraticamente adequada e que, embora um especial juízo de desvalor ético social seja expressado pela ameaça, imposição e execução de uma pena estatal, tal juízo de desvalor não é construído de maneira autorreferencial, a partir de um desvalor pré-existente, mas somente a partir da respectiva violação da norma, cuja consequência jurídica é a pena. Ele defende que, em um Estado democrático de direito, o ordenamento, cujo valor é defensável, é resultado

³⁹⁵ GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. *Op. cit.*, 2010, p. 348-351.

apenas do direito positivo, mesmo com toda sua arbitrariedade, incoerência e volatilidade, o que significa que, ainda que uma democracia deva esperar um determinado substrato ético da sociedade, isso somente pode ser garantido se delimitado juridicamente. Para Gärditz, os fundamentos éticos de uma sociedade exercem, sem dúvida, influência essencial sobre a produção parlamentar do direito, mas não são um colete inamovível de um ordenamento racional, ao qual também o legislador está submetido. Em sua opinião, embora a democracia naturalmente dependa da existência de uma sociedade na qual há um consenso social fundamental de que os membros sociais não trucidem uns aos outros, os pressupostos sob os quais o homicídio é punível, e quais as consequências jurídicas concretas que dele resultam, devem ser encontrados no processo democrático, com observação da competência e do procedimento legislativos, e nas exigências estabelecidas pela Constituição. Por isso, para Gärditz, o direito penal democraticamente justificado não é a imagem de uma utopia idealizada, mas uma derivação de conflitos reais e da tentativa formalizada de superação dos conflitos.³⁹⁶

Gärditz acredita que, sob o ponto de vista do princípio da democracia, o direito penal não pode ocupar o papel especial de retratar a coesão ética da sociedade. Ele explica que com frequência questões sociais especialmente significativas são reguladas fora do direito penal, como a configuração de normas de segurança, de imigração, de tributação e incentivo à família, de proteção ao clima, sobre relações de parceiros do mesmo sexo, etc. Mas afirma que o instrumental obrigatório que o direito retira de outras normas sociais não se limita à coerção da pena, que numa sociedade funcional fica num plano atrás em relação à obrigação administrativa. Gärditz explica que Estado e sociedade se constroem em um ordenamento jurídico, sobretudo democrático, diferenciado do direito penal, e que as teorias da pena que são formuladas como uma teoria da sociedade e tratam a aplicação do direito penal para violações da norma como caso normal e outras formas de resolução de conflitos sociais, com exceções necessariamente fundamentadas, não são adequadas para mensurar o papel do direito penal numa democracia. E defende, então, que o uso da pena é uma questão a ser dirimida pela proporcionalidade. Para ele, uma teoria da fundamentação da pena que projete um sistema fechado em si, que se baseie numa unidade material da sociedade e num reconhecimento mútuo idealizado e integrativo do *status* dos cidadãos, pode até ser

³⁹⁶ GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. *Op. cit.*, 2010, p. 351- 355.

esteticamente sedutora, mas exige demais do direito positivo e não satisfaz os requisitos que resultam dos próprios e específicos valores democráticos. Em sua opinião, a ideia de prevenção geral positiva apresenta uma grande proximidade com o sistema democrático, pois pode dialogar com o respectivo acervo de normas jurídico-positivas e formular expectativas sociais de estabilização sem sobrecarregar a legislação com exigências idealizadas. Gärditz afirma que aqui lhe interessa apenas a estrutura dorsal da teoria da comunicação, segundo a qual a prevenção geral positiva pretende estabilizar a eficácia social das normas que estão na base. E adota o entendimento de que a violação da norma deve ser conceituada, nesse sentido, como um conflito social que prejudica a estabilidade do direito como ordenamento social e deve ser resolvido num processo formalizado e público. Para Gärditz, a prevenção geral positiva pode estabelecer, dessa forma, que o direito, no Estado de direito, não apenas reivindica validade como ordem de deveres, mas também possui uma função de ordenamento e dispõe de eficácia social. Assim, as expectativas normativas de comportamento cumprem seu significado de facilitar a orientação no mundo, o que ocorre apenas quando elas são regularmente observadas e não apenas casualmente, por cada indivíduo. Gärditz explica que a institucionalização de resoluções jurídico-penais de conflito pode contribuir para a estabilização de tais normas sociais, uma vez que o conflito deflagrado pela violação da norma se torna resolvido à custa do autor por meio de sua punição, que também confirma, de maneira social comunicativa, a validade da norma no sentido de um meio concreto de integração social. Por isso, para Gärditz, uma tal fundamentação da pena é adequada e sensata para satisfazer as exigências do âmbito jurídico-constitucional.³⁹⁷

Gärditz acredita que os direitos fundamentais são o corretivo democraticamente adequado contra a imputação arbitrária. Em sua opinião, a responsabilidade jurídico-penal não é um estado “natural”, mas construída normativamente com atenção às possibilidades de reação social e necessidades contingentes de reação. Ele afirma que a proteção do indivíduo contra uma expansão das necessidades estatais de coerção, sob o modelo de uma lógica de prevenção com fins racionais, não é dada pelo recurso à metafísica ou a uma incorporação de elementos de retribuição como o peso da justiça, pois, se o direito penal assumisse no Estado democrático de direito a função de corretivo compensador da contingência das decisões democráticas da maioria, não

³⁹⁷ GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. *Op. cit.*, 2010, p. 355-358.

apenas permaneceria numa ilha jurídico-dogmática como perderia sua capacidade de rendimento. Segundo Gärditz, essa função é realizada pelas teorias gerais dos direitos fundamentais e da dignidade humana, como pontos de referência da noção de liberdade positivada constitucionalmente; pelo princípio de Estado de direito da proporcionalidade; pela intervenção racionalizada na liberdade, que se vincula a motivações concretas e relevantes fundamentos fáticos sensíveis, de modo a impor ao Estado o ônus de justificação por meio de níveis diferenciados de avaliação; pelo imperativo de determinação do direito penal; pela função democrática e de Estado de direito de ordenamento exercida pelo direito penal por meio da formalização; pelo princípio geral da igualdade, que obriga a justificativas de diferenciações por força do sempre fragmentário direito penal e enaltece o mandamento constitucional mediante a estrutura legislativa do sistema; e, por fim, pela dogmática específica dos direitos fundamentais, cuja força de irradiação constringe o direito penal na matrix dos fatos da vida estruturada de modo juridicamente livre. Gärditz entende que tudo isso já seria instrumentos potencialmente eficazes formulados como contrapesos à legislação democrática, pois o direito penal não pode ser operacionalizado pelo legislador para perseguir fins arbitrários, mas é um meio de proteger os valores elementares da vida em comunidade, o que não decorre de um conteúdo de sentido inerente à pena, como a proteção de bens jurídicos ou a justiça, mas do princípio de Estado de direito da proporcionalidade. Para Gärditz, o ganho de racionalidade da proporcionalidade está principalmente na distribuição do ônus de argumentação, pois os problemas de valoração se tornam parcialmente afastados no processo democrático, já que são solucionados não por meio da cognição do objeto, mas da produção do objeto. Além disso, em sua opinião, como a fundamentação do direito penal sob o princípio da democracia é necessariamente relativa, também a imposição do direito penal estatal, realização prática da sanção, somente pode ser relativa em relação a outros bens. Para Gärditz, o direito penal serve à realização de fins sociais democraticamente definidos e nenhum fim social pode reivindicar preferência absoluta sobre outros bens, pois a imposição da sanção jurídico-penal se sujeita a distintas relativizações.³⁹⁸

Outro grande defensor da legitimidade das normas produzidas no processo democrático é Stuckenberg, que ironiza ser uma tarefa da sociologia da ciência investigar porque a ciência do direito penal se refugiou por tanto tempo numa espécie de

³⁹⁸ GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. *Op. cit.*, 2010, p. 358-363.

mundo normativo paralelo, mas que ainda é tempo de finalmente alcançar por completo o Estado da Constituição. Em sua opinião, a teoria do bem jurídico não pertence aos artigos de exportação com os quais a ciência do direito penal pode enriquecer a dogmática dos direitos fundamentais relacionada com a lei penal, não porque seja estruturalmente incompatível com a dogmática dos direitos fundamentais, mas por sua pobreza conceitual e de conteúdo. Stuckenberg explica que, na perspectiva da teoria do bem jurídico, cada análise da proporcionalidade de uma norma limitadora de direito fundamental começa com a questão sobre o fim legítimo, teoricamente focado no sentido de que o legislador não mais é fundamentalmente livre para escolher um interesse público discricionário, como até hoje é a concepção do Tribunal Constitucional da Alemanha, pois tal interesse não pode ser jurídico-constitucionalmente descartado, mas apenas ter em vista a proteção de um bem jurídico reconhecido como fim jurídico-constitucionalmente legítimo de uma lei penal. Ele sustenta que uma tal presunção da teoria do bem jurídico é, na verdade, de acordo com a configuração concreta, ou jurídico-constitucionalmente inaceitável ou improficua. Para Stuckenberg, o conceito de bem jurídico é a expressão puramente formal de uma valoração positiva e jurídica vazia de conteúdo e, por isso, já não serve como limitação de conteúdo da faculdade do legislador, pois o que pode e deve ser definido como bem jurídico não resulta do conceito de bem jurídico em si mesmo. Ele sustenta que o conceito de bem jurídico não tem, portanto, uma função crítico-legislativa, mas apresenta única e exclusivamente a medida de valor por trás da norma, pois, no melhor dos casos, se estriba numa teoria da sociedade com a qual se baliza o que considera “bem jurídico” e, antes disso, porque deve depender apenas de “bens”. Assim, diz que não é de se admirar a notória indeterminação do conceito de bem jurídico, pois os critérios de valoração, cujos efeitos são transportados pelo veículo “bem jurídico”, não são colocados abertamente e nem compreendidos com clareza. Para Stuckenberg, se uma teoria por trás do conceito de proteção de bens jurídicos pretende fornecer para o debate político-criminal mais do que somente *topoi* de argumentação descompromissados, os quais por vezes são confusos, deve se apresentar na forma de proposta de aplicação do direito constitucional, como o recrudescimento das exigências da proporcionalidade, cujos efeitos limitadores da pena são com frequência sentidos como insuficientes, por meio do desenvolvimento de modelos de argumentação

diferenciados e especificamente de direito penal.³⁹⁹

Stuckenberg concorda que, de acordo com o ordenamento da Lei Fundamental da Alemanha, o legislador democrático é fundamentalmente livre para escolher seus objetivos e formas de regulamentação, pois apenas a Constituição lhe impõe limites. Em sua opinião, numa sociedade pluralista é tarefa do processo político definir fins e escolher meios, de modo que, enquanto uma lei estiver no âmbito das especificações constitucionais, será uma expressão legítima da vontade soberana do povo e será indiferente se for tida como uma solução racional e liberal ou, mesmo com bons motivos, como contrária à teoria, inábil para atingir fins ou ainda errada. Stuckenberg afirma que todas as enfermidades legislativas sob o limiar da contrariedade à Constituição são curadas apenas no processo político. Ele defende que pretender impor ao legislador, a partir de expectativas científicas, quais fins deve escolher e quais não, é algo possível e necessário como proposta no discurso político, em especial no discurso político-criminal, que é governado de maneira ideal pelo poder persuasivo dos argumentos. E explica que não é uma conclusão evidente a ideia de que o legislador é vinculado juridicamente a apenas incriminar comportamentos lesivos a bem jurídicos, não é compatível com a liberdade de ação do legislador democrático se não pode ser transmutada num argumento forçosamente jurídico-constitucional, e mesmo que exista uma profunda desconfiança da teoria do direito penal em relação ao legislador penal aparentemente desde os tempos pré-constitucionais, confirmada por muitos erros de discernimento pós-constitucionais, não se pode perder de vista que a democracia, até hoje, apresenta a forma de Estado mais adequada para assegurar a liberdade individual.⁴⁰⁰ Para Stuckenberg, no Estado constitucional nenhum caminho deixa de passar por espaços de manobra do legislador democrático, juridicamente admitidos, e seu preenchimento é acessível somente pela argumentação político-jurídica, de modo que a afirmação de que é inadmissível, ilegítimo, perseguir outros objetivos além da proteção de bens jurídicos, ou que o legislador está vinculado a determinados critérios de conteúdo, cai com frequência na obscuridade a respeito de em qual nível em geral se argumenta, pois nem tudo político-juridicamente desejável é também necessário jurídico-constitucionalmente. Stuckenberg afirma que a ciência do direito penal deve separar de maneira clara entre o que é proibido ao legislador como jurídico-

³⁹⁹ STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre - Bemerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat*. In: Goldammer's Archiv für Strafrecht, 158. Jahrgang, 2011, München: R. v. Decker, 2011, p. 655-657.

⁴⁰⁰ STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Op. cit.*, 2011, p. 657-659.

constitucionalmente inadmissível e o que pode ser vislumbrado como irracional de uma perspectiva teórica e, por este motivo, dissuadido do legislador. E lembra que, no âmbito da abrangência e contenção do julgamento e da margem de discricionariedade do legislador, numa situação em que este é constrangido a tomar decisões jurídico-penais sem ter informações suficientes sobre a relevância social de um comportamento, ainda hoje se encontra em escritos jurídico-penais a proposta de resolver tais casos com a ajuda de uma presunção geral de liberdade, *in dubio pro libertate*, a favor da liberdade contra a intervenção do Estado. Mas, em sua opinião, com frequência não se trata de uma limitação da liberdade unilateral, pois existe uma relação de tensão entre a dimensão de defesa e proteção dos direitos de liberdade e, se a lesividade de um determinado comportamento não está firme, então o risco de uma limitação injustificada da liberdade de ação corresponde ao risco de lesões evitáveis a direitos individuais, um dilema que pode ser solucionado pelo legislador apenas nos caminhos de uma deliberação cuidadosa. Para Stuckenberg, se duas ou mais esferas de liberdade são atingidas, fracassa qualquer simples regra de prova ou de ônus de argumentação, o que, por isso, já a torna inadequada para a interpretação constitucional. Também em relação à liberdade individual de ação e a outros interesses da comunidade, o legislador não deve aceitar o risco de lesões possivelmente irreparáveis, para aguardar a comprovação prática sem dúvida, como a danosidade ao meio ambiente. Stuckenberg afirma que, até mesmo na relação isolada entre cidadãos e Estado, essa denominada presunção de êxito a favor do indivíduo ou presunção geral de liberdade, que é a forma de uma presunção sem pressuposto ou verdade provisória, nada mais é do que uma outra formulação da exigência de reserva legal para uma intervenção do Estado ou, dito genericamente, o ônus de fundamentação do Estado para uma limitação da liberdade. Isso o leva a crer que nem a presunção fundamenta o dever de fundamentação nem o dever de fundamentação justifica a presunção, ou seja, em sua opinião, ambos são apenas descrições semânticas distintas da mesma atualização bicondicional, segundo a qual se existem os pressupostos jurídico-constitucionais, pode-se intervir num direito fundamental. Para Stuckenberg, a ciência do direito penal não pode continuar a ignorar ou subestimar a relevância jurídico-constitucional das questões de fundamentação e limitação da pena no Estado democrático da Constituição e, se a ciência do direito penal pretende atribuir relevância prática ao seu conhecimento teórico, há dois caminhos: o primeiro é a contribuição teórica a um discurso político-criminal com o objetivo de convencer o legislador; o segundo é a argumentação jurídico-constitucional, em especial

o estabelecimento de uma dogmática dos direitos fundamentais específica do direito penal, há muito tempo atrasada, com o objetivo de contornar os limites jurídico-constitucionais mais graves da legislação penal.⁴⁰¹

Na opinião de Stuckenberg, o problema fundamental da teoria do bem jurídico não é que seja em si incompatível com o direito constitucional, mas sua pobreza teórica. Ele explica que mesmo hoje não é claro que a teoria por trás da teoria do bem jurídico é uma teoria consistente, pois à medida que o critério para a determinação dos “bens jurídicos” permanece essencialmente obscuro, sua doutrina inteira é teoricamente insatisfatória e praticamente sem utilidade. Stuckenberg afirma que não há dúvida de que a teoria do bem jurídico é baseada na louvável motivação de realizar uma política racional na questão criminal, o que ajuda a forjar um direito penal humano e liberal, e não vê controvérsia sobre o desejo de se atingir esses alvos, mas apenas sobre a utilidade da teoria do bem jurídico para alcançá-los. Por isso, admite que se junta aos críticos que pensam que a teoria do bem jurídico é bastante contraprodutiva, por ser propensa a desfocar o padrão subjacente e a obscurecer os juízos de valor real, que com frequência parecem ser intuitivos em vez de refletidos. Stuckenberg explica que sua impressão é a de que os proponentes da teoria do bem jurídico concordam hoje apenas com a palavra “proteção de bens jurídicos” e uns muito pouco princípios básicos, por exemplo, o de que a imoralidade sozinha é uma base insuficiente para a incriminação, mas não concordam nem com o conceito nem com a essência, isto é, com uma teoria subjacente. Em sua opinião, se a teoria por trás da noção de proteção de bens jurídicos pretende, o que ainda hoje não está claro, mais do que contribuir modestamente com alguns aspectos do debate sobre a política criminal, deve se vestir como uma teoria constitucional que estabeleça requisitos específicos progressivos para a constitucionalidade de disposições de direito penal, como, por exemplo, padrões estritos para o teste de proporcionalidade.⁴⁰²

A segunda e mais problemática deficiência da teoria do bem jurídico, para Stuckenberg, é sua natureza não democrática, que ele entende também como característica de conceitualizações tradicionais do princípio da *ultima ratio* na doutrina do direito penal na Alemanha. Stuckenberg defende que, de acordo com o direito básico alemão, a legislatura eleita democraticamente é livre para escolher entre objetivos

⁴⁰¹ STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Op. cit.*, 2011, p. 659-661.

⁴⁰² STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *The constitutional deficiencies of the german Rechtsgutslehre*. In: Oñati Socio-Legal Series, v. 3, n. 1, 2013, Oñati, Gipuzkoa: Oñati International Institute for the Sociology of Law, 2013, p. 35-36. Disponível em: <<http://opo.iisj.net/index.php/osls/article/viewFile/190/99>>

políticos e seus correspondentes significados, de modo que as únicas restrições legais para a ação parlamentar são aquelas contidas na Constituição. E afirma que, como em qualquer sociedade livre e pluralista, é função do processo político estabelecer objetivos e selecionar os meios necessários para alcançar esses objetivos, pois, se o estatuto se conforma à Constituição, é sempre a expressão legítima da vontade do soberano, ou seja, do povo, e não é importante, legalmente, se alguém considera uma lei boa ou má, inteligente ou estúpida, teoricamente sublime ou abominável. Para Stuckenberg, a estrutura constitucional usualmente admite diferentes sombras ou variedades de legislação criminal de um caráter mais ou menos liberal e, segundo sua opinião, acadêmicos e filósofos do direito podem achar deplorável que a pobreza do artesanato legislativo e o analfabetismo teórico não sejam automaticamente sancionados com inconstitucionalidade e nulidade, mas não há outro jeito num sistema democrático, pois todos os alegados defeitos de uma parcela da legislação que não afetem sua validade constitucional somente podem ser corrigidos no processo político. Stuckenberg afirma que é suprema prerrogativa de um legislador democrático decretar leis más ou mesmo estúpidas e sustenta que acadêmicos do direito que elaboram a noção de *ultima ratio* e criam teorias sobre o uso do direito penal numa sociedade livre, etc., deveriam ser francos sobre o nível em que seus argumentos pretendem ser relevantes. Em sua opinião, a primeira possibilidade é argumentar no nível da política, em que se pode tentar convencer o legislador a tomar um certo curso, enquanto a outra possibilidade é argumentar no nível legal ou, mais precisamente, constitucional, para determinar se é ou não constitucionalmente proibido incriminar um certo comportamento. Stuckenberg acredita que a falha da teoria do bem jurídico que causou a sua rejeição pelo Tribunal Constitucional da Alemanha foi a falta de cuidado de seus proponentes de esclarecer o nível de seus argumentos e, ainda, de fazer sua doutrina funcionar no contexto da análise constitucional.⁴⁰³

Existem, porém, críticas agudas sobre em que medida apenas o recurso aos princípios da proporcionalidade e da democracia permitiria descartar a ideia de bem jurídico. Roxin verifica que, na defesa da teoria político-criminal do bem jurídico, também há referência ao princípio da proporcionalidade, em seus subprincípios adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, ao se considerar uma incriminação que não proteja bens jurídicos uma intervenção inadequada, desnecessária

⁴⁰³ STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Op. cit.*, 2013, p. 36-38.

e desproporcional em sentido estrito na esfera de liberdade dos cidadãos e, portanto, inconstitucional, embora essa argumentação não fique clara quando é levada ao caso concreto e seja um ponto fraco da posição que pretende, além de uma função político-criminal, atribuir relevância jurídico-constitucional à teoria do bem jurídico. Mas Roxin afirma que esse ponto fraco não é um argumento suficiente para justificar o abandono da teoria do bem jurídico, pois pode ser superado com o desenvolvimento de esquemas diferenciados de argumentação que tornem possível a aplicação do princípio da proporcionalidade a constelações de casos concretos.⁴⁰⁴ Além disso, Roxin e Greco observam que a teoria do bem jurídico pode ser assentada na proibição de excesso e entendida como sua concretização específica no âmbito do direito penal, o que permite diferenciar uma análise geral de proporcionalidade, cujo caráter de certa formalidade sem conteúdo não se pode negar, de uma análise da proporcionalidade especificamente jurídico-penal, ou seja, relacionada com o bem jurídico.⁴⁰⁵

Já quanto à democracia como substituta de uma teoria da incriminação, Hörnle critica que, se é verdade que uma teoria de direito penal não pode ser sobreposta ao processo político e às narrativas de legitimidade características das democracias, também é preciso reconhecer que os teóricos do direito penal devem interagir com esses processos com propostas de diretrizes fundamentadas, pois uma teoria da incriminação deve fornecer argumentos racionais, coerentes e baseados em princípios, argumentos que são, ou deveriam ser, necessários nos estágios deliberativos que precedem a “emissão de cédulas” do parlamento. Hörnle também observa que as modernas constituições usualmente refletem suposições liberais clássicas, relacionadas à importância da autonomia individual e dos direitos de liberdade individual em vez de, por exemplo, obrigações para com entes coletivos ou obrigações religiosas, o que significa que se é possível demonstrar que um princípio proposto por uma teoria da incriminação, como, por exemplo, de que o paternalismo direto deve ser evitado, se ajusta melhor dentro de uma estrutura constitucional do que numa abordagem alternativa, isso deve ser considerado uma importante razão para se aprovar o princípio. Assim, Hörnle conclui que a análise constitucional não pode fazer todo o trabalho sozinha e que os fundamentos de uma teoria da incriminação, os conceitos desenvolvidos na filosofia política e na teoria do direito penal, continuam com sua

⁴⁰⁴ ROXIN, Claus. *Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand*. In: Goldammer's Archiv für Strafrecht, 160. Jahrgang, 2013, München: R. v. Decker, 2013, p. 451.

⁴⁰⁵ ROXIN, Claus; GRECO, Luis. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 5. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, no prelo, § 2º, Rn. 92a.

importância.⁴⁰⁶ Em sentido semelhante, Roxin e Greco afirmam que é questionável a existência de uma relação entre democracia e relativismo, pois a democracia baseia-se nas mesmas premissas das quais resultam uma tarefa do direito penal referida ao respeito à autonomia e autodeterminação do indivíduo, valores que integram o Estado liberal e não são compatíveis com o reconhecimento de sua pura relatividade. Roxin e Greco também observam que não é possível falar numa oposição entre uma teoria do bem jurídico supostamente aristocrática e a democracia, pois a teoria do bem jurídico não pretende fornecer ao legislador uma receita de culinária, mas deve estar disposta a conceder margens de manobra, enquanto no parlamento também deve ser possível arguir motivos a favor de uma proibição penal que ultrapassem a mera circunstância de que alguém não pode sofrer com um determinado comportamento, ainda mais porque os parlamentares não se encontram lá para votar logo de uma vez, mas antes para discutir. Por isso, Roxin e Greco afirmam que uma teoria que pretende levantar com antecedência determinados parâmetros críticos para balizar ou retorquir uma lei penal, em vigor ou futura, não é antidemocrática, pois apenas tira o legislador democrático de um pedestal da infalibilidade. Roxin e Greco concluem que a crítica não é antidemocrática, mas um componente fundamental de uma prática democrática da qual também faz parte as ciências penais.⁴⁰⁷

Tais críticas apresentam argumentos insuperáveis. Roxin tem razão quando afirma que a teoria político-criminal do bem jurídico, ainda que isso não fique claro, já é uma referência à aplicação do princípio da proporcionalidade e leva à conclusão de que uma proibição penal que não tenha por objetivo a proteção de um bem jurídico é inadequada, desnecessária e desproporcional. Roxin e Greco também acertam ao considerar que a teoria do bem jurídico pode ser interpretada como a concretização específica da proibição de excesso no direito penal, pois de fato seus fundamentos manifestam uma proporcionalidade específica do direito penal, cujo parâmetro é o bem jurídico. Tampouco é possível abandonar a teoria do bem jurídico com a justificativa de que a legitimidade das normas penais se justifica pela mera ocorrência da deliberação democrática. Hörnle tem razão ao afirmar que a teoria do direito penal deve interagir nos estágios prévios dos processos democráticos com argumentos racionais e balizá-lo com diretrizes fundamentais, pois de fato a mera análise constitucional não fornece,

⁴⁰⁶ HÖRNLE, Tatjana. *Theories of criminalization*. In: *The Oxford Handbook of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 684-685.

⁴⁰⁷ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Op. cit.*, no prelo, § 2º, Rn. 94g.

sozinha, os fundamentos de uma incriminação. Roxin e Greco também acertam ao constatar que a democracia se fundamenta nos mesmos pressupostos da tarefa do direito penal num Estado liberal, que deve respeitar a autonomia do indivíduo, e com efeito não se adequa com uma relatividade pura. A análise de Roxin e Greco também é correta quando argumenta que não há oposição entre teoria do bem jurídico e democracia, pois de fato é necessário que os parlamentares discutam sobre a proposta de incriminação antes de decidir a seu respeito e a teoria do bem jurídico fornece critérios críticos para tanto, o que realmente integra a prática democrática.

4. A CONSTRUÇÃO DE UM FILTRO TRIFÁSICO DE LEGITIMIDADE DAS NORMAS PENAIS

4.1 Balanço intermediário: ainda vive a teoria do bem jurídico?

Os argumentos até aqui examinados permitiram extrair uma série de conclusões que, mesmo provisórias, servem como ponto de partida para o raciocínio que será desenvolvido daqui por diante e, também, para uma primeira resposta à indagação que é o título do presente trabalho. O que foi exposto tornou possível concluir logo de início que a teoria político-criminal do bem jurídico foi fruto de uma virada interpretativa de uma geração de penalistas, cuja carreira acadêmica foi desenvolvida inteiramente no pós-guerra, que não se contentou em atribuir funções meramente explicativas ou hermenêuticas à teoria do bem jurídico, mas, a partir do pressuposto de que o legislador, mesmo democraticamente legitimado, não pode incriminar um comportamento apenas porque ele não lhe é agradável, entendeu que o direito penal somente pode proteger bens jurídicos concretos, não convicções políticas, moralistas, religiosas, ideológicas, sentimentais, o que forneceu à teoria do bem jurídico um aspecto crítico-sistemático, com o fim de apresentar ao legislador os limites de uma incriminação legítima. Mas conferir tal força à teoria do bem jurídico significou, também, vinculá-la diretamente à Constituição, explicação jurídica mais plausível para justificar uma posição elevada o suficiente para pretender orientar ou impugnar normas vigentes ou futuras. A interpretação político-criminal da teoria do bem jurídico dividiu-se, porém, em duas vertentes: a) uma monista-pessoal, que sustenta que todo bem jurídico legítimo é referido ao indivíduo, mas que promove um estigma negativo dos bens jurídicos coletivos, ataca somente delitos menores, não se dirige a crimes mais sérios, como a corrupção e a falsificação de moeda, contradiz sua premissa de que o Estado existe para o ser humano, pois um Estado que beneficie as pessoas de maneira indivisível é um verdadeiro bem jurídico coletivo, e parte de um argumento histórico equivocado, pois nunca existiu um “período clássico” do moderno direito penal em que bens coletivos sem referência ao indivíduo não eram reconhecidos; b) outra dualista, predominante, que admite a existência tanto de bens jurídicos individuais quanto de bens jurídicos coletivos e verifica, de maneira acertada, que as críticas mais pertinentes, dentro da

teoria político-criminal do bem jurídico, devem ser aquelas relacionadas ao abuso do emprego do conceito de bem jurídico coletivo, o que precisa ser combatido com critérios que distingam os bens jurídicos coletivos merecedores de proteção penal daqueles que não a merecem. Também foi observado que a ideia de combinar a teoria do bem jurídico com os princípios limitadores da incriminação desenvolvidos no sistema anglo-saxão não apresenta bons argumentos para levar o debate da teoria do bem jurídico a um patamar superior. Isso porque, além de tais princípios terem relevantes problemas internos, como obscuridade, indeterminação, psicologismo, subjetivismo, obrigações morais mal explicadas e manipulabilidade discursiva, a proposta de integrá-los de maneira complementar à teoria do bem jurídico sobrecarregaria seus problemas, enquanto a proposta de considerar bem jurídico o resultado derivado desses princípios significaria torná-lo um produto contaminado por seus próprios defeitos e não melhor do que o que hoje já se compreende como bem jurídico.

Também foi possível concluir que a teoria político-criminal do bem jurídico foi colocada em dúvida tanto pela flexibilização de suas exigências, por meio de exceções reconhecidas por seus próprios defensores, quanto por intensos argumentos críticos levantados por seus opositores e pela rejeição jurisprudencial de sua capacidade de limitar o legislador. As exceções mais conhecidas admitidas pelos próprios defensores da teoria do bem jurídico são a) aquelas estabelecidas por Roxin, que entende que nos casos da proteção de embriões, animais e plantas e vida das gerações futuras, a incriminação de condutas é legítima a despeito da inexistência bem jurídico concreto, embora não apresente uma explicação clara a respeito do motivo pelo qual argumentos relacionados a ponderação de interesses devem ser admitidos nesses três casos e não para fundamentar a generalidade dos tipos penais, o que tornaria desnecessária uma teoria do bem jurídico com seus respectivos problemas; b) a ideia de velocidades do direito penal, vislumbrada por Silva Sánchez, segundo a qual deveriam ser reconhecidas uma primeira velocidade, formada pelo direito penal tradicional, na qual subsistem os critérios de imputação e princípios de garantia clássicos, uma segunda velocidade, constituída por proibições de comportamento distantes da criação de perigos reais a bens jurídicos e acompanhadas de flexibilizações de garantias, mas que não estariam sujeitas à pena de prisão, e uma terceira velocidade, dedicada a casos de excepcional gravidade, em que existiria uma flexibilização de regras de imputação e de garantias

com privação de liberdade, de modo a admitir uma distinção em três espécies de direito penal que confunde a chamada segunda velocidade com o já conhecido direito de contraordenações e pretende aplicar sua mesma estrutura, desenvolvida para lidar com condutas de baixo risco, para enfrentar grandes perigos, sem explicar porque tais espécies de perigo não mereceriam pena privativa de liberdade e nem em que medida o mero uso simbólico da expressão “penal” ao direito de contraordenações poderia colaborar com sua evitação, e uma terceira velocidade que confere um grande poder aos dirigentes estatais de intervir na esfera de liberdade das pessoas, já que serão os responsáveis por definir quem, afinal, deve ser submetido a tal velocidade; c) os delitos de comportamento, defendidos com mais segurança por Von Hirsch e Kuhlen, mas que podem levar a problemas ainda mais graves do que os que pretende superar, já que seus argumentos podem ser empregados para fundamentar a incriminação de condutas meramente morais, como o homossexualismo, ou apenas socialmente relevantes, como normas de etiqueta, além de permitir uma ditadura da opinião da maioria e ignorar que a opinião pública a respeito do que é tolerável ou reprovável depende das oscilantes e manipuláveis visões políticas, religiosas, sexuais, etc. Ao lado do reconhecimento de exceções à teoria político-criminal do bem jurídico, também há a posição de recusa a qualquer forma de exceção, de Hassemer, que, apesar de coerente com sua posição monista-pessoal, é isolada da realidade legislativa e deixa uma lacuna de interpretação efetiva de delitos relacionados à proteção de animais, meio ambiente, economia, etc., que tenta suprir por requisitos que são nada mais do que intenções de boa vontade. O estado de dúvida a respeito da teoria político-criminal, como visto, não é alimentado apenas pela hesitação de seus próprios defensores, mas também se aprofundou com críticas doutrinárias intensas direcionadas, em especial, ao seu pressuposto histórico, à imprecisão de seus elementos conceituais e aos seus fundamentos e consequências. Há razão na crítica ao pressuposto histórico da teoria do bem jurídico que tem sido apresentado, pois a tradição liberal que lhe foi atribuída se deve de fato mais ao equívoco dos nacional-socialistas que a combateram sob a crença de que se tratava de fruto do liberalismo. Mas tal pressuposto histórico equivocado é irrelevante como argumento que justifique o abandono de seu sentido político-criminal e serve apenas para pugnar o reparo das narrativas a respeito de sua natureza antecedente. As críticas sobre seus elementos conceituais acertam quanto a obscuridade, vagueza, flexibilidade, relatividade, alto nível de abstração e sobrecarga de personalismo de seus termos, o que significa que a manutenção de uma teoria do bem jurídico que pretenda exercer um

papel limitar e orientador da legislação deve necessariamente buscar superar esses problemas. Já nem todas as críticas relacionadas aos seus fundamentos e consequências são corretas. Elas têm razão quando apontam a falta de argumentos claros que expliquem o que leva algo a ser considerado um bem valioso e merecedor de ser protegido pelo direito penal, mas erram quando acreditam que isso já é um motivo suficiente para abandonar a teoria do bem jurídico. Tampouco são convincentes as críticas sobre sua suposta unidimensionalidade, a ausência de referência à danosidade social, a não-admissão de que é impossível uma proteção absoluta, a falta de capacidade para enfrentar os perigos atuais e sua pretensão de expressar um ideal de justiça suprapositivo. Na verdade, o maior golpe que a teoria do bem jurídico sofreu foi dado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha, que entendeu, ao decidir pela constitucionalidade do delito de incesto, previsto no § 173 do Código Penal alemão, que a teoria do bem jurídico não tem natureza constitucional e que as normas penais não precisam ser submetidas a ela, apesar do voto em sentido contrário de Hassemer, em um julgamento cujos argumentos para demonstrar a inconstitucionalidade do referido delito sequer deveriam ter sido aqueles em torno do conceito de bem jurídico.

Mas a análise das principais alternativas à teoria do bem jurídico em sentido político criminal, que trabalham os fundamentos e limites das normas penais em outras ideias, também permitiu a conclusão de que nenhuma das propostas é menos defeituosa ou tem maior capacidade de rendimento. A ideia de garantia da validade da norma, de Jakobs, peca por apresentar argumentos que giram em torno de um sistema social voltado a si mesmo, cuja preocupação maior é a mera obediência dos cidadãos e podem ser perfeitamente empregados para legitimar um regime totalitário. E a noção de direito penal do inimigo, também desenvolvida por Jakobs, sequer pode fazer parte da ciência do direito penal por ser nociva, como conceito legitimador-afirmativo, inimaginável, como conceito descritivo e desnecessária, como conceito crítico, além de conferir poder excessivo ao detentor do poder, responsável por definir quem é o inimigo, e remeter a experiências de Estados autoritários. Também a proposta de Amelung, que se baseia numa teoria dos sistemas e na ideia de danosidade social, não apresenta um raciocínio superior ao da teoria político-criminal do bem jurídico, pois ao se referir à funcionalidade sistemática de um comportamento como o ponto central de seu pensamento preocupa-se em proteger não a própria pessoa, mas em manter intacto o

sistema social, enquanto a noção de conduta que gera danosidade social é vazia de conteúdo. Tampouco a ideia de consenso normativo fundamental na sociedade, levantada por Stratenwerth, oferece um critério mais sólido do que o da teoria do bem jurídico, pois há na sociedade um número muito grande e diversificado de opiniões das quais não decorre um resultado claro, a predominância social das convicções a respeito de proibições de conduta depende dos muitos e diversos momentos e não apresenta nenhuma meta-regra quanto à legitimidade da proibição penal. Também a teoria da proteção dos direitos dos outros, desenvolvida por Hörnle, embora interessante, não apresenta argumentos melhores, pois não se afasta das mesmas valorações relacionadas ao contexto temporal e cultural da teoria do bem jurídico e confunde violação ao poder de disposição da vítima sobre algo com o seu próprio direito ou interesse em algo. Igualmente não podem ser considerados critérios mais adequados a cultura e o princípio da tolerância, nos termos defendidos por Vogel, Hilgendorf e Thommen, já que, como ao legislador cabe escolher o bem cultural merecedor de proteção penal, conduz ao mero decisionismo, gera tensão com a finalidade do direito penal de proteger um convívio social pacífico, permite uma forma de chauvinismo cultural e não se compatibiliza com o direito penal liberal quando apresenta argumentos que podem justificar a incriminação de violações a tabus e delitos de mero comportamento, enquanto o referido princípio da tolerância, além de indeterminado, ignora estados de submissão de grupos de pessoas no interior da minoria cultural e não indica quais os critérios para se determinar o que é importante no debate sobre a tolerância. E tampouco a proporcionalidade e a democracia, como acreditam o Tribunal Constitucional da Alemanha, Gärditz e Stuckenberg, podem levar ao abandono da teoria político-criminal do bem jurídico ou justificar, por si só, a legitimidade de uma incriminação, já que, na defesa de uma teoria político-criminal do bem jurídico, também há referência ao princípio da proporcionalidade e seu raciocínio pode servir para concretizar a proibição de excesso no direito penal, como uma análise específica jurídico-penal da proporcionalidade. Além disso, o processo democrático de decisão de uma incriminação deve envolver argumentos racionais debatidos nos estágios deliberativos prévios à votação do parlamento, que podem ser fornecidos por uma teoria da incriminação coerente e clara. A democracia parte dos mesmos pressupostos de um direito penal liberal que respeita a autonomia e a autodeterminação do indivíduo, valores que não se compatibilizam com a admissão de um relativismo puro, e sua prática inclui a crítica,

que é muito importante para não deixar o legislador, mesmo regularmente eleito, num patamar de ser infalível.

O essencial dessas conclusões preliminares pode, então, ser resumido em algumas constatações básicas. A teoria do bem jurídico em sentido político-criminal tem problemas conceituais e de conteúdo, tem fracassado na tarefa que se atribuiu de balizar o legislador penal, tem perdido crédito na discussão da literatura, mas nenhuma proposta, nem de sua complementação pelos princípios limitadores anglo-saxões, nem de sua substituição ou esvaziamento pelas alternativas disponíveis no mercado doutrinário ou jurisprudencial apresentam argumentos melhores ou de capacidade de rendimento mais acentuada do que aqueles que já fazem parte de seu debate há décadas. E tais constatações, por sua vez, levam a duas conclusões fundamentais, mesmo que provisórias. Em primeiro lugar, sim, a teoria do bem jurídico ainda vive, mas precisa, se quiser avançar em algum sentido evolutivo e não continuar a andar em círculos, superar a obscuridade de seus elementos conceituais e materiais. Em segundo lugar, a ambicionada tarefa de limitar o poder estatal de incriminar é um fardo muito pesado para que seja desempenhada exclusivamente pela estrutura de seu raciocínio, cujo potencial argumentativo não alcança aspectos relevantes da liberdade de comportamento. E está justamente na ideia de liberdade, na valoração de dois de seus aspectos fundamentais e na presença de um nexo de relevância entre a valoração desses dois aspectos, o que pode ajudar a elaborar uma construção teórica fornecedora de argumentos racionais que sirvam de critério político-criminal para o exame da legitimidade de normas penais, em vigor ou futuras, conforme o ambiente democrático, e também para esclarecer os elementos integrantes da noção de bem jurídico e o papel que pode exercer numa construção com tais características. Esse pensamento, que será aqui defendido, permite uma análise da legitimidade da norma penal em três fases, uma pressuposta da outra, cujo resultado conjunto forma um filtro argumentativo mais completo do que o conceito de bem jurídico, considerado em tal raciocínio elemento de apenas uma de suas fases sucessivas. A primeira fase corresponde à valoração da liberdade da pessoa na esfera em que apenas ela pode tomar decisões, isto é, a liberdade no aspecto de autonomia, da qual se extrai um núcleo intocável que não pode ser ponderado e, portanto, sofrer intervenção do direito penal. A valoração da liberdade como autonomia fundamenta o respeito que o legislador penal deve ter em relação à sua esfera intocável e a ilegitimidade da proibição penal de comportamentos que a integrem.

A segunda fase corresponde à valoração da liberdade concreta de se realizar aquilo que valoriza, ou seja, a liberdade no aspecto de liberdade substantiva, caracterizada por um âmbito de oportunidades conferido pelo bem jurídico ao seu titular, da qual se extrai quais dados da realidade fática são merecedores de proteção penal. A valoração da liberdade como liberdade substantiva fundamenta o conceito de bem jurídico e o seu merecimento de proteção penal, de modo a considerar ilegítimas incriminações que não protejam bens jurídicos merecedores de proteção penal segundo as características que lhes dão conteúdo. A terceira fase é a presença de um nexo de relevância entre a valoração da liberdade como autonomia e a valoração da liberdade como liberdade substantiva, que se manifesta como um nexo de afetação negativa relevante entre o indicado comportamento fora da esfera da autonomia e o indicado bem jurídico merecedor de proteção penal. A análise de cada uma dessas fases pressupõe a superação da fase anterior e o cumprimento de todas revela apenas que foram preenchidos os pressupostos necessários para uma incriminação, mas não suficientes ou mandamentais, isto é, o legislador penal não está obrigado a proibir penalmente uma conduta imaginada apenas porque está fora do núcleo intocável da autonomia da pessoa e é possível a cogitação de um bem jurídico merecedor de proteção penal e de uma relação de afetação negativa relevante entre o comportamento imaginado e o bem jurídico merecedor de proteção penal cogitado. O legislador ainda permanece livre para decidir incriminá-la de acordo com a sua política criminal, o que deve naturalmente observar o procedimento de deliberação no parlamento e as balizas constitucionalmente previstas. Mas nos casos em que a incriminação não estiver apta a superar esse filtro trifásico, a obstrução teórica revelará a ilegitimidade e a arbitrariedade da proibição penal e, por conseguinte, do uso do direito penal pelo legislador. Tal raciocínio parece amplo o suficiente para realizar um exame que alcance diferentes planos da conduta incriminada (ou que se pretende incriminar) e, ao mesmo tempo, restrito o bastante para fornecer ao debate argumentos político-criminais mais precisos sobre os limites do poder de intervenção penal do Estado.

4.2 A primeira fase do filtro de legitimidade: comportamento fora da esfera intocável da autonomia da pessoa

A construção do filtro trifásico de legitimidade das normas penais que aqui se propõe, como acima adiantado, parte da ideia de liberdade como o centro de gravidade

de seus argumentos. Mas a despeito desse ponto de partida, não se pretende o aprofundamento de conceitos filosóficos nem qualquer forma de contribuição a discussões específicas da filosofia ou da teoria da justiça sobre a noção de liberdade. O presente estudo partirá daqui para uma análise cujo aproveitamento de conceitos desenvolvidos na filosofia do direito penal e na teoria da justiça, particularmente de origem anglo-saxã, é realizado para dar conteúdo e auxiliar na compreensão do raciocínio desenvolvido nos tópicos seguintes. Não há, portanto, o objetivo defender uma transposição de princípios penais limitadores, no sentido do estudado no item 1.5, já que, como visto, neles há tantas insuficiências que apenas poderiam ser admitidos como reforço argumentativo paralelo às conclusões aqui apresentadas. Os conceitos de origem anglo-saxã serão aproveitados para esclarecer em que sentido se valora os respectivos aspectos da noção de liberdade correspondentes a cada fase, como acima adiantado.

A primeira fase do filtro de legitimidade é fundamentada na valoração da liberdade como autonomia, a esfera intocável e impoderável em que apenas a pessoa pode tomar decisões. Na filosofia, o principal responsável pelo desenvolvimento do conceito de autonomia é considerado Kant, que faz uma distinção entre autonomia e heteronomia. Para Kant, autonomia é o imperativo moral que o sujeito adota racional e livremente como sua política moral, enquanto heteronomia é a ordem que vem do outro, os comandos morais que vêm do Estado e da sociedade.⁴⁰⁸ A autonomia, conforme o conceito kantiano, vincula-se, assim, à liberdade de se adotar, racionalmente, um imperativo moral como política moral. Essa identificação entre autonomia e liberdade é predominante nas diversas definições propostas depois de Kant. Para Agnew, por exemplo, o sujeito autônomo é o ser livre, sem impedimentos, que não está submetido a coação ou vício de discernimento, pois quem tem autonomia tem poder sobre si mesmo, é capaz de resistir à imposição dos outros e pode se conduzir sem nenhuma permissão.⁴⁰⁹ Para Norman, a pessoa autônoma desfruta da capacidade de se autodeterminar, de controlar a própria vida.⁴¹⁰ Para Martinelli, autonomia é a liberdade

⁴⁰⁸ KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Berlin: Verlag von L. Heimann, 1870, p. 67.

⁴⁰⁹ AGNEW, Robert. *Autonomy and delinquency*. In: *Sociological perspectives*, vol. 27, n. 2, apr. 1984, Oakland: University of California Press, 1984, p. 220.

⁴¹⁰ NORMAN, Richard. *Autonomy in applied ethics*. In: HONDERICH, Ted (Ed.). *The Oxford companion to philosophy*, Second Edition. New York: Oxford University Press, 2005, p. 72.

de a pessoa decidir algo.⁴¹¹ Para McLeod, ser autônomo não necessariamente significa agir racionalmente, mas exercitar a habilidade psicológica de governar a si mesmo ou de ser verdadeiro consigo mesmo, bem como de ter certos direitos ou de escolher livremente, pois pessoas com autonomia fazem o que elas desejam, desejos que devem ser autênticos, pois ter autonomia, em sua opinião, é ser verdadeiro a si mesmo e não aos outros.⁴¹²

Mas a concepção que se adequa melhor aos fins que se pretende dar à ideia de autonomia nesse trabalho, por apresentar um conjunto detalhado de características, é a desenvolvida por Feinberg sobre a condição necessária para que uma pessoa seja uma pessoa autônoma, vista no item 1.5.2. Em tal conceito de autonomia como condição, Feinberg expõe as virtudes que condiciona o indivíduo ao autogoverno.⁴¹³ A primeira é a autoposse, que significa estar na posse de si mesmo e não ser propriedade nem se submeter à posse de outra pessoa. A segunda é a autoidentidade ou individualidade, que quer dizer não ser um mero reflexo de outra pessoa que não tem senso de sua própria identidade. A terceira é a autenticidade ou autosseleção, que significa que os desejos, as vontades, os sentimentos do indivíduo autônomo são geralmente seus, de modo que ele não atua como mero porta-voz ou representante de outrem.⁴¹⁴ A quarta é a autocriação ou autodeterminação, que quer dizer que uma pessoa autônoma é um “*self-made man*”, no sentido de que adota um processo de recriação por meio da acomodação racional de novas experiências e antigas políticas que leva a uma maior coerência e flexibilidade.⁴¹⁵ A quinta é a autolegislação, que é a capacidade de criar suas próprias regras morais, ou seja, de ter não apenas preferências e opiniões que sejam suas, mas, também, convicções morais e princípios seus de maneira autêntica.⁴¹⁶ A sexta é a autenticidade moral, que significa o enraizamento das convicções morais e princípios em seu próprio caráter.⁴¹⁷ A sétima é a independência moral, que se assemelha à soberania das nações-estado, como uma independência de fato apesar das convenções sociais.⁴¹⁸ A oitava é a integridade ou fidelidade a si mesmo, que significa que a pessoa autônoma é fiel aos

⁴¹¹ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal – limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais*. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 143.

⁴¹² MCLEOD, Carolyn. *How to distinguish autonomy from integrity?* In: Canadian Journal of Philosophy, volume 35, number 1, March 2005, Alberta: University of Calgary Press, 2005, p. 109.

⁴¹³ FEINBERG, Joel. *Harm to self*, New York: Oxford University Press, 1986, p. 32.

⁴¹⁴ FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, 1986, p. 32.

⁴¹⁵ FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, 1986, p. 33-35.

⁴¹⁶ FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, 1986, p. 35-36.

⁴¹⁷ FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, 1986, p. 36-39.

⁴¹⁸ FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, 1986, p. 39-40.

seus próprios princípios.⁴¹⁹ A nona é o autocontrole ou autodisciplina, que quer dizer que a pessoa está no controle de si mesma.⁴²⁰ A décima, a autoconfiança, que significa não depender dos outros e poder dispensar o que é indesejável.⁴²¹ A décima primeira é a iniciativa, segundo a qual pertencem à pessoa autônoma seus projetos, empreendimentos, planos e estratégias.⁴²² A décima segunda é a responsabilidade por si mesmo, que é a capacidade de assumir responsabilidade em relação as suas próprias atitudes, o que significa que se faz uma escolha voluntária deve responder por suas consequências.⁴²³ O conteúdo dessas virtudes esclarece o sentido de autonomia que aqui é adotado e em relação ao qual é possível vislumbrar duas posições distintas dentro do raciocínio trifásico proposto para a verificação da legitimidade de uma norma penal. A primeira posição é a de servir de fundamento a essa primeira fase de análise, quando delimita a esfera nuclear intocável dentro da qual apenas o sujeito pode tomar decisões. A segunda posição é a de funcionar, em alguns casos, como um bem jurídico merecedor de proteção penal, que pode ser afetado por um comportamento por sua vez fora da esfera de autonomia de quem o pratica, o que somente pode ser averiguado na segunda fase. Mas isso será explicado melhor adiante.

A identificação de um conceito de autonomia satisfatório ainda implica, porém, na necessidade de reconhecer os seus limites. Martinelli afirma que quem é autônomo pode agir com liberdade, porém, uma liberdade que significa a ausência de constrangimentos ou compulsão, pois o indivíduo atua conforme a sua vontade, mas dentro de alguns limites. Ele explica que como as pessoas vivem em grupos, comunidades e sociedades junto de outras pessoas que também pretendem o reconhecimento de sua autonomia, há uma limitação ao exercício da autonomia de cada um. Em sua opinião, a liberdade de agir não pode ser plena no Estado democrático de direito, que se estabelece sob o império da lei e que tem por função limitar a liberdade de comportamento com o objetivo de atingir o bem comum. Por isso, todos os integrantes da sociedade, além do indivíduo que desfruta da própria autonomia, são sujeitos detentores de direitos, e cada sujeito deve considerar a existência não somente de si mesmo, mas também dos outros. Martinelli compreende, então, que o estágio mais avançado da ética é aquele em que o sujeito leva em consideração a igualdade dos

⁴¹⁹ FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, 1986, p. 40.

⁴²⁰ FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, 1986, p. 40-42.

⁴²¹ FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, 1986, p. 42.

⁴²² FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, 1986, p. 42-43.

⁴²³ FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, 1986, p. 43-44.

direitos humanos e o respeito à dignidade dos seres humanos, como pessoas individualmente consideradas, de modo que o máximo respeito à autonomia do indivíduo deve ser exercido de uma maneira não egoísta, pois individualidade não se confunde com egoísmo.⁴²⁴ Mas a argumentação de Martinelli, ao pretender que os limites da autonomia sejam reconhecidos conforme o seu exercício aconteça de maneira ética e não egoísta, tem o problema de ignorar que cada indivíduo tem as suas próprias noções de ética e egoísmo e o que não se enquadra num evidente e difundido consenso sobre tais questões, o que não é frequente, fica legado ao arbítrio interpretativo. Já Greco estabelece os limites da autonomia em algumas diretrizes adicionais que determinam seu conceito originário de autonomia. Para tanto, apresenta a ideia de universalizabilidade, segundo a qual, como todos os seres são portadores de autonomia, a esfera de autonomia de um não pode negar a esfera de autonomia de outro, mas com ela se compatibilizar. O conteúdo da esfera de autonomia, segundo Greco, deve se compatibilizar com ela, de modo a ser reconhecido de igual forma a todos os seres humanos. Greco esclarece que o seu conceito de universalizabilidade não se confunde com o de Kant, pois, em sua opinião, a universalizabilidade é tratada pelos intérpretes de Kant como pressuposto suficiente para que uma ação seja considerada correta, enquanto o conceito desenvolvido por ele pretende funcionar apenas como pressuposto necessário para que uma ação possa ser considerada como pertencente à esfera de autonomia do sujeito. Por isso, Greco afirma que a indagação a ser respondida por seu conceito é diferente daquela discutida na literatura sobre Kant.⁴²⁵ Greco explica que a sua noção de universalizabilidade significa, em primeiro lugar, que a realização de uma determinada conduta não pode ser um privilégio reconhecido a apenas alguns poucos escolhidos. Assim, ele exemplifica que explodir uma bomba em sua própria residência não pertence à esfera de autonomia do sujeito porque não é possível que esse comportamento seja praticado de maneira simultânea por várias pessoas, uma vez que a explosão da primeira bomba já excluiria que o vizinho fizesse o mesmo. Para Greco, uma conduta apenas faz parte da esfera de autonomia se a sua realização por um sujeito não excluir que outros também a realizem, o que significa que a autonomia de um indivíduo não pode colidir com a de outro, pois, do contrário, a autonomia de um prevaleceria às custas da autonomia do outro, de modo a ter mais valor e a configurar

⁴²⁴ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal – limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais*. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 146-147.

⁴²⁵ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2010, p. 95-96.

um verdadeiro privilégio. Greco afirma que, na hipótese de acontecer uma colisão, é preciso promover uma ponderação, o que quer dizer que o raciocínio já saiu do âmbito absolutamente protegido e imponderável da autonomia. E observa que tais considerações conduzem à noção de respeito à autonomia de terceiros ou à denominada proibição de instrumentalização, bem como à conclusão de que o reconhecimento de todo indivíduo autônomo tem relação com a ideia de que a autonomia não é um privilégio e precisa ser universalizável. Greco explica, então, que três ideias se vinculam de maneira íntima: a) a autonomia não é um privilégio; b) autonomia não colide com autonomia; e c) autonomia pressupõe respeito pela autonomia do outro. Mas deixa em aberto se elas se relacionam entre si como razão e consequência, se são apenas sinônimos ou se manifestam como três aspectos de uma mesma ideia geral de universalização. Greco sustenta, porém, que a não-universalizabilidade proposta por ele significa somente que a conduta não é meramente privada, ou seja, não está abrangida pela esfera de autonomia do sujeito, e esclarece que isso ainda não responde se a conduta pode ser punível, mas que também interessa aos outros, não apenas a quem pratica, e pode interessar ao Estado se atendidas outras exigências.⁴²⁶

Greco também afirma que a universalização pressupõe uma determinada igualdade, pois um indivíduo apenas pode aquilo que todos também podem. Isso o leva a indagar se o mesmo critério também poderia ser dirigido a um desigual, como, por exemplo, uma criança, um enfermo mental ou um animal, uma vez que entende falha qualquer teoria que acrescentasse ao âmbito do que não pode ser punido os maus-tratos de crianças ou enfermos mentais, a pornografia infantil ou a crueldade com animais. Greco admite que o critério do privilégio e o da colisão não chegam, à primeira vista, com clareza a esse resultado, pois crianças, doentes mentais e animais aparentemente não dispõem de capacidades intelectuais para exercer direitos no mesmo nível dos direitos do agente com os quais podem colidir. Mas afirma que tal primeira impressão não é correta, o que se esclarece a partir de uma reflexão adicional, qual seja, a de que a ideia de autonomia também pode ser empregada a seres mais fracos desde que sejam reconhecidos níveis de autonomia, de modo que até mesmo o mais baixo merece algum respeito. Greco explica que o mais baixo nível de autonomia é o da autonomia preferencial, *preference autonomy*, que pressupõe apenas a capacidade de ter desejo, *desire*, e uma opinião, *belief*, o que permite uma atuação consciente no sentido da

⁴²⁶ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2010, p. 96-97.

satisfação do desejo. Greco acredita que também crianças, enfermos mentais e animais geralmente são capazes disso e afirma que o sujeito mais forte, no qual também outros níveis mais elevados de autonomia são manifestados, não pode atribuir a si mesmo um privilégio como se apenas ele pudesse agir de acordo com a sua autonomia preferencial, o que significa que a sua esfera de autonomia não pode colidir com a afirmativa de que os mais fracos possuem uma autonomia menos completa, mas que merece dele o respeito devido. Para Greco, então, daí decorre um quarto aspecto da ideia de universalização, referida aos mais fracos, que ele denomina proibição de exploração. Ele novamente esclarece que nesse ponto são desenvolvidos apenas critérios para determinar quando a esfera de autonomia é ultrapassada, isto é, a exploração no sentido da falta de conhecimento da autonomia preferencial de uma criança, de um indivíduo mentalmente enfermo ou de um animal, o que não quer dizer, segundo sua opinião, que já se está diante de um comportamento que merece ser proibido, mas apenas de um comportamento que já não mais pertence à esfera de privacidade ou autonomia de quem atua.⁴²⁷

Há acertos nas considerações de Greco, mas também há uma imprecisão essencial, que deve ser enfrentada em primeiro lugar. A correspondência do conceito de universalizabilidade com a ideia de um comportamento que não pode ser praticado por várias pessoas simultaneamente, de modo que uma conduta apenas pertence à esfera de autonomia se a sua prática por um indivíduo não exclui que outros indivíduos ao mesmo tempo ou imediatamente também a pratiquem, não explica se todos os comportamentos que podem ser praticados sem que isso signifique impedir que outras pessoas também os pratiquem já integram o núcleo imponderável da autonomia e, portanto, o âmbito do que não pode ser punido; ou se apenas já é de se excluir desde logo desse âmbito aquelas condutas que sempre impliquem na impossibilidade de sua prática por outras pessoas, mas, em relação àquelas que não impliquem em tal impossibilidade, ainda é necessário submetê-las a um critério adicional para definir se realmente fazem parte da esfera da autonomia. Se a ideia é mesmo a de que já integram o âmbito não punível da esfera da autonomia todas as condutas que podem ser praticadas sem que impeçam que sejam praticadas por outras pessoas, será preciso reconhecer como parte integrante desse âmbito não punível comportamentos como a ameaça, pois dois sujeitos podem ao mesmo tempo ameaçar um ao outro e uma ameaça não impede que o ameaçado

⁴²⁷ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2010, p. 97-98.

imediatamente também ameace quem o ameaçou ou ameace outra pessoa que, por sua vez, também pode ameaçar quem a ameaçou ou ameaçar outra pessoa e assim sucessivamente; ou a lesão da honra, pois, da mesma forma, dois sujeitos podem ao mesmo tempo ferir a honra um do outro, alguém pode ferir a honra de alguém e imediatamente ter a honra ferida por essa mesma pessoa, que também pode ferir a honra de outra pessoa, que, por sua vez, também pode ferir a honra de quem feriu sua honra ou ferir a honra de outra pessoa e assim também sucessivamente. Uma tal conclusão, evidentemente, é inadequada. Mas se o critério apenas exclui desde logo da esfera de autonomia aquelas condutas que sempre implicam na impossibilidade de sua prática simultânea por outras pessoas e, quanto àquelas que não implicam em tal impossibilidade, ainda é necessário submetê-las a um critério adicional para definir se realmente fazem parte da esfera da autonomia, estará nesse eventual último critério, não esclarecido, o ponto verdadeiramente relevante para delimitar o núcleo da autonomia, não na universalizabilidade conforme o raciocínio proposto. A despeito, porém, dessa questão, Greco apresenta conclusões que merecem acolhida. A autonomia de uma pessoa não pode colidir com a de outro indivíduo, pois, do contrário, realmente prevaleceria às custas da outra, a autonomia de um valeria mais do que a do outro e isso seria, com efeito, um privilégio. É certo que a ocorrência de uma colisão leva a uma necessidade de ponderação, que já ultrapassa o âmbito do absolutamento protegido e imponderável da esfera de autonomia. As três ideias que propõe, de que a autonomia não é um privilégio, autonomia não colide com autonomia e autonomia pressupõe respeito pela autonomia de terceiro, podem ser consideradas sinônimas, pois considerar que a autonomia não é um privilégio já quer dizer que não colide com outra autonomia e pressupõe respeito pela autonomia do terceiro; assim como afirmar que autonomia não colide com autonomia significa que não é um privilégio e também pressupõe respeito pela autonomia de terceiro; e sustentar que a autonomia pressupõe respeito pela autonomia é o mesmo que defender que autonomia não é um privilégio e que autonomia não colide com autonomia. Para fins didáticos, nesse trabalho optou-se pela expressão “autonomia não colide com autonomia”, já que manifesta com maior clareza a ideia de colisão, que, de fato, é a melhor para compreender os limites da autonomia.

Mas a colisão, conforme o sentido aqui adotado, de maneira distinta do que propõe Greco para dar contorno ao seu conceito de universalizabilidade, não significa um impedimento a que outra pessoa pratique necessariamente a mesma conduta. Isso levaria ao problema da ameaça e da violação à honra acima exposto. O sentido é o de

impedimento a que outra pessoa exerça alguma das virtudes do sujeito autônomo, indicadas por Feinberg em seu conceito de autonomia como condição. A universalizabilidade aqui entendida, portanto, também quer dizer que autonomia não colide com autonomia, mas porque autonomia não colide com o exercício por outra pessoa das virtudes que tornam uma pessoa autônoma e condicionam ao autogoverno, ou seja, não colide com o exercício das virtudes que integram o conceito de autonomia como condição. Assim, no caso da ameaça, tal comportamento não integra a esfera intocável, imponderável e não punível da autonomia, porque colide com o exercício, pelo ameaçado, da virtude do autocontrole, que significa a pessoa estar no controle de si mesma, pois quem é ameaçado faz coisas devido à coação, deixa de fazer coisas para evitar as consequências negativas prometidas pelo ameaçante ou as faz preocupado com sua concretização, o que limita o controle que exerce sobre si mesmo; colide, além disso, a depender do grau da ameaça, com o exercício, pelo ameaçado, da virtude da responsabilidade por si mesmo, que é a capacidade de assumir responsabilidade em relação às suas próprias atitudes, segundo a qual quem faz uma escolha voluntária deve responder por suas consequências, pois pode levar à exclusão da responsabilidade de tal maneira que quem pratica o ato sob ameaça não responda por suas consequências. A lesão da honra tampouco faz parte do núcleo intocável, impoderável e não punível da autonomia, porque colide com o exercício, pela vítima, das virtudes da autenticidade, pois prejudica que ela concretize seu desejo, sua vontade e seu sentimento de manutenção de uma boa reputação no seio da sociedade; da autolegislação, pois impede que a vítima realize a sua convicção moral de que é preciso manter uma boa reputação; e da autenticidade moral, quando a manutenção de uma boa reputação é uma convicção moral enraizada em seu próprio caráter. O que se entende por universalizabilidade aqui, então, é a possibilidade do exercício por todos de todas as virtudes que fazem de uma pessoa uma pessoa autônoma. Se o comportamento impede o exercício por alguém de alguma das virtudes da pessoa autônoma, contraria o estado de exercício por todos de todas as virtudes que condicionam ao autogoverno e se situa, portanto, fora do núcleo imponderável e intocável da autonomia da pessoa que o pratica, pois somente ela teria o privilégio de ser considerada pessoa autônoma no pleno exercício de todas as virtudes que condicionam ao autogoverno. Mas embora a definição de universalizabilidade aqui empregada - a ausência de colisão com o exercício de uma das virtudes da pessoa autônoma - seja distinta da proposta por Greco, que se constitui pelo não impedimento da prática do mesmo comportamento por outras pessoas, a função que exerce é a

mesma, pois a não-universalizabilidade aqui também manifesta apenas o reconhecimento de que o comportamento não integra a esfera intocável da autonomia e não significa ainda uma resposta sobre se pode ser considerado punível.

Assim, já é possível esclarecer o que aqui se entende por autonomia em sentido jurídico-penal e o papel que desempenha na primeira fase do filtro trifásico proposto nesse trabalho. A valoração da liberdade no aspecto de autonomia reconhece a existência de um núcleo intocável que não pode ser ponderado pelo legislador penal e do qual devem ficar fora qualquer proibição penal e fundamenta, por conseguinte, o respeito que o legislador penal deve ter em relação à autonomia da pessoa e a ilegitimidade da incriminação de comportamentos que façam parte dela. Tais comportamentos integrantes do núcleo intocável da autonomia da pessoa são aqueles que respeitam a universalizabilidade do exercício da autonomia, ou seja, o exercício por todos de todas as virtudes que fazem de um sujeito um sujeito autônomo. O respeito à autonomia da pessoa, como afirma Greco, significa o reconhecimento da existência de um âmbito dentro do qual apenas ela pode tomar decisões.⁴²⁸ Quem viola a autonomia pratica uma conduta que colide com o exercício das virtudes que permitem à pessoa a existência desse âmbito em que apenas ela pode tomar decisões. Essa colisão pode acontecer por meio do aproveitamento de uma posição de superioridade para interferir nesse núcleo de liberdade e heterodeterminar seu detentor, que é mais fraco do que aquele que o heterodetermina, como ocorre na posição do cidadão diante do Estado. Por isso, devem ser levadas a sério as observações de Shklar no sentido de que, como é inevitável a desigualdade do poder militar, político e persuasivo chamado governo, é justificável ter sempre receio dele. Como Shklar explica, é possível ser menos inclinado a celebrar as bênçãos da liberdade e levar em consideração os perigos da tirania para conceber que as unidades básicas da vida política não são simplesmente formadas por pessoas que fazem reflexões ou digressões, por amigos ou inimigos, por soldados-cidadãos patriotas, por litigantes enérgicos, mas também por fracos e poderosos, e a liberdade que se pretende assegurar também deve ser a liberdade contra as condutas de abuso do poder e intimidação do indefeso às quais essa diferença de força convida. É preciso, então, considerar, como faz Shklar, que esse receio não é errado quanto a ideologias obsessivas que se concentram na noção de totalitarismo, mas tais ideologias

⁴²⁸ GRECO, Luís. *Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? – Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*. In: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 3. Jahrgang, Ausgabe 5, 2008, p. 237. Disponível em: <http://zis-online.com/dat/artikel/2008_5_235.pdf>

são apenas a extremidade da violência institucionalizada e pensar apenas nelas quase implica em acreditar que qualquer coisa que seja menos radicalmente destrutiva não deve despertar maiores preocupações. A justificativa de liberalismo que Shklar chama de “liberalismo do receio” se refere, com igual sobressalto, ao abuso dos poderes públicos em todos os regimes, pois se preocupa com o excesso praticado por agentes oficiais em qualquer nível de governo e assume que todos eles estão aptos a oprimir os mais fracos de maneira grave. Isso significa o reconhecimento, amplamente justificado por cada página da história política, de que alguns agentes de governo se comportarão fora da lei e com brutalidade, cuja intensidade poderá ser baixa ou alta, sem que se possa, na maior parte das vezes, evitá-los de fazer isso.⁴²⁹ Não é exagero ter preocupação em relação a qualquer norma penal que possa violar a esfera de autonomia da pessoa, pois sempre manifesta a autorização primeva, concedida pelo legislador, para que agentes do aparato estatal intervenham de maneira excessiva na liberdade dos cidadãos e os desrespeitem como seres dignos de autogoverno, ainda que não se esteja diante de um Estado considerado totalitário. A adoção desse primeiro filtro de legitimidade, portanto, cumpre a função de demonstrar desde logo que a norma penal não pode ser considerada legítima quando viola o mais básico núcleo digno de respeito da liberdade da pessoa: o de sua autonomia, que deve ser sempre admitido como intocável, imponderável e não punível.

4.3 A segunda fase do filtro de legitimidade: existência de bem jurídico merecedor de proteção penal

A teoria do bem jurídico em sentido político-criminal assume um peso acima de sua capacidade argumentativa ao se autoatribuir a missão de questionar a legitimidade das normas penais sem considerar que o esclarecimento de limites racionais ao poder do legislador penal depende da valoração sobre o merecimento de respeito e proteção de distintos aspectos da noção de liberdade. O raciocínio consistente em apresentar um conceito e dele retirar explicações que se pretendam convincentes para escrutinar toda hipótese de proibição penal, apenas com a pergunta sobre o que ela está a proteger, é por si mesmo fadado a resultar em expectativas frustradas. A falta de reconhecimento de uma barreira anterior, que identifique a ilegitimidade da proibição penal

⁴²⁹ SHKLAR, Judith N. *The liberalism of fear*. In: ROSENBLUM, Nancy L. (ed.). *Liberalism and the moral life*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1989, p. 27-28.

independentemente da questão sobre o que ela pretende proteger, mas simplesmente por ter entrado num campo imponderável, que não admite a intrusão do poder estatal, situa o exame da norma penal apenas na indagação sobre o objeto protegido, cuja resposta não é em todos os casos satisfatória para compreender o que nela há de errado. Essa insuficiência indica que o mais adequado não é considerar a teoria do bem jurídico o ponto de referência exclusivo da análise da legitimidade da incriminação, mas apenas uma das três fases - a segunda fase - do filtro teórico aqui proposto, orientado pela valoração de dois aspectos da liberdade e do nexos normativo de relevância entre a valoração desses dois aspectos. Considerar a teoria do bem jurídico, assim, como somente uma das fases da análise da legitimidade das normas penais não significa diminuir sua importância, mas, ao contrário, reavivá-la, já que a posiciona na localização propícia para o desenvolvimento sem exigências acima de sua capacidade de rendimento e lhe permite contribuir com argumentos focados no cumprimento do papel exercido por essa segunda fase, mais precisos e consistentes do que o recurso a expressões vagas e genéricas, necessário para dar conteúdo a abordagens generalistas e difusas. Mas o mero deslocamento de um raciocínio autônomo para um papel específico dentro de uma teoria de três fases não é uma fórmula mágica que, por si só, leva à superação imediata dos problemas de seu conceito, que continuam a exigir uma reelaboração que explique por que algo é um bem jurídico merecedor de proteção penal e tem importância fundamental para o seu titular.

O ponto de partida para a redefinição da ideia de bem jurídico merecedor de proteção penal que nesse tópico será proposta é a valoração da liberdade no sentido de liberdade substantiva, isto é, a liberdade concreta de realizar, de acordo com a livre escolha, aquilo que se valoriza. Há aqui uma mudança de patamar e aspecto da noção de liberdade, pois, enquanto a primeira fase cuida do exame da autonomia, do âmbito de liberdade dentro do qual apenas a pessoa pode tomar decisões que sejam dela própria, a segunda fase trata da análise da liberdade substantiva, do âmbito de oportunidades que a pessoa dispõe para concretizar, conforme a sua escolha, o que valoriza. Chegar nesse segundo plano significa que já se concluiu, ao menos, que o comportamento penalmente proibido está fora do núcleo de autonomia de quem o pratica, por colidir com o exercício, por outra pessoa, das virtudes que condicionam um sujeito autônomo, e o raciocínio deve prosseguir para verificar se a proibição penal protege um bem jurídico merecedor de proteção penal. Para situar o leitor a respeito da principal influência teórica sobre a reelaboração do conceito de bem jurídico aqui defendida, consequência

de sua reinterpretação a partir da perspectiva da liberdade substantiva, será apresentada uma explicação preliminar sobre a abordagem das capacidades e algumas de suas principais conclusões. Mas como a referência à abordagem das capacidades procedida nesse trabalho não tem qualquer outra pretensão além de realizar um mero aproveitamento de determinados conceitos interessantes para o desenvolvimento da proposta aqui defendida sobre o que deve ser considerado bem jurídico merecedor de proteção pelo direito penal, o tópico seguinte será meramente expositivo e não emitirá juízos próprios sobre discussões internas irrelevantes para o presente trabalho.

4.3.1 Explicação prévia necessária: a liberdade substantiva segundo a abordagem das capacidades

A abordagem das capacidades sustenta uma teoria da justiça que parte da perspectiva de que cada pessoa é um fim em si mesma e questiona não apenas o bem-estar total ou médio de cada um, mas as oportunidades que lhe são disponíveis. Esse entendimento foca numa noção de liberdade segundo a qual as sociedades crucialmente boas devem promover para os seus membros um conjunto de oportunidades, liberdades substanciais, que podem ser ou não exercidas pelas pessoas, pois a escolha é delas.⁴³⁰ As suas principais bases teóricas foram desenvolvidas pelos trabalhos de Sen e Nussbaum, mas têm recebido a constante contribuição de diversos estudiosos, como, por exemplo, Alkire, Deneulin, Crocker e Robeyns, o que colabora para que sua repercussão atinja distintos campos científicos, como a filosofia da justiça, a economia e as ciências sociais. No sentido dado pela abordagem das capacidades, a liberdade é valiosa ao menos por duas diferentes razões. Em primeiro lugar, porque dá mais oportunidade para a busca de objetivos, ou seja, para a busca de tudo aquilo que se valoriza, e colabora, por exemplo, com a aptidão de decidir viver como se gosta e promover os fins que se queira levar adiante. Tal aspecto da liberdade se relaciona com a habilidade para realizar o que se valoriza, sem importar qual é o processo por meio do qual ocorre tal realização. Em segundo lugar, porque permite atribuir importância ao próprio processo de escolha, pois é possível, por exemplo, ter a certeza de que não se é forçado a alguma coisa por constrangimentos infligidos por outras pessoas quando se sabe que isso não acontece. Há, assim, uma distinção entre um “aspecto de oportunidade” e um “aspecto de

⁴³⁰ NUSSBAUM, Martha C. *Creating capabilities – the human development approach*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 18.

processo” na liberdade. Sen ilustra essa diferença entre o aspecto de oportunidade e o aspecto de processo da liberdade com o exemplo de Kim, rapaz que decide ficar em casa num domingo em vez de sair e fazer alguma atividade, em três cenários distintos. No primeiro cenário, denominado “cenário A”, Kim consegue fazer exatamente o que quer. No segundo cenário, denominado “cenário B”, vislumbra que bandidos fortemente armados chegam na casa de Kim, interrompem seu sossego, arrastam-no e jogam-no numa valeta. E, no terceiro cenário, chamado “cenário C”, imagin que os bandidos coíbem Kim com ordens de que não saia de casa, sob a ameaça de que sofrerá punição severa se violar essa restrição. Sen afirma, então, que é fácil observar que, no cenário B, a liberdade de Kim é gravemente afetada, já que ele não pode fazer o que gostaria de fazer, ou seja, ficar em casa, e sua liberdade de decidir por si mesmo também acaba. Ocorre violação a ambos os aspectos da liberdade de Kim: no aspecto de oportunidade, porque suas oportunidades foram seriamente reduzidas, e no aspecto de processo, uma vez que ele não pode decidir por si mesmo o que fazer. Sen examina, então, o cenário C e aponta que o aspecto de processo da liberdade de Kim também é claramente afetado, ainda que tenha feito sob coação o que teria feito de qualquer forma, pois a escolha já não era mais dele e ele não poderia ter feito qualquer outra coisa sem ser gravemente punido. Sen explica que a questão interessante se refere ao aspecto de oportunidade da liberdade de Kim, pois como ele faz a mesma coisa em ambos os casos, isto é, com ou sem coação, surge a indagação sobre se seria possível dizer que seu aspecto de oportunidade é o mesmo em ambos os casos. E afirma que se a oportunidade de que as pessoas gozam for julgada apenas pelo fato de, ao final, terem feito o que especificamente teriam escolhido fazer se não tivessem sido constrangidas, então é preciso afirmar que não há diferença entre os cenários A e C. Isso porque, segundo Sen, o aspecto de oportunidade da liberdade de Kim permanece inalterado de acordo com uma visão estreita de oportunidade, pois ele pode ficar em casa em qualquer caso, exatamente como havia planejado. Mas Sen questiona se tal conclusão fornece um reconhecimento adequado do que deve ser entendido por oportunidade. Ele indaga se é possível julgar as oportunidades que se possui apenas pelo fato de se terminar na situação que se escolheu estar, independentemente da existência ou não de outras alternativas significativas que poderiam ter sido escolhidas se fossem queridas. Sen menciona que a escolha de um passeio agradável, ainda que não seja a alternativa preferida de Kim naquele domingo, é certamente preferível a ser jogado numa valeta. E também lembra a existência da oportunidade de mudar de ideia e, mais imediatamente,

a oportunidade de escolher livremente ficar em casa em vez da oportunidade de apenas ficar em casa e nada mais. Sen explica que há aqui distinções entre o cenário C e o cenário A mesmo em termos de oportunidades e afirma que, a se levar a sério tais considerações, parece plausível argumentar que no cenário C o aspecto de oportunidade da liberdade de Kim é também afetado, embora não de maneira tão radical como no cenário B. Mas Sen acredita que é necessário recorrer à distinção entre “resultado de culminação” e “resultado abrangente”, o que permite analisar o aspecto de oportunidade da liberdade de diferentes maneiras, conforme seja definido apenas quanto à oportunidade para “resultados de culminação”, com os quais uma pessoa termina, a partir de uma visão de oportunidade particularmente estreita, em que a existência de opções e a liberdade de escolha não têm muita importância; ou definir oportunidade de maneira mais ampla, o que, em sua opinião, tem maior plausibilidade, no que diz respeito à realização de “resultados abrangentes” e com consideração também à forma como a pessoa alcança a situação culminante, por exemplo, se por meio de sua própria escolha ou por meio dos ditames dos outros. Nessa visão mais ampla, o aspecto de oportunidade da liberdade Kim é claramente prejudicado no cenário C pela ordem de ficar em casa, pois ele não pode escolher nada que seja diferente disso. Sen afirma que no cenário A, ao contrário, Kim tem a oportunidade de considerar as várias alternativas viáveis e, então, escolher ficam em casa, se estiver inclinado a isso, enquanto no cenário C definitivamente não tem essa liberdade.⁴³¹

Mas o reconhecimento da distinção entre “aspecto de oportunidade” e o “aspecto de processo”, não exclui a possibilidade de existir sobreposições entre os dois aspectos da liberdade. Sen explica que se uma pessoa valoriza alcançar alguma coisa por meio de uma escolha livre, não por meio de um produto final entregue a ela por uma outra pessoa, ou por meio de um processo limpo, ao desejar, por exemplo, vencer uma eleição limpa em vez de somente conseguir vencer não interessa como, então, o aspecto de processo da liberdade também terá importância direta no aspecto de oportunidade. Por isso, a distinção entre os dois aspectos da liberdade não significa a presunção de que estão dissociadas, sem interdependência.⁴³² Sen afirma que a diferença entre essa concepção e a denominada “liberdade negativa” está em que este último termo é utilizado em vários diferentes sentidos e um desses sentidos é semelhante ao aspecto

⁴³¹ SEN, Armatya. *The idea of justice*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009, p. 228-230.

⁴³² SEN, Armatya. *Rationality and freedom*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2002, p. 585.

permissivo da liberdade de ação, nomeadamente o aspecto da “autonomia”, da aptidão de decidir como agir combinada com a “imunidade” à interferência dos outros em alguns campos específicos de ação.⁴³³ E lembra que também a “liberdade positiva” tem sido definida de maneira diversa, desde, por um lado, a liberdade geral de se realizar algo em geral até o aspecto particular da liberdade de realização na medida em que isso se relaciona com influências que funcionam em si mesmas. Mas entende que é mais profícuo vislumbrar a “liberdade positiva” como a aptidão da pessoa de fazer as coisas, de modo a se levar tudo em consideração, inclusive restrições externas e limitações internas. De acordo com essa interpretação, a violação da liberdade negativa deve significar, exceto se compensada por algum outro fator, também a violação de uma liberdade positiva, mas não vice-versa. Assim, para Sen, o debate sobre como a liberdade positiva pode ser definida deve ser distinto da questão maior sobre se, independentemente de como é definida, a liberdade positiva sozinha pode fornecer uma perspectiva adequada da liberdade em geral. Isso quer dizer que, apesar da importância da liberdade positiva, especialmente em sua concepção mais ampla, que se concentra no que uma pessoa está apta a fazer, a liberdade negativa também tem valor básico em si mesma. Por isso, a liberdade tem tanto um aspecto de processo quanto um aspecto de oportunidade e os processos envolvidos na violação da liberdade negativa podem ter *status* normativos por si mesmos.⁴³⁴

Há três termos-chaves para compreender a abordagem das capacidades: a) funcionamentos, que são definidos como as várias coisas que uma pessoa pode valorizar fazer ou ser; b) capacidade, que se refere à liberdade de gozar vários funcionamentos, particularmente definida como as diversas combinações de funcionamentos (ser e fazer) que uma pessoa pode realizar, o que se manifesta como a liberdade substantiva que uma pessoa goza de concretizar o tipo de vida que ela tem razão de valorizar; c) agência, que é a aptidão para perseguir objetivos que a pessoa valoriza ou tem razão para valorizar, de modo que agente é alguém que atua ou ocasiona mudança.⁴³⁵ A capacidade de uma pessoa refere-se às alternativas de combinações de funcionamentos que são viáveis de ser realizadas por ela, pois é, assim, uma espécie de liberdade: a liberdade substantiva de realizar alternativas de combinações de funcionamentos ou, em outros termos, de

⁴³³ SEN, Armatya. *Op. cit.*, 2002, p. 586.

⁴³⁴ SEN, Armatya. *Op. cit.*, 2002, p. 587.

⁴³⁵ ALKIRE, Sabine; DENEULIN, Séverine. *The human development and capability approach*. In: SÉVERINE, Deneulin; SHAHANI, Lila. *An introduction to the human development and capability approach – freedom and agency*. London: Earthscan: 2009, p. 31.

realizar diversos estilos de vida.⁴³⁶ E o núcleo característico da abordagem das capacidades é o foco no que as pessoas são efetivamente aptas a fazer e a ser, ou seja, em suas capacidades, o que contrasta com as abordagens filosóficas concentradas na felicidade, na satisfação dos desejos, na renda, nos gastos ou no consumo.⁴³⁷ Esse raciocínio da abordagem das capacidades permite, em contraste com abordagens fundadas na utilidade e nos recursos das pessoas, avaliar, com base na liberdade, a vantagem de uma pessoa em comparação com a vantagem das outras. Na abordagem das capacidades, a vantagem individual é julgada de acordo com a capacidade de uma pessoa para fazer as coisas que ela tem razão para valorizar. Por isso, a vantagem de uma pessoa em termos de oportunidades é avaliada de maneira a ser considerada menor à medida que ela tenha menos oportunidade real de realizar as coisas que tem razão para valorizar. O foco aqui é a liberdade que uma pessoa efetivamente tem para fazer isso ou ser aquilo, ou seja, coisas que pode valorizar fazer ou ser. Embora tal entendimento reconheça que é muito importante que a pessoa seja capaz de realizar as coisas que valoriza, parte da perspectiva de que a ideia de liberdade também diz respeito a ser livre para determinar o que se quer, o que se valoriza, e, em última instância, ao que se decide escolher. Por isso, o conceito de capacidade vincula-se de maneira intrínseca com o aspecto de oportunidade da liberdade, visto em termos de oportunidades “abrangentes”.⁴³⁸

Na perspectiva das capacidades existe uma preocupação com a pluralidade das diferentes características da vida das pessoas e de seus interesses. Para os seus defensores, as distintas realizações de funcionamentos humanos que podem ser valorizadas são muito diversas e variam, por exemplo, desde a estar bem nutrido, evitar uma morte precoce, tomar lugar na vida da comunidade, como desenvolver aptidão para perseguir os planos e as ambições relacionados ao trabalho. A capacidade que interessa nessa abordagem, porém, é o potencial de realizar várias combinações de funcionamentos que podem ser comparadas e julgadas entre si em relação ao que se tem razão para valorizar, cujo foco é a vida humana e não somente alguns objetos de conveniência isolados, como as rendas ou as mercadorias que alguém pode possuir, o que significa um deslocamento da análise concentrada nos meios de vida para as

⁴³⁶ CROCKER, David A. *Ethics of global development – agency, capability, and deliberative democracy*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 168-169.

⁴³⁷ ROBEYNS, Ingrid. *The capability approach: a theoretical survey*. In: *Journal of Human Development*, vol. 6, n. 1, March 2005. New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2005, p. 94.

⁴³⁸ SEN, Amartya. *The idea of justice*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009, p. 230-231.

oportunidades reais de vida.⁴³⁹ Por exemplo, se uma pessoa dispõe de uma renda alta, mas é muito propensa a desenvolver uma doença crônica ou sofre de uma deficiência física séria, não deve necessariamente ser vista como alguém que está em grande vantagem apenas pela razão de sua renda ser alta. Embora tal pessoa tenha mais de um dos meios para viver bem, ou seja, muita renda, enfrenta dificuldade em converter isso em vida boa, isto é, em viver da maneira que ela tenha razão de celebrar, devido às adversidades da doença e da deficiência física. Para a abordagem das capacidades, é preciso observar o que a pessoa pode verdadeiramente realizar, se assim escolher, a partir de um estado de boa saúde e bem-estar, e se está apta o bastante para fazer o que ela tem razão para valorizar.⁴⁴⁰

O foco da abordagem das capacidades, portanto, não está apenas no que uma pessoa realmente termina por fazer, mas também no que ela de fato é capaz de fazer, independentemente de escolher aproveitar ou não essa oportunidade. Considera-se, assim, que a liberdade e a escolha são parte da vida real. Por isso, no exemplo de Sen, a vida de Kim é afetada se ele é forçado a ficar em casa em vez de escolher ficar em casa apesar de ter outras alternativas. As capacidades são definidas de maneira derivada a partir de funcionamentos e incluem *inter alia* todas as informações sobre as combinações de funcionamentos que uma pessoa pode escolher. E o conjunto de funcionamentos realmente escolhido está entre as combinações possíveis. Mas também se admite que mesmo um rigoroso “empate” entre duas pessoas, em relação aos funcionamentos realizados, pode esconder diferenças significativas entre as suas respectivas “vantagens” e uma pessoa pode realmente estar em “desvantagem” muito maior do que a outra pessoa. Sen exemplifica que uma pessoa que jejua de maneira voluntária por razões políticas ou religiosas pode estar tão privada de alimentos e desnutrida quanto outra que é vítima de fome, pois a manifesta desnutrição pode ser a mesma coisa em ambas, e, mesmo assim, a capacidade da pessoa que decide jejuar pode ser muito maior do que a da pessoa que passa fome de maneira involuntária por causa da pobreza e da indigência. A ideia de capacidade acomoda essa distinção importante, já que se orienta para a liberdade e as oportunidades, isto é, para a aptidão real das pessoas de escolher diferentes tipos de vida a seu alcance, em vez de dar atenção somente ao que pode ser descrito como a culminação ou as consequências da escolha.⁴⁴¹

⁴³⁹ SEN, Armatya. *Op. cit.*, 2009, p. 233.

⁴⁴⁰ SEN, Armatya. *Op. cit.*, 2009, p. 233-234.

⁴⁴¹ SEN, Armatya. *Op. cit.*, 2009, p. 235-237.

Nussbaum faz uma relação expressa sobre quais seriam as mais importantes capacidades humanas, embora a maioria dos adeptos da abordagem das capacidades seja contra um arrolamento em lista. Ela identifica dez capacidades que, em sua opinião, devem ser consideradas centrais. A primeira capacidade central, segundo Nussbaum, é a vida, estar apto a viver até o fim de uma vida humana de duração normal, em que não se está a morrer prematuramente ou que a vida de alguém não é tão reduzida a ponto de não valer a pena viver. A segunda é a saúde corporal, que significa estar apto a ter uma boa saúde, inclusive reprodutiva, estar adequadamente nutrido, ter um abrigo adequado. A terceira é a integridade corporal, que quer dizer estar apto a se mover livremente de lugar para lugar, de estar seguro contra agressões violentas, inclusive agressões sexuais ou violência doméstica, de ter oportunidades para a satisfação sexual ou escolha em questões de reprodução. A quarta capacidade central é a de sentir, imaginar e pensar, que se manifesta no estar apto a usar os sentidos, de imaginar, pensar, raciocinar e fazer essas coisas de um modo “verdadeiramente humano”, um modo informado e cultivado por uma educação adequada, o que inclui, mas não se limita a isso, treinamentos literários, de matemática básica e científicos; estar apto a usar imaginação e pensar em conexão com a experiência e a produção de trabalhos e eventos de sua própria escolha, religiosos, literários, musicais e assim por diante; estar apto a usar a opinião de formas protegidas por garantias de liberdade de expressão com respeito tanto ao discurso político como artístico, bem como ao exercício da liberdade religiosa; A quinta são as emoções, o estar apto a ter ligações emocionais com coisas e pessoas, a amar aqueles que amam e cuidam de nós, de enlutar pelos ausentes, de experimentar desejos, gratidão, e raiva justificada, de não se ter um desenvolvimento emocional arruinado pelo medo e a ansiedade. A sexta capacidade central é a razão prática, que significa estar apto a formar uma concepção sobre o que é bom e se engajar em reflexão crítica sobre o planejamento de vida. A sétima é a afiliação, que significa estar apto a viver com e diante dos outros, de reconhecer e mostrar preocupação pelos outros seres humanos, de se engajar em várias formas de interação social, de ter as bases sociais de respeito próprio e não humilhação, de ser tratado como um ser dignificado, cujo valor é igual ao dos outros. A oitava são as outras espécies, o que significa estar apto a viver com preocupação a favor dos animais, plantas e o mundo da natureza. A nona é o jogar, que é estar apto a rir, jogar, desfrutar de atividades recreacionais. Por fim, a décima capacidade central é o controle sobre o ambiente político e material. O controle sobre o ambiente político significa estar apto a participar efetivamente das escolhas políticas

que governam a vida, de ter o direito de participação política, proteção da liberdade de expressão e associação. Já o controle sobre o ambiente material quer dizer estar apto a manter a propriedade, tanto de bens imóveis quanto móveis, de ter direitos de propriedade em igual base com os outros, de ter liberdade contra buscas não autorizadas e confisco; de estar apto a trabalhar como um ser humano, de modo a exercitar a razão prática e ingressar em relacionamentos expressivos de reconhecimento mútuo com os outros trabalhadores.⁴⁴² Nussbaum afirma que o seu rol de capacidades centrais não é uma lista fechada e está sujeita a ser repensada e revista, mas insiste que nele estão as dez capacidades que expressam um mínimo de justiça social.⁴⁴³ Mas Sen critica a elaboração de uma lista específica de capacidades, por considerar que depende especificamente do contexto do uso das capacidades e isso pode ser muito variado.⁴⁴⁴ Alkire também critica a lista de Nussbaum por entender que a metodologia empregada se opõe à tônica essencial da abordagem das capacidades, que é se afastar do foco reducionista numa vida minimamente decente em favor de uma consideração mais holística de bem-estar humano para todas as pessoas.⁴⁴⁵

Além do aspecto individual, a abordagem das capacidades também inclui a análise das capacidades de grupos, coletividades e comunidades. Sen afirma que é um erro identificar a abordagem das capacidades com o chamado “individualismo metodológico”, segundo o qual todos os fenômenos sociais devem ser explicados em termos do que os indivíduos pensam, escolhem e fazem. Ele explica que a abordagem das capacidades não supõe uma separação do indivíduo da sociedade, mas que seu interesse nas aptidões das pessoas para viver o tipo de vida que elas têm razão para valorizar sofre influências sociais, tanto no tocante ao que elas valorizam, como, por exemplo, tomar parte na vida da comunidade, quanto nas influências que atuam em seus valores, como, por exemplo, a relevância da argumentação pública na avaliação individual. Em sua opinião, é difícil vislumbrar de maneira convincente como pessoas na sociedade podem pensar, escolher ou agir sem ser influenciadas de um jeito ou

⁴⁴² NUSSBAUM, Martha C. *Creating capabilities – the human development approach*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 33-34.

⁴⁴³ NUSSBAUM, Martha C. *Capabilities as fundamental entitlements: Sen and social justice*. In: *Feminist Economics* 9 (2-3), 2003. New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2003. p. 40-42

⁴⁴⁴ SEN, Amartya. *Human rights and capabilities*. In: *Journal of Human Development*, vol. 6, n. 2, July 2005. New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2005, p. 157-160.

⁴⁴⁵ ALKIRE, Sabina. *Capability and functionings: definition and justification*. In: HDCA Introductory Briefing Note. Human Development and Capability Association (HDCA). Disponível em: <<https://hdca.org/publications/capability-and-functionings-definition-justification>> Acesso em 04.abr.17.

de outro pela natureza ou pelo funcionamento do mundo ao redor delas. E levar em consideração o papel de “pensar, escolher e fazer” por indivíduos é somente o começo do reconhecimento do que realmente acontece. Sen afirma que é claro que indivíduos pensam sobre questões, fazem escolhas e agem, mas a análise não pode acabar por aí, sem uma apreciação profunda da persuasiva influência da sociedade no “pensar, escolher e fazer”. Ele explica que quando alguém pensa, escolhe e faz algo, certamente é essa pessoa, e não outra, quem faz tais coisas, mas alerta que seria difícil compreender como e por que ela realiza tais atividades sem alguma compreensão de suas relações sociais. E entende que a presença de indivíduos que pensam, escolhem e agem não faz com que uma abordagem seja metodologicamente individualista, pois a ilegítima invocação da presunção de independência dos pensamentos e ações das pessoas em relação à sociedade é o que introduz tal temida besta na sala de estar. Sen questiona sobre por que as capacidades relevantes e consideradas valiosas deveriam se restringir somente às individuais e não ser admitidas as grupais. E afirma que não há nenhuma razão analítica particular para que as capacidades dos grupos devam ser excluídas *a priori* dos discursos sobre a justiça e a injustiça em suas respectivas sociedades ou no mundo.⁴⁴⁶

A abordagem das capacidades também promove uma releitura da proteção do meio ambiente. Para Sen, a abordagem das capacidades é capaz de lançar luzes não apenas sobre as exigências do desenvolvimento sustentável, mas também sobre o conteúdo e a relevância do que pode ser identificado como “questões ambientais”. Sen explica que o meio ambiente é visto de maneira excessivamente simplista como o “estado da natureza”, o que inclui magnitudes com a extensão do lençol freático, o número de espécies viventes, e assim por diante. E afirma que à medida que se supõe que tal natureza preexistente permanecerá intacta a não ser que nela sejam adicionados impurezas e poluentes, parece superficialmente plausível que o meio ambiente está mais bem protegido se os humanos interferirem nele o menos possível. Mas Sen acredita que esse entendimento é profundamente defeituoso por duas razões. Em primeiro lugar, porque o valor do meio ambiente não pode ser somente uma questão sobre o que existe, mas deve também consistir nas oportunidades que ele oferece às pessoas. O impacto do meio ambiente na vida humana deve estar entre as principais considerações na avaliação do valor do meio ambiente. Sen afirma que não é surpresa que a sustentabilidade

⁴⁴⁶ SEN, Armatya. *Op. cit.*, 2009, p. 244-246.

ambiental seja tipicamente definida de acordo com a preservação e melhoria da vida humana e lembra que o Relatório Brundtland, publicado em 1987, define “desenvolvimento sustentável” como “o desenvolvimento que satisfaz as necessidades das gerações atuais sem comprometer a capacidade das gerações futuras para satisfazer suas próprias necessidades”.⁴⁴⁷ Mas entende que está em aberto argumentar se a visão do Comitê Brundtland sobre o que deve ser sustentado é exatamente correta, embora reconheça que todos são devedores do comitê liderado por Gro Brundtland pela compreensão de que o valor do meio ambiente não pode ser separado da vida dos seres vivos. Em segundo lugar, Sen defende que o meio ambiente não é somente uma questão de preservação passiva, mas também de busca ativa, pois ainda que muitas atividades humanas que acompanhem o processo de desenvolvimento possam ter consequências destrutivas, também está no âmbito do poder humano melhorar e desenvolver o ambiente em que se vive. Ele acredita que, ao pensar nos passos que podem ser dados para conter a destruição ambiental, é preciso incluir a intervenção humana construtiva. O poder humano de intervir com efetividade e racionalidade pode ser substancialmente reforçado pelo próprio processo de desenvolvimento, por exemplo, o aumento da educação e do emprego pode ajudar a reduzir as taxas de fertilidade, o que, a longo prazo pode reduzir a pressão sobre o aquecimento global e a destruição crescente de habitats naturais; a disseminação da educação escolar e melhorias em sua qualidade podem tornar os indivíduos ambientalmente mais conscientes; comunicações melhores e uma mídia mais ativa e melhor pode tornar as pessoas mais conscientes da necessidade de pensar de maneira ambientalmente orientada. Sen afirma que é fácil encontrar outros exemplos de desenvolvimento positivo e sustenta que conceber o desenvolvimento em termos de aumento da liberdade efetiva dos seres humanos leva a uma agência construtiva de pessoas engajadas em atividades benéficas para o meio ambiente diretamente dentro do domínio das realizações de desenvolvimento. Desenvolvimento, para Sen, é fundamentalmente um processo de empoderamento, que ele entende como um poder que pode ser usado para preservar e enriquecer o meio ambiente, não somente para dizimá-lo. Por isso, afirma que não se pode pensar no meio ambiente apenas em termos de conservação preexistente de condições naturais, pois o meio ambiente também pode incluir os resultados da criação humana, como, por exemplo, a eliminação

⁴⁴⁷ Como explica Sen, o Relatório Brundtland foi produzido pela Comitê Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, presidido à época por Gro Brundtland, ex-primeira ministra da Noruega e posterior diretora-geral da Organização Mundial de Saúde, e publicado sob o título *Our common future* (New York: Oxford University Press, 1987). Nota 19, SEN, Armatya. *Op. cit.*, 2009, p. 248.

de epidemias, o que contribui para o desenvolvimento e para a melhoria ambiental.⁴⁴⁸ Sen defende que, embora o Relatório Brundtland tenha definido desenvolvimento sustentável como aquele que satisfaz as necessidades das gerações atuais sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer suas próprias necessidades, ainda é preciso questionar se a concepção de ser humano implícita nessa compreensão de sustentabilidade leva a uma visão adequadamente suficiente. Para Sen, mesmo que esteja fora de dúvida que as pessoas têm necessidades, elas também possuem valores e, particularmente, estimam sua habilidade de raciocinar, avaliar, escolher, participar e agir, de modo que enxergar as pessoas somente em termos de suas necessidades pode fornecer uma visão pobre da humanidade. Em sua opinião, ainda que se compreenda a sustentabilidade como a exigência de que se deixe à geração seguinte tudo o que for preciso para alcançar um padrão de vida pelo menos tão bom quanto o atual e para cuidar da geração seguinte de maneira similar,⁴⁴⁹ tal conceito não fornece uma visão suficientemente ampla da humanidade, pois manter os padrões de vida não é a mesma coisa que sustentar a liberdade e a capacidade das pessoas de ter e garantir o que elas valorizam e têm razão para atribuir importância. Sen afirma que a razão para valorizar oportunidades concretas não precisa sempre estar na sua contribuição para os padrões de vida ou, de modo mais geral, para os interesses dos indivíduos. E concorda com o argumento de que o ser humano tem responsabilidade em relação aos animais justamente devido à assimetria existente⁴⁵⁰ e não por alguma simetria que obrigue a uma cooperação, pois como o ser humano é muito mais poderoso que as outras espécies, há uma responsabilidade em relação a elas que se vincula exatamente a essa assimetria de poder. Para Sen, é possível encontrar muitas razões para os esforços conservacionistas, mas nem todas parasitam o próprio padrão de vida ou a satisfação das necessidades do indivíduo e algumas se voltam precisamente ao senso de valores e ao reconhecimento fiduciário dos seres humanos. Ele defende que a importância da vida humana não está meramente no padrão de vida e na satisfação das necessidades, mas também na liberdade que se goza, e, por isso, a ideia de desenvolvimento sustentável deve ser reformulada de maneira correspondente. Sen afirma que é preciso pensar não apenas na satisfação das necessidades, mas, de maneira mais abrangente, na sustentabilidade ou

⁴⁴⁸ SEN, Armatya. *Op. cit.*, 2009, p. 248-249.

⁴⁴⁹ Como defende SOLOW, Robert. *An almost practical step toward sustainability*. In: Resources for the Future, Resources Policy Volume 19, Issue 3, Washington D.C.: September 1993, p. 162 e seguintes.

⁴⁵⁰ Argumento apresentado por Sidarta Gautama Buda em BUDDHA, Gotama. *Sutta Nipáta or, dialogues and discourses of Gotama Buddha*, translated by Sir M. Coomára Swámy. London: Trübner & Co., 1874, p. 38 e ss.

extensão da liberdade, inclusive a liberdade de satisfazer as necessidades. E acredita que, caracterizada dessa forma, a liberdade sustentável pode ser ampliada para abranger a preservação e, quando possível, a expansão das liberdades e capacidades substantivas das pessoas de hoje sem comprometer a capacidade das gerações futuras de ter liberdade semelhante ou maior. Os indivíduos, então, para Sen, não devem ser vistos apenas como “pacientes” cujas necessidades merecem consideração, mas também como “agentes”, cuja liberdade de decidir o que valorizar e como buscar o que se valoriza pode se estender muito além dos interesses e necessidades.⁴⁵¹

A perspectiva da abordagem das capacidades também fornece novos argumentos à proteção dos animais. Nussbaum defende que, embora a abordagem das capacidades tenha como ponto de partida uma noção de dignidade humana e de uma vida digna, pode ser estendida para dar um fundamento mais adequado ao direito dos animais. Ela explica que a intuição moral básica por trás da abordagem se refere à dignidade de uma forma de vida que possui tanto intensas necessidades quanto aptidões, cujo objetivo básico é satisfazer as necessidades por uma rica pluralidade de atividades vitais. E afirma que a abordagem das capacidades tem insistido que é desperdício e trágico quando uma criatura vivente tem capacidade inata ou básica para algumas funções consideradas importantes e boas, mas nunca tem a oportunidade de realizar essas funções. Nussbaum sustenta que a mesma atitude de reconhecimento de poderes naturais que guia a abordagem no caso de seres humanos também guia no caso de todas as formas de vida. Ela explica que a abordagem das capacidades, de maneira similar a Aristóteles, que criticava o desdém de seus estudantes pelo estudo dos animais, permite vislumbrar que há algo maravilhoso e inspirador em todas as formas complexas da vida animal, embora o espírito científico de Aristóteles não seja totalmente o que a abordagem das capacidades incorpora, pois é preciso adicionar uma ética que se preocupe com que as funções da vida não sejam impedidas e a dignidade dos organismos vivos não seja violada. Nussbaum afirma que, no caso dos seres humanos, a abordagem das capacidades não opera com a concepção totalmente compreensiva de bem, pois as pessoas escolhem viver de diferentes formas suas vidas numa sociedade pluralística. Mas é preciso assegurar um núcleo de direitos que está implícito na ideia de uma vida com dignidade, o que se refere a capacidade, não a funcionamento, e, segundo sua versão, pode ser focado numa pequena lista. Já no caso de relações entre humanos e

⁴⁵¹ SEN, Armatya. *Op. cit.*, 2009, p. 249-252.

animais, segundo Nussbaum, a necessidade de controle é mais aguda, uma vez que animais não participam diretamente na elaboração de princípios políticos e não podem revisá-los sempre que se provarem inadequados. Ela afirma que seres humanos afetam de maneira dominante as oportunidades dos animais se desenvolverem e que é difícil imaginar uma espécie que poderia simplesmente viver isolada e se desenvolver de seu próprio jeito. Nussbaum explica que a espécie humana domina as outras espécies de uma maneira que não humanos ou nações nunca dominaram outros humanos. E defende que o respeito pelas oportunidades de desenvolvimento de outras espécies sugere, então, que o direito humano deve incluir compromissos robustos e politicamente positivos a favor da proteção dos animais.⁴⁵² Para Nussbaum, o foco desses compromissos deve ser a criatura individual, pois o foco da abordagem das capacidades é o bem-estar das criaturas existentes e o dano produzido a elas quando seus poderes são enfraquecidos. Em sua opinião, as espécies têm sido extintas porque seres humanos têm matado seus membros e danificado seu meio ambiente, por isso danos a espécies são produzidos por meio de danos às criaturas individuais e esse dano individual deveria ser o foco da ética relacionada a abordagem das capacidades. Mas Nussbaum lembra que quase toda visão ética dos direitos dos animais sustenta que há relevantes distinções morais entre as formas de vida, o que significa, por exemplo, que matar um mosquito não é a mesma coisa que matar um chimpanzé. Ela levanta a questão sobre qual diferença é relevante para uma justiça básica e sobre o que a abordagem das capacidades pode dizer sobre esse assunto e afirma que a abordagem das capacidades encontra significado ético no desenvolvimento de capacidades básicas, inatas, e também compreende como dano o frustrar ou deteriorar essas capacidades. Nussbaum explica que como as formas mais complexas de vida têm mais capacidades complexas que podem ser prejudicadas, podem sofrer mais e distintos tipos de dano. O nível de vida, assim, é relevante não porque fornece *per se* um diferencial de valor entre as diferentes espécies, mas porque o tipo e o grau de dano que uma criatura pode sofrer varia de acordo com a sua forma de vida. Para Nussbaum, um chimpanzé pode ter mais capacidade de empatia e de pensamento perspectivo do que uma criança nova ou uma criança mais velha autista, bem como capacidades que os humanos às vezes clamam com arrogância apenas para si próprios são encontradas amplamente na natureza. Ela sustenta, porém, que é errado

⁴⁵² NUSSBAUM, Martha C. *Beyond "compassion and humanity": justice for nonhuman animals*. In: SUNSTEIN, Cass R.; NUSSBAUM, Martha C. (Ed.). *Animals rights – current debates and new directions*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 305-307.

concluir que a filiação a uma espécie é moralmente ou politicamente irrelevante. Em sua opinião, uma criança mentalmente deficiente é, com efeito, muito diferente de um chimpanzé, embora em certos aspectos algumas de suas capacidades possam ser comparáveis. Segundo Nussbaum, a vida de uma tal criança é trágica de uma maneira que a vida de um chimpanzé não é trágica, pois essa criança deficiente está impedida, pela deficiência, das formas de desenvolvimento que ela poderia ter, ao mesmo tempo em que é tarefa da ciência prevenir e curar deficiências na medida do possível. Assim, há algo prejudicado e desarmonioso em sua vida, enquanto a vida do chimpanzé pode perfeitamente se desenvolver. Nussbaum afirma que o funcionamento social e político da criança deficiente é ameaçado pela deficiência, enquanto o funcionamento normal do chimpanzé na comunidade de chimpanzés não é ameaçado por sua dotação cognitiva, o que é relevante quando questões de justiça básica são consideradas. Ela explica que para uma criança nascida com síndrome de Down é crucial que a política cultural na qual ela vive faça um grande esforço para que lhe sejam estendidos os benefícios plenos da cidadania, por meio de benefícios de saúde, educação, e reeducação da cultura pública, pois tal criança somente pode se desenvolver como um ser humano e não tem a opção de se desenvolver como um chimpanzé feliz. Já em relação a um chimpanzé, realizar esforços para ensinar uma linguagem, embora interessante e revelador, não é uma questão de justiça básica, pois um chimpanzé se desenvolve de seu próprio jeito e se comunica com sua própria comunidade da maneira perfeitamente adequada que tem sido realizada há eras.⁴⁵³

Nussbaum entende que, no caso dos humanos, a abordagem das capacidades demonstra que todas as capacidades humanas requerem apoio afirmativo, inclusive por meio de ações estatais. É o que ocorre, por exemplo, na proteção da propriedade, da segurança pessoal, da saúde, nas liberdades civis e políticas, no provimento de abrigos adequados. Mas sustenta que, no caso de animais, de maneira diferente do caso dos humanos, há espaço para uma distinção positivo-negativa que faça sentido. Nussbaum afirma que é no mínimo coerente dizer que a comunidade humana tem a obrigação de se abster de praticar certos danos ofensivos aos animais, mas que não é obrigada a prover o bem-estar a todos os animais, no sentido de assegurar a eles comida adequada, abrigo e cuidados com saúde, de modo que os animais, por eles mesmos, têm o resto da tarefa de garantir seu próprio desenvolvimento. E admite que há muita plausibilidade nesse

⁴⁵³ NUSSBAUM, Martha C. *Op. cit.*, 2004, p. 307-310.

argumento, pois, se os princípios políticos simplesmente eliminassem as diversas formas de danos aos animais, já teriam feito muito. Em sua opinião, esse argumento, porém, e a distinção que ele sugere, não pode ser aceito em sua completude. Isso porque, antes de tudo, um amplo número de animais vive sob o controle direto dos humanos, como os animais domésticos, animais rurais e membros de espécies selvagens que estão em zoológicos ou outras formas de cativeiro. Nussbaum explica que os humanos têm responsabilidade direta pela nutrição e cuidados com a saúde desses animais, como é reconhecido mesmo pelo atual sistema jurídico. E afirma que, embora animais na “natureza selvagem” pareçam seguir seu caminho sem a afetação de seres humanos, isso dificilmente pode ser afirmado em muitos casos no mundo de hoje, já que seres humanos, de maneira dominante, afetam *habitats* dos animais e determinam oportunidades de nutrição, livre movimentação e outros aspectos de desenvolvimento. Para Nussbaum, se é devido ainda sustentar a abstenção de todo um ânimo de más ações é um âmbito primário da responsabilidade humana em relação aos animais que deve ser imediatamente discutido, não é possível, plausivelmente, parar por aqui, pois deve ser discutido qual a extensão dos deveres dos humanos e como equilibrá-los com respeito apropriado à autonomia das espécies. Ela explica que, no caso dos humanos, uma forma de a abordagem respeitar a autonomia é o foco na capacidade, e não no funcionamento, como objetivo político legítimo. Em sua opinião, um tratamento paternalista, cujo alvo seja mais o funcionamento do que a capacidade, é justificado sempre que a capacidade individual de escolha e autonomia estiver comprometida, como, por exemplo, em crianças e portadores de deficiências mentais graves. Tal princípio sugere que o paternalismo é usualmente apropriado quando os humanos se relacionam com animais não humanos. Para Nussbaum, essa conclusão deve de qualquer forma ser qualificada pela admissão prévia da ideia de que espécies de autonomia, em busca de desenvolvimento, são parte do que é bom para animais não humanos. Nussbaum indaga, então, como os dois princípios podem ser combinados e se podem ser combinados com coerência. Ela acredita que podem ser combinados se for adotado um tipo de paternalismo altamente sensível às diferentes formas de desenvolvimento buscadas pelas diversas espécies. Assim, não se pode dizer, por exemplo, que é preciso deixar que tigres se desenvolvam à sua própria maneira se a atividade humana afeta de modo onipresente as possibilidades de os tigres se desenvolverem. Para Nussbaum, se esse é o caso, a única alternativa decente a uma completa negligência quanto ao desenvolvimento dos tigres é uma política que pense cuidadosamente sobre o

desenvolvimento dos tigres, ou seja, qual *habitat* é requerido e, então, tentar criar tais *habitats*. Já no caso de animais domésticos, Nussbaum defende que um paternalismo inteligente seria estimular o adestramento, a disciplina, e mesmo, quando apropriado, treinamentos árdus com foco em excelências especiais de uma raça, como, por exemplo, a dos cães *border collie* ou dos cavalos saltadores. Mas lembra que o animal, como uma criança, possui certos direitos que lhe são assegurados sem levar em conta o que seus guardiães humanos pensam sobre eles, pois não são meros objetos para o uso e controle dos seres humanos.⁴⁵⁴

A partir desse entendimento, Nussbaum, com base em sua lista de capacidades centrais elaborada em relação aos seres humanos, também desenvolve uma lista das capacidades centrais dos animais. Ela afirma que, embora os direitos dos animais sejam específicos a cada espécie, as categorias principais da lista existencial, apropriadamente aperfeiçoada, produz uma boa base para o esboço de alguns princípios políticos básicos. Segundo Nussbaum, a primeira é a vida, pois, na abordagem das capacidades, todos os animais têm o direito de continuar suas vidas, tenham ou não tal interesse consciente, e todos os animais sencientes possuem um direito assegurado contra a morte gratuita por esporte. Nussbaum afirma que matar por questões de luxúria deve ser banido e que um paternalismo inteligente e respeitável apoia a eutanásia para animais idosos em sofrimento. Mas indica que, numa posição intermediária, há casos muito difíceis, como a questão da predação para controlar populações e a questão de matar para comer. Para Nussbaum, a razão da dificuldade desses casos está em que esses animais morreriam de qualquer forma na natureza e com frequência de maneira mais dolorosa. Ela afirma que a predação sem dor pode ser preferível a permitir que o animal seja rasgado em pedaços na natureza selvagem ou morra de fome devido à superpopulação. E, no caso de serem mortos para servir de comida, explica que a abordagem das capacidades concorda com o utilitarismo que é mais problemática a tortura dos animais vivos. Nussbaum indaga, então, sobre qual seria o problema se animais são mortos de uma maneira sem dor depois de uma vida saudável e livre. Mas quanto à morte de animais extremamente jovens reconhece que isso até pode ser problemático, embora afirme que é obscuro se a balança de considerações apoiaria um banimento completo da morte deles para comida. A segunda capacidade central dos animais, segundo Nussbaum, é a saúde corporal, pois um dos direitos mais centrais dos animais é o direito a uma vida saudável. Ela afirma

⁴⁵⁴ NUSSBAUM, Martha C. *Op. cit.*, 2004, p. 310-313.

que onde os animais estão diretamente sob o controle humano é relativamente claro quais políticas isso implica: leis que banem o tratamento cruel e a negligência, lei que banem o confinamento e o mau tratamento de animais na indústria de alimentos e de pele; leis que proíbem o tratamento severo ou cruel de animais para o trabalho, inclusive animais de circo; leis que regulam zoológicos e aquários, com determinação de nutrição e espaços adequados. Nussbaum explica que muitas dessas leis realmente já existem, embora não sejam bem aplicadas, e afirma, também, que a assimetria mais impressionante na prática corrente é a de que animais criados para comida não são protegidos do jeito que os outros animais são protegidos, o que leva a uma assimetria que deve ser eliminada. A terceira capacidade central dos animais, segundo Nussbaum, é a integridade corporal, que se desenvolve próxima à precedente. Ela afirma que, da perspectiva da abordagem das capacidades, os animais têm direitos imediatos contra violações à integridade de seus corpos por meio de violência, abuso ou outras formas de tratamentos danosos, seja ou não doloroso o tratamento em questão. Assim, por exemplo, a remoção de garras dos gatos provavelmente seria banida sob essa rubrica, com o fundamento de que evita que o gato se desenvolva da forma que lhe é característica, mesmo que seja feita de uma maneira livre de sofrimento ou não cause dor subsequente. Mas não seriam eliminadas formas de treinamento que, embora envolvam disciplina, preparam o animal para a manifestação de excelências que são parte do perfil característico de suas capacidades. A quarta capacidade central dos animais, para Nussbaum, é a dos sentidos, da imaginação e do pensamento. Nussbaum afirma que, para os humanos, essa capacidade cria uma variação ampla de direitos, como a educação apropriada, a livre expressão, a expressão artística, a liberdade de religião, o que inclui, também, uma atribuição mais geral de direitos a experiências prazerosas e a evitação de dores não benéficas. Em relação aos animais, Nussbaum sustenta que tal capacidade leva ao banimento de tratamento severo, cruel e abusivo, além de assegurar aos animais acesso a fontes de prazer, como a livre movimentação em um meio ambiente que estimule e agrade os sentidos. Ela afirma que a parte relacionada à liberdade não é precisamente análoga e ainda é possível se aproximar de analogias apropriadas no caso de cada tipo de animal a partir da identificação sobre quais escolhas e áreas da liberdade parece mais importante para cada um. E explica que essa reflexão claramente leva à rejeição do confinamento fechado e à regulação dos lugares em que os animais são de todas as formas mantidos, como as condições de espaço, luz e sombra e a variedade de oportunidades que lhes são oferecidas para um âmbito de atividades

características. A sexta capacidade central dos animais, defende Nussbaum, são as emoções. Ela afirma que os animais possuem um amplo campo de emoções, pois todos ou quase todos os animais sencientes têm medo, de modo que muitos animais podem experimentar raiva, ressentimento, gratidão, tristeza, inveja, alegria, enquanto um número menor é capaz de pensamentos perspectivos e pode experimentar compaixão. Nussbaum sustenta que, como seres humanos, os animais têm o direito a viver de maneira a que lhes seja permitido ter ligações com os outros, a amar e cuidar dos outros, e a não ter tais ligações distorcidas devido ao isolamento forçado ou à inflição deliberada de medo. A sexta capacidade central dos animais, de acordo com Nussbaum, é a razão prática. Ela explica que em cada caso é preciso questionar a respeito de em qual nível a criatura tem capacidade de estabelecer objetivos, projetos e planejar sua vida. No nível em que essa capacidade está presente, deve ser apoiada com muitas das mesmas políticas já sugeridas na quarta capacidade central, ou seja, espaço de sobra para circular ao redor e oportunidades para uma variedade de atividades. A sétima capacidade central dos animais, segundo Nussbaum, é a afiliação. Ela afirma que os animais têm o direito a oportunidades de formar ligações e se envolver nas formas características de ligações afetivas e inter-relacionamentos, pois os animais também têm o direito a relações com humanos, nas quais humanos reconheçam que são mais recompensadoras e recíprocas do que tirânicas. Ao mesmo tempo, afirma Nussbaum, os animais têm o direito de viver em uma cultura pública mundial que os respeite e os trate como seres dignos, o que significa não apenas que os animais devem ser protegidos de ocorrências de humilhação que sentirão como dolorosas, mas que têm o direito a políticas que concedam a eles direitos políticos e o status legal de seres com dignidade, independentemente de eles entenderem esse *status* ou não. A oitava capacidade central dos animais, para Nussbaum, é o de se relacionar com outras espécies, que significa que se aos seres humanos é conferido o direito de estar apto a viver com preocupação a favor e em relação aos animais, às plantas e ao mundo da natureza, esse direito também é conferido a outros animais em relação a espécies que não a sua própria, inclusive a espécie humana, e ao resto do mundo natural. Nussbaum afirma que tal capacidade, vista tanto do lado dos humanos quanto dos animais, clama por uma gradual formação de um mundo interdependente em que todas as espécies desfrutem cooperativamente e mutualmente de relações de apoio entre um e outro. Ela admite que a natureza não é desse jeito e nunca será, mas que isso convida, de uma maneira mais geral, a uma superação gradual do natural pelo justo. A nona capacidade central dos animais,

segundo Nussbaum, é a de jogar. Nussbaum explica que essa capacidade é central na vida de todos os animais sencientes e requer muitas das mesmas políticas já mencionadas: provisão de espaço adequado, luz, estimulação sensorial nos espaços em que vivem e, acima de tudo, a presença de outros membros da espécie. Por fim, a décima capacidade central dos animais, para Nussbaum, é o controle sobre um meio ambiente. Em sua opinião, no caso dos humanos, essa capacidade tem duas pontas, uma política, definida em termos de cidadania ativa e direitos de participação política, e outra material. No caso de animais não humanos, o mais importante é ser parte de uma concepção política configurada de forma a que sejam respeitados e tratados com justiça. Nussbaum acredita que, de qualquer forma, é importante que os animais tenham direitos conferidos diretamente, de modo a permitir que um guardião humano possa ir a uma corte, como ocorre em relação às crianças, reivindicar esses direitos. E explica que, do lado material, para animais não humanos, o análogo aos direitos de propriedade é o respeito à integridade territorial de seus *habitats*, seja doméstico, seja na natureza selvagem. Ela afirma que não lhe parece que existam outras capacidades de animais que não estejam cobertas por essa lista, embora reconheça que, pelo espírito da abordagem das capacidades, deve insistir que essa lista está aberta e sujeita à complementação ou exclusão.⁴⁵⁵

Essa exposição sobre a abordagem das capacidades, embora apresente apenas uma parcela bastante reduzida das discussões travadas em seu âmbito, já é suficiente para indicar o que pode ser interessante para esclarecer o que se entende, nesse trabalho, por bem jurídico merecedor de proteção penal. Alguns importantes argumentos nela levantados podem ser aproveitados para reelaborar o conceito de bem jurídico, explicar porque o bem jurídico é fundamentalmente importante ao seu titular e o que justifica seu merecimento de proteção penal. O enfrentamento dessas questões dá conteúdo à valoração da liberdade substantiva, em torno da qual gira a segunda fase do filtro de legitimidade defendido nesse trabalho, nos termos expostos a seguir.

⁴⁵⁵ NUSSBAUM, Martha C. *Op. cit.*, 2004, p. 313-317.

4.3.2 O bem jurídico merecedor de proteção penal como dado que confere um âmbito de oportunidades ao seu titular

O principal argumento que pode ser aproveitado da abordagem das capacidades é o sentido de liberdade substantiva referido às oportunidades reais disponíveis a uma pessoa para que, à sua escolha, realize o que tem razão para valorizar. Esse argumento contém a compreensão de que cada pessoa é um fim em si mesma e que o relevante para o seu livre desenvolvimento não é seu bem-estar total ou médio, mas as oportunidades que lhe são disponíveis para realizar o que valoriza, que podem ou não ser exercidas, conforme a sua própria escolha. A noção de livre desenvolvimento da pessoa não é estranha à teoria do bem jurídico e está presente, por exemplo, nos conceitos de Roxin, segundo o qual bens jurídicos são “dados ou finalidades necessários para o livre desenvolvimento do indivíduo, a realização de seus direitos fundamentais e o funcionamento de um sistema estatal estruturado sob estes objetivos”,⁴⁵⁶ e de Kindhäuser, para quem são “qualidades de pessoa, coisas ou instituições que servem ao livre desenvolvimento do indivíduo numa sociedade de um Estado social, constitucional e democrático de direito”.⁴⁵⁷ Nessas definições, porém, permanece obscuro o sentido de liberdade utilizado e não há uma explicação precisa a respeito de que maneira o que é descrito como bem jurídico (“dados”, “finalidades”, “qualidades”) serve para que o indivíduo se desenvolva com liberdade, o que contribui para deixá-las com a mesma vaguidão característica dos tradicionais conceitos de bem jurídico. O argumento da abordagem das capacidades pode ser, então, aproveitado para esclarecer que a noção de liberdade adequada a uma teoria do bem jurídico merecedor de proteção penal é a de liberdade substantiva, entendida como o conjunto de oportunidades reais disponível para o indivíduo realizar, à sua escolha, o que tem razão para valorizar. E se o bem jurídico merecedor de proteção penal serve à liberdade de seu titular, como vislumbrado pela doutrina do direito penal com a ideia de “livre desenvolvimento”, presente nos conceitos de bem jurídico acima mencionados, interpretar tal liberdade como liberdade nesse sentido substantivo significa entender que o bem jurídico merecedor de proteção

⁴⁵⁶ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2006, p. 16.

⁴⁵⁷ KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2008, p. 37.

penal serve à liberdade substantiva de seu titular ao lhe fornecer um conjunto de oportunidades reais de realizar, à sua escolha, aquilo que valoriza. O exercício dessa liberdade, porém, deve estar delimitado pelos valores constitucionais de um Estado democrático de direito, pois não pode contradizer nem a democracia estabelecida no âmbito da comunidade nem a ordem constitucional derivada dessa democracia. O exercício legítimo da liberdade é aquele que tem assento numa Constituição democrática, já que uma ordem constitucional que não preveja a liberdade como valor fundamental não pode ser democrática, enquanto a admissão de uma liberdade de conduta acima dos próprios valores constitucionais significaria o reconhecimento de um privilégio a quem a exercesse e, assim, uma negativa da própria democracia.

A afirmação de que o bem jurídico merecedor de proteção penal fornece ao seu titular um âmbito de oportunidades reais para realizar, à sua escolha, o que têm razão para valorizar, permite esclarecer as questões sobre por que o bem jurídico merecedor de proteção penal tem importância fundamental para o seu titular e por que, afinal, merece ser protegido pelo direito penal. O bem jurídico merecedor de proteção penal tem importância fundamental para o seu titular devido ao acréscimo de liberdade substantiva que lhe confere ao fornecer um âmbito de oportunidades reais de concretizar o que valoriza. Merece ser protegido pelo direito penal porque sua violação significa uma diminuição direta da esfera de liberdade substantiva de seu titular, que sofre, devido ao comportamento do autor do fato, um rebaixamento no âmbito de oportunidades reais de realizar o que valoriza. A extensão da violação ao bem jurídico pode ser medida pela extensão da interferência nesse âmbito de oportunidades ou, de maneira mais precisa, pela extensão da diminuição ou rebaixamento das oportunidades reais que o bem jurídico violado conferia ao seu titular antes da agressão. Proteger o bem jurídico quer dizer, assim, proteger a liberdade do seu titular, pois o bem jurídico confere à liberdade um conteúdo concreto e permite que seja efetivamente exercida conforme o que seu titular entenda como uma vida boa. Liberdade, repita-se, em sentido substantivo, formada pelo âmbito das oportunidades de realizar o que se valoriza. Além dessas questões, a interpretação do bem jurídico nesse sentido também ajuda a esclarecer sua natureza ontológica, que não se confunde com um mero empiricismo. Como o bem jurídico merecedor de proteção penal, nos termos aqui defendidos, é algo que confere um âmbito de oportunidades reais ao seu titular e dá conteúdo à sua liberdade substantiva, somente pode ser entendido, por decorrência lógica, como algo que também apresenta essa natureza real, substantiva, isto é, como uma realidade, um

dados. Assim, ficam afastadas interpretações idealistas, que não são adequadas para explicar a existência de algo capaz de conferir oportunidades reais no plano concreto em que se situa a liberdade substantiva. E realidade, como lembra Greco, não significa realidade empírica, pois o mundo real não se esgota no que apenas pode ser observado por meio da investigação das ciências da natureza. É o caso, por exemplo, da honra, que, embora não tenha uma característica empírica essencial, é uma realidade;⁴⁵⁸ uma realidade que confere um âmbito de oportunidades reais de que o seu titular goze de uma boa reputação, tenha credibilidade no mercado de trabalho, nas relações sociais, etc. Por isso, o bem jurídico merecedor de proteção penal no sentido aqui defendido pode ser definido como uma realidade, um dado, que confere ao seu titular um âmbito de oportunidades reais de realizar, à sua escolha, o que valoriza, dentro dos limites de uma ordem constitucional de um Estado democrático de direito. Por exemplo, a integridade física confere ao seu titular oportunidades reais de praticar ciclismo, caminhar na praia, ouvir música, ver uma paisagem, etc.; o patrimônio confere oportunidades reais de comprar móveis modernos, pagar um curso de culinária, viajar para o exterior, etc.; a vida confere oportunidades reais de fazer o que a existência biológica permite.

No contexto do raciocínio da abordagem das capacidades, o bem jurídico merecedor de proteção penal é o dado que confere oportunidades ao seu titular de realizar funcionamentos e combinações de funcionamentos. O bem jurídico, no sentido aqui defendido, não é funcionamento, pois funcionamentos são as várias coisas que uma pessoa pode valorizar fazer ou ser, enquanto os bens jurídicos merecedores de proteção penal são os dados que conferem ao seu titular os âmbitos de oportunidades reais de realizar tais coisas. Funcionamento, por exemplo, seria andar de bicicleta, enquanto o bem jurídico merecedor de proteção penal continua a ser a integridade física. O bem jurídico também não é capacidade, pois a capacidade se refere à liberdade de gozar vários funcionamentos e se define como as diversas combinações de funcionamentos (ser e fazer) que uma pessoa pode realizar, de modo a se apresentar como a liberdade substantiva que uma pessoa goza de concretizar o tipo de vida que ela tem razão de valorizar, enquanto o bem jurídico merecedor de proteção penal é o dado que confere o âmbito de oportunidades reais de realizar tais funcionamentos e combinações de funcionamentos. Isso significa que o bem jurídico merecedor de proteção penal é parte

⁴⁵⁸ GRECO, Luís. “*Princípio da ofensividade*” e crimes de perigo abstrato. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 49. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 106.

integrante da capacidade, da liberdade substantiva, não ela própria por completo. O bem jurídico merecedor de proteção penal tampouco é agência, pois agência é a aptidão da pessoa para perseguir os objetivos que valoriza ou tem razão para valorizar, enquanto o bem jurídico é somente o dado da realidade que confere o âmbito das oportunidades reais que permitem a persecução de tais objetivos. Essas categorias específicas da abordagem das capacidades, porém, embora descritas na explicação prévia do tópico anterior, não serão aprofundadas nesse estudo, uma vez que para o objeto da investigação já basta o entendimento de que o bem jurídico que merece proteção penal é um dado da realidade que confere ao seu titular um âmbito de oportunidades reais de realizar, conforme a sua escolha, o que valoriza e, assim, é parte integrante do conteúdo de sua liberdade substantiva.

O conceito de bem jurídico merecedor de proteção penal nesse sentido confirma o acerto da ideia de que a norma penal deve proteger determinados “bens” e apresenta argumentos que a justificam. Isso embora esteja localizado apenas na segunda das três fases do filtro político-criminal de legitimidade que aqui se defende, o que é mais apropriado para a sua capacidade de rendimento. Mas é interessante observar que a autonomia da pessoa também confere, por si só, um âmbito de oportunidades próprio de a pessoa realizar o que valoriza, por meio do exercício das virtudes que condicionam ao autogoverno e tornam uma pessoa autônoma. Por isso, o legislador pode elevar a autonomia da outra pessoa, que se verifica na examinada na primeira fase colidida pelo comportamento proibido, a partir da colisão com o exercício de alguma das virtudes da pessoa autônoma, à condição de bem jurídico merecedor de proteção penal, desde que esse merecimento não signifique uma contrariedade a algum interesse do próprio beneficiado por essa proteção, isto é, não seja possível concluir que quem seria o titular do bem jurídico concordaria com a própria colisão com o seu exercício de uma das virtudes que condicionam ao autogoverno. Em tais hipóteses, a colisão da conduta com alguma das virtudes que tornam uma pessoa autônoma demonstra que o comportamento proibido não é universalizável e, por conseguinte, está fora do núcleo intocável da autonomia de quem o pratica, mas, também, significa a violação do bem jurídico protegido, pois a autonomia da outra pessoa foi elevada ao *status* de bem jurídico merecedor de proteção penal. O legislador penal protege desde já o âmbito de oportunidades de tomadas de decisões próprias conferido pela autonomia ao seu titular e não direciona a proteção penal a um segundo dado fornecedor de um segundo âmbito de oportunidades de realização de coisas que se valoriza. Alguns exemplos de delitos que

protegem a autonomia na posição de bem jurídico são os denominados crimes contra a liberdade pessoal, previstos entre os artigos 146 a 149-A do Código Penal.⁴⁵⁹

A visualização do conceito de bem jurídico merecedor de proteção penal aqui defendido parece mais fácil quando aplicada aos bens jurídicos individuais, o que não é nenhum mérito, pois não há grandes problemas em reconhecer a importância da vida, da integridade física, do patrimônio, da liberdade sexual, etc., que são realidades próximas do cotidiano das pessoas, cujo significado para o livre desenvolvimento de suas vidas e para o convívio pacífico entre os seus pares tem um forte grau de evidência. Na verdade, as maiores questões enfrentadas por qualquer teoria do bem jurídico acontecem no campo daquilo que facilita a vida do legislador e dificulta a do jurista preocupado

⁴⁵⁹ BRASIL. Código Penal brasileiro: “SEÇÃO I. DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE PESSOAL. Constrangimento ilegal. Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. Aumento de pena. § 1º - As penas aplicam-se cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas. § 2º - Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência. § 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo: I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida; II - a coação exercida para impedir suicídio. Ameaça Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo único - Somente se procede mediante representação. Sequestro e cárcere privado. Art. 148 - Privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado: Pena - reclusão, de um a três anos. § 1º - A pena é de reclusão, de dois a cinco anos: I - se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos; II - se o crime é praticado mediante internação da vítima em casa de saúde ou hospital; III - se a privação da liberdade dura mais de quinze dias. IV - se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos; V - se o crime é praticado com fins libidinosos. § 2º - Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral: Pena - reclusão, de dois a oito anos. Redução a condição análoga à de escravo. Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. § 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: I - contra criança ou adolescente; II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. Tráfico de Pessoas. Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de: I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; III - submetê-la a qualquer tipo de servidão; IV - adoção ilegal; ou V - exploração sexual. Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. § 1º A pena é aumentada de um terço até a metade se: I - o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las; II - o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência; III - o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou IV - a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional. § 2º A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

com interpretações político-criminais: os bens jurídicos coletivos. Grande parte das discussões travadas nesse campo gira em torno da chamada “modernização” do direito penal, um debate cuja premissa é a de que existiria uma contraposição entre um direito penal “clássico”, modelo idealizado pelos penalistas do iluminismo, caracterizado pelo liberalismo, individualismo, legalidade estrita, predomínio de bens jurídicos individuais, e direito penal “moderno”, social, anti-individualista, flexibilizador da legalidade por meio de normas penais em branco e tipos que seguem o modelo da acessoriedade administrativa, abundante em bens jurídicos supraindividuais e delitos de perigo abstrato.⁴⁶⁰ Mas se é simplista, como visto nos tópicos 1.4.1. e 1.4.2, estabelecer nesses termos uma contraposição radical entre direito penal “clássico” e direito penal “moderno”, os problemas que decorrem da técnica legislativa de postular bens coletivos como objeto de proteção de tipos penais duvidosos não são fáceis e, por isso, estão entre aqueles que mais têm requerido esforços nas discussões científico-penais dos últimos tempos.

4.3.3 O bem jurídico coletivo merecedor de proteção penal

É um fato a forte tendência, verificada nas últimas décadas, de o legislador penal recorrer ao argumento da proteção de bens jurídicos coletivos para justificar a criação de novos tipos penais. Esse movimento, que ainda toma cada vez mais fôlego, é um reflexo do que Silva Sánchez denominou de “expansão do direito penal”, definição dentro da qual se reconhece a aparição de novos bens jurídicos, na forma de novos interesses ou de novas valorações de interesses pré-existentes, merecedores de proteção por meio do direito penal.⁴⁶¹ Tais novos bens jurídicos coletivos estariam relacionados a interesses que teriam alcançado merecimento de proteção penal somente há pouco tempo, como o caso do direito penal ambiental, ou que eram desconhecidos, como alguns do direito penal econômico, ou, ainda, a novos perigos do mundo industrial e global, como as drogas, as armas, o terrorismo, o tráfico internacional de pessoas, o transplante de órgãos, a intervenção genética, os delitos praticados por poderosos, como os crimes de Estado ou de colarinho branco.⁴⁶² Separar o que é criterioso nesse campo

⁴⁶⁰ GRECO, Luís. *Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?* In: Revista de concorrência e regulação n. 7/8, Lisboa: Edições Almedina S.A., 2012, p. 350.

⁴⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal – Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Segunda edición, Madrid: Civitas Ediciones, 2001

⁴⁶² GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato.*

vasto de argumentos referidos a um novo mundo de bens jurídicos coletivos é uma tarefa árdua, em especial porque a questão correta não é se bens jurídicos coletivos em si são ou não legítimos, mas como diferenciar bens jurídicos coletivos que merecem proteção penal daqueles que não a merecem. A missão de realizar essa identificação tem levado à elaboração de distintos critérios, não necessariamente excludentes, que podem servir para esclarecer as principais características de argumentos apenas retóricos utilizados para justificar uma incriminação sob o pretexto da proteção de um bem jurídico coletivo.

4.3.3.1 As diretrizes político-criminais de Claus Roxin

Roxin busca cumprir o objetivo de realizar a distinção entre bens jurídicos falsos e verdadeiros por meio do desenvolvimento de diretrizes político-criminais que coloquem sob suspeita tipos penais não adequados às suas exigências. A primeira dessas diretrizes indica que normas penais arbitrárias, que tenham um conteúdo arbitrário, que sejam meramente motivadas ideologicamente ou que violem direitos humanos não protegem nenhum bem jurídico. Leis penais que atentem, por exemplo, contra o princípio da igualdade, da liberdade de opinião ou de crença, devem ser consideradas erros crassos e raros num Estado de direito. E, diante de sua ocorrência, a ilegitimidade da norma deve ser desde logo reconhecida, bem como sua contrariedade ao conceito de que a tarefa do direito penal é a proteção de bem jurídico, principalmente nos casos que impliquem ataques diretos à Constituição.⁴⁶³ Assim, por exemplo, uma incriminação de manifestações contra o regime do governo viola o princípio da liberdade de expressão e uma incriminação de relações conjugais entre pessoas de diferentes raças viola o princípio da igualdade, que são constitucionalmente assegurados.⁴⁶⁴

A segunda diretriz afirma que o circunlóquio de apresentações de finalidades legais não é um bem jurídico legitimador de tipo penal. Tal afirmativa refere-se às discutíveis incriminações da posse de substâncias entorpecentes para consumo próprio, não raro justificadas sob o argumento de que o bem jurídico protegido seria a “existência de uma

Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 1.

⁴⁶³ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2006, p. 18.

⁴⁶⁴ ROXIN, Claus. *Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?*. In: HEFENDEHL, Roland (Hrsg.). *Empirische und dogmatische Fundamente kriminalpolitischer Impetus*, Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 140.

sociedade livre de drogas”. Essa expressão, segundo Roxin, não serve para fundamentar uma incriminação, uma vez que continua a deixar sem resposta a questão decisiva sobre se, por meio desse comportamento incriminado, a vida em comum entre os homens é prejudicada ou um dano é causado. Roxin também considera ilegítima a incriminação sem exceção do comércio de órgãos humanos, cujo bem jurídico tem sido afirmado como um “livrar a doação de órgãos de considerações comerciais”, e questiona qual seria o prejuízo pessoal e social se alguém exigisse uma remuneração adequada, por uma doação de órgão pós-morte, revertida aos seus descendentes. Roxin afirma que a construção de tais bens jurídicos, como a liberação da sociedade das drogas ou a não comercialização da doação de órgãos não significam nada mais do que um circunlóquio de finalidades legais e correspondem, dessa maneira, a um conceito meramente “metodológico” e “imaneente ao sistema” de bem jurídico, mas não a um conceito crítico-sistemático limitador do direito penal.⁴⁶⁵ Em sua opinião, com tais palavras é apenas dito o que deseja o legislador e uma coexistência livre e pacífica entre as pessoas não é violada se abusos de controles estatais são evitados.⁴⁶⁶

A terceira diretriz dispõe que imoralidades ou outras rejeições de comportamentos ainda não fundamentam em si mesmas uma violação de bens jurídicos. Com isso Roxin quer dizer que a reprovação moral ou ética de uma conduta não justifica uma ameaça de pena se não implicar num prejuízo aos pressupostos de uma vida em comum pacífica. Roxin lembra, nesse ponto, da incriminação do homossexualismo na Alemanha, mantida até os anos 1960 sob a justificativa de que ao legislador não estaria vedado incriminar determinados casos eticamente reprováveis e considerados pelo convencimento geral comportamentos danosos, ainda que não importem numa violação de bens jurídicos. Ele sustenta que tais casos não devem ser incriminados, pois comportamentos praticados com o consentimento dos participantes, que se situam na esfera privada dos indivíduos, não prejudicam a liberdade nem a segurança de ninguém e entende que a abolição desse tipo de incriminação foi a grande conquista alcançada pelo conceito de bem jurídico na fase final da reforma do direito penal alemão, ocorrida em 1969. Ele afirma que existem bons motivos para negar reprovabilidade à homossexualidade e considerá-la uma forma de orientação sexual eticamente neutra, mas o mesmo deve ser dito de condutas que ainda são consideradas indecentes diante da concepção moral atual, como a troca de casais e especiais perversões. Além dos delitos

⁴⁶⁵ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2006, p. 19.

⁴⁶⁶ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2005, p. 141.

de natureza sexual, Roxin sustenta que essa terceira diretriz também pode ser aplicada a outros campos do direito penal, como, por exemplo, aqueles que se referem a transplantes de órgãos ou tecnologia genética, em relação aos quais somente ponderações fundadas em princípios meramente éticos não podem ser consideradas, por si só, como argumentos suficientes para uma incriminação.⁴⁶⁷ Assim, à medida que não há dano à liberdade e segurança, não há violação a bem jurídico.⁴⁶⁸

Tal como Roxin, a maioria dos defensores da teoria político-criminal do bem jurídico reivindica, com orgulho, aquela que seria sua vitória mais importante: a reforma do direito penal sexual. Na Alemanha, a reforma do direito penal sexual mais relevante foi procedida por meio da Quarta Lei de Reforma do Direito Penal (*Vierte Gesetz zur Reform des Strafrechts*), de 23 de novembro de 1973, que aboliu o crime de homossexualismo entre homens adultos,⁴⁶⁹ embora tenha mantido punível, no § 175 do Código Penal alemão, a homossexualidade entre jovens do sexo masculino menores de dezoito anos, somente descriminalizada em 10 de junho de 1994 pela Vigésima Nona Lei de Modificação do Direito Penal (*Neundundzwanzigstes Strafrechtsänderungsgesetz – 29. StrÄndG*). Roxin afirma que, segundo a teoria do bem jurídico em sentido político-criminal, não pode ser punível um comportamento que se encontre no âmbito privado de concordância dos envolvidos, pois não prejudica a liberdade nem a segurança de ninguém, e a abolição da incriminação dessas condutas pela reforma do direito penal sexual foi sua grande vitória.⁴⁷⁰

Essa vitória, porém, é contestada pelo entendimento de que a abolição do tipo penal da mera homossexualidade masculina decorreu de motivos muito distintos do reconhecimento de uma limitação do direito penal pela proteção de bens jurídicos. Frisch, por exemplo, afirma que, na verdade, mudanças no campo das representações morais, da medicina ou da antropologia levaram a que se deixasse de considerar o que antes era visto de maneira predominante como uma lesão da vida em sociedade, como um comportamento merecedor de incriminação.⁴⁷¹ E Stratenwerth reforça essa

⁴⁶⁷ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2006, p. 19-20.

⁴⁶⁸ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2005, p. 141.

⁴⁶⁹ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2006, p. 19.

⁴⁷⁰ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2006, p. 19.

⁴⁷¹ FRISCH, Wolfgang. *Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens*. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 218. No mesmo sentido, STRATENWERTH, Günther; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 5. Auflage, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2004, p. 30-31.

compreensão com o argumento de que ainda são mantidos diversos tipos penais que não se adéquam à teoria político-criminal do bem jurídico, como, por exemplo, no Código Penal alemão, a discriminação por meio da divulgação de escritos de ódio contra grupo, parte da população ou indivíduo devido à nacionalidade, raça, religião ou origem étnica, prevista no § 130, II,⁴⁷² a bigamia, no § 172,⁴⁷³ ou o incesto entre adultos, no § 173,⁴⁷⁴ ou, na Lei de Proteção aos Animais (*Tierschutzgesetz*), a crueldade contra animais, disposta em seu § 17.⁴⁷⁵ Mas também tal contestação é contestada. Roxin afirma que

⁴⁷² ALEMANHA. Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch*): “§ 130 Incitação do povo. (1) Quem, de uma maneira adequada a perturbar a ordem pública, 1. incita o ódio contra partes da população ou exorte a tomar medidas violentas ou arbitrarias contra elas ou 2. agride a dignidade humana de outros, insultando, depreciando mal intencionadamente ou difamando parte da população, será punido com pena privativa de liberdade, de três meses até cinco anos. (2) É punido com pena de privação de liberdade de até três anos ou com multa quem: a) divulgue, b) exponha publicamente, fixe, exiba ou de outra maneira torne acessível, c) ofereça, ceda, ou de alguma maneira torne acessível a uma pessoa menor de 18 anos, d. produza, subscreva, subministre, tenha disponível, ofereça, anuncie, elogie, busque importar, ou exportar, para utilizá-las ou delas extrair trechos para serem empregados no sentido das letras a a b ou facilitar a outro uma tal aplicação, 1. publicações (§ 11 inciso 3) que incitem ao ódio contra partes da população ou contra um grupo nacional, racial, religioso ou determinado por sua etnia, que exortem a medidas de violência ou arbitrariedade contra eles ou agridam a dignidade humana insultando-os, depreciando-os mal intencionadamente ou caluniando-os, a todos ou parte deles, 2. divulga programa com o conteúdo indicado no número 1 por radiodifusão, mídia ou serviço telefônico. (3) É punido com pena privativa de liberdade de até cinco anos ou com multa quem aprova, nega ou minimiza, publicamente ou numa reunião, de uma forma que seja adequada a perturbar a paz pública, fato praticado sob o regime do nacional-socialismo da maneira indicado no § 6, inciso 1, do *Völkerstrafgesetzbuch (Código de crimes contra os povos - lei alemã de 30 de junho de 2002 que adequa o direito penal alemão ao Estatuto de Roma e ao Tribunal Penal Internacional, dispondo sobre os delitos de genocídio (§ 6), contra a humanidade (§ 7) e de guerra (§§ 8 a 12)*. (4) É punido com pena de até três anos ou multa que, publicamente ou numa reunião, perturbe a paz pública de uma maneira violadora da dignidade da vítima, aprovando, glorificando ou justificando ato nacionalsocialista de violência ou arbitrariedade. (5) O inciso 2 vale também para publicações (§ 11 inciso 3) com o conteúdo descrito nos incisos 3 e 4. (6) No caso do inciso 2, em combinação com o inciso 5, e nos casos dos incisos 3 e 4 rege o inciso 3 do § 36 no que for pertinente.” Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>>.

⁴⁷³ ALEMANHA. Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch*): “§ 172 Bigamia; dupla união estável. É punido com pena privativa de liberdade de até três anos ou multa quem se casa ou estabelece uma união estável e 1. estabelece um casamento com uma terceira pessoa ou 2. conforme o § 1 Absatz 1 da Lei de União Estável declara no órgão competente para o registro de união estável que deseja uma união estável com uma terceira pessoa. É punido da mesma forma quem é casado ou vive em união estável com uma terceira pessoa e estabelece um casamento ou declara que deseja uma união estável com uma terceira pessoa no órgão competente para o registro de união estável”. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>>.

⁴⁷⁴ ALEMANHA. Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch*): “§ 173 Coito entre parentes. (1) Quem mantém conjunção carnal com descendente consanguínea, é punido com pena privativa de liberdade de até três anos ou pena de multa. (2) Quem mantém conjunção carnal com parente consanguíneo em linha ascendente, é punido com pena privativa de liberdade de até dois anos ou pena de multa; o disposto continua válido ainda que a relação de parentesco seja extinta. Da mesma maneira, são punidos os irmãos consanguíneos que manterem conjunção carnal entre si. (3) Descendentes e irmãos não são punidos conforme esse dispositivo se, no momento do fato, ainda não tiverem 18 anos de idade.” Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>>.

⁴⁷⁵ ALEMANHA. Lei de Proteção aos Animais (*Tierschutzgesetz*): “§ 17 É punido com pena privativa de liberdade de até três anos ou multa quem 1. mata um vertebrado sem fundamento razoável ou 2. inflige a um vertebrado a) dor ou sofrimento de intensidade considerável ou b) relevante dor ou sofrimento prolongado ou repetitivo.” Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/tierschg/BJNR012770972.html>>

o projeto alternativo de reforma do direito penal sexual alemão, lançado em 1968, se apoiava na teoria político-criminal de bem jurídico e serviu de modelo ao legislador. Ele argumenta, além disso, que espécies de comportamento ainda hoje consideradas imorais, mas que não violam bem jurídico algum, são mantidas livres de pena pelo ordenamento jurídico-penal alemão, como a troca de casais ou o trato sexual com animais.⁴⁷⁷

A quarta diretriz afirma que a violação contra a própria dignidade humana ou “dignidade da humanidade” não é uma fundamentação suficiente para uma incriminação. Roxin explica que a expressão “dignidade humana” tem sido utilizada nos últimos tempos, não apenas na Alemanha, mas na discussão internacional em geral, como a justificativa preferida para legitimar uma ameaça de pena. E reconhece que também na própria concepção que defende há essa justificativa quando relacionada à violação da dignidade humana de outra pessoa individualizada. Assim, explica Roxin, quem viola a dignidade humana de outrem, por exemplo, mediante a imposição de degradantes suplícios com o intuito de realizar experimentos científicos, infringe regras elementares de um livre convívio social. Roxin sustenta, porém, que outro quadro se apresenta quando a violação da dignidade humana por si mesma é utilizada como fundamento de uma incriminação válida, pois, nesses casos, a expressão “violação da dignidade humana” adquire um significado semelhante à “imoralidade” ou às “meras rejeições” de condutas. Ele afirma que o uso isolado da expressão permite, por exemplo, sustentar que relações sexuais com animais violam a dignidade humana de quem as pratica. Mas essa simples referência, em sua opinião, não pode servir como fundamento de incriminação, já que o direito penal tem a tarefa de evitar apenas comportamentos socialmente danosos, o que não inclui a luta contra o autorrebaixamento de um indivíduo. Por isso, ainda que se pretendesse, por exemplo, considerar o suicídio como um atentado à própria dignidade humana, esse ponto de vista não permitiria fundamentar a incriminação da tentativa de suicídio. O mesmo é válido quanto a condutas que presumem alguma forma de violação à dignidade da humanidade com o intuito servir de fundamento a uma incriminação sem que exista um efetivo prejuízo

⁴⁷⁶ STRATENWERTH, Günther; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 5. Auflage, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2004, p. 31.

⁴⁷⁷ ROXIN, Claus. *Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?*. In: HEFENDEHL, Roland (Hrsg.). *Empirische und dogmatische Fundamente kriminalpolitischer Impetus*, Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 136.

para a segurança e a liberdade.⁴⁷⁸ Roxin afirma que a inadequação da “dignidade” como bem jurídico pode ser também verificada em dois grandes problemas atuais. O primeiro é o da vedação da comercialização de transplantes de órgãos, prevista no § 17 I 1, da Lei de Transplantes alemã,⁴⁷⁹ que proíbe que sejam comercializados órgãos que possam servir a tratamento de saúde, cuja pena, prevista no § 18, é de até cinco anos de prisão ou multa.⁴⁸⁰ É um tipo penal semelhante ao artigo 15 da Lei 9.434/1997, a Lei de Transplantes brasileira, cuja pena varia de três a oito anos de prisão e multa.⁴⁸¹ A Lei de Transplantes alemã, explica Roxin, tem base num tratado internacional que já em seu título está demonstrada a pretensão de proteger a “dignidade humana no tocante à aplicação da biologia e da medicina”⁴⁸² e, também, no procedimento legislativo alemão, que autoriza fundamentar a incriminação numa violação da ética e da dignidade humana. Roxin novamente questiona, então, quem é prejudicado de verdade na hipótese em que alguém faz depender de uma compensação financeira a doação *post mortem* de órgão e conclui que a falta de um estímulo financeiro aos doadores faz com que hoje em dia muitas pessoas morram devido à carência de órgãos à disposição para transplante. Por isso, defende que se fosse estabelecida legalmente uma remuneração paga pelas instituições de assistência de saúde, o que, por outro lado, as fariam economizar consideráveis despesas de tratamento, estaria afastado o perigo de se explorar o pobre e privilegiar o rico receptor. Assim, conclui que, nessa hipótese, o pseudo bem jurídico “dignidade humana” leva não somente a uma incriminação inútil, mas impede a própria existência de uma regra racional.⁴⁸³ Um problema semelhante ocorre, segundo Roxin,

⁴⁷⁸ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2006, p. 20-21.

⁴⁷⁹ ALEMANHA. Lei de Transplantes alemã (*Transplantationsgesetz - TPG*): “§ 17 Proibição do comércio de órgãos e tecidos. (1) É proibido realizar comércio com órgãos ou tecidos que sirvam para um tratamento de saúde de outrem. Inciso 1 não vale para a autorização ou aceitação de uma remuneração que sirva para alcançar os objetivos das medidas prescritas pelo tratamento, especialmente para a captação, conservação e posterior preparação, inclusive medidas de proteção contra infecção, de depósito e transporte do órgão ou tecido”. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/tpg/gesamt.pdf>>.

⁴⁸⁰ ALEMANHA. Lei de Transplantes alemã (*Transplantationsgesetz - TPG*): “§ 18. Comércio de órgãos e tecidos. (1) Quem, em contrariedade ao § 17, inciso 1, alínea 1, exerce o comércio de órgãos e tecidos ou, em contrariedade ao § 17, inciso 2, retira, transplanta ou se deixa transplantar, é punido com pena privativa de liberdade de até cinco anos ou com pena de multa.” Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/tpg/gesamt.pdf>>.

⁴⁸¹ BRASIL. Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997: “Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufere qualquer vantagem com a transação.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>.

⁴⁸² Trata-se da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina - Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, assinada em 04 de abril de 1997 na cidade espanhola de Oviedo.

⁴⁸³ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2006, p. 21.

nas intervenções genéticas. O § 5º da Lei de Proteção aos Embriões alemã dispõe que é sancionado com pena de até cinco anos ou multa quem “modifica artificialmente as informações genéticas de uma célula germinal humana”,⁴⁸⁴ disposição que se assemelha ao artigo 25 da Lei de Biossegurança brasileira (Lei 11.105/2005), que prevê reclusão de um a quatro anos, e multa, para quem “praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano”.⁴⁸⁵ Essa incriminação, defende Roxin, a princípio é legítima, pois se justifica pela liberdade do indivíduo de não ser obrigado a deixar que suas informações genéticas sejam modificadas conforme a vontade de terceiros. Isso porque uma pessoa teria limitado o desenvolvimento de sua liberdade se lhe fossem impostas modificações de determinadas características. E nessa transformação do indivíduo em instrumento para atingir objetivos dos outros está uma violação à dignidade humana que, sob o ponto de vista da proteção de bem jurídico, autoriza uma incriminação. Mas Roxin se indaga sobre como deve ser tratada uma intervenção que sirva apenas para evitar futuras doenças graves. Ele considera que o fato de atualmente não ser possível a realização disso com sucesso não muda em nada o significado teórico e prático do problema. E afirma que essa hipótese também seria punida, sob o argumento de que uma intervenção na herança genética humana significa uma intervenção na natureza humana, a qual, por sua vez, é um elemento componente da própria dignidade humana. Mas conclui que um entendimento nesse sentido viola o princípio da proteção de bem jurídicos, uma vez que a eliminação de uma grave doença genética não pode nunca ser entendida como prejuízo ou limitação da liberdade individual, mas, ao contrário, como expansão da liberdade e melhoria das condições de vida. Por isso, também nesse caso, segundo Roxin, o legislador excede os limites político-criminais de uma sanção razoável, devido a uma infundada referência à dignidade humana.⁴⁸⁶ E isso, para ele, não pode ser considerada uma violação a bem jurídico.⁴⁸⁷

⁴⁸⁴ ALEMANHA. Lei de Proteção aos Embriões alemã (*Embryonenschutzgesetz - ESchG*): “§ 5 Modificação artificial de células embrionárias. (1) Quem modifica artificialmente as informações genéticas de uma célula embrionária é punido com pena privativa de liberdade de até cinco anos ou com pena de multa. (2) Da mesma maneira, é punido quem utiliza para fertilização uma célula embrionária com informação genética artificialmente modificada. (3) A tentativa é punível.” Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BJNR027460990.html>>.

⁴⁸⁵ BRASIL. Lei de Biossegurança (Lei 11.105, de 24 de março de 2005): “Art. 25. Praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>.

⁴⁸⁶ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2006, p. 21.

⁴⁸⁷ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2005, p. 141.

A quinta diretriz estabelecida por Roxin sustenta que a proteção de sentimentos somente pode ser reconhecida como bem jurídico se for em relação a sentimentos ameaçadores. Essa conclusão decorre da afirmativa de que não é tarefa do direito penal evitar as emoções negativas de seus cidadãos. Roxin explica que a tarefa do direito penal é a manutenção da coexistência humana, não dos cossentimentos humanos, pois o livre convívio numa sociedade plural e multicultural pressupõe tolerância a formas de comportamentos que podem contradizer a visão de mundo de cada um. Roxin indica um limite disso nas hipóteses em que o indivíduo se sente violado em seu sentimento de segurança em razão de determinadas formas de comportamento, uma vez que um convívio livre e pacífico pressupõe que uns não temam nem sejam discriminados pelos outros.⁴⁸⁸ Por isso, Roxin entende como justificada a incriminação de fatos praticados contra a honra, de incitação pública a prática de crime, de apologia de fato criminoso, de recompensa e aprovação a determinados crimes graves, bem como de injúrias praticadas contra credos, sociedades religiosas ou sociedades que professem ideologias ou concepções de mundo. Isso, segundo Roxin, não significa uma mera defesa de sentimentos indesejados, pois quem vive num Estado em que é permitido incentivar ou recompensar a prática de fatos puníveis deve aceitar que o Estado não cumpra sua tarefa de proteção. E, para reforçar essa constatação, Roxin ressalta que permitir o ultraje à religião ou confissão violaria o artigo 4º da Constituição alemã, que em seu inciso 1 afirma a inviolabilidade da liberdade da fé, da consciência, da liberdade de profissão religiosa e de visão de mundo.⁴⁸⁹ Essa disposição é semelhante ao contido nos incisos IV e VI, do artigo 5º da Constituição da República brasileira, que asseguram, respectivamente, a liberdade de manifestação do pensamento, com vedação do anonimato,⁴⁹⁰ e a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, com garantia do livre exercício dos cultos religiosos e a proteção de locais de culto e de liturgias.⁴⁹¹ Assim, Roxin explica que, independentemente do polêmico bem jurídico “paz pública”,

⁴⁸⁸ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2006, p. 22.

⁴⁸⁹ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2006, p. 22-23. ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*): “Art. 4 (1) A liberdade de crença, de consciência e a liberdade de profissão religiosa e ideológica são invioláveis”. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>>.

⁴⁹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 5º (...) IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

⁴⁹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 5º (...) VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

a incriminação do ultraje à religião tem como pressuposto um dos direitos fundamentais que garantem a vida em comum, o que a torna legítima. Por outro lado, um exemplo de delito de sentimento ilegítimo é, de acordo com Roxin, a provocação de escândalo público, crime previsto no § 183-a do Código Penal alemão,⁴⁹² delito semelhante ao crime de ato obsceno previsto no artigo 233 do Código Penal brasileiro,⁴⁹³ pois em tal hipótese nem a liberdade nem a própria vida são atingidos.⁴⁹⁴ O mesmo, porém, não vale, segundo Roxin, em relação ao crime de perturbação da paz dos mortos, disposto no § 168 do Código Penal alemão,⁴⁹⁵ que é semelhante ao vilipêndio ao cadáver previsto no artigo 212 do Código Penal brasileiro.⁴⁹⁶ Roxin defende que, embora se trate realmente de um delito de pura proteção aos sentimentos, especificamente o sentimento de piedade em relação aos mortos e seu estado de quietude, e a piedade pode ser um sentimento também presente em outros contextos sem que qualquer sanção seja prevista, no caso da perturbação da paz dos mortos há o fundamento de que o indivíduo mesmo após sua morte possui o direito ao respeito e a um tratamento digno. Roxin afirma que o indivíduo já seria em vida atingido em sua dignidade pessoal caso devesse contar que, após sua morte, seu túmulo fosse violado, seu cadáver furtado ou que outros abusos fossem ocorrer. Em sua opinião, de certo modo faz parte do contrato social o dever do Estado de também assegurar o devido respeito aos mortos.⁴⁹⁷

A sexta diretriz dispõe que o dano conscientemente provocado a si mesmo, sua facilitação ou incentivo não legitima uma ameaça de pena. Para justificá-la, Roxin lembra que diversas pessoas colocam a si mesmas em perigo mediante, por exemplo, maus hábitos alimentares, consumo de cigarros, álcool, condução de carros em alta

⁴⁹² ALEMANHA. Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch*): “§ 183a Provocação de escândalo público. Quem pratica ações sexuais públicas e com provoca intencionalmente ou conscientemente um escândalo, é punido com pena privativa de liberdade de até um ano ou multa, se o fato não for ameaçado com pena prevista no § 183.” Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>>.

⁴⁹³ BRASIL. Código Penal brasileiro: “Ato obsceno. Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

⁴⁹⁴ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2006, p. 23.

⁴⁹⁵ ALEMANHA. Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch*): “§ 168 Perturbação do descanso dos mortos. (1) Quem sem autorização subtrai de quem está habilitado a custodiar corpo ou parte do corpo de uma pessoa morta, um feto morto, partes de um feto morto ou as cinzas de uma pessoa morta ou quem pratica tais fatos com abuso ultrajante, é punido com pena privativa de liberdade de até três anos ou multa. (2) Da mesma maneira é punido quem destrói ou danifica um local de funeral, enterro ou memorial a mortos ou quem pratica atos com abuso ultrajante nesses lugares. (3) A tentativa é punível.” Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>>

⁴⁹⁶ BRASIL. Código Penal brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. “Art. 212 - Vilipendiar cadáver ou suas cinzas: Pena - detenção, de um a três anos, e multa.”

⁴⁹⁷ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2006, p. 23.

velocidade, prática de esportes perigosos, sem que a proibição de tais comportamentos, bem como de seu incentivo por terceiros, possa ser encarada como objeto legítimo do direito penal, cuja tarefa é apenas evitar que alguém seja prejudicado contra a sua vontade. Assim, segundo Roxin, não pode ser considerada uma violação a bem jurídico o que decorre da própria vontade do prejudicado, pois, na verdade, é parte integrante do livre desenvolvimento de tal vontade e, portanto, não diz respeito ao Estado. Roxin defende que, limitado o direito penal à proteção de bens jurídicos, a tutela estatal somente encontra respaldo na ocorrência de um déficit de autonomia do atingido (por exemplo, deficiências mentais, coação, erro ou assemelhados) ou no intuito de proteger a juventude, o que se fundamenta, de qualquer forma, na limitação de responsabilidade. Por isso, Roxin afirma que o legislador deve, impreterivelmente, deixar intocado ao indivíduo um determinado campo de decisão.⁴⁹⁸ E sustenta, por exemplo, que a participação em suicídio deve permanecer impune⁴⁹⁹ quando a disposição de morrer leva a uma tomada de decisão em situação de completa responsabilidade, o que termina por ser a questão principal da moderna discussão da eutanásia.⁵⁰⁰

A sétima diretriz afirma que normas penais predominantemente simbólicas devem ser rejeitadas. Roxin sustenta que um ponto nevrálgico da moderna legislação penal é o chamado direito penal simbólico, uma expressão utilizada para denominar tipos penais que não produzem, em primeiro plano, efeitos de proteção concretos, mas servem somente para externar adesão a determinados valores ou rejeição a atitudes danosas oriundas de posicionamentos políticos ou grupos ideológicos. Roxin observa que, por meio de tais normas, o legislador busca acalmar os ânimos dos eleitores ao passar a impressão de que alguma coisa foi feita contra situações ou comportamentos indesejados, mesmo que por meio da edição de leis previsivelmente ineficientes. Roxin defende que essa questão sobre leis penais simbólicas pode ser respondida de diferentes maneiras e explica que, naturalmente, todas as normas penais pretendem não somente evitar e penalizar delitos concretamente alcançáveis, mas também influenciar a consciência jurídica geral. O Estado, ao reconhecer proteção à vida, à integridade

⁴⁹⁸ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2006, p. 23-24.

⁴⁹⁹ Na Alemanha, a participação em suicídio é impune, por falta de tipo penal específico. No Brasil, é punida pelo artigo 122 do Código Penal: “Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.” BRASIL. Código Penal brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

⁵⁰⁰ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2005, p. 142.

corporal, à propriedade, etc., também busca reforçar na população o respeito a esses valores, o que não é criticável, uma vez que a denominada prevenção geral positiva é admitida como pertencente aos reconhecidos fins do direito penal. Para Roxin, a legitimidade das tendências simbólicas da legislação penal depende, na verdade, de se verificar se o tipo penal, por meio de seus objetivos de conscientização e de sua demonstração de adesão a determinados valores, é efetivamente necessário para a proteção de um convívio social pacífico.⁵⁰¹ Nesse sentido, cita como exemplo de lei penal simbólica necessária as vedações previstas no § 130 do Código Penal alemão, que proíbem comportamentos capazes de incitar o ódio contra minorias.⁵⁰² Segundo Roxin, o inciso 1 do § 130 do Código Penal alemão descreve comportamentos diretamente violadores da integridade pessoal do atingido. E, assim, também a dignidade humana, mencionada na segunda parte do inciso 1, pode com razão servir para fundamentar a punibilidade penal, pois a “parte da população” ameaçada e discriminada já não poderia mais conviver livre e pacificamente na sociedade, mas somente sob o medo e a preocupação. Roxin afirma que o direito penal deve se preocupar em proporcionar aos indivíduos uma vida segura e livre de tais opressões, por isso defende que, apesar do simbolismo, a legitimidade dessa norma penal não se diminui, visto que o legislador, ao mesmo tempo, presta uma ode à tolerância e à humanidade. Mas Roxin entende que é discutível a legitimação do inciso 3 do § 130 do Código Penal alemão, tipo penal

⁵⁰¹ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2006, p. 25.

⁵⁰² ALEMANHA. Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch*): “§ 130 Incitação do povo. (1) Quem, de uma maneira adequada a perturbar a ordem pública, 1. incita o ódio contra partes da população ou exorte a tomar medidas violentas ou arbitrarias contra elas ou 2. agride a dignidade humana de outros, insultando, depreciando mal intencionadamente ou difamando parte da população, será punido com pena privativa de liberdade, de três meses até cinco anos. (2) É punido com pena de privação de liberdade de até três anos ou com multa quem: a) divulgue, b) exponha publicamente, fixe, exiba ou de outra maneira torne acessível, c) ofereça, ceda, ou de alguma maneira torne acessível a uma pessoa menor de 18 anos, d. produza, subscreva, subministre, tenha disponível, ofereça, anuncie, elogie, busque importar, ou exportar, para utilizá-las ou delas extrair trechos para serem empregados no sentido das letras a a b ou facilitar a outro uma tal aplicação, 1. publicações (§ 11 inciso 3) que incitem ao ódio contra partes da população ou contra um grupo nacional, racial, religioso ou determinado por sua etnia, que exortem a medidas de violência ou arbitrariedade contra eles ou agridam a dignidade humana insultando-os, depreciando-os mal intencionadamente ou caluniando-os, a todos ou parte deles, 2. divulga programa com o conteúdo indicado no número 1 por radiodifusão, mídia ou serviço telefônico. (3) É punido com pena privativa de liberdade de até cinco anos ou com multa quem aprova, nega ou minimiza, publicamente ou numa reunião, de uma forma que seja adequada a perturbar a paz pública, fato praticado sob o regime do nacional-socialismo da maneira indicado no § 6, inciso 1, do *Völkerstrafgesetzbuch (Código de crimes contra os povos - lei alemã de 30 de junho de 2002 que adequa o direito penal alemão ao Estatuto de Roma e ao Tribunal Penal Internacional, dispondendo sobre os delitos de genocídio (§ 6), contra a humanidade (§ 7) e de guerra (§§ 8 a 12)*. (4) É punido com pena de até três anos ou multa que, publicamente ou numa reunião, perturbe a paz pública de uma maneira violadora da dignidade da vítima, aprovando, glorificando ou justificando ato nacionalsocialista de violência ou arbitrariedade. (5) O inciso 2 vale também para publicações (§ 11 inciso 3) com o conteúdo descrito nos incisos 3 e 4. (6) No caso do inciso 2, em combinação com o inciso 5, e nos casos dos incisos 3 e 4 rege o inciso 3 do § 36 no que for pertinente.” Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>>.

conhecido popularmente na Alemanha como o crime de “mentira de Auschwitz”, no qual se prevê punição para quem “publicamente ou numa reunião aprove, negue ou minimize” os crimes contra a humanidade praticados pelo regime nazista. Roxin explica que quem aprova ou afirma que tais mortes foram inventadas pelos judeus para diminuir os alemães pode ser punido por incitamento ao ódio racial já pelo § 130, inciso 1. Em sua opinião, porém, a mera negação de um fato histórico sem caráter de agitação ou afirmação atenuante (os crimes não foram tão graves quanto afirmados) ainda não é capaz de afetar o livre convívio entre as pessoas, uma vez que fatos contrários a tal negação ou abrandamento são historicamente comprovados e em geral reconhecidos. Para Roxin, um negador ou atenuador normalmente não encontra ressonância e é considerado pelo público um idiota ou mal-intencionado. Ele acredita que essa incriminação pode servir para que o autor se coloque numa posição de mártir, segundo a qual o direito penal teria sido utilizado para abafar a verdade, e conclui que o tipo penal de “mentira de Auschwitz” é predominantemente simbólico e tem como objetivo apresentar a Alemanha como um Estado que não suplantou nem ocultou os crimes cometidos durante a dominação nazista e se caracteriza, atualmente, como uma sociedade pacífica e respeitadora das minorias. Roxin afirma que isso atesta valiosos sentimentos, mas uma intervenção penal sem bem jurídico protegido não é o meio adequado para a demonstração e perpetração deles.⁵⁰³ A perseguição desses objetivos meritórios não serve à proteção de bem jurídico e, por isso, o emprego do direito penal para tal fim é ilegítimo.⁵⁰⁴

A oitava diretriz sustenta que tabus não são bens jurídicos. Roxin explica que uma disposição penal protege um tabu quando o comportamento incriminado é considerado inaceitável no círculo da população, mas a norma penal não apresenta uma inequívoca e suficiente necessidade de proteção a bem jurídico que justifique a incriminação. O exemplo mais claro, segundo Roxin, é o incesto, uma vez que o coito entre parentes próximos viola um tabu transmitido desde tempos imemoriais no círculo cultural sem que se tenha clareza sobre se causa um prejuízo a algo ou a alguém.⁵⁰⁵ Essa diretriz sofreu um duro golpe do Tribunal Constitucional alemão no julgamento realizado em 26 de fevereiro de 2008, que decidiu confirmar a constitucionalidade do

⁵⁰³ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2006, p. 26-27.

⁵⁰⁴ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2005, p. 143.

⁵⁰⁵ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2006, p. 27.

crime de incesto, previsto no § 173 do Código Penal alemão,⁵⁰⁶ cujos fundamentos já foram analisados no tópico 2.4 do presente estudo. Roxin afirma que as relações incestuosas consentidas em regra não produzem filhos; que, quando geram, estes raramente são defeituosos; e que o Estado não deveria tentar evitar defeitos genéticos com a ajuda da lei penal, em respeito à esfera privada das pessoas. Para Roxin, o delito de incesto protege apenas um tabu estabelecido desde os tempos primitivos da socialização humana, o qual, independentemente do direito penal, é ainda hoje geralmente respeitado, mas que a favor de sua proteção criminal não existem fundamentos suficientes.⁵⁰⁷

A nona diretriz afirma que objetos protegidos por abstrações intangíveis não são bens jurídicos. Roxin defende que não é legítimo definir abstrações como bens jurídicos quando o que se trata, na verdade, é apenas da proteção de bens jurídicos individuais. Ele explica que é o caso, por exemplo, do que ele considera como o falso bem jurídico denominado “saúde pública”, pois, como o “público” não tem um corpo real, é impossível admitir a existência de uma “saúde pública” no sentido estrito da palavra. E a proteção de um bem jurídico fictício não pode servir para justificar uma ameaça de pena. Roxin defende que a “saúde pública” apenas pode ser entendida como a saúde de muitos indivíduos pertencentes à população e entende que isso somente pode ser jurídico-criminalmente protegido se for levado em consideração o ponto de vista da autocolocação em perigo não punível. Ele também considera a “paz pública” um bem jurídico obscuro cuja perturbação o legislador busca evitar e afirma que outras ameaças de pena, como aquelas contra a violação corporal ou o furto, também protegem a paz pública, que seria perturbada caso esses comportamentos fossem tolerados, mas que isso acontece somente de maneira indireta como consequência da proteção de bens jurídicos muito concretos, como a integridade corporal e a propriedade, e desde que o convívio humano seja danificado por meio de uma conduta contrária a uma norma penal. De acordo com Roxin, é obscuro como a perturbação a paz pública deve ser imaginada quando não há prejuízo a um convívio pacífico, orientado pelas garantias e direitos

⁵⁰⁶ ALEMANHA. Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch*): “§ 173 Coito entre parentes. (1) Quem mantém conjunção carnal com descendente consanguínea, é punido com pena privativa de liberdade de até três anos ou pena de multa. (2) Quem mantém conjunção carnal com parente consanguíneo em linha ascendente, é punido com pena privativa de liberdade de até dois anos ou pena de multa; o disposto continua válido ainda que a relação de parentesco seja extinta. Da mesma maneira, são punidos os irmãos consanguíneos que manterem conjunção carnal entre si. (3) Descendentes e irmãos não são punidos conforme esse dispositivo se, no momento do fato, ainda não tiverem 18 anos de idade.” Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>>.

⁵⁰⁷ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2005, p. 142.

fundamentais. O fato de que algumas pessoas irrite outras em razão de manifestações críticas ou por comportamentos voluntariosos não pode fundamentar uma incriminação sob a perspectiva da paz pública, pois essas condutas estão cobertas pelos direitos fundamentais. Por isso, Roxin sustenta que é preciso renunciar a ameaças de pena que se apoiem na aptidão do comportamento para perturbar a paz pública, pois ou há um perigo para a coexistência pacífica e para a tranquila liberdade de consciência dos cidadãos, mesmo sem menção a esse critério, ou esse perigo não existe, como é o caso da “mentira de Auschwitz”.⁵⁰⁸ Para Roxin, soluções racionais óbvias e justificáveis apenas são possíveis quando conceitos de tal maneira gerais e vagos são abandonados conforme seja feita uma distinção sobre se as disposições visam proteger uma ameaça legítima à segurança ou se apenas objetivam a proteção de sentimentos ou representações de tabus.⁵⁰⁹

Na nova edição ainda no prelo de seu manual de direito penal, Roxin, em conjunto com Greco, estende essa lista de diretrizes político-criminais. Roxin e Greco reconhecem uma décima diretriz, a de qua a *fairness* – uma noção próxima à lealdade, honestidade, justiça – não é um bem jurídico verdadeiro, como fazem crer, por exemplo, o tipo penal do § 38 I da Lei sobre Negociação de Títulos de Crédito (*Gesetz über den Wertpapierhandel (Wertpapierhandelsgesetz – WpHG)*) da Alemanha, que dispõe sobre o delito de “*Insiderhandel*” e descreve condutas relacionadas ao uso indevido de informações privilegiadas para influenciar negociações de títulos de crédito,⁵¹⁰ ou a incriminação do autodoping de esportistas, prevista no § 4 I Nr. 4, 5, § 3 da Lei contra o Doping no Esporte (*Gesetz gegen Doping im Sport (Anti-Doping-Gesetz -*

⁵⁰⁸ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2006, p. 28-29.

⁵⁰⁹ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2005, p. 143.

⁵¹⁰ ALEMANHA. Lei sobre Negociação de Títulos de Crédito (*Gesetz über den Wertpapierhandel (Wertpapierhandelsgesetz – WpHG)*): “ § 38 Disposições penais (1) Será punido com pena privativa de liberdade de até cinco anos ou multa quem, no 1. § 39, inciso 2, número 3, ou inciso 3c; ou 2. § 39, inciso 3d, número 2, pratica uma conduta qualificada como dolosa e com isso influencia a) o preço doméstico de mercado ou de bolsa de um instrumento financeiro, de contrato de mercadoria comercial, de uma mercadoria no sentido do § 2, inciso 2c, de uma autorização de emissão no sentido do § 3, inciso 3, da Lei de Negociação de Emissão de Gás com Efeito Estufa ou de um meio de pagamento estrangeiro no sentido do § 51 da Lei de Bolsas; b) o preço de instrumento financeiro ou de um contrato de mercadoria comercial vinculado a ele em um mercado organizado ou de um sistema comercial multilateral em um outro Estado-membro da União Europeia ou em um outro Estado celebrante do Acordo sobre o Espaço Econômico Europeu; c) o preço de uma mercadoria no sentido do § 2, inciso 2c, de uma autorização de emissão no sentido do § 3, inciso 3, da Lei de Negociação de Emissão de Gás com Efeito Estufa ou de um meio de pagamento estrangeiro no sentido do § 51 da Lei de Bolsas ou de um mercado equiparável a uma bolsa doméstica em um outro Estado-membro da União Europeia ou em um outro Estado celebrante do Acordo sobre o Espaço Econômico Europeu; ou d) o cálculo de um valor de referência no país ou em um outro Estado-membro da União Europeia ou em um outro Estado celebrante do Acordo sobre o Espaço Econômico Europeu.” Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/wphg/_38.html>

AntiDopG).⁵¹¹ Roxin e Greco afirmam que a *fairness* é um ponto de vista que deve permanecer um corpo estranho num direito penal orientado pelo bem jurídico, pois é uma qualidade de um comportamento, enquanto a lesão de bem jurídico é uma consequência, ou seja, violações de bens jurídicos estão em uma instância de pensamento orientada a resultados, consequencialista, enquanto a falta de *fairness* está, ao contrário, numa instância de questionável pensamento de violação de dever, de estrutura deontológica. Para Roxin e Greco, de uma perspectiva orientada a bem jurídico não basta recorrer simplesmente à falta de *fairness* de um comportamento para legitimar uma incriminação, pois o desrespeito a qualquer regra que valha também para os outros é por definição uma conduta *unfair*, desleal. Assim, não apenas o desrespeito a regra de não se dopar no esporte é *unfair*, desleal, mas também o desrespeito de qualquer outra regra imposta aos participantes e que deva ser por eles observadas, significa uma *unfairness*, falta de lealdade.⁵¹²

Roxin e Greco também admitem uma décima primeira diretriz, a de que a facilitação da persecução penal não é uma justificativa para se postular um bem jurídico. Eles explicam que a exigência de uma lesão a bens jurídicos significa também que a atividade incriminada deve incorporar um injusto autônomo em algum aspecto e não deve ser submetida à pena apenas porque em caso contrário uma outra conduta corre o risco de ficar impune. Isso quer dizer, para Roxin e Greco, que nem as dificuldades de prova nem a instauração de medidas processuais penais de coerção fundamentam a introdução de bens jurídicos. Eles afirmam que o apelo nu à superação de problemas de prova não é nada diferente do reconhecimento de que a respectiva determinação penal

⁵¹¹ ALEMANHA. Lei contra o Doping no Esporte (*Gesetz gegen Doping im Sport (Anti-Doping-Gesetz - AntiDopG)*): “ § 3 Autodoping (1) é proibido aplicar-se ou deixar que lhe seja aplicado 1. um meio de doping que seja material constante no anexo I do Acordo Internacional contra o Doping ou inclua tal material, desde que esse material, conforme o anexo I do Acordo Internacional contra o Doping, não seja proibido apenas em determinadas modalidades esportivas, ou 2. um método de doping que esteja arrolado no anexo I do Acordo Internacional contra o Doping, sem indicação médica para si e com a intenção de proporcionar uma vantagem em uma competição de esporte organizado. A proibição conforme o item 1 não vigora se o meio de doping é aplicado fora de uma competição de esporte organizado ou o meio de doping seja um material ou contenha um material que, conforme o anexo I do Acordo Internacional contra o Doping, seja proibido apenas em competição. (2) Igualmente é proibido participar de uma competição de esporte organizado sob a aplicação de um meio de doping conforme o inciso 1, item 1, número 1, ou de um método de doping conforme o inciso 1, item 1, número 2, se essa aplicação ocorreu sem indicação médica e com a intenção de proporcionar uma vantagem na competição. (...) § 4 Disposições penais (1) Será punido com pena privativa de liberdade de até três anos ou multa quem (...) 4. Contra o § 3, inciso 1, item 1, aplica-se ou deixa que seja aplicado em si um meio de doping ou um método de doping ou 5. Contra o § 3, inciso 2, participa de uma competição de esporte organizado.” Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/antidopg/BJNR221010015.html>>

⁵¹² ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 5. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, no prelo, § 2 D 49b – 49d.

incorpora um direito penal da suspeita impossível em um direito penal da culpabilidade, pois o bem jurídico coletivo mencionado para justificar a existência de tipos penais com essa característica se revela, de fato, apenas como um argumento aparente em relação ao qual não sobra mais nada além do direito penal da suspeita.⁵¹³

Por fim, Roxin e Greco também reconhecem uma décima segunda diretriz político-criminal, a de que a existência de “ordens de proteção” supranacionais não fundamenta nenhum bem jurídico. As diversas relações internacionais entabuladas pela Alemanha, explicam Roxin e Greco, levam à edição de atos jurídicos de diferentes naturezas jurídicas, em especial derivados de acordos internacionais no campo de um direito internacional “clássico” e também de resoluções, diretrizes e decretos do “novo” campo da União Europeia, mas não raro esses atos jurídicos submetem a Alemanha a deveres de incriminação que o legislador alemão com frequência cumpre por meio da criação das respectivas disposições penais. Roxin e Greco respondem às indagações sobre se o cumprimento de tais “ordens de proteção” supranacionais já não seria legítimo apenas porque elas prescrevem o uso do direito penal, e se a teoria do bem jurídico não teria simplesmente chegado tarde a esse contexto, com o argumento de que o fundamento verdadeiro a favor da teoria do bem jurídico não é, em primeiro lugar, o seu reconhecimento pelo direito positivo, mas uma destinação forçosa da tarefa do direito penal em favor de um Estado liberal, ou seja, a teoria do bem jurídico tem pretensões de validade também nos campos em que, por diversos motivos, ainda não tenha “chegado”, pois é uma tarefa importante das ciências jurídicas demonstrar como pensamentos à primeira vista ainda suprapositivos podem ser reduzidos ao direito positivo.⁵¹⁴

Roxin reconhece que sua análise é somente exemplificativa e fragmentária.⁵¹⁵ Embora admita que um ou outro de seus pressupostos pode ser questionável, julga indubitável que a incriminação de tipos penais com as características mencionadas é sentida há tempos como problemática e que todas as argumentações acima descritas são, implícita ou explicitamente, relevantes e obrigatórias para o princípio do bem jurídico.⁵¹⁶ As diretrizes político-criminais estabelecidas por Roxin permitem de fato vislumbrar as principais hipóteses em que a justificativa do legislador para a edição de uma norma penal não apresenta um bem jurídico merecedor de proteção penal, o que

⁵¹³ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Op. cit.*, no prelo, § 2 D 49g-49i.

⁵¹⁴ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Op. cit.*, no prelo, § 2 D 49m-49o.

⁵¹⁵ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2006, p. 29.

⁵¹⁶ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2005, p. 144.

sem dúvida significa uma boa orientação quanto a incriminações ilegítimas, cujos fundamentos giram em torno de ideologias, sentimentos, tabus, finalidades políticas, abstrações e não indicam dados que mereçam proteção penal por motivos concretos. São diretrizes que podem, assim, exercer um papel relevante no exame da legitimidade de bens jurídicos colocados sob suspeita, pois revelam hipóteses em que a dúvida é fundamentada por argumentos consistentes. Mas Roxin, por focar sua busca no que “não é bem jurídico”, chega a uma lista extensa de características negativas não exaustivas que pode se tornar indefinidamente alongada devido à ilimitada aptidão de arrolar novos casos. Isso diminui a praticidade de seu critério conforme o rol se torne cada vez maior e adquira o aspecto de uma categorização exemplificativa de casos, insuficiente para apresentar com segurança as qualidades comuns a bens jurídicos que efetivamente mereçam a proteção penal, cuja ausência significa a ilegitimidade de uma norma penal.

4.3.3.2 A aplicação da Navalha de Ockham, segundo Bernd Schünemann

A proposta de Schünemann para distinguir verdadeiros bens jurídicos baseia-se na aplicação do conhecido princípio metodológico da navalha de Ockham. Para tanto, ele estabelece, em primeiro lugar, uma distinção entre bem jurídico coletivo e crime de perigo abstrato e explica que a categoria do delito de perigo abstrato, segundo a qual uma única conduta determinada é punida já por seu risco potencial estabelecido, representa apenas um primeiro grau para delitos de perigo concreto e para delitos de lesão, caso se trate de um bem jurídico cuja lesão posterior possa ser materialmente verificada. Assim, por exemplo, uma condução em estado de embriaguez significa um perigo abstrato para o corpo e a vida dos outros participantes do tráfego, pois leva, num desenvolvimento típico das coisas, a um acidente e, com isso, à lesão de outros. Já se o bem jurídico consistir, ao contrário, em um estado de conhecimento coletivo, horizontes de acordo ou condições de interação, então, a diferença entre perigo e lesão, para Schünemann, não tem sentido, pois um único comportamento, em geral, não pode prejudicar de maneira mensurável nem a estrutura coletiva nem, posteriormente, o curso causal. Schünemann afirma que a crítica corrente ao emprego de delitos de perigo abstrato para a proteção de bens jurídicos coletivos caminha rumo a um pleonasmos e

deve ser substituída por uma análise detalhada da estrutura dos bens jurídicos coletivos, de suas condições de prejuízo e de seu merecimento de proteção penal e, também, por uma teoria das necessidades político-criminais e da legitimidade constitucional da extensão antecipada da proteção do bem jurídico concreto-material mediante o delito de perigo abstrato.⁵¹⁷

A partir desse raciocínio, Schünemann formula uma máxima pragmática segundo a qual um tipo penal, em caso dúvida, deve ser interpretado como um delito de perigo abstrato destinado à proteção de um bem jurídico concreto tangível, ou seja, concebido normalmente como um bem jurídico individual e não como um crime para a proteção de um bem jurídico coletivo institucional.⁵¹⁸ Ele critica a conclusão, defendida pela teoria monista-pessoal da chamada Escola de Frankfurt, de que, no âmbito do meio ambiente, os bens jurídicos que merecem proteção penal devem ser funcionalizados por meio dos indivíduos afetados, de modo que uma utilização ilícita do meio ambiente sem efeitos negativos concretos para a população do âmbito afetado somente poderia fundamentar, no máximo, uma contravenção. Schünemann considera isso essencialmente falso, pois entende que a manutenção do meio ambiente é, de maneira primordial, uma questão de justiça distributiva entre sucessivas e incessantes gerações de homens, determinada de acordo com o seguinte entendimento: enquanto os recursos renováveis se encontram à livre disposição da atual geração e, assim, é possível falar de sua propriedade, a geração atual é obrigada ao cuidado dos recursos que podem se esgotar para as futuras gerações e, por isso, deve limitar sua utilização de maneira proporcional. Schünemann afirma que o esgotamento de um recurso natural não ocorre apenas pela contaminação, mas também pelo mero consumo, o que torna necessário eliminar o enfoque tradicional sobre a liberação de venenos e fixar, pelas normas fundamentais e sob a limitação da justiça distributiva, o consumo normal e diário de recursos. Por isso, Schünemann defende que os crimes de meio ambiente devem se agregar aos crimes de patrimônio em sentido amplo e, uma vez que, num sentido técnico-jurídico, não é possível existir propriedade de futuras gerações, o recurso ecológico intacto, cujo consumo não está à disposição discricionária da geração presente, constitui, em si mesmo, num sentido concreto, o bem jurídico protegido. Ele explica que como a destruição que hoje em dia

⁵¹⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. *Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?*, traducción de Lourdes Baza. In: DONNA, Edgard Alberto (Org.). *Obras*, tomo II, Santa Fé/Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2009, p. 26.

⁵¹⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. *Op. cit.*, 2009, p. 27.

se produz à nível global dos recursos naturais acabará em homicídios e roubos para as futuras gerações, a exploração ecológica abusiva constitui diretamente a rocha primitiva do direito, cuja transformação em mera contravenção administrativa representa, em sua opinião, quase uma “*moral insanity*”.⁵¹⁹

Mas Schünemann explica que sua regra pragmática não significa a necessidade de funcionalizar por princípio os bens jurídicos dos seres vivos. Ela indica apenas a superficialidade da concretização de um bem jurídico coletivo nas hipóteses em que se pode mostrar, sem dificuldades, um bem jurídico individual. Para Schünemann, da categoria racional dos delitos de perigo abstrato é possível conseguir, somente para este grupo de delitos, critérios precisos para a legitimidade da extensão antecipada do umbral da penalidade, o que se dá por meio de um exame de quatro níveis. Ele afirma que, no primeiro nível, de acordo com Schünemann, é necessário indagar onde se encontra, por assim dizer, a estação de distribuição da interação social na qual se deve operar uma proteção efetiva do bem jurídico; no segundo nível, é preciso assegurar que, mediante a extensão antecipada da penalidade, não estejam compreendidas as formas de comportamento que contenham reivindicações autorizadas da liberdade do indivíduo; no terceiro nível, deve ser levado em consideração o princípio da certeza; e, no quarto nível, é necessário observar o princípio da proporcionalidade.⁵²⁰ Schünemann entende que, assim, a teoria do bem jurídico cumpre uma função importante na crítica à hipostasia dos bens jurídicos coletivos aparentes naqueles âmbitos em que não se tratam mais do que uma classe de bens jurídicos individuais. Ele acredita que é possível levantar argumentos decisivos para uma restrição adequada do âmbito de punibilidade no marco da interpretação ordinária da lei, sem a necessidade de se destacar sempre e de imediato a inconstitucionalidade das normas, mas afirma que é preciso diferenciar a hipostasia de bens jurídicos aparentes das constelações de casos em que o legislador, para cumprir a sua tarefa definitiva de proteção, interpõe uma instituição que, ela própria, requer proteção jurídico-penal. Para esses casos, Schünemann admite que ele próprio cunhara a expressão “bem jurídico intermediário” ciente de que essa simples expressão não reflete, nem de maneira aproximada, as questões muito difíceis da constituição dos bens jurídicos que nesse ponto se apresentam. E afirma que a ideia de proteção de bens jurídicos naturalmente não pode servir somente para a crítica, mas também, inversamente, para a legitimação de tipos penais controversos. Schünemann

⁵¹⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Op. cit.*, 2009, p. 28-29.

⁵²⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. *Op. cit.*, 2009, p. 29.

menciona o exemplo dos crimes contra o meio ambiente, cuja compatibilidade com o princípio da proteção de bens jurídicos é colocada em dúvida não apenas pelos autores frankfurtianos, mas, também, sem razão, por Stratanwerth. Para Schünemann, na discussão atual também se polemiza em excesso a questão sobre o prejuízo com frequência pouco significativo do bem jurídico ecológico, que sempre esteve presente nos delitos contra a propriedade sem que fosse colocada em dúvida a legitimidade da proteção penal da propriedade, mas considerada uma hipótese normal de criminalidade de bagatela, cuja superação, por conseguinte, orienta-se de acordo com os conceitos gerais.⁵²¹

O raciocínio de Schünemann, porém, apresenta um sério defeito de clareza argumentativa. Greco observa com razão que, quando Schünemann afirma que deve ser descartada a existência de um bem jurídico coletivo, se for possível encontrar sem maiores dificuldades um bem individual, é equívoco compreender se está a se referir a um argumento ontológico ou normativo, o que é problemático, pois se tal proposto corte com a navalha de Ockham for entendido num sentido ontológico, relativo ao existente no mundo, significa que não deve ser suposto um mundo povoado de mais objetos, isto é, mais entidades coletivas do que o preciso para dar sentido a ele e aos tipos penais. Isso é confuso, já que a discussão não pode ser sobre a existência, inquestionável, do objeto sobre o qual recai a ação. Já, como explica Greco, se for entendido num sentido normativo, ou seja, de que o bem coletivo deve ser descartado por ser irrelevante em determinados contextos, então se está diante de uma conclusão que precisa ser completada por critérios de relevância, que não são fornecidos.⁵²² Mas a despeito desse problema a ideia de Schünemann leva à correta conclusão de que deve ser rejeitada a multiplicação de bens jurídicos coletivos com o fim exclusivo de dar razão ao legislador, pois demonstra que a justificativa de um tipo penal para dar razão ao legislador nunca é um motivo suficiente para postular um novo bem jurídico, o que reforça a ideia de que sua existência não pode prescindir de uma função de controle da racionalidade da decisão do legislador tomada pela incriminação. Como afirma Greco, o bem jurídico não pode ser reduzido a mero artifício útil a dar aparência de racionalidade

⁵²¹ SCHÜNEMANN, Bernd. *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation*. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 149 - 153.

⁵²² GRECO, Luís. *Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?* In: *Revista de concorrência e regulação* n. 7/8, Lisboa: Edições Almedina S.A., 2012, p. 358.

a qualquer decisão estatal de incriminar, mas exercer uma função que não se esgote na mera reafirmação circular do acerto do legislador.⁵²³

4.3.3.3 A identificação das características dos verdadeiros bens jurídicos coletivos e sua sistematização, em Roland Hefendehl

O raciocínio de Hefendehl consiste em identificar os elementos comuns que formam os legítimos bens jurídicos coletivos e sistematizá-los de acordo com a sua estrutura. Ele enxerga que as características dos bens jurídicos coletivos correspondem aos conceitos, desenvolvidos pelo constitucionalista Alexy, de não-exclusividade do uso, de não-rivalidade do consumo e de não-distributividade. Hefendehl sustenta que, para delimitar os direitos individuais dos bens coletivos, o conceito de não-distributividade já serve para esclarecer que um bem é coletivo se for conceitual, real ou juridicamente impossível dividi-lo em partes e atribuí-las aos indivíduos em porções, enquanto o critério da não-rivalidade do consumo deve ser precisado conceitualmente, pois à medida que nele se inclui o consumo contrário ao ordenamento, o bem se torna de certa maneira imune a agressões, o que pode levar à interpretação, por ele rechaçada, de bem jurídico como um puro valor ideal. Por isso, Hefendehl conclui que o bem jurídico coletivo é vulnerável diante de um consumo contrário ao ordenamento e pode, por conseguinte, ser reduzido ou destruído, mas, em sentido contrário, o consumo de acordo com o ordenamento pode deixar o bem jurídico coletivo intacto. Hefendehl afirma que todo bem jurídico coletivo se caracteriza por poder ser potencialmente utilizado por qualquer membro da sociedade, o que torna impossível sua atribuição, ou a atribuição de uma parcela sua, a uma determinada parte da sociedade. Assim, por exemplo, a segurança da moeda e também a do Estado têm a possibilidade de beneficiar cada membro da sociedade na mesma medida.⁵²⁴

Para Hefendehl, do critério do não-consumo surgem três grupos de bens coletivos. O primeiro desses três grupos abrange os bens jurídicos referidos à

⁵²³ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2012, p. 358.

⁵²⁴ HEFENDEHL, Roland. *Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm*. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsguttheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 126.

organização do Estado e seu desenvolvimento, que não são utilizados em sentido estrito por todos os membros da sociedade, mas apenas assegurados para eles, de modo que preencham apenas o critério da não-distributividade. O segundo grupo é constituído pelos bens jurídicos que servem de base aos crimes contra o meio ambiente, utilizados pelos membros da sociedade, mas como recorrem ao cerne das realidades naturais, descritivamente configurados, o Estado não tem fundamentalmente a possibilidade de disponibilizá-los à generalidade de maneira ilimitada. No terceiro grupo estão os bens jurídicos coletivos aos quais os membros da sociedade devem poder recorrer em uma dada ordem social, como, por exemplo, a segurança do dinheiro, construídos de tal maneira que se caracterizam pela liberdade de consumo desses bens jurídicos, pois, caso contrário, não se garante a premissa de que qualquer um pode utilizar um bem jurídico coletivo.⁵²⁵ Para Hefendehl, os diferentes tipos de estrutura de bens jurídicos coletivos coincidem com a sistematização que ele propõe. Isso porque, em primeiro lugar, o que denomina “bem jurídico da confiança socialmente relevante”, em relação ao qual considera paradigmática a confiança na segurança da moeda, é distinto da confiança na vigência do ordenamento jurídico. Hefendehl explica que, para determinadas instituições, a confiança se apresenta como constitutiva e está sujeita tanto a pressupostos específicos de desenvolvimento quanto de destruição. Por isso, o objeto da confiança, seja ele uma pessoa ou uma instituição, está necessariamente obrigado a cumprir exigências de qualidades especiais, para que esteja sob controle e uma situação complexa seja dessa maneira reduzida. Hefendehl afirma que, além disso, a transformação da confiança em desconfiança não acontece de maneira gradual, mas abrupta, e também a circunstância de suas condições sensíveis de estabilidade depõe a favor de uma configuração especial do bem jurídico de confiança em si mesmo considerado. Em segundo lugar, Hefendehl sustenta que bens jurídicos como contingentes esgotáveis relevantes para a sociedade estão localizados no direito penal ambiental. Para ele, os recursos protegidos do meio ambiente tratam-se no cerne de bens descritivos, que, diferentemente dos bens jurídicos de confiança, são consumíveis em razão de sua limitabilidade e da impossibilidade de reprodução discricionária, o que é o motivo determinante de seu merecimento especial de proteção. Em terceiro lugar, para Hefendehl, nos bens jurídicos de proteção de condições do âmbito estatal se reconhece uma dicotomia semelhante à dos bens jurídicos coletivos socialmente relevantes. Isso

⁵²⁵ HEFENDEHL, Roland. *Op. cit.*, 2003, p. 127.

porque, tanto em relação à existência do Estado quanto de suas instituições, tratam-se, como os primeiros dois níveis hierárquicos, de condições de funcionamento, enquanto a atividade estatal direta, tanto prestacional quanto interventiva, pressupõe a existência de recursos nas mãos do Estado, referidos tanto a um bem final como a dinheiro ou a um determinado potencial de trabalho. Hefendehl menciona exemplos para ambos os grupos: o Estado configurado em detalhes pela Constituição é protegido tanto pelos denominados delitos de proteção do Estado quanto por aqueles que visam determinados órgãos constitucionais. Além disso, também os recursos finais do Estado necessitam de proteção e, para tal objetivo, servem os delitos fiscais.⁵²⁶

Assim, Hefendehl defende que, junto dos bens jurídicos coletivos sistematizados por ele, existem ainda constelações especiais que se situam entre bens jurídicos individuais e coletivos. E cita como exemplos a saúde pública no âmbito do direito penal de drogas, a segurança do tráfego no direito penal de trânsito ou a segurança pública, isto é, o monopólio estatal da força no direito das armas. Hefendehl entende que é necessário eliminar essas construções de bens jurídicos aparentes para esclarecer as verdadeiras condições de legitimação relacionadas à proteção de bens jurídicos individuais. Por isso, explica que, ao se determinar e precisar um bem jurídico individual ou coletivo a partir de sua sistemática e estrutura, tornar-se também mais fácil o importante passo seguinte de desmascarar construções de bens jurídicos aparentes, entre as quais devem ser entendidas aquelas em que falta sobretudo um bem jurídico a ser protegido. Hefendehl deduz que possivelmente o dogma da teoria do bem jurídico está sob crítica também porque tanto o legislador como parte da doutrina indicam um bem jurídico a cada novo tipo penal sem grandes reflexões nem referências à ideia de confiança, de segurança pública, de proteção às instituições ou mesmo ao clima ou à luta contra cenários de ameaça geral. Em sua opinião, isso leva à perda de valor do *topos* da noção de bem jurídico também onde faz jus à sua existência. Hefendehl, então, com a pretensão de preservar tal valor, defende a tese de que apenas em casos excepcionais, estreitamente limitados, um tipo penal pode não proteger um bem jurídico sem que isso seja considerado político-criminalmente ou constitucionalmente ilegítimo, como é o caso da incriminação de violações a

⁵²⁶ HEFENDEHL, Roland. *Op. cit.*, 2003, p. 127.

representações de valor ou de comportamentos homogeneamente enraizados na sociedade que não geram efeitos danosos.⁵²⁷

Hefendehl sustenta ainda que, em relação aos bens jurídicos coletivos, é analiticamente correta a afirmação de que o desvalor do ato passa a um primeiro plano em comparação com o momento do resultado. Mas explica que isso apenas se refere ao nível típico, enquanto o bem jurídico permanece como o ponto de partida da incriminação e, nessa medida, da necessidade de se produzir uma relação de idoneidade. Para Hefendehl, como nem a forma delitiva do delito de perigo abstrato nem as demais construções por ele mencionadas ajudam no âmbito dos bens jurídicos coletivos, é preciso intensificar a busca por uma relação entre a ação típica e o bem jurídico protegido, pois, de outra maneira, a procura por um bem jurídico protegido não teria função alguma. E, para suprir a ausência de uma causalidade real lesiva entre ação fática e bem jurídico, exige uma denominada equivalência material, que nos bens jurídicos coletivos necessariamente corresponderia ao plano da incriminação. Assim, Hefendehl afirma que a noção de cumulação desenvolvida nos delitos de corrupção e contra o meio ambiente apresenta tal equivalência por compreender ações individuais em si mesmas inofensivas, mas que, se não existisse uma proibição reforçada com sanção, é de se contar que seriam praticadas em grande número e, como consequência, perturbariam funções protegidas. Para Hefendehl, se forem considerados idôneos para a cumulação somente os efeitos sinérgicos realistas, com atenção ao princípio da bagatela, já se elimina uma parcela das reflexões aduzidas contra os tipos penais de cumulação. Hefendehl afirma que o campo de potencial aplicação desses delitos é muito limitado e abrange apenas os casos em que comportamentos desrespeitadores de bens e a vida cotidiana ou profissional podem entrar em conflito, como ocorre, por exemplo, em delitos contra a segurança do tráfego ou o meio ambiente, ou efeitos realistas de cumulação em bens jurídicos individuais que necessariamente exerçam influência em bens jurídicos coletivos, como, por exemplo, crimes de falsificação de moeda praticados em conexão com ações de estelionato. Por isso, Hefendehl defende que a objeção de que por meio da cumulação se chega a uma fundamentação de injusto *ex iniuria tertii* apenas estaria correta se, no âmbito da concreta configuração típica, ocorresse uma

⁵²⁷ HEFENDEHL, Roland. *Op. cit.*, 2003, p. 128.

censura sobre o injusto de terceiros fundamentadora da responsabilidade, o que, em sua opinião, não é o caso.⁵²⁸

Hefendehl também recorre à filosofia moral para justificar a ideia de cumulação. Ele afirma que, se for verificado que a infração da norma de comportamento viola o bem jurídico de um número suficientemente grande de destinatários, não se admite uma defesa do indivíduo com o argumento de que sua contribuição sozinha é irrelevante para o bem jurídico, pois não há nenhuma razão evidente para que o ordenamento jurídico deva privilegiar um destinatário da norma ou um grupo deles em detrimento dos demais. Hefendehl considera que o âmbito de aplicação da ideia de cumulação se estende não apenas aos bens jurídicos dos delitos ambientais, mas também aos bens jurídicos de confiança, como a confiança na segurança da circulação de dinheiro ou a confiança no correto funcionamento do serviço público. E explica que a estrutura particular desse bem jurídico influencia no exame sobre a idoneidade de um tipo penal, uma vez que a confiança se forma de maneira muito mais sensível do que os componentes objetivos do bem jurídico e, por isso, também pode ser destruída mais facilmente. Hefendehl também sustenta que nos contingentes estatais consumíveis, como os ingressos tributários, a ideia de cumulação parece especialmente aplicável, pois a prática do fato por muitos devedores tributários está relacionada com uma situação motivacional. Em sua opinião, excepcionalmente se emprega aqui o tipo penal de um delito de lesão para proteger bens jurídicos coletivos, o que não significa que tais delitos sejam intocáveis quanto à sua legitimação, embora considere que a questão aqui esteja deslocada ao próprio bem jurídico protegido e confira, nessa oportunidade, uma recusa a todas as perspectivas que pretendam se concentrar apenas na estrutura do delito. Para Hefendehl, nos tipos penais de proteção de bens jurídicos referentes à função do Estado, como os denominados delitos de proteção do Estado, não faz diferença nem a possibilidade de uma lesão nem a de uma cumulação, pois as agressões ao Estado são em regra precedidas de uma intenção não multiplicável. Ele afirma que, nesses casos, a referência ao bem jurídico apenas é aceitável sob dois pressupostos: o primeiro, que o bem jurídico da função estatal protegido esteja ancorado na Constituição, e o segundo, que a referência ao bem jurídico esteja objetivamente reproduzida de forma qualificada,

⁵²⁸ HEFENDEHL, Roland. *Op. cit.*, 2003, p. 130-131.

o que demonstra que o ponto principal da consideração está no próprio bem jurídico protegido.⁵²⁹

As ideias de Hefendehl, porém, são criticáveis em suas próprias premissas. A relação entre os três critérios que identificariam as características comuns aos bens jurídicos coletivos, como constata Greco, é de certa maneira obscura, pois se, por um lado, a não-rivalidade do consumo não consegue explicar os bens não-consumíveis, por outro lado, a não-exclusividade do gozo do bem jurídico não passa de uma mera redescritção desnecessária da característica da indivisibilidade. Assim, o único critério que manifesta suficiente clareza, e que deve ser levado em consideração, é o da indivisibilidade ou não-distributividade do bem jurídico coletivo.⁵³⁰ Além disso, como observa Roxin, a construção dos delitos de cumulação de fato leva a que o autor seja punido pelo comportamento dos outros, em verdadeiro *ex iniuria tertii*, pois uma violação de bem jurídico que resulta da soma de numerosos atos individuais de outras pessoas, ainda mais hipotéticos e, nessa medida, indeterminados, não pode se apresentar como violação de bem jurídico decorrente de comportamento individual.⁵³¹ Já em relação ao bem jurídico confiança, Amelung afirma com razão que a confiança na conduta de outras pessoas é a suposição de que elas não se comportarão de maneira contrária ao esperado, o que com frequência se apoia em normas de conduta que regem o comportamento dos outros, com a garantia de que o comportamento será o esperado de acordo com a existência de instruções de conduta que prevejam uma sanção, de modo que a confiança não é um estado para cuja existência sejam necessários especiais sintomas psíquicos, mas, ao contrário, o estado de consciência caracterizado pela falta de concentração da consciência no pontual reconhecimento do inesperado, que é chamado de “desconfiança”. Amelung verifica que o uso coisificante da linguagem atrapalha a visão sobre os fatos e estiliza um nada em algo positivamente existente, o que fundamenta a crítica, correta, de que um nada não pode ser bem jurídico.⁵³² Na verdade, como critica Hassemer, a “confiança” está num plano tão abstrato que não

⁵²⁹ HEFENDEHL, Roland. *Op. cit.*, 2003, p. 131-132.

⁵³⁰ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2012, p. 354.

⁵³¹ ROXIN, Claus. *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*. In: NEUMANN, Ulfrid; HERZOG, Felix (Hrsg.) *Festschrift für Winfried Hassemer*. Heidelberg: 2010, p. 587.

⁵³² AMELUNG, Knut. *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 172.

pode ser objeto de proteção do direito penal⁵³³ e essa constatação torna necessário concordar com a afirmação de Roxin de que a perturbação da confiança é uma explicação tão desnecessária de violação de um bem jurídico quanto a construção dos delitos de cumulação.⁵³⁴

4.3.3.4 As três regras-teste de Luís Greco

Greco prefere enfrentar o problema por meio do desenvolvimento de três regras-teste que seriam fundamentais para identificar a presença de um bem jurídico coletivo merecedor de proteção penal. A primeira regra-teste é derivada da pretensão de Schönemann de recusar legitimidade à formulação de bens jurídicos coletivos que sirvam apenas para dar razão ao legislador. Greco afirma que admitir que um tipo penal protege um bem coletivo porque de outro modo não se pode legitimar nem mesmo uma antecipação de tutela mediante um delito de perigo abstrato significa dar razão aos adversários da ideia de bem jurídico. Greco concorda que o conceito de bem jurídico assim entendido se torna privado de qualquer função de controle da racionalidade da decisão legislativa de incriminar e reduzido a um artifício ideológico, equivalente a um coringa útil que dá aparência de racionalidade a qualquer decisão do legislador, independentemente de sua arbitrariedade. Para Greco, apenas dar razão ao legislador, isto é, justificar um tipo penal, nunca pode ser um motivo suficiente para postular a existência de um novo bem jurídico. Isso porque um bem jurídico que fosse capaz de exercer uma função de controle, sem se esgotar numa simples reafirmação circular a favor do legislador, precisa ser algo valioso por razões independentes do fato de existir uma proibição para defendê-lo, uma vez que o bem deve ser protegido por ser valioso e não valioso por ser protegido. Com base nessa conclusão, Greco formula sua primeira regra-teste, que ele denomina “teste da circularidade”, segundo a qual “o fato de que um dispositivo penal não seria legitimável sem um bem coletivo não fornece qualquer razão para postular um tal bem”.⁵³⁵

⁵³³ HASSEMER, Winfried. GAEDE, Karsten, MÜHLBAUER, Tilo (Berichterstatter). 2. Sitzung, Rechtsgüterschutz und Zurechnungsprobleme. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 172.

⁵³⁴ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2010, p. 588.

⁵³⁵ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2012, p. 359.

Mas Greco não se satisfaz com essa primeira regra. Ele concorda, a princípio, com os questionamentos lançados por parte da doutrina a respeito do *status* ontológico de falsos bens jurídicos que não são mais do que nomes ou palavras cujo significado real é apenas a soma de determinados bens individuais, soma esta que não significa outra entidade, coletiva e distinta, das parcelas individuais que a constituem,⁵³⁶ pois avalia que esse argumento tem base em algo concreto, qual seja, a noção de que bens jurídicos coletivos são bens indivisíveis e não bens pertencentes a um número indeterminado de indivíduos. E pondera que tal argumento é insuficiente devido à sua roupagem ontologista, que busca elaborar assertivas sobre o ser, sobre o que existe de verdade e sobre o que é mera aparência. Greco afirma que o argumento ontológico é bastante pretensioso, uma vez que a definição sobre a existência ou não de uma saúde “pública”, de dimensões da saúde que são irredutíveis às saúdes individuais, é uma questão difícil relativa à ontologia social, ou seja, à teoria que enumera as entidades presentes no mundo denominado de sociedade. Ele explica que uma descrição individualista ou atomista da sociedade, que considere a existência apenas de entidades individuais, nunca de agregados, aceita com maior facilidade tal argumento, o que já não acontece se for o caso de uma descrição coletivista ou organicista que considere indivíduos somente acidentes do que é essencial, como, por exemplo, a nação, o Estado, as instituições ou as instituições sociais. E lembra que a abordagem mais adequada ao moderno liberalismo político é tornar as questões de justificação política e normativa algo independente de demais problemas filosóficos-gerais, como aqueles que se referem à ontologia social. Greco vislumbra que tal fraqueza não é apenas teórica, mas pode ser sentida no próprio debate jurídico mais concreto, pois o deslocamento do debate para o âmbito ontológico torna o crítico vulnerável a réplicas também ontológicas, ou seja, o argumento perderia força à medida que o defensor do bem jurídico colocado sob suspeita deixasse de se referir ao número indeterminado de atingidos e apontasse para algo indivisível, como uma instituição social. Assim, Greco menciona como exemplo o

⁵³⁶ Por exemplo, Roxin, como acima mencionado, afirma que o bem jurídico “saúde pública” não é um bem jurídico verdadeiro, pois como o “público” não tem realidade corporal, algo como a “saúde pública”, no estrito senso da palavra, não existe, de modo que somente poderia significar a saúde de muitos membros individuais pertencentes à população. ROXIN, Claus. *Op. cit.*, Band I, 2006, p. 28. Também Hörnle afirma que o bem jurídico “saúde pública” é desnecessário, pois seu âmbito de proteção não tem outro significado senão a saúde das pessoas individuais atingidas. HÖRNLE, Tatjana. *Grob anstößiges Verhalten – Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005, p. 88. Schünemann, como também já referido, fala em hipostasia dos bens jurídicos coletivos aparentes que seriam, em verdade, apenas uma classe de bens jurídicos individuais. SCHÜNEMANN, Bernd. *Op. cit.*, 2003, p. 149.

bem saúde pública e expõe que seu defensor pode focar na ideia de que há algo como um corpo coletivo ou utilizar uma abordagem menos filosófica para alegar que se trata do interesse do Estado na manutenção de cidadãos saudáveis e de uma ordem social vital; ou afirmar que existe uma distinção entre uma situação em que diversas pessoas estão doentes e uma epidemia; ou defender que ruas limpas, hospitais disponíveis e eficientes, ar puro, um bom sistema de saneamento e vacinação, são elementos componentes disso que se denomina saúde pública; ou, ainda, indicar que o direito constitucional e o direito administrativo não enxergam problema algum na ideia de saúde pública, de modo que sua inexistência teria efeitos somente no âmbito do direito penal, o que torna o argumento estranho e leva a crer que os demais ramos do direito trabalham, sem saber, com um fantasma. Por isso, para Greco, a questão está menos na existência ontológica de dados que possam confirmar a existência do bem jurídico coletivo e mais na característica de sua indivisibilidade, o que o permite formular sua segunda regra-teste, que ele chama de “teste da divisibilidade”, de acordo com o qual “o fato de que um número indeterminado de indivíduos tenha interesse em um bem não é uma razão para postular um bem coletivo”.⁵³⁷

Por fim, Greco extrai uma terceira regra-teste, derivada das reflexões que faz sobre a opinião de Amelung a respeito da teoria do bem jurídico. Amelung sustenta que o sentido político-jurídico da teoria da proteção de bens jurídicos está na noção de que, para legitimar uma sanção por meio de pena, uma norma de comportamento deve proteger algo “por trás” dela, o que serve para impedir que tanto legisladores quanto intérpretes defendam a proteção da vigência da norma em si mesmo considerada e, também, para afastar um direito penal do “despotismo” e do “moralismo”. Segundo Amelung, o déspota abusa do direito penal ao forçar atos de mera submissão, de obediência pela obediência, enquanto o moralista impõe normas morais de acordo com a sua vontade, somente por se vincularem à sua estrutura psíquica. Amelung defende que a teoria do bem jurídico por trás da norma não permite isso e, à que medida que estabelece limites tanto ao despotismo quanto ao moralismo, é uma teoria “liberal”. Assim, delitos que, por exemplo, se referem a “segurança pública”, sentimentos ou confiança em alguma coisa, não protegem algo “por trás” da norma, mas apenas a própria situação de não praticar o comportamento proibido.⁵³⁸ Greco avalia, porém, que

⁵³⁷ GRECO, Luis. *Op. cit.*, 2012, p. 359-362.

⁵³⁸ AMELUNG, Knut. *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). Die

o argumento de Amelung é insuficiente por ser apenas conceitual, o que convida a uma réplica também conceitual. Para Greco, o argumento é conceitual porque identifica a segurança, a confiança e determinados sentimentos com o respeito à norma, o que torna possível a réplica de que se trata não do próprio respeito às normas, mas de suas consequências fáticas positivas, como, por exemplo, no caso da segurança, a possibilidade de passear na rua também no período noturno, de não precisar ficar preocupado se os filhos demoram a chegar em casa, etc. Por isso, Greco entende que, se a pretensão de Amelung é reservar o termo segurança para designar o próprio atendimento à norma, o crítico pode simplesmente concordar e não argumentar com o sentido que Amelung confere à segurança (que Greco chama de “segurança 1”), mas com aquele que ele próprio, o crítico, confere (denominado “segurança 2”). E explica que o argumento de Amelung não impede que o defensor do bem coletivo sustente que o que realmente importa é a “segurança 2” e o considere um bem coletivo por ser pertencente de maneira não-distributiva a todos os indivíduos, não confundido, por sua vez, com o atendimento à norma de conduta.⁵³⁹

Mas Greco se convence de que o argumento de Amelung parte de uma intuição correta. Para Greco, a intuição por trás das considerações de Amelung é a de que a referência a consequências localizadas no mesmo plano daquelas que compõem a “segurança 2” leva ao entendimento de que todo tipo penal pode ser entendido como protetor de bens coletivos. Mesmo, por exemplo, no tipo penal de furto, é possível considerar que por trás do bem jurídico violado por uma determinada infração da norma, ou seja, a propriedade sobre a coisa concreta, está a instituição social da propriedade e, também, a da “segurança 2”, que, como instituição, é indivisível e, por conseguinte, coletivo. Greco afirma, então, que a questão não é se os bens jurídicos criticados existem ou não, o que, em sua opinião, é uma questão de ontologia social, mas somente se a sua afetação não apresenta qualquer conteúdo de desvalor adicional ao da afetação do bem jurídico individual. E isso porque os bens jurídicos coletivos se manifestam no direito penal de duas maneiras, o que dá origem a dois grupos distintos. Greco explica que, no primeiro grupo, estão os bens jurídicos dos crimes de corrupção, contra a administração da justiça, de falsificação de moeda, de proteção do Estado e contra o meio ambiente, os quais se manifestam de maneira direta. Assim, por exemplo,

Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 169-172.

⁵³⁹ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2012, p. 362-363.

um falso testemunho pode levar a um dano à liberdade individual ou ao patrimônio de uma das partes no processo, o que não necessariamente ocorre. Já o segundo grupo de bens coletivos abrange aqueles que nunca se manifestam de modo direto, mas sempre mediados por outro bem jurídico, que é mais preciso e, em regra, individual. A agressão a tais bens, segundo Greco, ao contrário do que acontece no primeiro grupo, somente pode ser imaginada na forma de agressão indireta, pois seu objeto mediato é sempre o bem individual mais concreto. Portanto, a afetação do bem coletivo esgota-se num reflexo dessa afetação do bem individual, como é o caso, por exemplo, de bens como a propriedade enquanto instituição social, a saúde pública ou a segurança em suas distintas formas. Greco afirma que, ao que parece, tais bens não podem ser diretamente atingidos de maneira penalmente relevante, pois a agressão punível, por exemplo, à instituição da propriedade ou à segurança no trânsito tem sempre que se dirigir ao mesmo tempo a bens dos indivíduos, de modo que a agressão isolada e direta ao bem jurídico coletivo não parece nem concebível como injusto penal. Ele exemplifica que a saúde pública é diretamente atacada se hospitais são fechados, a segurança pública se o controle eletrônico de velocidade nas estradas é suspenso, mas que são comportamentos que não podem constituir um ilícito penal. Para Greco, é exatamente a impossibilidade de ser imaginável punir a agressão direta, e não mediada por um bem individual, a tais bens coletivos o que comprova sua irrelevância para o direito penal e sua falta de idoneidade para fundamentar qualquer tipo penal. Isso permite-lhe concluir que, ao contrário do que sustenta a teoria dos bens jurídicos aparentes, o problema desses bens jurídicos coletivos não é sua inexistência, mas o fato de que, ainda que existissem, careceriam de uma específica relevância para o direito penal. Assim, Greco afirma que, por trás de todo bem jurídico individual, é possível encontrar um similar bem coletivo, o que prova que a afetação de tal bem coletivo não tem conteúdo de desvalor autônomo diante da afetação do correspondente bem individual. E sustenta que a vantagem dessa abordagem por ele proposta está em se movimentar no plano normativo e não mais no plano ontológico ou semântico, de modo que, contra ela, réplicas semânticas ou ontológicas perdem força. Essa análise leva a Greco formular a sua terceira regra-teste, que ele chama de “teste da não-especificidade”, segundo o qual “não é permitido postular um bem coletivo como objeto de proteção de uma determinada norma penal se

a afetação desse bem necessariamente pressupõe a simultânea afetação de um bem individual”.⁵⁴⁰

As três regras-teste formuladas por Greco, denominadas teste da circularidade, teste da distributividade e teste da não-especificidade servem, pela simplicidade, como critérios úteis para a verificação sobre quando é possível postular um bem jurídico coletivo como objeto de proteção da norma penal. De fato, é lúcido considerar que não se pode postular um bem coletivo como objeto de proteção penal apenas porque um tipo penal não se legitima sem um bem coletivo; um número indeterminado de indivíduos tem interesse em um bem; ou quando a agressão desse bem pressupõe, necessariamente e ao mesmo tempo, uma agressão a um bem individual. E, embora as regras-teste de Greco tenham caráter negativo tanto quanto os critérios desenvolvidos por Roxin e Schünemann e precisem, por isso, ser complementadas por algum critério positivo que explique porque o objeto que se pretende proteger tem valor suficiente para merecer ser penalmente tutelado,⁵⁴¹ não levam a um extenso e indefinido rol de diretrizes político-criminais, como o apresentado por Roxin, em cujo alargamento o próprio Greco colaborou, nem padece do problema de obscuridade de sentido do critério de Schünemann, uma vez que claramente apresenta um sentido normativo. No próximo tópico tais regras-teste serão novamente mencionadas, dessa vez no contexto da opinião aqui defendida sobre as características essenciais dos bens jurídicos coletivos merecedores de proteção penal.

4.3.3.5 As características essenciais dos bens jurídicos coletivos merecedores de proteção penal de acordo com o conceito aqui defendido

O bem jurídico merecedor de proteção penal, no sentido aqui defendido, é um dado que confere ao seu titular um âmbito de oportunidades de realizar, à sua escolha, o que valoriza, de modo a ser parte integrante de sua liberdade substantiva. É uma definição, como mencionado, que entende que o bem jurídico merecedor de proteção do direito penal tem natureza real, embora não necessariamente empírica, isto é, não vinculada apenas ao que pode ser constatado pelas ciências da natureza. Se a identificação de um dado que confere um âmbito de oportunidades para a realização do

⁵⁴⁰ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2012, p. 363-364.

⁵⁴¹ Como reconhecido pelo próprio Greco, apesar de deixar em aberto se é mesmo possível formular regras sobre isso. GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2012, p. 365.

que se valoriza é uma tarefa mais simples quando a análise recai sobre um tal dado pertencente a uma única pessoa, quando se trata de bens jurídicos coletivos a situação ganha uma complexidade distinta, pois a análise não se reduz a dados relacionados a um titular individualizável, mas alcança dados que sejam relevantes para uma coletividade, o que naturalmente conduz o raciocínio a um patamar superior de abstração. Um dado que tenha importância fundamental não para uma pessoa individualizada, mas para uma coletividade, deve conferir à coletividade, nos termos da definição aqui trazida, um âmbito de oportunidades para que os seus membros realizem, de acordo com a sua escolha, o que valorizam, nos limites da ordem constitucional de um Estado democrático de direito. Mas tal âmbito de oportunidades deve ser necessariamente distinto daquele já conferido por bens jurídicos individuais e não pode ser confundido com uma mera soma dos âmbitos de oportunidades conferidos, respectivamente, por bens jurídicos individuais distinguíveis em separado, como acontece, por exemplo, ao se interpretar o bem “saúde pública” como a mera soma dos estados de saúde dos indivíduos que compõem a coletividade, ou a “ordem econômica” como apenas a soma da situação econômica individual de cada pessoa. O âmbito de oportunidades conferido à coletividade também não pode ser confundido com um âmbito de oportunidades que somente pode ser conferido por meio de outro âmbito de oportunidades relativo a um bem jurídico individual, ou seja, mediado por um dado já reconhecido, por si só, como um bem jurídico individual, como acontece, por exemplo, com a “instituição propriedade”, violada com a afetação à propriedade do indivíduo concreto, ou “segurança no trânsito”, afetada com a colocação em perigo da integridade física dos indivíduos pelo mal condutor do automóvel. Esses limites são necessários para que o dado que se pretende alçar à condição de bem jurídico coletivo merecedor de proteção penal seja entendido como algo que confira à coletividade um âmbito de oportunidades autônomo e mereça, assim, uma valoração autônoma e um desvalor também autônomo de sua afetação.

Essa autonomia de conteúdo também esclarece que o fato de um indivíduo gozar do âmbito de oportunidades conferido à coletividade não tem relação com o entendimento de que todo bem jurídico coletivo deve ser referido ao indivíduo. Na verdade, é apenas uma decorrência da situação de o indivíduo integrar a coletividade titular do bem jurídico. Ser membro da coletividade pode significar integrar, fazer parte, estar dentro da coletividade, em termos fáticos, e não necessariamente uma cidadania ou residência em sentido jurídico. Pode acontecer mesmo de maneira transitória, como, por

exemplo, um turista, que pode desfrutar da oportunidade de respirar ar puro conferido pelo meio ambiente íntegro à coletividade que é sua titular, embora faça parte, isto é, seja membro dessa coletividade apenas transitoriamente. Os limites do acesso às oportunidades conferidas pelo bem jurídico coletivo depende de cada caso, podem estar relacionados à natureza do bem ou às decisões normativas da coletividade dele titular, por meio de regras jurídicas. Por exemplo, ter acesso ao âmbito de oportunidades conferido por um meio ambiente saudável depende de estar dentro do território da coletividade que possui esse meio ambiente, enquanto ter acesso ao âmbito de oportunidades conferido por um sistema financeiro saudável depende também do cumprimento de determinadas normas jurídicas civis e administrativas, como as regras de capacidade civil e de garantia de operações financeiras. Mas, de qualquer forma, a violação de um bem jurídico coletivo não quer dizer a diminuição do âmbito de oportunidades conferido por um bem jurídico individual a um sujeito individualizado, mas do específico âmbito de oportunidades conferido pelo bem jurídico coletivo à coletividade, que está à sua disposição por ser membro dessa coletividade. Assim, o âmbito de oportunidades conferido pelo bem jurídico coletivo se disponibiliza a um sujeito individualizado apenas de modo contingente, pois depende da casualidade dele integrar a coletividade titular do respectivo bem jurídico coletivo. O âmbito de oportunidades coletivo pertence não a um indivíduo específico, mas a toda a coletividade, nos limites de uma ordem constitucional democrática, e a disponibilidade de seu aproveitamento se dirige a quem esteja na condição de membro da coletividade titular, independentemente de quem sejam os indivíduos específicos que estejam nessa condição. Imagine-se, por exemplo, o caso do funcionário público atolado de trabalho que recebe dinheiro para praticar um ato vinculado, que já deveria ter sido realizado, fora do expediente e sem ocasionar nenhuma desvantagem a quem aguarda a prática desse ato: o particular não é vítima, mas beneficiário e até autor de corrupção ativa,⁵⁴² enquanto os outros particulares que continuam a aguardar o ato não foram passados para trás e não sofreram nenhum dano.⁵⁴³ Nesse caso, não há afetação no âmbito de oportunidades de cada indivíduo conferido por bem jurídico individual, mas, na verdade, no âmbito de oportunidades conferido à coletividade de não ter sua coisa

⁵⁴² BRASIL. Código Penal brasileiro: “Corrupção ativa. Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.” (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>

⁵⁴³ Sobre o exemplo do funcionário público atolado em seu trabalho, ver GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2012, p. 356.

pública pervertida em um benefício privado, de que o seu serviço público funcione sem a necessidade de que seus funcionários recebam vantagens privadas, de que os atos públicos de seu Estado aconteçam apenas com a própria remuneração pública recebida por seus funcionários, de que seus funcionários públicos não desrespeitem à legalidade do serviço público para receber vantagens privadas, entre outras que poderiam ser vislumbradas.⁵⁴⁴ Essas oportunidades são conferidas pelo bem jurídico coletivo à coletividade, são oportunidades de a coletividade ter um serviço público que funcione de acordo com suas próprias regras públicas, sem o condicionamento a vantagens que ela própria proíba. O aproveitamento de tal estilo de serviço público, como acontece nas hipóteses de bens jurídicos coletivos, é disponível a pessoas individualizadas, mas se dá somente àquelas pessoas que estejam na condição de membros da coletividade titular do bem jurídico coletivo que o permite. Por exemplo, o morador de uma comunidade ribeirinha da Amazônia tem acesso às oportunidades conferidas pelo meio ambiente da floresta protegida, como desfrutar de ar puro e de águas limpas, mas quando ele passa as férias na cidade de São Paulo e deixa, mesmo que transitoriamente, de integrar, no plano fático, a coletividade dos ribeirinhos amazônicos e passa a integrar a coletividade da população da cidade de São Paulo, perde o acesso ao bem jurídico coletivo meio ambiente de titularidade da coletividade amazônica e passa a ter acesso ao bem jurídico coletivo meio ambiente de titularidade da coletividade paulistana, que não confere oportunidades de respirar um ar tão puro nem de se banhar em águas tão limpas. Há, portanto, modificação no âmbito de oportunidades disponibilizado à pessoa conforme a coletividade que ela integra, pois as oportunidades são conferidas pelo bem jurídico coletivo à coletividade titular e poder desfrutar delas depende de se fazer parte dessa coletividade.

Mas em relação a bem jurídico individual não há essa modificação. Por exemplo, o âmbito de oportunidades conferido pelo bem jurídico propriedade do cidadão ribeirinho amazônico não depende de ele integrar uma ou outra coletividade: se ele é dono de um chapéu, permanece dono do chapéu independentemente de ele estar na Amazônia ou em São Paulo, de ele ter deixado o chapéu na comunidade ribeirinha onde

⁵⁴⁴ Greco e Teixeira apresentam uma série de argumentos que esclarecem os fundamentos da incriminação da corrupção independentemente da teoria político-criminal do bem jurídico em sentido tradicional, mas que me permitiram visualizar algumas das oportunidades que integram o âmbito conferido pelo bem jurídico protegido nos delitos de corrupção, no sentido da teoria do bem jurídico defendida nesse estudo. Tais argumentos, muito interessantes, estão em GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. *Aproximação a uma teoria da corrupção*. In: LEITE, Alair; TEIXEIRA, Adriano (org.) “Crime e política – corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito”. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 20 e ss.

vive ou de ter levado junto de si em suas férias. A natureza contingente do acesso ao bem jurídico coletivo demonstra a necessidade de uma valoração autônoma do âmbito de oportunidades conferido por ele em relação àqueles conferidos por bens jurídicos individuais. Nos bens jurídicos individuais não há essa relação casual, o âmbito de oportunidades disponibilizado à pessoa depende não da especial condição dela de membro da coletividade, mas do simples fato de ser um ente individual e titularizar o dado que confere o respectivo âmbito de oportunidades; enquanto nos bens jurídicos coletivos o acesso ao âmbito de oportunidades depende de a pessoa estar na condição de membro da coletividade, pois o titular do dado é a coletividade e o âmbito de oportunidades por ele conferido está disponível somente aos seus membros. Isso implica em duas valorações distintas, inconfundíveis e autônomas, ainda que o bem jurídico individual seja empregado em conjunto com o bem jurídico coletivo. Por exemplo, o bem jurídico individual propriedade confere um âmbito de oportunidades ao seu titular em que uma delas é a utilização do dinheiro do qual é dono para aproveitar o âmbito de oportunidades conferido pelo bem jurídico coletivo sistema financeiro à coletividade e realizar um investimento. Embora as oportunidades possam ser verificadas num mesmo contexto, a valoração das oportunidades conferidas pela propriedade ao seu titular, que dispõe de oportunidades de utilizar o dinheiro do qual é dono não apenas para realizar o investimento escolhido, mas de inúmeras formas, conforme à sua vontade, é distinta, inconfundível e autônoma em relação à valoração das oportunidades conferidas pelo sistema financeiro, que disponibiliza não apenas para aquela pessoa específica, mas a todos os membros da coletividade de seus possíveis investidores, não somente aquele investimento escolhido, mas uma gama de operações financeiras à escolha de tais membros. No exemplo da corrupção do funcionário público atolado de trabalho, estão presentes as características de um bem jurídico merecedor de proteção do direito penal, pois, independentemente do nome que receba, a “lisura do serviço público” ou “correto funcionamento da administração pública” é um dado fornecedor de oportunidades autônomas e indivisíveis a uma coletividade, que apenas podem ser aproveitadas por aqueles que estejam na condição de membros dessa coletividade, e não se confundem com as oportunidades conferidas pelos dados titularizados por pessoas individualizadas.

A concepção aqui defendida fornece argumentos positivos para explicar o que é digno de valor em um bem jurídico coletivo e o que o torna algo merecedor de proteção penal. Além disso, ao não relacionar o conceito de bem jurídico coletivo ao indivíduo,

mas defender a autonomia de sua valoração jurídico-penal, evita confusões retóricas e jogos de palavras desnecessários, construídos com a finalidade de manter de pé uma frase bonita, mas inadequada, a de que “todo bem jurídico é voltado à pessoa”. Inadequada porque se a pessoa é beneficiada por um bem coletivo, esse benefício nem sempre é direto e, em qualquer caso, insuficiente para retirar a valoração jurídico-penal autônoma de tal bem coletivo. Ao compreender isso, perde-se a bela frase, que já não dizia muita coisa, mas em compensação permite-se o desenvolvimento de um campo amplo de argumentos referidos à existência, extensão e relevância desse âmbito de oportunidades coletivas, que toca de maneira mais precisa a legitimidade de se postular como objeto de proteção penal um dado que fornece oportunidades a uma coletividade, nos limites de uma ordem constitucional democrática, do que simplesmente buscar relacioná-lo a indivíduos concretos. Mas antes da análise de tais argumentos de natureza positiva, é necessário submeter a postulação de proteção jurídico-penal de um bem coletivo aos critérios negativos desenvolvidos por Greco, para sejam identificadas, em primeiro plano, as circunstâncias em que tal postulação deve ser desde logo descartada. Assim, se já for constatado que a postulação de proteção a um bem jurídico coletivo é apenas para legitimar o tipo penal (infração à regra nº 1, teste da circularidade), acontece somente porque há um número indeterminado de indivíduos com bens comuns (infração à regra nº 2, teste da divisibilidade), ou sua afetação pressuponha necessariamente a afetação simultânea de um bem individual (infração à regra nº 3, teste da não-especificidade), não há razão para ainda direcionar o exame aos argumentos positivos aqui defendidos. Apenas depois de superados os argumentos negativos contidos nessas três regras-teste de Greco é que se deve passar à argumentação positiva aqui defendida, relacionada ao âmbito de oportunidades conferido à coletividade, para fundamentar por que o bem que se quer proteger tem valor e merece proteção jurídico-penal. A adoção de um raciocínio composto de uma primeira fase de argumentos negativos e uma segunda de argumentos positivos é possível porque, na mesma linha do proposto por Greco, a análise dos bens jurídicos coletivos aqui defendida não pretende chegar a uma resposta definitiva sobre a efetiva existência de um dado, como faz as demais teorias sobre a distinção entre verdadeiros e falsos bens jurídicos coletivos, mas quanto à presença de qualidades necessárias para torná-lo merecedor da proteção do direito penal.⁵⁴⁵

⁵⁴⁵ Como afirma Greco, o problema dos bens jurídicos aparentes não é que eles inexistem e sim que eles, mesmo existentes, carecem de específica relevância para o direito penal. GRECO, Luís, *Op. cit.*, 2012, p.

4.4 A terceira fase do filtro de legitimidade: nexo de afetação negativa relevante entre a conduta fora da esfera de autonomia e o bem jurídico merecedor de proteção penal

As duas primeiras fases do filtro de legitimidade aqui proposto, como já mencionado, cuidam da valoração de dois aspectos distintos da noção de liberdade: o de liberdade como autonomia e o de liberdade como liberdade substantiva. A valoração da liberdade como autonomia permite, na primeira fase, examinar os limites da esfera em que apenas a pessoa pode tomar decisões propriamente suas e da qual se extrai um núcleo intocável que não pode ser ponderado pelo legislador penal e, por isso, não pode estar submetido à intervenção da força penal do Estado. Essa esfera intocável é formada por comportamentos cuja prática não significa colisão com o exercício de nenhuma das virtudes que condicionam a pessoa ao autogoverno, isto é, que tornam uma pessoa uma pessoa autônoma, nos termos do conceito de autonomia como condição desenvolvido por Feinberg. Assim, somente adquirem aptidão para sofrer intervenção penal aquelas condutas que estejam fora da esfera de autonomia, nesse sentido adotado, isto é, que colidam com o exercício de alguma das virtudes da pessoa autônoma. A valoração da liberdade como liberdade substantiva permite, na segunda fase, analisar a contribuição que o dado que se pretende penalmente tutelado dá à liberdade concreta de seu titular e que torna justificável o seu merecimento de proteção pelo direito penal. É tal valoração que explica que o dado da realidade fática seja considerado bem jurídico merecedor de proteção penal por conferir ao seu titular um âmbito de oportunidades de realizar o que valoriza. Se o dado não confere oportunidades ao seu titular de realizar o que valoriza, não significa um acréscimo à sua liberdade substantiva, não tem a qualidade que o torna merecedor de proteção penal e, por conseguinte, a proibição de um comportamento com ameaça de pena sob o argumento de tutelá-lo não se justifica. Essa linha de raciocínio não muda em relação a bens jurídicos coletivos, apenas se conforma com as suas características, pois dado que se constitui em bem jurídico coletivo ainda é um dado que confere um âmbito de oportunidades de se realizar o que valoriza, mas esse âmbito de oportunidades é conferido à coletividade, sua titular, e está disponível aos membros dessa coletividade. Antes, porém, de se verificar essa qualidade positiva, é preciso

realizar o juízo negativo das três regras-teste de Greco, circularidade, divisibilidade e não-especificidade, para que sejam identificadas, de pronto, as circunstâncias em que a postulação de um bem jurídico coletivo deve ser rejeitada.

Nesse tópico será examinada a terceira fase do filtro de legitimidade proposto no presente trabalho, que trata da presença de uma ligação significativa entre essas duas valorações, na forma de um nexo de relevância entre a valoração da liberdade como autonomia e a valoração da liberdade como liberdade substantiva. Esse nexo de relevância é a relação de afetação negativa entre o comportamento fora da esfera da autonomia, examinado na primeira fase, e o bem jurídico merecedor de proteção penal, examinado na segunda fase, na forma de uma interferência relevante da conduta proibida no âmbito de oportunidades que o bem jurídico que se pretende proteger confere ao seu titular de realizar o que valoriza. A verificação desse nexo é importante porque não é suficiente a certeza de que o comportamento proibido está fora da esfera de autonomia da pessoa nem que o bem jurídico indicado é de fato merecedor de proteção penal se a prática da conduta não afeta o bem jurídico de maneira significativa, ou seja, não aniquila nem diminui com relevância o âmbito de oportunidades por ele conferido ao seu titular. É preciso constatar se está em jogo uma afetação negativa relevante na liberdade da vítima, tanto no aspecto da liberdade como autonomia quanto no aspecto da liberdade como liberdade substantiva, para que se justifique uma intervenção penal relevante na liberdade de quem pretendia praticar a conduta, também atingido em sua autonomia e em sua liberdade substantiva. Quem pretendia praticar o comportamento tem legitimamente a sua esfera de autonomia diminuída se a prática da conduta significar uma colisão com o exercício por outra(s) pessoa(s), seja um indivíduo, sejam membros de uma coletividade, das virtudes que tornam uma pessoa autônoma, e também legitimamente diminuído o âmbito de oportunidades lícitamente aproveitáveis de realizar o que valoriza, conferido pelos seus próprios bens jurídicos, se o aproveitamento ocorrer na forma de uma extinção ou rebaixamento do âmbito de oportunidades conferido por um bem jurídico a outro titular, seja um indivíduo, seja uma coletividade (cujo acesso é disponibilizado aos seus membros). A relação de importância entre uma e outra ponta da valoração da liberdade dos personagens envolvidos no fato proibido pela norma penal é o que configura o nexo de afetação negativa relevante a ser verificado nessa terceira fase. E tal afetação deve ser negativa por sempre implicar na extinção ou na diminuição do âmbito de oportunidades conferido pelo bem jurídico, nunca em seu aumento, pois o aumento das oportunidades

de se realizar o que valoriza significa acréscimo de liberdade substantiva e não pode justificar uma proibição penal com o fim de protegê-la.

A ausência do nexo de afetação negativa relevante tanto pode decorrer da falta de uma relação lógica entre a conduta proibida e o bem jurídico que se pretende proteger quanto de sua desprezível aptidão para afetá-lo de maneira significativa. Por exemplo, não seria legítima uma norma penal que, sob o argumento de proteger a integridade física das pessoas, proibisse o sujeito de cortar galhos de árvores na floresta, pois, embora cortar galhos de árvores na floresta não seja uma conduta abrangida pela esfera de autonomia da pessoa que a pratica e a integridade física seja de fato um bem jurídico merecedor de proteção penal, não há um nexo de afetação negativa relevante entre tal comportamento proibido - cortar árvores na floresta - e o âmbito de oportunidades de realizar o que se valoriza conferido pelo bem jurídico “integridade física” aos seus titulares. Tampouco seria legítima a proibição penal de o motorista ouvir música enquanto dirige sob a justificativa de evitar que ele se distraia e coloque em perigo a integridade física dos pedestres, uma vez que o mero comportamento de escutar uma canção na direção de um automóvel tem aptidão insignificante para causar um acidente com vítimas. A incriminação de uma conduta que não afeta de maneira relevante o âmbito de oportunidades conferido pelo bem jurídico que se indica proteger leva a uma proibição estranha a um direito penal liberal. Manifesta-se como um proibir irracional, que não se sustenta na nocividade do comportamento proibido, não protege nenhuma parte integrante da liberdade substantiva do titular do bem jurídico e rebaixa o nível de liberdade dos cidadãos, que ficam impedidos de praticar a conduta outrora permitida, sem que lhes seja fornecida uma justificativa clara para esse rebaixamento. Quando o Estado impõe aos cidadãos perda de parcela de sua liberdade e não apresenta argumentos racionais que fundamentem tal sacrifício, viola a proibição de arbitrariedade. Como afirma Greco, se o Estado não tem a obrigação de alegar nenhum fundamento de aceitação geral para esclarecer o motivo pelo qual considera que uma determinada situação merece e precisa de pena, se a alusão a um mero desgosto subjetivo basta para declarar um comportamento relevante para o direito penal, fica, então, obscura qual a diferença do Estado para uma grande quadrilha de bandoleiros. Por isso, o Estado não pode ter autorização para determinar, de acordo com o seu próprio arbítrio, o que deve ser incriminado, pois apenas é legítimo lidar de maneira discricionária com coisas que lhe são pertencentes e em nome das quais se pode falar, mas não com pessoas. Greco afirma, com acerto, que da proibição de

instrumentalização é possível extrair o sentido de uma proibição de arbitrariedade, que é uma proibição válida tanto para a teoria geral da pena quanto para a totalidade das justificativas de pena fornecidas pelo Estado que se pretendam legítimas e, também, para uma teoria dos fins da pena que tenha por objetivo evitar comportamentos prejudiciais a algo.⁵⁴⁶

A violação da regra da proibição de arbitrariedade, cujo sentido deriva da proibição de instrumentalização, é evidente quando não superada essa terceira fase do filtro de legitimidade aqui defendido. A falta de argumentos que demonstrem a existência de um nexo de afetação negativa relevante entre a conduta proibida e o âmbito de oportunidades conferido ao titular do indicado bem jurídico merecedor de proteção penal significa que a motivação da incriminação não é proteger dados que permitam o livre desenvolvimento das pessoas ou da coletividade, mas atender a finalidades outras não relacionadas à tarefa do direito penal. Nesse caso, as pessoas são tratadas como verdadeiros instrumentos de fins estabelecidos de maneira arbitrária pelo Estado, fins obscuros e não relacionados à tutela da liberdade dos cidadãos ou da coletividade em que vivem. Mas o Estado, explica Greco com razão, exerce seu poder em nome dos cidadãos e não em nome de Deus, da tradição ou de alguma classe de indivíduos, o que implica na necessidade de reconhecer limites deontológicos ao convívio estatal com as pessoas.⁵⁴⁷ A proibição de arbitrariedade quanto à justificativa de uma incriminação, derivada da proibição de instrumentalização dos indivíduos, deve ser considerada um desses limites, o que implica no reconhecimento de um vínculo racional de relevância entre o que se proíbe e o que se pretende proteger. Por isso, não é arbitrário proibir a conduta de subtrair coisa alheia móvel para proteger o bem jurídico “propriedade”;⁵⁴⁸ proibir a conduta de matar alguém para proteger o bem jurídico “vida”;⁵⁴⁹ proibir a conduta de solicitar vantagem indevida para proteger o bem jurídico “lisura da administração pública”;⁵⁵⁰ ou proibir a emissão de títulos sem lastro para

⁵⁴⁶ GRECO, Luís. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht – Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009, p. 311-312.

⁵⁴⁷ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2009, p. 177.

⁵⁴⁸ BRASIL. Código Penal brasileiro: “Furto. Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>

⁵⁴⁹ BRASIL. Código Penal brasileiro: “Homicídio simples. Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>

⁵⁵⁰ BRASIL. Código Penal brasileiro: “Corrupção passiva. Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e

proteger o bem jurídico “integridade do sistema financeiro”.⁵⁵¹ Em todas essas incriminações há um nexo de afetação negativa relevante entre o comportamento proibido e o indicado bem jurídico protegido pela proibição penal. O mesmo não se pode falar, por exemplo, da incriminação do comportamento de danificar plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia com o fim de proteger o indicado bem jurídico “flora” (seção II) no contexto do “meio ambiente” (capítulo V), prevista no artigo 49 da Lei 9.605/1998,⁵⁵² em que não é possível vislumbrar um nexo de afetação negativa relevante entre a conduta proibida e o bem jurídico que se indica como protegido, pois não é racionalmente imaginável que um mero dano a planta de ornamentação pública ou privada atinja negativamente e com relevância o âmbito de oportunidades conferido pelo bem jurídico “integridade da flora” de uma determinada localidade à sua coletividade; juízo que seria distinto se o bem jurídico merecedor de proteção penal indicado fosse a “propriedade” ou o “patrimônio”, do Estado ou do particular.

Por fim, como mencionado, as três fases do filtro de legitimidade aqui proposto não fundamentam uma obrigação de o legislador incriminar as hipóteses em que os elementos aqui desenvolvidos possam ser constatáveis, mas que ainda não estejam abrangidas por uma proibição penal. O raciocínio aqui defendido trata apenas dos pressupostos necessários para uma incriminação, não suficientes ou mandamentais. O legislador não tem o dever de proibir, com o emprego do direito penal, um comportamento que se pode verificar fora da esfera intocável da autonomia da pessoa, num contexto em que se pode imaginar um bem jurídico merecedor de proteção e uma relação de afetação negativa relevante entre o comportamento e o bem jurídico merecedor de proteção penal vislumbrado. Apesar dos argumentos que demonstram que a incriminação estaria justificada, o legislador tem a liberdade de decidir manter a conduta no plano da atipicidade, conforme os interesses de sua política criminal. Portanto, o que se conclui da proposta aqui defendida é um juízo de exclusão, não

multa. (Redação dada pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003)” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>

⁵⁵¹ BRASIL. Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986: “Art. 7º Emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários: (...) III - sem lastro ou garantia suficientes, nos termos da legislação.” Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>

⁵⁵² BRASIL. Lei 9605, de 12 de fevereiro de 1998: “ Art. 49. Destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Parágrafo único. No crime culposo, a pena é de um a seis meses, ou multa.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>

ativista, no sentido apenas de que, nos casos em que a incriminação não cumpre os requisitos do filtro trifásico, a norma penal deve ser considerada ilegítima. No próximo capítulo, o estudo cuidará da aplicação desse pensamento a tipos penais brasileiros de legitimidade controvertida.

5. ANÁLISE DE TIPOS PENAIIS BRASILEIROS DE LEGITIMIDADE CONTROVERTIDA

5.1 Considerações introdutórias

Ainda na introdução desse trabalho foi mencionado que aqui seriam analisados alguns tipos penais brasileiros de legitimidade controvertida, particularmente aqueles cujo debate já está avançado na doutrina e nos tribunais. Os delitos selecionados para a análise realizada nesse capítulo foram: 1) o crime de praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, prevista no artigo 32 da Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais); 2) os crimes relativos a plantas, previstos nos artigos 38 a 53 da Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais); 3) os crimes referidos a embriões, previstos nos artigos 24 a 26 da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança); 4) o delito referido a gerações futuras, previsto no artigo 60 da Lei 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais); 5) o crime de ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo, previsto no artigo 208 do Código Penal; 6) os “crimes contra o respeito aos mortos”, previstos nos artigos 209 a 212 do Código Penal; 7) o crime de casa de prostituição, previsto no artigo 229 do Código Penal; 8) o crime de remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver” para fins de transplante, com o consentimento do doador, para pessoa não parente e não cônjuge, mas sem autorização judicial, previsto no artigo 14, combinado com o artigo 9º da Lei 9.434/1997 (Lei de Transplantes e Órgãos); 9) o crime de realizar esterilização cirúrgica em quem, na vigência de sociedade conjugal, não obtém o consentimento expresso do cônjuge, previsto no artigo 15, combinado com o artigo 10, § 5º, da Lei 9.263/1996 (Lei do Planejamento Familiar); e 10) o crime de adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006.

A existência desses tipos penais, que não esgota a relação de delitos com legitimidade questionável no ordenamento jurídico brasileiro, demonstra a importância

do reconhecimento de balizas racionais ao poder de incriminar do legislador para além de sua eleição democrática, pois cada um deles implica numa hipótese de restrição à liberdade dos cidadãos cuja justificativa e alcance não estão devidamente esclarecidos. Por isso, os elementos típicos que caracterizam tais proibições penais serão submetidos a um exame interpretativo que verifique a presença dos pressupostos necessários para o emprego do direito penal, o que aqui será procedido de acordo com o filtro trifásico de legitimidade proposto nesse estudo, e, também, os limites desses pressupostos, isto é, a moldura de interpretação fora da qual a restrição de liberdade imposta pelo legislador torna-se ilegítima.

5.2 O delito de praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, prevista no artigo 32 da Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais)

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê em seu artigo 225, § 1º, VII, que o poder público tem o dever de “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”.⁵⁵³ O direito penal brasileiro incrimina os maus-tratos aos animais no artigo 32 da Lei 9.605/1998, que proíbe em seu *caput* as condutas de “abuso”, “maus-tratos”, “ferir”, “mutilar” animais silvestres, domésticos, domesticados, nativos ou exóticos, o que se complementa pela vedação de “experiência dolorosa ou cruel em animal vivo”, mesmo que seja para “fins didáticos ou científicos”, se existirem recursos alternativos.⁵⁵⁴ A lei brasileira mantém a tradição da maioria das legislações do mundo ocidental, que remonta dois séculos,⁵⁵⁵ de reconhecer

⁵⁵³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

⁵⁵⁴ BRASIL. Lei 9605, de 12 de fevereiro de 1998: “Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. § 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>

⁵⁵⁵ Na Europa, a punição com efeitos penais da prática de maus tratos a animais já era reconhecida, por

que comportamentos que submetem animais a alguma forma de crueldade merecem uma específico desvalor penal. Apesar da peculiaridade de o objeto da conduta desaprovável não ser um humano, poucos juristas abandonaram a intuição de que é correto punir com efeitos penais práticas cruéis contra animais para negar a legitimidade de incriminações dessa espécie. A decisão a favor da intuição de que é legítima a proteção penal de animais tem sido justificada, porém, com argumentos que buscam não quebrar a característica antropocêntrica de um direito penal liberal. Há quem prefira, como Von Hippel,⁵⁵⁶ Von Liszt⁵⁵⁷ e, antes de mudar de opinião, Roxin,⁵⁵⁸ argumentos relacionados a uma proteção indireta do ser humano, particularmente a proteção de sentimentos coletivos, isto é, sentimentos de solidariedade dos humanos para com os animais ou de revolta que os cidadãos sentem ao serem informados de um caso de maus tratos aos animais. Mas uma argumentação nesse sentido, como observa Greco, tem o problema de não esclarecer o conteúdo do injusto dos atos de maus tratos praticados sem que ninguém tome conhecimento e não explica porque o punível, então, é o ato e não a sua divulgação.⁵⁵⁹ Há também o argumento de que o reproche está na perigosidade do autor, pois quem pratica ato de maus tratos a animais pode também agir cruelmente com as pessoas, defendido especialmente por Kant⁵⁶⁰ e Von Ihering.⁵⁶¹ Mas esse argumento também é pouco convincente, pois, como verifica Nozick, não explica como um juízo de prognose tão inseguro pode fundamentar a certeza sobre a natureza

exemplo, na Inglaterra desde o século XVIII. No Brasil, a proteção civil dos animais contra crueldades já era admitida pelo Código de Posturas do Município de São Paulo, de 06 de outubro de 1886, que dispunha que: “É proibido a todo e qualquer cocheiro, condutor de carroça, pipa d’água, etc., maltratar os animais com castigos bárbaros e imoderados. Esta disposição é igualmente aplicada aos ferradores. Os infratores sofrerão a multa de 10\$, de cada vez que se der a infração.” Em âmbito federal a primeira legislação a conferir proteção extrapenal foi o Decreto 16.590, de 1924, que proibia corridas de touros, garraios, novilhos, lutas de aves, além de outras formas de diversão ao custo de maus tratos a animais. A primeira a aplicar o direito penal, porém, foi o Decreto Lei n. 24.645, que tornou contravenção a prática de atos de crueldade a animais.

⁵⁵⁶ VON HIPPEL, Robert. *Die Tierquälerei in der Strafgesetzgebung des In- und Auslandes, historisch, dogmatisch und kritisch dargestellt nebst Vorschlägen zur Abänderung des Reichsrechts*. Berlin: Verlag von Otto Liebmann, 1891, p. 125-126.

⁵⁵⁷ VON LISZT, Franz. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 10. Auflage, Berlin: J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1900, p. 613.

⁵⁵⁸ Antiga opinião de Roxin, manifestada, por exemplo, em ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*, Tomo I, traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal, Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997, p. 59.

⁵⁵⁹ GRECO, Luís. *Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais*. In: Revista Liberdades nº 3, janeiro-abril de 2010, São Paulo: IBCCRIM, p. 50-51, 2010. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/pdf/03/integra.pdf>>.

⁵⁶⁰ KANT, Immanuel. *Die Methaphysik der Sitten – Herausgegeben und mit Einleitung sowie einem Personen-und Sachregister versehen von Karl Vorländer*, Dritte Auflage, Leipzig: Verlag von Felix Meiner, 1919, p. 296-297.

⁵⁶¹ VON IHERING, Rudolph. *Der Zweck im Recht*, Zweiter Band. Leipzig: Druck und Verlag von Breitkopf & Härtel, 1883, p. 139-143.

injusta da crueldade com os animais nem esclarece o que acontece quando essa prognose fracassa;⁵⁶² além de permitir, como critica Greco, que um tal juízo de prognose improvável possa justificar outras espécies de incriminação, como a da pornografia em relação ao estupro.⁵⁶³ Outra linha de argumentação relevante, adotada, por exemplo, por Jakobs, é a de que o crime de maus-tratos a animais é socialmente danoso por violar a paz jurídica, pois não puni-lo poderia levar os cidadãos a praticarem justiça com as próprias mãos,⁵⁶⁴ o que também é obscuro, já que, como afirma Greco com razão, se essa é a motivação exclusiva da proibição da conduta, então o Estado deveria não proibir o comportamento, mas proteger quem o pratica e, além disso, tal argumento poderia justificar, por exemplo, a proibição do homossexualismo em sociedades nas quais homossexuais são constantemente agredidos,⁵⁶⁵ o que seria absurdo. Por fim, existe, também, o entendimento, atualmente assumido por Roxin, que admite que a incriminação dos maus-tratos aos animais de fato não se trata de uma proteção indireta do ser humano, mas de uma exceção restrita e pontual do princípio da proteção de bem jurídicos, o que foi examinado no tópico 2.2.1 do presente estudo.⁵⁶⁶

A melhor posição, porém, é a de reconhecer que a incriminação da crueldade com os animais se trata, na verdade, daquilo que realmente é: uma proteção direta dos próprios animais. Isso, embora signifique abandonar a posição antropocêntrica da justificativa da incriminação, não é incompatível com um direito penal liberal, mas exige duas conclusões básicas, que envolvem duas questões distintas, como explica Greco. A primeira conclusão é a de que os animais possuem um valor próprio, independente dos seres humanos; enquanto a segunda é a de que, existente tal valor próprio, o direito penal tem legitimidade de restringir a liberdade dos cidadãos para proteger um animal. A primeira conclusão, a de que os animais possuem valor próprio, precisa ser necessariamente adotada para que a segunda tenha algum sentido e, por isso, aqui se considera pressuposta, o que significa passar a análise já para o segundo problema, que verdadeiramente se refere aos argumentos sobre por qual razão tais seres, dignos de valor próprio, merecem ser protegidos pelo direito penal. Mas tal juízo, para ser compatível com um direito penal liberal, deve, como observa Greco, estar afastado de fundamentos que não sirvam também para fundamentar posições meramente

⁵⁶² NOZICK, Robert. *Anarchy, state, and utopia*. Oxford: Blackwell, 2001, p. 35-38.

⁵⁶³ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2010, p. 52.

⁵⁶⁴ JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*, traducción Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo, 2ª edición, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas S.A., 1997, p. 54-55.

⁵⁶⁵ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2010, p. 52.

⁵⁶⁶ A referida posição atual de Roxin, já presente em ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2006, p. 30.

moralistas.⁵⁶⁷

A compreensão de um liberalismo que trabalha com as categorias forte/fraco, como o mencionado no tópico 4.2., permite esclarecer, como explica Greco, que a dominação alheia é um desvalor mesmo quando se trata de uma relação entre ser humano e animal. Greco defende que, para ser objeto de heterodeterminação, não é preciso que se seja um ser humano, mas somente que se tenha uma capacidade, ainda que limitada, de autodeterminação. E afirma que, mesmo que se considere que apenas o ser humano pode ser autônomo em sentido pleno, é preciso reconhecer aos animais “superiores” uma certa autonomia pelo menos no sentido de que não é possível lhes negar a capacidade de começar ações com desejos e finalidades (*desires*) e de supor que podem satisfazer esses desejos ou alcançar tais finalidades por meio de se praticar uma determinada ação de determinada maneira (*beliefs*), como, por exemplo, um cachorro que late para ganhar um bife de seu dono ou um rato que corre para não ser pego pelo gato. Assim, Greco tem razão ao sustentar que, como na relação entre ser humano e animal o animal é em geral a parte mais fraca, possivelmente é aquele que será objeto de autodeterminação e, por isso, o Estado é legitimado para incriminar crueldades que atinjam uma intensidade suficiente para que um ser capaz de autodeterminação se torne heterodeterminado a ponto de não lhe restar praticamente mais nada de sua capacidade de autodeterminação. Provocar dores e sofrimentos, como explica Greco, pode levar ao controle mais completo sobre o outro, um controle que permite determinar não somente qual comportamento o outro pratica, nada menos do que o gritar, mas também seus desejos e sua vontade, que se direcionam apenas ao término das dores, e suas crenças e pensamentos sobre o mundo tornam-se reduzidas apenas à dor. Por isso, Greco tem razão ao afirmar que a crueldade que elimina não apenas a capacidade de agir, mas também a de querer e pensar, deve sofrer o legítimo reproche do Estado, cuja competência para tanto também decorre do fato de que uma de suas funções é impedir a ocorrência de práticas dessa espécie.⁵⁶⁸

Os argumentos de Greco referem-se à existência de uma certa autonomia própria dos animais superiores, mais básica do que a dos seres humanos, que merece a proteção do direito penal. Nussbaum, porém, apresenta um raciocínio que vai além disso ao concluir, dentro do contexto da abordagem das capacidades, que os animais superiores têm capacidades similares às dos humanos. Como foi exposto no tópico 4.3.1,

⁵⁶⁷ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2010, p. 53-54.

⁵⁶⁸ GRECO, Luís. *Op. cit.*, 2010, p. 57-58.

Nussbaum identifica uma lista de capacidades centrais dos animais sencientes paralelas às capacidades que ela própria distingue em relação aos seres humanos: 1) a vida, que corresponderia a um direito assegurado contra a morte gratuita por esporte; 2) a saúde corporal, a um direito a uma vida saudável; 3) a integridade corporal, a direitos imediatos contra violações à integridade de seus corpos por meio de violência, abuso ou outras formas de tratamentos danosos, dolorosos ou não; 4) os sentidos da imaginação e do pensamento, ao direito ao banimento de tratamento severo, cruel e abusivo, e, também, ao acesso a fontes de prazer, como a livre movimentação em um meio ambiente que estimule e agrade os sentidos; 5) as emoções, direito a um amplo campo de emoções, como medo, raiva, ressentimento, gratidão, tristeza, inveja, alegria, e, em número menor, capazes de pensamentos perspectivos e compaixão; 6) a razão prática, de ter espaço e oportunidades para variedade de atividades conforme a aptidão possível a cada criatura de estabelecer objetivos, projetos e planejar sua vida; 7) a afiliação, o direito a oportunidades de realizar ligações e se envolver em ligações afetivas e inter-relacionamentos; 8) as outras espécies, o direito de estar apto a viver com outras espécies que não a sua própria, inclusive a espécie humana, e o resto do mundo natural; 9) a de jogar, direito a provisão de espaço adequado, luz, estimulação sensorial nos espaços de convivência e a presença de outros membros da espécie; e 10) o controle sobre um meio ambiente, ao direito, no plano político, de integrar uma concepção política que é configurada os respeite e os trate com justiça, que permita que um guardião humano possa ir a uma corte e reivindicar esses direitos, e, no plano material, ao respeito e integridade territorial de seus *habitats*, doméstico ou na natureza selvagem.⁵⁶⁹ Concordar que os animais sencientes ou superiores possuem, em grau mais básico do que os seres humanos, capacidades, no sentido da abordagem das capacidades, independentemente de um juízo sobre se tais capacidades são exatamente as mesmas listadas por Nussbaum, significa admitir que os animais têm, sempre em nível mais baixo do que os seres humanos, certa liberdade de gozar funcionamentos, o que, na terminologia da abordagem das capacidades, são as várias coisas que eles podem valorizar fazer ou ser e isso, por sua vez, permite reconhecer a existência de dados que lhes confirmam oportunidades de realizar tais coisas. Assim, é possível vislumbrar que esses dados exercem papel correspondente ao que reconhecemos em

⁵⁶⁹ NUSSBAUM, Martha C. *Beyond "compassion and humanity": justice for nonhuman animals*. In: SUNSTEIN, Cass R.; NUSSBAUM, Martha C. (Ed.). *Animals rights – current debates and new directions*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 313-317.

bens jurídicos individuais humanos, mas não recebem do direito penal uma proteção explicitada de maneira semelhante aos bens jurídicos individuais humanos, pois enquanto estes últimos são protegidos por tipos penais fechados e segmentados em um código penal ou em alguma legislação especial, a proteção penal relativa a animais ocorre por meio de referência a termos como “abuso”, “maus-tratos”, “crueldade”, “sofrimento”, “dor”, ou descrição específicas de condutas como “ferir”, “mutilar”, “realizar experiências”. O desafio, por isso, não é apenas identificar quais desses dados seriam merecedores de proteção penal, mas também quais desses dados se enquadram nos limites de tais termos e de tais condutas específicas constantes na norma positiva, em respeito ao princípio da legalidade. A questão não é somente quais dados poderiam ser considerados “bens” dos animais merecedores de proteção penal, mas quais dados ou “bens” se violados, e em qual extensão de violação, podem configurar um abuso, um mau-trato, uma crueldade, um sofrimento, uma dor, um ferir, um mutilar, uma realização de experiência, penalmente relevante.

O artigo 32 da Lei 9.605/1998 fala, em primeiro lugar, de “abuso”, o que, quando analisado da perspectiva do ser humano, leva a uma interpretação no sentido de desmando, de uso excessivo de uma posição de superioridade, força, poder sobre alguém em posição de inferioridade, fraqueza, sujeição. É uma imposição ao mais fraco de que suporte uma situação à qual não deveria se sujeitar, mas que, devido ao uso excessivo da posição de superioridade do mais forte, que nega a sua liberdade de pretender algo distinto, se torna heterodeterminado além do tolerável. A aplicação desse raciocínio a uma relação entre ser humano e animal senciente leva ao entendimento de que o mais forte, humano, pratica o ato quando, na posição de ser superior, extrapola sua força e submete o mais fraco, animal, em posição inferior, à extinção de seu já básico nível de autonomia. Nesse caso, o dado ou “bem” violado pertencente ao animal e merecedor de proteção penal é essa autonomia básica. A autonomia básica dos animais superiores tem características semelhantes, embora num nível mais baixo, ao da autonomia dos seres humanos quando analisada na posição de um bem jurídico merecedor de proteção penal, pois confere aos animais um âmbito de oportunidades de realizar o que valorizam e a afetação desse âmbito pelo comportamento humano de “abuso” o aniquila ao ponto de o animal não conseguir aproveitar as oportunidades que o integram, pois não consegue iniciar ações, desejos e finalidades. Melhor explicado: se a autonomia humana, como visto, pode merecer a proteção do direito penal, na condição de bem jurídico, quando a sua violação significa ultrapassar os limites da

universalizabilidade, mas, também, violação ao bem jurídico protegido, a autonomia básica dos animais superiores também merece proteção do direito penal. A comparação com o conceito de autonomia como condição, que foi desenvolvido por Feinberg apenas sob a perspectiva do ser humano, permite observar que a autonomia básica dos animais superiores, por estar em um nível mais baixo do que a autonomia do ser humano, manifesta o exercício de apenas duas das virtudes originalmente concebidas: a primeira, a autenticidade ou autosseleção, pela aptidão de ter desejos, vontades e sentimentos próprios, e a segunda, a iniciativa, pela aptidão de adotar planos e estratégias para satisfazer seus desejos, vontades e sentimentos. O âmbito de oportunidades fornecido pela autonomia básica aos animais superiores consiste, assim, nas oportunidades de exercitar essas virtudes, de ter desejos, vontades e sentimentos, de poder adotar planos e estratégias para satisfazer esses desejos, vontades e sentimentos. A existência de tais aptidões é fundamental para o desenvolvimento de uma liberdade básica do animal superior e se torna inviável diante do aniquilamento do exercício da virtude da autenticidade ou do exercício da virtude da iniciativa, o que justifica elevar a autonomia básica à condição de um dado ou “bem” do animal merecedor de proteção penal. A violação da autonomia básica do animal superior pela conduta humana de “abuso”, que pode aniquilar uma ou ambas das virtudes do animal superior basicamente autônomo, pode ocorrer mesmo numa situação que não envolva dor, mas um bloqueio físico total, como, por exemplo, no caso de um cachorro que, apenas para deleite de seu dono, é pendurado amarrado pelas quatro patas e com a boca amordaçada, impossibilitado de se movimentar e, ainda que esteja a sentir desejos de latir, correr ou comer, de adotar planos e estratégias para satisfazer tais desejos, já que a virtude da iniciativa está aniquilada por completo.

O tipo penal também dispõe sobre “maus-tratos”, cujo sentido se aproxima de tormento, sofrimento, dor, ou seja, uma reação física, mas que não se afasta da relação superioridade/inferioridade ou forte/fraco. Apenas pode impor tormento, sofrimento ou dor em sentido físico quem está numa posição de força e submete o mais fraco, pois a condição inversa, de não-fraqueza ou de não-inferioridade, levaria a uma resistência capaz de impedir a imposição do sofrimento intenso. A situação corresponde à descrita por Greco como o aniquilamento da autodeterminação do animal ao ponto de reduzi-la apenas à dor e direcionar seus desejos e vontades somente à redução do sofrimento. Mas é possível observar que a sua realização se dá por meio de uma conduta violadora de dois dados ou “bens” dos animais, que podem ser assim identificados: a referida

autonomia básica do animal, que tem aniquilado o exercício de todas as suas virtudes; e, também, sua integridade física, violada como meio de produzir dores ou sofrimentos físicos intensos. A autonomia básica do animal confere-lhe um âmbito de oportunidades de ter desejos, vontades e sentimentos, por meio do exercício da virtude da autenticidade e de poder adotar planos e estratégias para satisfazer esses desejos, vontades e sentimentos, por meio da virtude da iniciativa, mas ambas as virtudes ficam totalmente aniquiladas pelos “maus-tratos”, pois a dor reduz os desejos, sentimentos e vontades, característicos da autenticidade, somente ao desejo de diminuição do sofrimento e impede a adoção de qualquer plano para a satisfação de qualquer vontade. Já a integridade física confere ao animal superior um âmbito de oportunidades de viver e movimentar-se sem dor e sofrimento, o que é afetado pela dor física imposta pelos “maus-tratos”. Os “maus-tratos”, portanto, afetam de maneira conjunta esses dois âmbitos de oportunidades, pois não significa apenas o impedimento de que o animal superior exerça uma das virtudes que condicionam a autonomia básica, mas um impedimento acompanhado de dores e sofrimentos físicos intensos, que aniquila todas as virtudes e violam sua integridade física.

O artigo 32 da Lei 9.605/1998 também prevê o verbo “ferir”, que se refere à integridade física. A violação ao dado integridade física, porém, deve ser algo suficiente a provocar ferimento na forma de uma afetação negativa relevante no âmbito de oportunidades conferido ao animal de realizar as coisas que valoriza, como, por exemplo, quebrar uma perna, o que diminui suas oportunidades de correr. O tipo penal prevê, também, o verbo “mutilar”, que envolve da mesma maneira a integridade física, mas no sentido de eliminação de partes do corpo do animal. Aqui o “bem” integridade física é violado por meio da extirpação de pedaços do corpo, mas a relevância penal deve ser afirmada se a mutilação com efeito afeta o âmbito de oportunidades conferido pela integridade física de o animal realizar o que valoriza. Assim, por exemplo, a mutilação do rabo de um cachorro recém-nascido pode não significar nada para ele, já que o âmbito de oportunidades de realizar o que efetivamente valoriza, mesmo depois de adulto, como se movimentar, brincar, latir, beber, comer, permanece íntegro, enquanto a mutilação de suas quatro patas para que seja colocado como enfeite numa estante sem dúvida afeta tal âmbito de oportunidades, ainda que o dono o alimente e o mantenha vivo sem sofrimentos físicos. Nesse ponto é interessante refletir se a castração do animal merece ter relevância penal, pois pode ser algo que traga maior conforto doméstico ao animal, com o fim de contornar sua agressividade, torná-lo mais dócil e,

por conseguinte, apto a aproveitar de maneira mais intensa as demais oportunidades que um animal doméstico tem de realizar coisas que valoriza. Mesmo que o animal doméstico tenha perdido a oportunidade de se reproduzir, não pode ser interpretado no sentido da mutilação proibida pelo tipo penal, já que, na verdade, alargou o âmbito das demais oportunidades de o animal realizar o que valoriza. Mas o mesmo juízo não pode ser feito quanto à extração das cordas vocais do animal apenas para que ele não irrite o seu dono. Nesse caso ocorre uma diminuição de oportunidades de expressão e comunicação desnecessária para que o animal melhor aproveite, como animal doméstico, as demais oportunidades de realizar coisas que valoriza, pois o benefício é exclusivo de seu dono, que não terá de suportá-lo barulhento. O § 1º dispõe sobre realizar “experiência dolorosa ou cruel”. O comportamento aqui descrito é um experimento, um ensaio realizado com o fim de promover uma verificação ou resultado empírico. Os adjetivos “dolorosa” ou “cruel”, vinculados a tal “experiência”, manifestam conceitos que também giram em torno do sentido de “dor” e “sofrimento”, ou seja, a mesma circunstância de redução da autodeterminação básica ao estado de sofrimento, provocado pela submissão à experiência. Os dados ou “bens” violados, portanto, são também a autodeterminação básica, reduzida à inexistência, e a integridade física, atingida como meio de produzir dores ou sofrimentos físicos intensos, o que leva à dupla violação característica dos maus-tratos, mas aqui com a peculiaridade do experimento, isto é, de uma conduta praticada com o fim de alcançar um resultado empírico.

A identificação de dados ou “bens” que conferem oportunidades aos animais superiores de realizar o que valorizam torna possível submeter a proibição penal de comportamentos humanos que os envolvam a um filtro trifásico de legitimidade nos termos propostos nesse estudo. Como acima visto, o paralelo com o conceito de autonomia como condição demonstra que a autonomia básica dos animais superiores, devido ao seu nível mais baixo em relação aos humanos, se caracteriza pelo exercício de apenas duas das virtudes originalmente vislumbradas aos humanos: 1) a autenticidade ou autosseleção, que é a aptidão de ter desejos, vontades e sentimentos próprios; e 2) a iniciativa, entendida como aptidão de adotar planos e estratégias para satisfazer seus desejos, vontades e sentimentos. A questão verificada na primeira fase, no caso de crimes contra os animais, portanto, não é se o comportamento humano colide com o exercício, por outra pessoa, das virtudes que tornam uma pessoa autônoma, mas com o exercício, pelo animal, dessas duas virtudes que tornam um animal um animal

basicamente autônomo. Essa colisão se verifica em todos os comportamentos previstos pelo artigo 32 da Lei 9.605/1998, que ora aniquilam a aptidão de ter desejos, vontades e sentimentos próprios, direcionados que ficam apenas à redução da dor ou sofrimento, como acontece nos “maus-tratos” e na “experiência dolorosa ou cruel”, ora atingem a aptidão de adotar planos e estratégias para satisfazer seus desejos, vontades e sentimentos, como ocorre no “abuso” e no “ferir” ou “mutilar”. A presença de colisão significa que as condutas proibidas estão fora da esfera intocável da autonomia do ser humano, o que permite avançar o raciocínio para a segunda fase. Na segunda fase, o reconhecimento de dados ou “bens” mercedores de tutela penal, que conferem aos animais superiores um âmbito de oportunidades de realizar o que valorizam, autoriza a exigência de que se observe uma proteção penal direcionada a tais dados ou “bens”, o que também se observa nos comportamentos descritos pelo tipo penal, pois a proibição do “abuso” protege a autonomia básica; dos “maus-tratos” protege a autonomia básica e a integridade física; a de “ferir” protege a integridade física; de “mutilar” protege a autonomia básica e a integridade física; e de realizar “experiência dolorosa ou cruel” também protege a autonomia básica e a integridade física. A verificação de que as condutas descritas no tipo penal tutelam dados ou “bens” dos animais superiores, mercedores de proteção penal, torna possível avançar, então, o raciocínio para a terceira fase. O exame da terceira fase, porém, apresenta uma peculiaridade em relação ao que se observa nos crimes praticados contra humanos. Como não há, como ocorre nos delitos contra humanos, indicação explícita do legislador sobre o dado ou “bem” do animal que pretende proteger, na observância do nexo de afetação negativa relevante entre a conduta proibida e o dado ou “bem” mercedor de proteção penal devem ser considerados aqueles que podem ser extraídos do sentido do comportamento incriminado, de existência implícita, mas constatável, de acordo com o juízo procedido na segunda fase do filtro de legitimidade. Isso dificulta a análise do nexo de afetação negativa relevante sobre a presença de uma relação lógica entre o comportamento proibido e o bem jurídico que o legislador pretende proteger, pois não há essa indicação, pelo legislador, sobre o que ele pretende proteger, mas não impede o exame em torno da aptidão da conduta proibida de afetar de maneira significativa o dado ou “bem” do animal implicitamente constatado do sentido da proibição. Assim, a não ser que o legislador faça uma indicação expressa sobre o “bem” do animal que intenciona tutelar com a proibição penal, a terceira fase fica limitada à análise sobre a presença de um nexo de afetação negativa relevante entre o comportamento humano proibido e o dado

do animal constatado pelo sentido da proibição, na forma de uma afetação que rebaixa, de modo significativo, o âmbito de oportunidades conferido por cada um desses dados ou “bens” aos animais superiores de realizar o que eles valorizam. Tal nexos de afetação negativa relevante está presente em todas as proibições contidas no artigo 32 da Lei 9.605/1998. O “abuso” afeta com relevância o âmbito de oportunidades conferido pela autonomia básica; os “maus-tratos” afetam com relevância os âmbitos de oportunidades conferidos, respectivamente, pela autonomia básica e pela integridade física; o “ferir” afeta com relevância o âmbito de oportunidades conferido pela integridade física; o “mutilar” afeta com relevância a autonomia básica e a integridade física; e a realização de “experiência dolorosa ou cruel” também afeta com relevância os respectivos âmbitos de oportunidades conferidos pela autonomia básica e pela integridade física. O raciocínio aqui empregado demonstra, portanto, que as proibições contidas no artigo 32 da Lei 9.605/1998 são legítimas, pois cumprem as exigências de cada uma das fases que compõem o filtro de legitimidade aqui proposto. Mas também revela que determinadas condutas humanas em relação aos animais, embora não recomendáveis, não poderiam ser submetidas a uma incriminação legítima, como, por exemplo, a ação de dar alimentos saudáveis a animais selvagens, que leva a uma proibição administrativa característica de zoológicos, parques ecológicos ou cidades infestadas por pombos, mas que não poderia ser transformada em proibição penal, pois tal conduta não colide com o exercício pelos animais superiores de nenhuma das virtudes, autenticidade e iniciativa, que os tornam animais basicamente autônomos. Não impossibilita, assim, uma universalizabilidade entre a autonomia humana e a autonomia básica dos animais superiores, de modo a se manter na esfera intocável da autonomia do ser humano que a pratica.

5.3 Os delitos referidos a plantas, previstos nos artigos 38 a 53 da Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais)

As plantas não possuem, por sua própria natureza, aptidão, como os seres humanos e os animais superiores, para titularizar dados que as permitam gozar de um âmbito de oportunidades de realizar, à escolha delas, o que elas valorizam. Ainda que estudos demonstrem que árvores dispõem de certa capacidade de comunicação e

convívio social,⁵⁷⁰ não há nelas um nível de autodeterminação desenvolvido o suficiente para merecer proteção penal como criatura individual. Por isso, o uso do direito penal para tutelar a flora, que no Brasil é previsto entre os artigos 38 a 53 da Lei 9.605/1998, caso se pretenda justificado com base numa explicação relacionada à proteção de um dado que possa ser considerado um “bem”, apenas pode adquirir algum sentido se tal “bem” puder ser valorado de acordo com o que proporciona aos seres humanos, aos animais superiores e às suas respectivas coletividades. Argumentos fora desse caminho precisariam explicar a proibição penal com base no valor próprio das plantas, o que, mesmo que encontre justificativa filosófica, torna necessário esclarecer por que esse valor próprio merece proteção penal em razão de si mesmo; ou admitir uma exceção ao pensamento político-criminal fundado na proteção de bens jurídicos, algo que, por sua vez, gera a obrigação de definir com clareza o que justifica tal exceção, pois do contrário significa legitimar o direito penal como instrumento de tutela de um mero moralismo ambiental. A opção mais adequada a um direito penal liberal, portanto, é a de entender que comportamentos prejudiciais a plantas somente adquirirem relevância penal se atingirem os benefícios que a existência delas oferece aos seres humanos e aos animais superiores e às suas respectivas coletividades.

Mas a proibição penal da conduta que gera dano a plantas sob a justificativa de proteger um bem coletivo deve, para adquirir legitimidade, cumprir as mesmas exigências da postulação dos bens com tal característica. O bem indicado deve superar o teste da circularidade, ou seja, não servir apenas para legitimar o tipo penal; o teste da divisibilidade, não se justificar apenas porque há um número indeterminado de seres humanos ou animais superiores que tenham bens comuns; o teste da não-especificidade, a sua afetação não deve pressupor necessariamente a afetação simultânea de um bem individual; e, ainda, deve ser um dado que confira um âmbito de oportunidades à coletividade que lhe é titular de se realizar o que valoriza, cujo acesso é disponibilizado aos seus membros. Por isso, condutas como, por exemplo, “destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente”;⁵⁷¹ “destruir ou danificar vegetação primária

⁵⁷⁰ Ver, nesse sentido, WOHLLEBEN, Peter. *The hidden life of trees: what they feel, how they communicate – discoveries from a secret world*. Vancouver: Greystone Books, 2016, p. 1 e seguintes.

⁵⁷¹ BRASIL. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998: “Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção: Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>

ou secundária, em estágio avançado ou médio de regeneração”,⁵⁷² “cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente,”⁵⁷³ devem ter sua proibição interpretada de acordo com a afetação causada no âmbito de oportunidades de realizar o que se valoriza conferido pelo dado indicado como bem jurídico à coletividade, âmbito esse que se torna possível devido aos benefícios oferecidos pela existência das plantas. O bem jurídico coletivo pode conferir tal âmbito de oportunidades de realizar o que se valoriza, disponível aos seus membros, a uma coletividade que pode ser de animais superiores, como, por exemplo, oportunidades de encontrar alimentos com facilidade, movimentar-se de maneira mais ágil, camuflar-se contra predadores, interagir com membros da mesma espécie ou de espécies distintas;⁵⁷⁴ ou de seres humanos, como, por exemplo, oportunidades de respirar um ar mais puro, submeter-se a um clima mais ameno, satisfazer a necessidade espiritual e intelectual de catalogar e estudar cientificamente as diferentes espécies vegetais ou de apenas conhecer, presenciar e ter disponível em sua existência áreas que exponham as obras originais da criação da natureza. O nome recebido pelo respectivo dado da coletividade humana ou da coletividade dos animais superiores que confere a cada uma dessas coletividades tais âmbitos de oportunidades não é o mais importante, pode ser “integridade da flora”, “ambiente vegetal equilibrado” ou algum termo semelhante, pois o fundamental é reconhecer a sua existência e o que justifica que sua proteção penal seja postulada, isto é, a presença dos requisitos acima descritos.

Os crimes previstos entre os artigos 38 a 53 da Lei 9.605/1998, sob o título “Dos crimes contra a flora”, indicam a pretensão de proteger esse bem jurídico coletivo do meio ambiente relacionado à flora. A aplicação do filtro trifásico de legitimidade aos

⁵⁷² BRASIL. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998: “Art. 38-A. Destruir ou danificar vegetação primária ou secundária, em estágio avançado ou médio de regeneração, do Bioma Mata Atlântica, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção: (Incluído pela Lei nº 11.428, de 2006). Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente” (Incluído pela Lei nº 11.428, de 2006). Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade. (Incluído pela Lei nº 11.428, de 2006). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm >

⁵⁷³ BRASIL. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998: “Art. 39. Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente: Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.”. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm >

⁵⁷⁴ A afetação de tal âmbito de oportunidades não se confunde com a causa de aumento de pena prevista no artigo 53, II, c, da Lei 9.605/1998, que dispõe: “Art. 53. Nos crimes previstos nesta Seção, a pena é aumentada de um sexto a um terço se: (...) c) contra espécies raras ou ameaçadas de extinção, ainda que a ameaça ocorra somente no local da infração”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. A afetação do âmbito de oportunidades significa uma diminuição, um rebaixamento, das oportunidades conferidas à coletividade de animais superiores para realizar coisas de acordo com o seu estilo de vida, já a causa de aumento de pena se refere a uma ameaça, a um perigo criado, à própria integridade física de espécies raras ou ameaçadas de extinção.

tipos penais lá arrolados exige, então, que, em relação aos seres humanos, a conduta proibida colida com alguma das doze virtudes que tornam uma pessoa autônoma; que esteja presente o bem jurídico coletivo merecedor de proteção penal que confere à coletividade um âmbito de oportunidades, possível em razão dos benefícios oferecidos pela existência das plantas, de realizar o que se valoriza, cujo acesso é disponível aos membros dessa coletividade; e que exista um nexo de afetação negativa relevante entre o comportamento proibido fora da esfera intocável da autonomia da pessoa e o indicado bem jurídico coletivo merecedor de proteção penal. E, em relação aos animais, que o comportamento humano proibido colida com alguma das duas virtudes que tornam um animal superior basicamente autônomo; que se verifique a presença de um dado merecedor de proteção penal que confere à coletividade de animais superiores um âmbito de oportunidades, possível graças aos benefícios oferecidos pela existência das plantas, de realizar o que se valoriza, acessível aos membros dessa coletividade de animais superiores; e que se observe um nexo de afetação negativa relevante entre a conduta humana proibida fora da esfera intocável da autonomia do ser humano e o indicado dado da coletividade de animais superiores merecedor de proteção penal. O resultado desse exame apresenta algumas proibições penais cuja legitimidade não é clara. A disposição penal prevista no artigo 49 da Lei 9.605/1998,⁵⁷⁵ que proíbe o comportamento de “destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia” não ultrapassa a terceira fase, pois não apresenta um nexo de afetação negativa relevante entre a conduta proibida e o indicado dado coletivo que se pretende proteger, nem como bem jurídico da coletividade humana, nem como dado da coletividade de animais superiores, já que causar danos ou a destruição de planta de ornamentação pública ou privada não é um comportamento que afeta com relevância o âmbito de oportunidades conferido pela “integridade da flora” a uma coletividade humana ou de animais superiores, disponível aos seus membros, de realizar o que se valoriza, devido aos benefícios oferecidos pela existência das plantas. A conduta proibida pelo artigo 52, de “penetrar em Unidades de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos

⁵⁷⁵ BRASIL. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998: “ Art. 49. Destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Parágrafo único. No crime culposo, a pena é de um a seis meses, ou multa.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>

próprios para caça”,⁵⁷⁶ apenas supera a terceira fase se o dado a ser protegido for considerado a integridade física dos animais, pois não há nexos de afetação negativa relevante entre conduzir instrumentos de caça e a integridade da flora, cujo âmbito de oportunidades conferido à coletividade de animais superiores é devido aos benefícios oferecidos pela existência das plantas. O comportamento proibido pelo artigo 46, de “receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento”⁵⁷⁷ é uma conduta que somente apresenta um nexo de afetação negativa relevante no âmbito de oportunidades conferido pela integridade da flora à coletividade humana ou de animais superiores de realizar o que se valoriza, caso o material, em relação ao qual não foi exigida a exibição da licença do vendedor ou não se permaneceu municiado da via até o beneficiamento final, tenha sido extraído da flora em grandes quantidades de maneira não permitida e o não cumprimento dessas exigências sirva para facilitar diretamente seu escoamento e difusão. Em caso contrário, a conduta proibida pode ser apta a afetar o controle estatal burocrático das origens do material vegetal, mas não atinge com relevância o bem jurídico coletivo indicado como protegido. Isso pode justificar a previsão de uma infração administrativa, mas não a legitimidade da norma penal, pela falta de superação da terceira fase do filtro de legitimidade aqui defendido.

5.4 Os delitos referidos a embriões, previstos nos artigos 24 a 26 da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança)

O direito penal brasileiro proíbe, nos tipos penais dos artigos 24 a 26 da Lei 11.105/2005, diferentes condutas cujo ponto em comum é a referência a embriões

⁵⁷⁶ BRASIL. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998: “Art. 52. Penetrar em Unidades de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem licença da autoridade competente. Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>

⁵⁷⁷ BRASIL. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998: “. BRASIL. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998: “Art. 46. Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>

humanos. A proibição prevista no artigo 24 é a de utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o artigo 5º da mesma lei.⁵⁷⁸ O artigo 5º da Lei 11.105/2005 impõe condições à pesquisa e terapia com uso de células-tronco embrionárias de embriões humanos produzidos, mas não utilizados, no procedimento de fertilização *in vitro*. A primeira dessas condições é a inviabilidade desses embriões. A segunda é, no caso de viabilidade, o congelamento há mais de três anos na data da publicação da lei ou que contarem três anos a partir da data do congelamento. A terceira é o consentimento dos gestores. A quarta é a submissão, pelas instituições de pesquisa e serviços de saúde, de projetos de pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias de embriões humanos à apreciação e aprovação de comitês de ética em pesquisa. Por fim, também é prevista a proibição da comercialização do material biológico,⁵⁷⁹ expressamente equiparada ao crime previsto no artigo 15 da Lei 9.434/1997.⁵⁸⁰ O tipo penal proíbe a manipulação de embrião excedentário de processo de fertilização *in vitro* viável e com menos de três anos de congelamento, mas permite a de embriões inviáveis e congelados há mais de três anos, dos quais se pode extrair células-tronco para pesquisas e tratamentos terapêuticos. A extração de células-tronco embrionárias é um procedimento que implica necessariamente na destruição do embrião, de modo que a permissão de sua aplicação àqueles que são inviáveis e congelados há mais de três anos significa que a sua existência perde relevância penal cumprido esse prazo e diante da realização de pesquisas e tratamentos. Mas, depois de cinco anos, a existência dos embriões congelados perde relevância penal ainda que não sejam destinados a pesquisa ou

⁵⁷⁸ BRASIL. Lei 11.105, de 24 de março de 2005: “Art. 24. Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º desta Lei: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.” Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm >

⁵⁷⁹ BRASIL. Lei 11.105, de 24 de março de 2005: “ Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.” Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm >

⁵⁸⁰ BRASIL. Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997: “Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufere qualquer vantagem com a transação” Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm#art15 >

tratamento, pois basta a mera manifestação de vontade dos genitores para que sejam descartados.⁵⁸¹

A intensidade da intervenção do direito penal, portanto, gradualmente diminui ao longo do tempo. Há um emprego forte em relação aos embriões viáveis e congelados há menos de três anos, quando o direito penal sempre incide em caso de destruição do embrião; médio após três de congelamento, quando o direito penal não incide desde que se trate da utilização do embrião em tratamento e pesquisa, com o consentimento dos genitores; e fraco em cinco anos, quando o único requisito para o afastamento do direito penal é o consentimento dos genitores. Essa gradação de acordo com as circunstâncias demonstra que não é propriamente a integridade dos embriões em si mesma o que merece a proteção do direito penal, pois reflete normas que não funcionam como disposições destinadas à sua proteção, mas, ao contrário, como regras que regulamentam a sua destruição. Há nessas regras algo que parece corresponder a uma certa diminuição das expectativas de que os embriões possam um dia se tornar seres humanos. Não há essa expectativa em relação aos embriões inviáveis, pois nunca poderão se desenvolver até o estágio de ser humano,⁵⁸² e, por isso, o legislador permite seu uso imediato, mas, quanto aos embriões congelados há menos de três anos, a expectativa também pode ser encerrada com o consentimento dos genitores para que deles sejam extraídas células-tronco (e, por consequência, destruídos) depois do cumprimento do prazo previsto pelo legislador (os três anos). É uma constatação que não se adéqua a um raciocínio que foca na proteção do embrião excedentário em si mesmo a justificativa da proibição da conduta. O embrião poderá ser destruído, de acordo com a vontade dos genitores, se cumpridos os requisitos adicionais do tempo (três anos) e da destinação (pesquisa e tratamento) ou apenas o mero requisito temporal (cinco anos). Caso a proteção fosse dirigida ao embrião em si mesmo, não poderia ser afastada com o mero consentimento dos genitores, ainda que somada aos requisitos temporal e de destinação, e levaria a algo semelhante à proteção do feto pela

⁵⁸¹ BRASIL. Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.121/2015: “V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES (...), 4- Os embriões criopreservados com mais de cinco anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes. A utilização dos embriões em pesquisas de células-tronco não é obrigatória, conforme previsto na Lei de Biossegurança.” Disponível em: < <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/212> >

⁵⁸² BRASIL. Decreto n. 5.591, de 22 de novembro de 2005: “Art. 3º. (...) XIII - embriões inviáveis: aqueles com alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré implantacional, conforme normas específicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, que tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas a partir da fertilização in vitro, ou com alterações morfológicas que comprometam o pleno desenvolvimento do embrião.” Disponível: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5591.htm >

incriminação do aborto,⁵⁸³ cuja destruição somente é admitida em três situações excepcionais, mesmo com o consentimento da gestante.⁵⁸⁴ Como o requisito de destinação a pesquisa e tratamento expira em três anos e o temporal em cinco anos, o único requisito que se mantém de maneira contínua em todos os casos e não é afastado, nem mesmo após o prazo de cinco anos de congelamento, é o poder de disposição dos genitores sobre os embriões, representado pela exigência de consentimento, que atrai a proibição penal da conduta na hipótese de seu desrespeito. E tal relação entre o poder de disposição dos genitores sobre os embriões e a proibição penal da conduta é tão inflexível que somente pode ser interpretado como consequência daquilo que o tipo penal do artigo 24 da Lei 11.105/2005 efetivamente protege quando o artigo 5º da mesma lei sempre exige o consentimento: a propriedade dos embriões de titularidade de seus genitores.

A propriedade dos embriões confere aos seus genitores, como todo bem jurídico merecedor de proteção penal confere aos seus titulares, um âmbito de oportunidades de realizar, à sua escolha, o que valoriza. Esse âmbito é formado por três oportunidades particularmente relevantes para o legislador: a) a oportunidade de aproveitar os embriões em novo procedimento de fertilização; b) a oportunidade de manter os embriões congelados; c) a oportunidade de destruir os embriões. O aproveitamento de tais oportunidades pelos proprietários dos embriões, como é da natureza dos âmbitos de oportunidades conferidos pelos bens jurídicos merecedores de proteção penal, não é

⁵⁸³ BRASIL. Código Penal brasileiro: “Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento. Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: (Vide ADPF 54) Pena - detenção, de um a três anos. (...) Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: (Vide ADPF 54) Pena - reclusão, de um a quatro anos.”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

⁵⁸⁴ O fato de existirem três situações excepcionais em que o aborto não é punível, as hipóteses de inexistência de outro meio de salvar a vida da gestante e estupro, previstas no artigo 128 do Código Penal, e de feto anencefálico, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 54, não influenciam o entendimento de que o que se protege pelo delito do aborto é a vida do feto. Sobre as hipóteses reconhecidas por lei, BRASIL. Código Penal brasileiro: “Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário. I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro. II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Sobre a hipótese reconhecida pela jurisprudência, STF, ADPF 54/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 12 de abril de 2012: “ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.” Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>

imposto, mas ocorre de acordo com a vontade de seus titulares, isto é, à sua livre escolha, conforme queiram realizar o que deem valor em suas vidas no momento de decidir aproveitar alguma das oportunidades conferidas. Essa liberdade de escolha para aproveitar as oportunidades conferidas pela propriedade dos embriões fundamenta o poder de disposição dos genitores e está assegurada expressamente no texto positivado por meio da previsão do consentimento. O desrespeito à propriedade dos embriões configura o tipo penal do artigo 24 da Lei 11.105/2005, pois preenche a disposição típica “em desacordo com o que dispõe o art. 5º desta Lei”, cujo bem jurídico merecedor de proteção penal, portanto, é de titularidade exclusiva dos genitores, não dos próprios embriões nem da coletividade. Os embriões, na verdade, são apenas o objeto da ação. Já os requisitos temporais adicionais, três anos para a decisão de autorizar a destruição do embrião excedentário no processo de extração de células-tronco para pesquisas e tratamentos ou cinco anos para autorizar sua destruição pelo procedimento de descarte, apresentam-se como verdadeiras medidas paternalistas, de legitimidade questionável, cuja finalidade é proteger por um tempo determinado a oportunidade dos genitores de escolher realizar um novo procedimento de fertilização ou, ao menos, a oportunidade de manter os embriões congelados para uma decisão futura. O legislador, de maneira paternalista, pretende evitar, por um certo período, que os titulares da propriedade dos embriões escolham aproveitar a oportunidade, conferida pelo bem jurídico, de destruir os embriões excedentários, seja por meio de processo de extração de células-tronco para pesquisas e tratamentos, durante três anos, seja por meio do processo de descarte, durante cinco anos, pois entende que dispensar as outras oportunidades, no transcorrer de tais prazos, em favor da oportunidade de destruição, é uma decisão errada. Esse recurso a um paternalismo sobre a liberdade de pessoas adultas de escolher aproveitar uma das oportunidades que integram o âmbito conferido pelo bem jurídico do qual são titulares, que não se explica por nenhum argumento consistente e nem apresenta uma contrapartida legítima, desrespeita a autonomia das pessoas e, ao contrário de significar um alargamento da proteção do bem jurídico, na verdade, o viola, pois diminui o âmbito de oportunidades conferido pela propriedade dos embriões aos seus titulares apenas à oportunidade de realizar uma nova fertilização e à oportunidade de manter o embrião congelado.

Assim, o comportamento penalmente proibido de destruir os embriões fora dos prazos previstos na lei, com o consentimento e autorização dos genitores, seja pelo

emprego em pesquisas e tratamentos, seja pelo procedimento de descarte, não ultrapassa a primeira fase do filtro de legitimidade aqui defendido. Quem pratica essa conduta exerce virtudes de uma pessoa autônoma, em especial a autoposse, a autenticidade, a autolegislação, a independência moral, a integridade, o autocontrole, a iniciativa e a responsabilidade por si mesmo, sem que isso colida com o exercício por outra pessoa também das virtudes que condicionam a autonomia. Não há colisão com o exercício por ninguém, nem mesmo pelos genitores, que concordam com o comportamento, das virtudes da autoposse, autoidentidade, autenticidade, autodeterminação, autolegislação, autenticidade moral, independência moral, integridade, autocontrole, autoconfiança, iniciativa e responsabilidade por si mesmo, o que demonstra a universalizabilidade no sentido aqui defendido e a integração da conduta ao núcleo intocável e imponderável da autonomia de quem a pratica. E, por interferir nessa esfera intocável da autonomia da pessoa, é ilegítima a incriminação da conduta de quem, com a livre autorização dos genitores, destrói os embriões fora dos prazos previstos na lei, sem a necessidade de avançar a discussão para a segunda fase, sobre o bem jurídico merecedor de proteção penal. A situação é distinta, porém, se a destruição ocorre sem o consentimento dos genitores. Nesse caso, o exame da primeira fase demonstra que a conduta praticada colide com o exercício, pelos genitores, das virtudes da autenticidade, autolegislação, autenticidade moral, independência moral, integridade e iniciativa, portanto, não é universalizável e não faz parte do núcleo intocável de autonomia de quem a pratica; a análise da segunda fase revela que há um bem jurídico merecedor de proteção penal, a propriedade dos embriões, que confere um âmbito de oportunidades aos seus titulares, os genitores, de realizar, à sua escolha, o que valorizam, na forma das oportunidades de proceder a uma nova fertilização, de manter os embriões congelados ou mesmo de decidir por sua destruição; e o exame da terceira fase verifica que está presente um nexo de afetação negativa relevante entre a conduta praticada e o âmbito de oportunidades conferido pelo bem jurídico merecedor de proteção penal aos seus titulares, pois a destruição dos embriões sem consentimento acaba com as oportunidades conferidas aos seus genitores de realizar novo procedimento de fertilização, de mantê-los congelados ou de decidir o momento e a forma de destruição dos embriões que lhes pareçam mais convenientes.

A Lei 11.105/2005 também incrimina, em seu artigo 25, a prática de engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano.⁵⁸⁵ A engenharia genética é considerada uma atividade que produz e manipula moléculas de ácido desoxirribonucleico (ADN) e ácido ribonucleico (ARN), que são materiais genéticos em cujo conteúdo há informações que determinam os caracteres que serão transmissíveis à descendência.⁵⁸⁶ Assim, a realização de engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano significa a manipulação de suas moléculas de ADN ou ARN e, por conseguinte, de suas informações genéticas. A doutrina tem indicado que o bem jurídico aqui protegido pela incriminação é a identidade genética humana, que proporciona condições de existência futura da vida humana,⁵⁸⁷ ou, também, a inalterabilidade do patrimônio genético da espécie humana.⁵⁸⁸ O tipo penal do artigo 25 emprega o direito penal de maneira distinta da utilizada no artigo 24, pois não refere a outros objetos além da própria célula germinal, do zigoto ou do embrião humano e proíbe a engenharia genética independentemente de prazo temporal, da finalidade de pesquisa e tratamento ou do consentimento dos genitores. Essa incriminação inflexível apresenta um raciocínio estranho ao pensamento linear característico da teoria do bem jurídico e, também, do filtro trifásico aqui proposto, segundo o qual a norma é legítima se respeitar à autonomia da pessoa, se existir um bem jurídico merecedor de proteção penal e se estiver presente um nexo de afetação negativa relevante entre o comportamento proibido e o âmbito de oportunidades conferido pelo indicado bem jurídico merecedor de proteção penal ao seu titular. Isso não se deve porque manipular informações genéticas faça parte da esfera de autonomia do cientista,

⁵⁸⁵ BRASIL. Lei 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança): “Art. 25. Praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11105.htm>.

⁵⁸⁶ BRASIL. Decreto n. 5.591, de 22 de novembro de 2005: “Art. 3º. (...) IV - ácido desoxirribonucleico - ADN, ácido ribonucleico - ARN: material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência; V - moléculas de ADN/ARN recombinante: as moléculas manipuladas fora das células vivas mediante a modificação de segmentos de ADN/ARN natural ou sintético e que possam multiplicar-se em uma célula viva, ou ainda as moléculas de ADN/ARN resultantes dessa multiplicação; consideram-se também os segmentos de ADN/ARN sintéticos equivalentes aos de ADN/ARN natural; VI - engenharia genética: atividade de produção e manipulação de moléculas de ADN/ARN recombinante; .” Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5591.htm>

⁵⁸⁷ MARTINS, Alessandra Beatriz. *Tutela penal do embrião in vitro*, São Paulo: Editora Cultura Acadêmica, 2013, p. 192. MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Lições fundamentais de direito penal – parte geral*, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 131.

⁵⁸⁸ PRADO, Luiz Regis. *Biossegurança e direito penal*. In: Revista dos Tribunais Online, São Paulo: Thomson Reuters, 2005, p. 6. Disponível em: <http://www.regisprado.com/resources/Artigos/Luiz_Regis_Prado/Biosseguran%C3%A7a%20e%20Direito%20Penal.pdf>

ou porque não se vislumbra um bem jurídico merecedor de proteção, ou também porque não há um nexo de afetação negativa relevante entre a conduta proibida e o bem jurídico merecedor de proteção penal, mas sim porque não há um titular de bem jurídico ainda existente. A célula geminal, o zigoto e o embrião humano ainda não são pessoa em sentido próprio, sequer feto; também não podem ser considerados animais sencientes e, menos ainda, uma coletividade. Eles são apenas, ainda, organismos respectivamente celulares e multicelulares, o que pode levar ao juízo apressado de que a proibição penal de engenharia genética, por não se referir a seres capazes de titularizar bem jurídico, é uma indevida intervenção penal do Estado na liberdade dos cidadãos. A questão, porém, é mais complexa do que se apresenta à primeira vista. Se possível, a realização de engenharia genética em um indivíduo adulto, sem o seu consentimento, significaria uma violação à sua integridade física corporal, que, como bem jurídico merecedor de proteção penal, confere a quem a titulariza um âmbito de oportunidades de realizar o que valoriza, como, por exemplo, ter uma identidade natural própria, manter a integridade de seus dados genéticos e não ser utilizado forçadamente como instrumento de experiências biológicas; e, também, à sua autonomia, em grau suficiente para ser considerada bem jurídico merecedor de proteção penal, pois colidiria com o exercício de virtudes que tornam uma pessoa autônoma: a autoposse, pois nunca mais estaria na posse das informações genéticas originais de seu próprio corpo; a autolegislação, pois não mais adiantaria adotar uma regra moral que significasse rejeitar a realização de engenharia genética em seu próprio corpo; a autenticidade moral, pois também não mais adiantaria enraizar em seu próprio caráter uma regra moral de rejeição à engenharia genética em seu próprio corpo; a independência moral, pois não adiantaria mais seguir tal regra moral de rejeição à engenharia genética em seu próprio corpo de maneira independente das convenções sociais; a integridade ou fidelidade a si mesmo, pois não adiantaria mais seguir um princípio próprio contrário à engenharia genética em seu próprio corpo, e a autoconfiança, pois não mais adiantaria considerar indesejável a engenharia genética no próprio corpo e dispensá-la. Logo, o problema do artigo 25 da Lei 11.105/2005 não é a presença de bens jurídicos que mereçam proteção e sim a ausência de quem possa ser o seu titular. Mas a falta de um indivíduo que titularize os bens jurídicos integridade física corporal e autonomia é presente, não futura, pois se a célula geminal, o zigoto ou o embrião seguirem adiante com o seu desenvolvimento biológico resultarão em um ser humano, um indivíduo que teve os seus bens jurídicos

integridade física corporal e autonomia violados pela engenharia genética praticada quando ainda era célula geminal, zigoto ou embrião.

É possível, então, visualizar dois pontos que merecem consideração. Em primeiro lugar, se existir no futuro um titular dos bens jurídicos, no caso um ser humano, esse titular dos bens jurídicos necessariamente será titular de bens jurídicos violados. Em segundo lugar, a qualidade de violado desses bens jurídicos é certa e foi provocada pela conduta anterior à existência de seu titular. Portanto, há uma distorção temporal entre o comportamento praticado, a engenharia genética, e a situação que o direito penal pretende evitar, que é a de um titular de bens jurídicos que tenha seus bens jurídicos violados, ou seja, um indivíduo com informações genéticas manipuladas. O desdobramento entre a conduta proibida e a situação que o direito penal visa evitar envolve uma incerteza: a de que a célula geminal, o zigoto ou o embrião resultará com sucesso em um ser humano, pois o processo de fertilização pode não ser realizado, se realizado pode não vingar, e, se vingar, a gravidez pode ser interrompida por qualquer fator eventual alheio ao projeto de nascimento do indivíduo. Mas há também duas certezas: a) caso a célula geminal, o zigoto ou o embrião se torne um ser humano, existirá necessariamente o reconhecimento de titularidade dos bens jurídicos, pois todo ser humano é titular da integridade física corporal e da autonomia; b) e tais bens jurídicos estarão necessariamente violados, pois já terão tido sua genética manipulada. A ocorrência dessas duas certezas – a titularidade dos bens jurídicos e os bens jurídicos necessariamente violados desse titular – torna a incerteza - o desdobramento causal até a existência do titular dos bens jurídicos – um preço que o legislador não quer pagar e, portanto, um risco não tolerável pelo direito penal. A legitimidade da decisão do legislador pela proibição da conduta pode ser afirmada pelo argumento de que seria um contrassenso exigir respeito à integridade física corporal e autonomia de todos os indivíduos e permitir que um indivíduo já nascesse com sua integridade física corporal e autonomia violadas. Se o direito penal visa proteger a integridade física corporal e a autonomia de todos os seres humanos, não poderia tolerar que um ser humano já nascesse com a sua integridade física corporal e a sua autonomia violadas (com os seus bens jurídicos violados). Um direito penal que diz proteger bens jurídicos de todos os indivíduos não pode admitir que um indivíduo tenha seus bens jurídicos violados já ao nascer. Mas a proibição incide sobre o comportamento de quem realiza a engenharia genética, não sobre a existência em si mesma de um ser humano geneticamente

modificado, de modo que, transferido o embrião para a cavidade uterina, não há a imposição de abortar uma gravidez já em desenvolvimento a partir de um embrião que tenha sofrido engenharia genética nem de executar uma criança que tenha nascido de um tal embrião. O respeito à integridade do embrião intra-uterino, ao feto, à criança e à mãe é o mesmo devido em qualquer caso a qualquer embrião intra-uterino, feto, criança ou mãe, pois, do contrário, estaria reconhecida uma categoria inferior de seres humanos. A mãe do embrião submetido à engenharia genética e o próprio sujeito geneticamente modificado são seres humanos no mesmo patamar de todos os outros e, assim, um fim em si mesmo, o que significa que não podem ter a integridade afetada para que determinados fins sejam alcançados, mesmo o de evitar a existência de alguém que nasça com os bens jurídicos integridade física corporal e autonomia violados.

Assim, a proibição incide sobre o comportamento que já é o comportamento de violação dos bens jurídicos do titular de existência futura: a própria engenharia genética. Embora, devido à distorção temporal, a conduta de violação dos bens jurídicos ocorra antes de seu titular vir a existir, é tal conduta que deve ser evitada e merece ser censurada, não as suas consequências posteriores, quando a violação dos bens jurídicos já tenha se tornado certa. O fato de a existência do titular dos bens jurídicos ser eventual não muda em essência o reproche, pois se falta segurança de que o titular nascerá, há plena certeza de que, se nascer, nascerá com os seus bens jurídicos já violados. E como o que se pretende evitar não é a existência do titular dos bens jurídicos, mas que ele tenha de suportar já nascer com seus bens jurídicos violados, é a própria engenharia genética, não a sua vida, que deve ser evitada. Ao proibir exatamente o comportamento que deve ser evitado, o direito penal recorre, então, a um tipo penal que reflete essa distorção temporal, que proíbe a violação de bem jurídico cujo titular ainda não existe, mas se existir já terá o bem jurídico com certeza violado, quando o direito penal não poderá fazer mais nada. Um tipo penal assim, que pode ser definido como um tipo penal temporalmente distorcido, somente é legítimo diante de tal característica: a conduta proibida necessariamente leva a que o titular do bem jurídico, se vier a existir, já terá o seu bem jurídico com certeza violado. Isso porque, diante da distorção temporal entre o comportamento violador do bem jurídico e a presença do titular do bem jurídico violado, o direito penal não mais poderá atuar com fins preventivos se aguardar a existência do titular do bem jurídico.

A aplicação do filtro trifásico de legitimidade proposto nesse estudo demonstra, então, que o artigo 25 da Lei 11.105/2005, respeitada a sua natureza de tipo penal temporalmente distorcido, é uma norma penal legítima. A primeira fase demonstra que o comportamento de praticar engenharia genética, como mencionado, colide com o exercício, pela futura pessoa ainda a nascer, de virtudes que tornam a pessoa autônoma e condicionam ao autogoverno, em especial a autoposse, já que não chega a estar na posse das informações genéticas originais de seu próprio corpo; a autolegislação, já que é impedida de adotar uma regra moral que signifique não consentir com a realização de engenharia genética em seu próprio corpo; a autenticidade moral, já que é impedida de enraizar em seu caráter tal regra moral de rejeição à engenharia genética em seu próprio corpo; a independência moral, já que é impedida de seguir tal regra moral de rejeição à engenharia genética em seu próprio corpo de maneira independente das convenções sociais; a integridade ou fidelidade a si mesmo, já que não pode seguir um princípio próprio que seja contra a engenharia genética em seu próprio corpo, e a autoconfiança, já que não pode dispensar a engenharia genética no próprio corpo se considerá-la indesejável. Essa colisão com o exercício de virtudes que tornam uma pessoa autônoma significa que a conduta de realizar engenharia genética não é universalizável, no sentido aqui defendido, e está fora do núcleo intocável e imponderável da autonomia de quem a pratica. A segunda fase conclui que há ao menos dois bens jurídicos merecedores de proteção penal: a integridade física corporal, que confere ao seu titular um amplo âmbito de oportunidades de realizar o que valoriza e, particularmente em relação à genética, oportunidades de gozar de uma boa saúde, de ter uma identidade genética natural, de não ser instrumento de experimentos biológicos, de não ser um produto da manipulação genética artificial; e a autonomia, que confere ao seu titular um âmbito de oportunidades de exercer as virtudes que condicionam ao autogoverno e tornam uma pessoa autônoma, descritas no exame da primeira fase. A terceira fase revela que, embora temporalmente distorcido, há umnexo de afetação negativa relevante entre o comportamento praticado e o âmbito de oportunidades conferido pelos bens jurídicos merecedores de proteção penal, pois a realização de engenharia genética diminui as oportunidades, conferidas pela integridade física corporal, de o indivíduo, que nascerá da célula geminal, zigoto ou embrião geneticamente modificado, gozar de boa saúde e extingue suas oportunidades de ter uma identidade genética natural própria, de não ter sido instrumento de experiência biológica, de não ser produto de manipulação genética artificial, além de aniquilar as oportunidades, conferidas pela autonomia, de exercer

virtudes de uma pessoa autônoma, em especial a autoposse, autolegislação, autenticidade moral, independência moral, integridade e autoconfiança.

A Lei 11.101/2005 também proíbe, em seu artigo 26, a realização de clonagem humana.⁵⁸⁹ A clonagem é um procedimento de reprodução assexuada e artificial, realizado a partir de um único patrimônio genético, no qual podem ser utilizadas ou não técnicas de engenharia genética e pode ter a finalidade de reproduzir um indivíduo ou de produzir células-tronco embrionárias para o uso terapêutico.⁵⁹⁰ A doutrina afirma que o bem protegido pelo tipo penal é a identidade genética da espécie humana, que se mostra portadora do direito à dupla dotação genética; à irrepetibilidade genética; à contingência genética; à dotação genética diferenciada;⁵⁹¹ a identidade e a irrepetibilidade do ser humano e também a inalterabilidade do patrimônio genético da humanidade.⁵⁹² A análise do tipo penal permite enxergar no delito do artigo 26 da Lei 11.101/2005 também uma distorção temporal entre comportamento praticado e resultado obtido, pois a pessoa clonada surge apenas meses depois do procedimento de clonagem. Mas diferentemente do que acontece em relação a quem nasceu de um embrião que sofreu engenharia genética, a própria existência do clone se deve à prática da clonagem e isso leva à indagação sobre o que, para o clone, seria pior: não ter identidade genética própria ou sequer existir? A resposta intuitiva parece ser a de não existir, pois considerar que alguém prefira não ter existência a ter uma existência saudável, mas sem identidade genética própria, também deveria levar à conclusão de que é preferível não existir a ter uma existência com identidade genética própria, mas sujeita a enfermidades, pois ter ou não identidade genética própria não pode ser mais grave, do ponto de vista do indivíduo, do que ter ou não doenças, o que, por sua vez, deveria conduzir a uma proibição de gravidez quando se descobre que resultará em um ser humano que, durante a sua vida, estará sujeito a problemas de saúde. Assim, mesmo que se considere que a clonagem não fornece ao clone uma identidade genética própria,

⁵⁸⁹ BRASIL. Lei 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança): “Art. 26. Realizar clonagem humana: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>.

⁵⁹⁰ BRASIL. Lei 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança): “Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se: (...) VIII – clonagem: processo de reprodução assexuada, produzida artificialmente, baseada em um único patrimônio genético, com ou sem utilização de técnicas de engenharia genética; IX – clonagem para fins reprodutivos: clonagem com a finalidade de obtenção de um indivíduo; X – clonagem terapêutica: clonagem com a finalidade de produção de células-tronco embrionárias para utilização terapêutica;” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>.

⁵⁹¹ MARTINS, Alessandra Beatriz. *Op. cit.*, 2013, p. 192.

⁵⁹² PRADO, Luiz Regis. *Op. cit.*, 2005, p. 7.

o seu procedimento ocorre justamente para que lhe seja proporcionado um bem que, para ele, deve ser considerado maior do que uma identidade genética: a sua própria vida. Por isso, embora a clonagem necessariamente importe na colisão do exercício, pelo clone, da virtude da pessoa autônoma da autoidentidade ou individualidade, já que sempre será um reflexo genético de outra pessoa e nunca terá senso de sua identidade genética própria, essa colisão apenas revela que o comportamento de clonar não é universalizável, no sentido aqui defendido, e está fora da esfera intocável da autonomia de quem o pratica, mas não eleva a autonomia do clone ao *status* de bem jurídico merecedor de proteção penal, pois o que a clonagem traz de negativo ao clone presumivelmente seria por ele consentido, uma vez que, do contrário, ele não teria vida, o que quer dizer que não se encontra numa explicação referida ao próprio clone como indivíduo uma justificativa consistente para a proibição penal.

Um segundo caminho é analisar o que uma permissão da clonagem traria de negativo à coletividade. A clonagem terapêutica é defendida por muitos cientistas como meio de extração de células-tronco e de produção de células estaminais utilizadas para reconstituir tecidos ou órgãos com o fim de transplante, o que fornece à coletividade tratamentos contra câncer, doenças cardíacas, diabetes e a possibilidade de substituir órgãos e tecidos sem o risco de rejeição. Não pode ser considerada, portanto, em si, um mal. O problema ocorre, na verdade, em relação à clonagem não terapêutica, cuja difusão certamente leva, a longo prazo, a uma diminuição da diversidade genética da humanidade, especialmente porque, permitida, seria utilizada tanto em procedimentos reprodutivos de pessoas inférteis que desejem cópias de si mesmas quanto para fins os mais diversificados, como uma companhia para a solidão ou a cópia de uma celebridade preferida, por meio de material genético adquirido em um imaginável mercado negro. Há, portanto, uma previsível afetação na linha evolutiva biológica da coletividade humana futura, o que significa também uma hipótese de tipo penal temporalmente distorcido, pois a conduta de permissão generalizada da clonagem humana leva a que o titular do bem jurídico, a coletividade humana futura, se vier a existir (pode ser que antes disso a humanidade seja extinta pela queda de um asteroide, por exemplo), existirá já com o seu bem jurídico certamente violado, pois terá ocorrido um congelamento da diversidade genética e da evolução biológica natural da humanidade. Mas aqui, também, a proibição penal é sobre a conduta de quem praticou a conduta de clonar, não sobre a existência em si de um ser humano geneticamente modificado, pois, transferido o

embrião para a cavidade uterina, não é legítima a imposição de abortar a gravidez já em desenvolvimento a partir do embrião clonado nem de executar uma criança que tenha nascido de um tal embrião. O embrião já intra-uterino, o feto, a criança e a mãe devem receber também nesse caso o mesmo tratamento e proteção de qualquer embrião intra-uterino, feto, criança ou mãe, sob pena de se admitir seres humanos de categoria inferior. Aqui vale o mesmo raciocínio de que a mãe do clone e o próprio clone já existente são seres humanos como quaisquer outros e, portanto, um fim em si mesmo, e não podem ter sua integridade violada como instrumento para alcançar outros fins, ainda que seja a proteção da identidade natural da espécie humana e, por conseguinte, de sua evolução natural biológica.

O raciocínio das três fases aqui defendido demonstra que, observada a natureza temporalmente distorcida e de proteção de bem jurídico da coletividade humana futura, a incriminação da clonagem humana é legítima. O exame da primeira fase permite concluir que a conduta de clonar seres humanos não é universalizável, no sentido defendido nesse estudo, pois colide com o exercício de uma das virtudes da pessoa autônoma por parte dos membros da coletividade humana futura: a virtude da autoidentidade ou individualidade, pois os clones sempre serão reflexo genético de outra pessoa e nunca terão senso de identidade genética própria. Como o comportamento de clonar não é universalizável, devido a tal colisão com uma das virtudes que condicionam ao autogoverno, está fora da esfera intocável e imponderável da autonomia de quem o pratica. Embora não seja suficiente para elevar a autonomia ao *status* de bem jurídico merecedor de proteção penal de titularidade do próprio clone, pois presumivelmente o clone não concordaria com um tal merecimento de proteção penal em favor da situação que lhe permitiu poder viver, a ausência de universalizabilidade com o exercício de uma das virtudes da pessoa autônoma demonstra que a conduta de clonar seres humanos está fora do núcleo intocável da autonomia de quem a pratica e já permite avançar o raciocínio para a segunda fase. A análise da segunda fase leva à conclusão de que o bem jurídico coletivo “integridade da identidade natural da espécie” respeita a regra-teste da circularidade, pois de fato fornece um acréscimo de liberdade substantiva ao seu titular (a coletividade humana futura) e não é apenas uma expressão que justifica a decisão do legislador pela proibição; respeita a regra-teste da divisibilidade, pois não significa apenas um agrupamento de um número indeterminado de indivíduos com bens comuns; e respeita a regra-teste da não-especificidade, pois sua

afetação não pressupõe, necessariamente, a afetação simultânea de um bem individual, já que, como visto, a clonagem não viola um bem jurídico individual merecedor de proteção penal de titularidade do próprio clone e, tampouco, das outras pessoas, cujos bens jurídicos individuais não são diretamente afetados pelo procedimento.⁵⁹³ Além disso, o exame da segunda fase também torna possível observar que a “integridade da identidade natural da espécie” é um dado que confere um âmbito de oportunidades à coletividade humana futura de permanecer numa linha evolutiva biológica natural, caracterizada pela singularidade biológica e identidade genética diversificada, e de se enxergar como uma espécie natural de categoria uniforme. A satisfação de todos esses requisitos demonstra que a “integridade da identidade natural da espécie” é um bem jurídico merecedor de proteção penal, cujo titular é a coletividade humana futura. E a análise da terceira fase demonstra que, de maneira temporalmente distorcida, há um nexo de afetação negativa relevante entre a conduta praticada e o âmbito de oportunidades conferido pelo bem jurídico merecedor de proteção penal, pois a realização de clonagem diminui significativamente as oportunidades, conferidas pela integridade da identidade natural da espécie, de a coletividade humana futura continuar numa linha evolutiva biológica natural e de se constituir como uma espécie natural de categoria uniforme.

5.5 O delito referido a gerações futuras, previsto no artigo 60 da Lei 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais)

O artigo 225 da Constituição brasileira afirma que o meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser defendido e preservado não apenas para a presente geração, mas, também, para as gerações futuras.⁵⁹⁴ A legitimidade da proteção penal da vida das gerações futuras, como visto no tópico 2.2.1., é justificada por Roxin pela

⁵⁹³ Aqui se pressupõe um procedimento de clonagem autorizado pelo próprio sujeito que será clonado. Um procedimento sem o consentimento da pessoa clonada, imposto à força ou fraudado, pode ser considerado violador de sua integridade física corporal. Mas não são essas hipóteses específicas de ausência de consentimento e nem as suas consequências que devem ser vislumbradas como a regra dos procedimentos num imaginado contexto em que a clonagem humana seja liberada, mas a da clonagem consentida, de acordo com a vontade do sujeito clonado.

⁵⁹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

solidariedade que devemos ter com nossos descendentes, um dever de proteção que nos impõem a responsabilidade de assumir que a geração futura também necessita dos pressupostos de uma vida digna.⁵⁹⁵ Um exemplo de tipo penal com tal característica é o previsto no artigo 60 da Lei 9.605/1998, que proíbe o funcionamento de estabelecimentos potencialmente poluidores em contrariedade às normas legais ou regulamentares.⁵⁹⁶ Ao contrário do artigo 54 da Lei 9.605/1998, que exige que a poluição seja em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, de modo a se referir à geração presente, não há no artigo 60 menção a um nível de poluição capaz de provocar ou criar um perigo imediato de dano à saúde, mas a uma potencial poluição de um estabelecimento que funciona sem observar as normas legais ou regulamentares, cujos danos ao meio ambiente seriam sentidos mais pelas gerações futuras do que propriamente pela geração presente.

O meio ambiente é um bem jurídico coletivo merecedor de proteção penal, pois confere à coletividade um âmbito de oportunidades de realizar o que ela valoriza, como respirar ar puro, beber e nadar em águas limpas, não ingerir alimentos contaminados, conviver com um clima equilibrado, proteger-se de raios solares, levar uma vida saudável sem a necessidade de constantes tratamentos médicos, fazer parte de um ecossistema equilibrado, e isso tem valor autônomo em relação aos bens jurídicos individuais de cada membro dessa coletividade. Mas uma proteção penal que almeje tutelá-lo não apenas como bem jurídico da geração presente, mas de uma geração que ainda não nasceu, exige uma interpretação que reconheça também nesse caso a existência dos aqui chamados tipos penais com distorção temporal, segundo os quais a proibição penal incide sobre um comportamento violador do bem jurídico (o meio ambiente), antes que o seu titular venha a existir (a geração futura). Assim, é necessário que se esteja diante de uma conduta violadora do bem jurídico que, em razão da distorção temporal, é praticada antes de o titular do bem jurídico vir a existir, mas que não deixa de ser a conduta a ser evitada, pois necessariamente seus efeitos levam a que o titular do bem jurídico, se vier a existir, já existirá com o bem jurídico certamente violado, quando o direito penal não mais poderá atuar com fins preventivos.

⁵⁹⁵ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2006, p. 31.

⁵⁹⁶ BRASIL. Lei 9605, de 12 de fevereiro de 1998: “Art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm >

No caso da proteção do meio ambiente para as gerações futuras, a legitimidade da intervenção penal se justifica desde que, embora a coletividade presente ainda não sofra com uma afetação negativa relevante no âmbito de oportunidades conferido pelo meio ambiente, seja possível concluir com certeza que a continuidade da conduta levará a que, quando a coletividade futura existir, já existirá com o seu bem jurídico coletivo “meio ambiente” violado. Mas se não existir tal certeza de que a coletividade futura, se existir, existirá já com o bem jurídico violado, não será legítima a proibição penal da conduta por falta de uma relação causal que demonstre que o comportamento proibido gera uma afetação negativa relevante no âmbito de oportunidades conferido pelo bem jurídico à coletividade futura. Não é legítimo, assim, proibir penalmente comportamentos com base no princípio da precaução característico do direito ambiental,⁵⁹⁷ pois o direito penal deve exigir uma relação causal certa entre conduta e resultado, ainda que exista uma distorção temporal entre o comportamento praticado e a existência do titular do bem jurídico.

A aplicação do filtro trifásico proposto nesse estudo revela que é legítima a incriminação do comportamento potencialmente degradante ao meio ambiente com o fim preservá-lo para as gerações futuras. O juízo realizado na primeira fase conclui que os comportamentos potencialmente capazes de gerar poluição ambiental futura, descritos no artigo 60 da Lei 9.605/1998, não são universalizáveis, conforme o sentido que aqui se entende, pois colidem com o exercício de virtudes que condicionam ao autogoverno por parcela dos membros da coletividade humana futura, como a da autolegislação, por aqueles que adotam de maneira autêntica a convicção moral ambientalista de que a natureza do planeta e seus ecossistemas devem ser mantidos em sua integridade, equilíbrio e pureza, com o progresso humano orientado pelo desenvolvimento sustentável; e a da iniciativa, por aqueles que pretendem realizar projetos, planos, estratégias e empreendimentos que pressuponham um meio ambiente saudável, limpo e equilibrado. Essa colisão com o exercício de virtudes da pessoa autônoma mostra que condutas potencialmente poluidoras estão fora do núcleo intocável da autonomia de quem as pratica e, por isso, é possível avançar a análise para

⁵⁹⁷ O princípio da precaução é considerado, pelo direito ambiental, uma garantia contra riscos potenciais que ainda não podem ser identificados conforme o atual estágio do conhecimento. Segundo esse princípio, a falta de certeza científica absoluta não deve postergar a adoção de medidas para evitar a degradação ambiental, ou seja, a incerteza científica é interpretada em favor do ambiente e obriga o interessado a provar que a atividade não é ambientalmente perigosa ou poluente. THOMÉ, Romeu. *Manual de direito ambiental*, 5ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 68-69.

a segunda fase. A segunda fase permite concluir que o bem jurídico coletivo “meio ambiente” passa pela regra-teste da circularidade, já que existe de fato e não é somente um termo retórico para justificar a incriminação; passa pela regra-teste da divisibilidade, uma vez que não se caracteriza como um mero agrupamento de uma quantidade indeterminada de indivíduos com bens comuns, mas tem realidade autônoma desses indivíduos; e passa pela regra-teste da não-especificidade, já que a sua violação não pressupõe, necessariamente, a violação simultânea de bens jurídicos individuais, por exemplo, é possível que o buraco da camada de ozônio aumente sem que qualquer pessoa ou animal superior tenha sua integridade física afetada de maneira simultânea e imediata, o que vai acontecer apenas com o tempo e com as gerações futuras. O meio ambiente, como mencionado, também é um dado que confere à coletividade um âmbito de oportunidades de realizar o que ela valoriza, como as também já mencionadas oportunidades de desfrutar de ar puro, águas limpas, alimentos não contaminados, clima equilibrado, proteção contra os raios solares, boa saúde e de poder integrar um ecossistema equilibrado. Isso tudo significa que o meio ambiente é um bem jurídico merecedor de proteção penal e sua titularidade pode ser tanto a coletividade humana e de animais superiores presente como a futura e aqui, especificamente, ele se apresenta legitimamente como um bem jurídico merecedor de proteção penal da futura coletividade humana e de animais superiores. Já a terceira fase revela que, embora distorcido no tempo, existe um nexo de afetação negativa relevante entre os comportamentos potencialmente poluidores e o âmbito de oportunidades conferido pelo meio ambiente às coletividades humana e de animais superiores futuras, que terão diminuídas com relevância as oportunidades de gozar dos elementos de uma natureza pura, de ecossistemas e climas equilibrados, de alimentos não envenenados, de um estilo de vida saudável.

5.6 O delito de ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo, previsto no artigo 208 do Código Penal

Os crimes contra atividades religiosas são tradicionalmente interpretados como crimes contra o sentimento religioso, o que contradiz o entendimento de que o direito penal não pode ser empregado para evitar meros sentimentos. O reconhecimento de que

não é tarefa principal do direito penal evitar que indivíduos sintam emoções negativas, como afirmam Roxin e Greco, significa o estabelecimento de um limite importante quanto ao que pode ser argumentado para fundamentar uma proibição penal. A justificativa desse limite não é difícil de compreender, pois o convívio social pacífico numa sociedade plural e multicultural de fato pressupõe tolerância em relação a formas de comportamento que contrariem a própria visão de mundo.⁵⁹⁸ Mas o próprio Roxin reconhece um limite a essa consideração, que se encontra nas formas de comportamento que levam o indivíduo a se sentir violado em seu sentimento de segurança, pois um convívio livre e pacífico pressupõe que uma pessoa não tema as outras ou não seja por elas discriminada.⁵⁹⁹ Em conjunto com Greco, na nova edição de seu manual ainda no prelo, Roxin esclarece que não é o sentimento o fundamento da incriminação, mas o prejuízo ao convívio livre e pacífico que o acompanha, o que significa que um prejuízo ao sentimento de segurança acompanha ao menos uma lesão da liberdade de formação da própria vontade e de atuação de acordo com a vontade, pois quem deve se preocupar com a sua segurança renuncia a uma série de atividades que poderia, do contrário, realizar despreocupado.⁶⁰⁰ A referência à liberdade contida nessa explicação é correta, mas a conclusão que dela resulta merece ser adotada apenas parcialmente. Roxin e Greco afirmam que não é o dano a qualquer sentimento, por si só, o que fundamenta uma proibição penal, mas ao sentimento de segurança que permite o convívio livre e pacífico, acompanhado, também, pela lesão da liberdade de formação da própria vontade e de atuação de acordo com a vontade, pois quem se preocupa com sua segurança renuncia a atividades que poderia realizar se estivesse despreocupado. Isso permite concluir que, na opinião de Roxin e Greco, a lesão ao sentimento de segurança deve ser evitada para que seja também evitada a lesão à liberdade de formação da vontade e de atuação de acordo com a vontade, pois tal dano à liberdade seria uma consequência do dano ao sentimento de segurança. Mas esse argumento da proteção ao sentimento de segurança autorizador do convívio livre e pacífico pode, por um lado, legitimar propostas de protegê-lo mediante intervenções questionáveis na liberdade das pessoas, como, por exemplo, a proibição da difusão de notícias e informações de fatos que o contrariem e, por outro lado, não explica a incidência da norma penal mesmo

⁵⁹⁸ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 5. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, no prelo, § 2 D 26.

⁵⁹⁹ ROXIN, Claus. *Op. cit.*, 2006, p. 22.

⁶⁰⁰ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 5. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, no prelo, § 2 D 27 – 28.

diante de atos de resistência, quando, a despeito do sentimento de insegurança, não há renúncia, mas a busca de realização de atividades mesmo em condições que a pessoa sabe inseguras, circunstância que demonstra que um sentimento de insegurança nem sempre leva à renúncia de atividades e nem é incompatível com a tentativa de realizá-las em circunstâncias conscientemente inseguras. O argumento de Roxin e Greco, por isso, é correto ao identificar o prejuízo à liberdade de formação da vontade e de atuação de acordo com a vontade, assim como a menção a não realização de atividades que poderiam ter sido empreendidas pela vítima é um fundamento relevante para justificar a proibição penal. Mas o reconhecimento de relevância penal a esse prejuízo não deve ser fundamentado no sentimento de insegurança, que seria o objeto de prevenção da norma penal, mas no próprio impedimento do exercício de liberdade caracterizado pela não realização dessas atividades, independentemente da presença ou não de um sentimento de insegurança. Por isso, deve ser considerado que há relevância penal nos casos em que o exercício de liberdade é interrompido, na forma da atividade impedida, mesmo sem gerar sentimento de insegurança, e irrelevância penal nos casos em que o exercício de liberdade não foi impedido nem ameaçado, embora esteja presente, pelo contexto geral das circunstâncias, um sentimento geral de insegurança. Se a evitação do impedimento do exercício de liberdade ocasiona, também, a evitação de sentimentos desagradáveis, tal evitação de sentimentos desagradáveis deve ser considerada um efeito colateral da evitação do impedimento do exercício de liberdade e não uma justificação autônoma para fundamentar um comportamento proibido. Hörnle tem razão ao afirmar que nem um conceito fático-psicológico de proteção de sentimentos nem a sua combinação com convenções sociais bastam para que violações a sentimentos sejam bons fundamentos para justificar normas proibitivas de direito penal e que, por isso, a evitação de sentimentos desagradáveis deve ser vista como um efeito colateral da respectiva proibição penal e não pode permitir uma justificação autônoma.⁶⁰¹ Assim, o que deve ser evitado não é a provocação dos sentimentos internos de insegurança que o comportamento proibido pode provocar na vítima, mas o rebaixamento que ocasiona no âmbito de oportunidades da vítima de realizar, à sua escolha, o que tem razão para valorizar, ou seja, a diminuição do acréscimo de liberdade substantiva que o bem jurídico merecedor de proteção penal conferia ao seu titular. A liberdade de atividade

⁶⁰¹ Embora essa afirmação tenha sido realizada sob a perspectiva de sua teoria dos direitos dos outros, não reconhecadora da existência de bens jurídicos a serem protegidos, o que não prejudica a análise aqui procedida. HÖRNLE, Tatjana. *Grob anstößiges Verhalten – Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005, p. 84.

religiosa é possível em razão do reconhecimento de um dado que confere ao seu titular o referido âmbito de oportunidades de realizar o que valoriza e, por isso, é um bem jurídico merecedor de proteção penal. Esse dado, que permite a liberdade de formação da vontade e de atuação de acordo com essa vontade, é a própria autonomia da pessoa, elevada à posição de bem jurídico. A autonomia da pessoa, que, como visto ao longo do texto, nesse estudo é entendida no sentido de autonomia como condição, isto é, como o exercício das virtudes que condicionam a pessoa ao autogoverno e tornam uma pessoa autônoma, apresenta o conteúdo da liberdade de formação da vontade especialmente na forma do exercício das virtudes da autenticidade, da autolegislação e da autenticidade moral. Como já mencionado, a virtude da autenticidade ou autosseleção indica que no nível em que uma pessoa é autônoma não é apenas uma porta-voz de outras pessoas ou forças, pois seus gostos, opiniões, ideias, objetivos, valores e preferências são autenticamente seus, enquanto que a falta de autenticidade se manifesta nos casos em que o indivíduo é um conformista habitual e acrítico, que recebe seus sinais de algum grupo cuja boa opinião ou aprovação ele precisa ou de fabricantes desconhecidos de gostos e preferências nas agências de publicidade ou escritórios de relações públicas.⁶⁰² A virtude da autolegislação relaciona-se com a ideia de autonomia de Kant, segundo a qual autonomia é o imperativo moral que o sujeito adota de maneira racional e livre como a sua política moral,⁶⁰³ mas sem tocar os extremos de um isolamento moral pouco atraente, um “eu faço minhas próprias leis”, ou, a enfatizar uma objetividade moral, do apoio a uma retidão moral que custe uma genuína independência.⁶⁰⁴ A virtude da autenticidade moral diz respeito à lealdade aos próprios princípios e convicções e explica que a pessoa autônoma não é apenas aquela cujos gostos e opiniões são autenticamente seus, mas também quem cujos princípios e convicções morais são genuinamente seus próprios, estão enraizados em seu próprio caráter e não meramente herdados. Essa virtude se manifesta à medida que, embora seja possível, em princípio, a uma pessoa autônoma, que genuinamente governe a si mesmo, não ter convicção moral e orientar sua conduta não por princípios e sim apenas pela prudência, conforme a vida dessa pessoa autônoma torne-se formada por crenças morais, tais crenças não se derivam nem de um conformismo sem sentido nem de uma obediência irrefletida à

⁶⁰² FEINBERG, Joel. *Harm to self*. New York: Oxford University Press, 1986, p. 32.

⁶⁰³ KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Berlin: Verlag von L. Heimann, 1870, p. 67.

⁶⁰⁴ FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, 1986, p. 36.

autoridade, mas por um processo de reconstrução contínua do sistema de valor herdado.⁶⁰⁵

A autonomia da pessoa, no sentido aqui adotado, também apresenta o conteúdo da liberdade de atuação de acordo com a própria vontade, particularmente na forma do exercício das virtudes da integridade ou fidelidade a si mesmo, do autocontrole ou autodisciplina e da iniciativa. Como também já mencionado, a virtude da integridade ou fidelidade a si mesmo quer dizer que uma pessoa de integridade é fiel aos próprios princípios, de modo que, embora a integridade pressuponha autenticidade moral, o contrário não é verdadeiro, pois é possível deixar de agir orientado por princípios autênticos numa determinada ocasião em que se está “moralmente fraco” diante, por exemplo, da tentação ou de paixões distrativas.⁶⁰⁶ A virtude do autocontrole ou autodisciplina expressa que uma pessoa governa a si mesma quando não é governada de fora, pelo outro, mas também quando governa de dentro, está no controle de si mesma, pois é possível que alguém seja independente de controle externo e ainda ter um déficit de autogoverno porque ninguém está no controle, situação em que na política seria chamada de anarquia e no plano pessoal revela uma condição em que não há heteronomia, o governo do outro, nem autonomia, o governo de si mesmo, por inexistir qualquer espécie de governo.⁶⁰⁷ E a virtude da iniciativa manifesta que não apenas as preferências, opiniões e princípios são autenticamente da própria pessoa autônoma, mas também seus projetos, empreendimentos, planos e estratégias, o que significa que pessoas autônomas podem diferir em sua atividade ou passividade como colaboradoras sem que sejam mais ou menos autônomas por isso e quem responde a uma proposta é tão responsável por sua reação quanto o proponente por sua iniciativa, mas se uma pessoa, devido aos seus hábitos constantes, quase nunca inicia qualquer empreendimento por conta própria, se suas atividades se enquadram em padrões determinados apenas pelas propostas dos outros, ainda que não seja “governada” por aqueles a quem responde, é mais dependente deles do que uma pessoa autêntica e auto-suficiente desejaria ser.⁶⁰⁸

A interferência provocada na liberdade da própria vontade pode ser interpretada, assim, como a afetação negativa no exercício das virtudes da autosseleção,

⁶⁰⁵ FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, 1986, p. 36-37.

⁶⁰⁶ FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, 1986, p. 40.

⁶⁰⁷ FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, 1986, p. 40-41.

⁶⁰⁸ FEINBERG, Joel. *Op. cit.*, 1986, p. 42-43.

autolegislação e autenticidade moral. Já a interferência na liberdade de atuação de acordo com a própria vontade pode ser compreendida como a afetação negativa no exercício das virtudes da integridade ou fidelidade a si mesmo, do autocontrole ou autodisciplina e da iniciativa. O fato de a vítima ter impedido o gozo de uma situação religiosa que gozaria ou a prática de atividades religiosas que praticaria, em conformidade com a sua vontade, não fosse o comportamento proibido do autor, rebaixa o âmbito de oportunidades de ela realizar, à sua escolha, o que valoriza, o que configura a verdadeira violação do bem jurídico merecedor de proteção penal que os delitos contra atividades religiosas devem buscar tutelar: a autonomia da pessoa religiosa. A autonomia da pessoa, como visto ao longo do texto, é defendida nesse trabalho como o fundamento da primeira fase do filtro de legitimidade das normas penais, quando analisada sob a perspectiva da universalizabilidade do comportamento proibido e da esfera intocável de quem o pratica; e também, segundo o juízo feito na segunda fase do filtro de legitimidade, como um bem jurídico merecedor de proteção penal, sob o ponto de vista do titular do bem jurídico, isto é, de quem tem a sua própria autonomia colidida pelo comportamento proibido, o que é característico dos crimes que protegem a liberdade da pessoa contra condutas de terceiros que a afetam. Em grande parte das proibições penais de comportamento tradicionalmente justificadas com a proteção de sentimentos é a autonomia da pessoa o que deve ser entendida como o bem jurídico merecedor de proteção penal, pois é a liberdade e não o sentimento do titular do bem jurídico o que está em jogo, cuja violação ocorre à medida que é violado o âmbito de oportunidades que a autonomia confere ao seu titular de realizar aquilo que tem razão para valorizar.

Esse é o caso do delito de ultraje a culto e impedimento ou perturbação, previsto no artigo 208 do Código Penal brasileiro,⁶⁰⁹ que proíbe três comportamentos distintos, e, segundo a doutrina tradicional, teria como bem jurídico protegido o sentimento religioso e a liberdade de culto e crença.⁶¹⁰ Em sua primeira parte, o artigo 208 do Código Penal proíbe o escarnecimento público de alguém em razão de sua crença ou

⁶⁰⁹ BRASIL. Código Penal brasileiro: “Ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo. Art. 208 - Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso: Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa. Parágrafo único - Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência.”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>

⁶¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal – parte geral, parte especial*, 7ª edição. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 821.

função religiosa. A doutrina interpreta escarnecer como a conduta de mostrar desprezo, ridicularizar, humilhar, caçoar, zombar de alguém, o que, para configurar o delito, deve ser realizada com uma finalidade especial, isto é, motivado pela crença ou função religiosa da vítima.⁶¹¹ Assim ocorre, por exemplo, quando alguém é exposto ao ridículo, por meio de atitudes ou palavras, por ser católico praticante ou é submetido a humilhações por exercer a função de pai de santo no candomblé. Quem é ridicularizado, humilhado, desprezado, por adotar uma crença ou uma função religiosa, não goza da oportunidade de exercer com respeito a crença ou a função religiosa de sua preferência. Esse respeito se constitui pela circunstância de não agressão, cuja violação ocorre no plano objetivo pelo comportamento ofensivo do autor e independe do sentimento que causa à vítima, isto é, se nela desperta alguma espécie de dado anímico negativo, como insegurança ou inquietude. Por exemplo, um monge budista pode estar de tal forma no controle de suas emoções que se sinta indiferente a qualquer ofensa, mas ainda assim deve incidir a proibição penal de humilhá-lo pela sua condição de monge budista, pois o importante é a configuração, no aspecto objetivo, dos elementos que signifiquem uma agressão entendida pela generalidade das pessoas como a ridicularização, a humilhação, o desprezo, característicos do escárnio. É parte da autonomia da pessoa poder livremente adotar uma crença ou praticar uma função religiosa e quando esse exercício da autonomia não é respeitado devido a uma conduta agressiva praticada como retaliação a ele, tal conduta agressiva significa uma verdadeira violação à autonomia da pessoa, que é impedida de ser exercida com a plenitude que uma situação pacífica e não hostil lhe permitiria. Por isso, no caso da conduta proibida pela primeira parte do artigo 208 do Código Penal, o bem jurídico protegido é a autonomia da pessoa, referido à escolha de sua crença e atuação em função religiosa, cuja violação ocorre por meio de um comportamento de agressividade classificada como escárnio, que interfere nas circunstâncias de fato de modo a provocar uma situação de afronta que impede o exercício pacífico da autonomia e afeta o âmbito de oportunidades de manifestar sua crença e praticar sua função religiosa num ambiente sem hostilidade que uma autonomia respeitada lhe conferiria. O desrespeito à autonomia e, portanto, sua violação, ocorre aqui em especial no exercício das virtudes de autoseleção, autolegislação, autenticidade moral, e fidelidade a si mesmo. O rebaixamento do âmbito de oportunidades de manifestar crença e praticar função religiosa num ambiente sem hostilidade significa um

⁶¹¹ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código penal e sua interpretação*, 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 988.

rebaixamento do âmbito de oportunidades de manifestar gostos, opiniões, ideias, objetivos, valores e preferências autenticamente seus; de adotar de maneira livre a sua própria política moral; de ser leal aos próprios princípios e convicções; de ser fiel a si mesmo; de governar a si mesmo; de ter seus próprios planos; ou seja, de realizar, à sua escolha, o que valoriza em relação à religião. Em tais circunstâncias já não é mais possível à pessoa manifestar sua crença ou praticar função religiosa em paz e o que lhe resta é ou deixar de realizar tal manifestação ou prática ou realizá-las a despeito de pagar o preço da sujeição ao escárnio. Tanto num caso quanto no outro existe afetação do âmbito de oportunidades que a autonomia confere ao seu titular de realizar, à sua escolha, o que valoriza, pois ou há uma abstenção forçada de atuação ou a atuação significa um ato de resistência contra uma situação hostil: ambas as hipóteses são incompatíveis com o pleno gozo da liberdade substantiva conferida pelo bem jurídico ao seu titular, cujo respeito é assegurado pelo direito penal.

Portanto, é legítima a proibição penal da conduta prevista na primeira parte do artigo 208 do Código Penal. A análise da primeira fase do filtro proposto nesse trabalho indica que “escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa” não é um comportamento integrante da esfera de autonomia de quem escarnece, já que não é uma conduta universalizável, pois colide com o exercício, pelo escarnecido, das virtudes que condicionam ao autogoverno e tornam uma pessoa autônoma da autosseleção, autolegislação, autenticidade moral, integridade ou fidelidade a si mesmo, autocontrole, autodisciplina e iniciativa. O exame da segunda fase leva à conclusão de que a autonomia do escarnecido é um bem jurídico merecedor de proteção penal, pois confere ao seu titular um âmbito de oportunidades de realizar, à sua escolha, o que valoriza, as quais, na hipótese em análise, são as oportunidades de manifestar sua crença ou de praticar de função religiosa com a paz e o respeito devido pelas outras pessoas. E a terceira fase permite observar que o comportamento proibido, o escárnio público motivado pela crença ou função religiosa, afeta, de maneira negativa e relevante, o âmbito de oportunidades conferido pelo bem jurídico merecedor de proteção penal, a autonomia, de manifestar a sua crença ou prática de função religiosa em circunstâncias respeitadas, pacíficas e mansas.

A segunda parte do artigo 208 do Código Penal proíbe o impedimento ou a perturbação de cerimônia ou prática de culto religioso. “Impedir” tem sido interpretado como evitar que comece ou que prossiga, enquanto “perturbar” como desnormalizar,

tumultuar, quebrar a regularidade da prática da cerimônia ou do culto.⁶¹² É o que acontece, por exemplo, quando opositores de outra religião, com gritos e ameaças, impedem que uma missa, uma sessão espírita ou um culto protestante sejam iniciados, tenham andamento, ou, ainda, atrapalham o seu desenvolvimento de maneira a afetar a normalidade prevista nas normas religiosas. Assim, o autor da conduta proibida interfere nas circunstâncias fáticas de modo a obstar a participação da(s) pessoa(s) em cerimônia ou culto religioso que deveriam transcorrer com a regularidade planejada. A atividade de participar de cerimônia ou culto é parte do exercício da autonomia do adepto da religião da qual faz parte, particularmente por meio do exercício de virtudes como a fidelidade a si mesmo, o autocontrole e a iniciativa, cuja obstrução significa desrespeito à sua condição de pessoa autônoma e violação ao bem jurídico protegido, pois, no caso, tal bem jurídico é a própria autonomia. Aquele que não consegue, devido ao comportamento do autor do fato, participar de cerimônia ou culto religioso, sem que tal cerimônia ou culto religioso sejam impedidos ou perturbados, tem afetado de maneira negativa e relevante o âmbito de oportunidades conferido por sua autonomia de realizar o que valoriza, pois não pratica atividade necessária ao exercício de sua opção religiosa, que é a presença e integração em ritos e solenidades corretamente executados segundo o planejado pelas normas de sua religião. A legitimidade da proibição descrita na segunda parte do artigo 208 do Código Penal é, assim, visível. A conduta de impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso, conforme a primeira fase do filtro de legitimidade aqui defendido, não é universabilizável, colide com o exercício das virtudes que tornam a pessoa autônoma da fidelidade a si mesmo, do autocontrole e da iniciativa de quem participa de tais eventos e, por isso, não pode integrar a esfera intocável de autonomia de quem a pratica. A autonomia colidida pelo comportamento proibido, isto é, de quem participa da cerimônia ou culto religioso impedida ou perturbada, de acordo com a segunda fase do filtro, é um bem jurídico merecedor de proteção penal, pois confere um âmbito de oportunidades de realizar atividades necessárias à sua escolha religiosa, na forma da presença e integração em ritos e solenidades regularmente executados de acordo com as normas de sua religião. A terceira fase também demonstra que o impedimento ou perturbação da cerimônia ou culto religioso afeta, de maneira negativa e relevante, o âmbito de oportunidades que o bem jurídico protegido, isto é, a autonomia, confere ao seu titular de realizar, à sua

⁶¹² HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*, volume VIII, 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 61.

escolha, o que valoriza: a participação em eventos de sua religião que transcorram com a regularidade devida.

A última parte do artigo 208 do Código Penal incrimina o vilipêndio público a ato ou objeto de culto religioso. Vilipendiar tem sido considerado “ultrajar”, “ofender”, o objeto ou o ato.⁶¹³ Também aqui o bem jurídico protegido é a autonomia da pessoa, pois o comportamento proibido atinge o exercício das virtudes da autenticidade ou autosseleção, segundo a qual a pessoa deve ter gostos, opiniões, ideias, objetivos, valores e preferências autenticamente seus, e da autenticidade moral, em que princípios e convicções morais são genuinamente seus e estão enraizados em seu próprio caráter, sem que tal atribuição de sentido religioso, expressão de sua autonomia, seja desrespeitada ou oprimida pelo vilipêndio. Isso porque, no mesmo sentido do resto do tipo penal, o que deve ser considerado protegido aqui não é o conteúdo religioso em si mesmo, mas a autonomia da pessoa para atribuir tal sentido, isto é, a liberdade de realizar tal atribuição a partir de suas convicções, opiniões, preferências, ideias, valores, etc., cujo exercício deve ser respeitado, isto é, não pode ter a consequência negativa de um ultraje ou uma ofensa, que, a despeito de envolver um objeto ou ato, se dirige, contextualmente, a tal conjunto de convicções, opiniões, preferências, ideias ou valores autênticos que permitem a atribuição de sentido religioso, como manifestação de autonomia, ao objeto ou ato afetado. Por exemplo, quando, em público, um livro da Bíblia, do Torá ou do Corão é queimado, imagens de santos ou entidades são submetidos a situações degradantes, o ritual da eucaristia ou o Bar Mitzváh é profanado, não é apenas o estado físico de tais objetos ou atos o que é violado, mas o exercício de atribuição de significado religioso que os adeptos da respectiva religião realizam ao lhes conferir tal qualidade, o que nada mais é do que o exercício de sua autonomia. Por isso, o que deve ser considerado protegido pela proibição penal não é o conteúdo religioso em si mesmo, mas a autonomia da pessoa para atribuir tal conteúdo, isto é, a liberdade de realizar tal atribuição a partir de suas convicções, opiniões, preferências, ideias, valores, etc. E a análise da proibição penal do comportamento, a partir do filtro trifásico defendido nesse trabalho, leva à conclusão de que é legítima. O critério adotado para o exame da primeira fase torna possível observar que o comportamento de vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso não é universalizável, colide com a autonomia de quem atribui significado religioso ao ato ou objeto, na forma do exercício

⁶¹³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, volume 2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 572.

das virtudes, que condicionam a pessoa ao autogoverno, da autenticidade ou autosseleção e da autenticidade moral, e, por conseguinte, não faz parte da esfera intocável de autonomia de quem o pratica. A análise da segunda fase demonstra que também aqui a autonomia da pessoa com a qual colide a conduta proibida, isto é, de quem atribui significado religioso ao ato ou objeto, é o bem jurídico merecedor de proteção penal, pois confere ao seu titular o âmbito de oportunidades de atribuir, conforme as suas convicções, opiniões, preferências ou valores, significado religioso ao ato ou objeto atingido. E o exame da terceira fase demonstra que a presença de um nexo de afetação negativa relevante entre o comportamento proibido - o vilipêndio público de ato ou objeto de culto religioso - e o âmbito de oportunidades que o bem jurídico protegido, isto é, a autonomia, confere ao seu titular de realizar, à sua escolha, o que valoriza, no caso, a atribuição de significado religioso a determinados objetos ou atos.

É interessante ainda observar que, se o protegido pelo artigo 208 do Código Penal é a autonomia da pessoa, o consentimento desta permite estabelecer um limite para a proibição das condutas nele descritas. Na hipótese da primeira conduta proibida pelo artigo 208 do Código Penal (“escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa”), a posição de alvo de escárnio deve manifestar uma situação involuntária. Se o escarnecimento é, na verdade, uma mera encenação entre aquele que escarnece e aquele que é escarnecido, o comportamento, em relação ao suposto escarnecido, é atípico, pois, devido à sua concordância com o comportamento ofensivo, não significa qualquer violação à sua autonomia de crença ou de prática de função religiosa. No caso do segundo comportamento proibido (“vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso”), a interrupção ou perturbação da cerimônia ou culto deve do mesmo modo ser involuntária e o fato de o sujeito decidir participar de uma cerimônia ou culto com risco de ser perturbado ou interrompido não muda essa circunstância, desde que não seja de sua vontade que a cerimônia seja realmente perturbada ou interrompida. Decidir participar de uma atividade relacionada à sua crença com risco de ser interrompida é diferente de decidir participar de uma tal atividade que se quer interrompida, já que, nesse último caso, a interrupção é livremente aceita. A situação é distinta de quando a interrupção ou perturbação não faz parte do plano da cerimônia ou do culto religioso e se apresenta como uma intervenção indevida de terceiro no empreendimento de seus participantes. Ainda que eles tenham sido alertados do risco dessa intervenção indevida, há violação à autonomia porque tal

interrupção não foi admitida com liberdade. Mas se tal interrupção ou perturbação já fizer parte do plano do culto ou da cerimônia e os seus participantes estiverem plenamente conscientes disso e aceitarem participar de tais eventos com tal projeto de interrupção ou perturbação, não há violação à autonomia dessas pessoas. É o acontece, por exemplo, no caso em que já está prevista na programação da cerimônia ou culto sua interrupção para que canções sejam tocadas ou videntes profiram mensagens recebidas do além. Em relação à terceira conduta proibida pelo artigo 208 do Código Penal (“vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso”), se o vilipêndio público ao ato ou objeto de culto religioso é parte do plano da situação e aqueles que o presenciam estão conscientes desse plano e de seu desdobramento, de modo que aceitam livremente entrar em contato com ele, não se pode falar em circunstância involuntária e não consentida. Não basta a mera discordância em relação ao tratamento recebido pelo objeto ou ato, é preciso que também seja involuntário estar presente à situação em que ocorre o vilipêndio, pois o consentimento em presenciá-lo não significa restrição da liberdade, mas exercício dela. Por isso, se alguém está plenamente consciente de que durante uma peça de teatro ou um culto satânico há tratamento ultrajante a objeto ou a ato ao qual atribui sentido religioso e faz questão de livremente assistir tal tratamento já planejado pelos organizadores, não há conduta típica de quem vilipendia o objeto ou ato, pois não há violação à autonomia de quem a presencia. Como o que deve ser protegido é a autonomia para atribuir sentido religioso ao objeto ou ato vilipendiado, caso o sujeito, com plena consciência de que o objeto ou ato será submetido a tratamento que possa significar afronta ao sentido religioso que lhe atribui, livremente decide se colocar ao alcance de tal situação contrária às suas convicções, ele mesmo concordou em expor suas convicções à afronta e foi o próprio encarregado de conduzir o exercício de sua autonomia de atribuir importância religiosa a objeto ou ato a uma circunstância de desrespeito. E quem decide livremente praticar um comportamento (no caso, assistir ao vilipêndio do ato ou objeto), não tem violada sua autonomia, mas a desfruta, pois praticou um comportamento com liberdade. Portanto, o consentimento exclui a tipicidade de todas as três condutas previstas no artigo 208 do Código Penal, já que, por consistir em exercício pleno de liberdade, não é compatível com um contexto de violação da autonomia da pessoa, que precisa necessariamente ocorrer para a incidência do tipo penal.

5.7 Os “crimes contra o respeito aos mortos”, previstos nos artigos 209 a 212 do Código Penal

Os delitos contra o respeito aos mortos, previstos nos artigos 209 a 212 do Código Penal brasileiro, foram incluídos pelo legislador no título V do Código Penal (“dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos”), junto do crime de ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo, disposto no artigo 208. A intenção aparente do legislador foi submeter a um mesmo título um grupo de delitos cujo bem jurídico protegido seria um sentimento reverencial: enquanto o artigo 208 protegeria o “sentimento religioso”, o protegido pelos artigos 209 a 212 seria o “sentimento de respeito à memória dos mortos”.⁶¹⁴ Mas tal opção é duplamente questionável. Em primeiro lugar, porque também em relação aos delitos contra o respeito aos mortos não é necessário fundamentar a proibição penal com recurso ao argumento da lesão a sentimentos.⁶¹⁵ Em segundo lugar, porque uma semelhança com o bem jurídico protegido pelo artigo 208 até pode ser encontrada, mas numa medida menor do que aparenta e somente em relação a aspectos excepcionais. Por isso, não haverá aqui nenhum esforço de aproximação classificatória e a análise será direcionada apenas à legitimidade material da proibição dos comportamentos descritos nos artigos. E essa análise indica, de plano, que uma justificativa da proteção pós-morte deve se restringir aos interesses que o morto já tinha no passado, quando ainda era vivo.⁶¹⁶ Mas não são todos os seus interesses que merecem proteção penal, pois, do contrário, haveria uma ditadura do passado do morto sobre a vida dos vivos e a necessidade de uma investigação constante e detalhada dos aspectos constitutivos de sua biografia a procura de indícios sobre qual seria sua posição a respeito das mais variadas circunstâncias.

Há legitimidade na proteção de interesses universalizáveis, cuja constatação não depende das preferências particulares das pessoas. Por isso, seu respeito pós-morte é presumível, não precisa ser especificado pelo morto ainda em vida, de modo a integrar, desde logo, um âmbito especial de proteção da dignidade humana que se desdobra para além da vida. Como afirma Hörnle, entre os polos da crença em uma existência após a

⁶¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 2011, p. 821.

⁶¹⁵ HÖRNLE, Tatjana. *Der Schutz von Gefühlen im StGB*. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 276.

⁶¹⁶ HÖRNLE, Tatjana. *Grob anstößiges Verhalten – Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005, p. 163.

morte biológica, de um lado, e um materialismo crasso, de outro lado, em que a pessoa seria reduzida à sua presença corporal e aos seus bens patrimoniais, há o entendimento pressuposto da dignidade humana.⁶¹⁷ A dignidade da pessoa humana é protegida pela Constituição da República Federativa do Brasil no artigo 1º, inciso III,⁶¹⁸ e seu conteúdo é identificado com um núcleo essencial de direitos fundamentais, como a vida, a integridade física e psíquica, a liberdade, condições mínimas de vida, autonomia e igualdade.⁶¹⁹ Mas o que pode ser considerado um âmbito especial de proteção pós-morte da dignidade humana tem um conteúdo mais restrito, incidente sobre elementos do falecido cujas características diferenciadas e estreitamente relacionadas ao legado de seu período de vida justificam uma tutela jurídica mesmo depois de a vida ter chegado ao fim. E são três aqueles que apresentam uma justificativa mais evidente: o cadáver propriamente dito, a imagem do cadáver e a honra. O cadáver ou os restos mortais do falecido é o material individualizado de sua existência biológica, o que sobrou da estrutura natural que lhe fez pertencer ao mundo como ser humano e carrega as assinaturas físicas mais íntimas e particulares de sua antiga condição de ser vivente. Por isso, é de se presumir que, em vida, qualquer pessoa tenha o interesse, ainda que não especificado, de que, após sua morte, seu cadáver seja tratado de maneira mais digna do que os cadáveres de animais e as coisas inanimadas. A resposta sobre quais comportamentos violam o tratamento mais digno que deve ser dado ao cadáver humano está no reconhecimento desta diferença essencial de respeito, que não é compatível com ações que desprezem de maneira grosseira o seu *status* especial. Hörnle identifica dois grupos de casos de condutas pós-morte nos quais o *status* especial do cadáver humano é nitidamente desprezado e, com isso, violada a dignidade humana que sobrevive à morte da pessoa. O primeiro grupo de casos abrange comportamentos em que o cadáver é tratado como detrito de lixo ou eliminado como lixo, o que acontece, por exemplo, nos casos em que a pessoa encarregada do sepultamento ou aquela que está obrigada aos cuidados fúnebres renuncia, por economia de custos, ao enterro e esconde, encova ou joga o cadáver no lixo. O segundo grupo de casos é formado por ataques à integridade corporal do cadáver que podem contrariar a dignidade humana quando se relacionam a

⁶¹⁷ HÖRNLE, Tatjana. *Op. cit.*, 2005, p. 166.

⁶¹⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

⁶¹⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias da prevenção geral positiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 56.

sevícias e maus-tratos relevantes ou a um tratamento humilhante, como, por exemplo, ações sexuais relevantes no cadáver, que não seriam compatíveis com a dignidade humana também se a vítima estivesse inconsciente ou em coma, quando o autor do fato responderia pelo respectivo crime.⁶²⁰ A mera retirada de sangue ou extração de parcelas de tecidos do cadáver não pode ser considerada violação à dignidade humana do falecido, bem como, quanto à necropsia, a definição sobre quando há uma sevícia ou maltrato relevante deve ser respondida pela análise da finalidade e da maneira de sua execução, de modo que uma necropsia realizada segundo a técnica da medicina para esclarecer as causas ou o tempo da morte não é um maltrato relevante e não viola a dignidade humana se foi procedida de acordo com a *lege artis* e as consequências danosas tenham sido as menores possíveis, sem que importe se o esclarecimento da causa da morte tenha servido para uma investigação criminal ou para a melhora dos métodos medicinais de diagnóstico, o que também vale para o caso normal de extração de um órgão para transplante procedido de acordo com as normas.⁶²¹ A imagem do cadáver, por sua vez, é a última configuração estética que o morto deixa aos vivos antes de sua destinação fúnebre, seja o sepultamento, seja a cremação, e manifesta, portanto, a derradeira representação de sua figura. Como se trata da última aparência física do morto disponibilizada ao contato dos vivos, é presumível que, ainda em vida, a pessoa tenha o interesse, mesmo que não especificado, de manter a imagem de seu cadáver o mais íntegra e esteticamente perfeita possível. Assim, comportamentos que danifiquem com relevância ou destruam o bom aspecto estético em que ele se encontrava, por exemplo, com o desfiguramento de seu rosto ou a mutilação de seus membros, violam a dignidade humana da pessoa merecedora de proteção depois de sua morte. A honra, por sua vez, por significar a reputação que o morto deixa de sua vida e de sua pessoa, também leva à presunção de que a pessoa, ainda em vida, tenha o interesse, mesmo que não o especifique, de tê-la protegida após a morte. É plausível considerar que as pessoas, ainda ao tempo de suas vidas, têm um interesse de não serem detraídas depois de falecerem, que não gostariam de ser retratadas falsamente após a morte, por exemplo, como mentirosas notórias, culpadas de crimes ou de infrações graves de suas obrigações profissionais. É também intuitivo que provavelmente qualquer um, se perguntado, diria que tem interesse em evitar ataques à própria honra e estimaria, por exemplo, uma

⁶²⁰ HÖRNLE, Tatjana. *Op. cit.*, 2005, p. 171-173.

⁶²¹ HÖRNLE, Tatjana. *Op. cit.*, 2005, p. 173-174.

calúnia grave à sua pessoa depois da morte como um verdadeiro ataque pessoal.⁶²² Esse, portanto, é o âmbito especial da dignidade humana que merece proteção penal presumida mesmo que o falecido não tenha especificado interesse durante o tempo de sua vida. Mas não é só ele que tem uma proteção penal legitimada depois da morte.

Ainda em tempo de vida a pessoa pode estabelecer determinações específicas a respeito do tratamento que deve ser dado ao seu cadáver. Essas determinações decorrem do exercício da autonomia da pessoa, que permite que ela adote, com liberdade de ação, preferências em relação ao que deve ser feito com o seu corpo, de acordo com a sua ideologia ou crença religiosa, e significam um desdobramento de sua personalidade para além do fim da vida, pois manifestam a maneira como entende a morte e o papel que assume os seus restos mortais diante dela. O cumprimento de tais determinações do falecido, que propicia a realização do modo como ele desejava encarar a morte segundo as suas convicções, integra a sua dignidade humana e deve ser considerado obrigatório, à semelhança do que acontece com o testamento. Como explica Hörnle, à medida que as determinações do morto tenham cuidado do tratamento de seu cadáver, surge para ele um direito à realização dessas determinações após a morte, pois, como no caso da liberdade de testamento, tais regras definidas ao tempo de vida ficariam sem sentido se a vontade fosse inobservada no momento importante. Isso porque se é evidente que o morto não tem mais necessidade da outorga de uma genuína liberdade de ação depois de sua morte, no que diz respeito aos interesses que lhe sobrevivem sua situação deve ser avaliada da mesma maneira que na liberdade de testamento, em que se reconhece como um pressuposto imperioso que as determinações estabelecidas ao tempo de vida sejam obrigatórias após a morte, para que a liberdade de testamento ou de estabelecer regras em geral não se torne inútil.⁶²³ Mas tais determinações não expressam interesses universalizáveis. Tratam-se de interesses particulares, que se originam de decisões de vida e orientações pessoais, apenas compreensíveis a partir do pertencimento da pessoa a uma determinada religião ou visão de mundo, e, por isso, não podem ser presumíveis. Como lembra Hörnle, aos interesses particulares fundados na religião pode pertencer, por exemplo, o interesse de que o corpo permaneça incólume e intacto, já que as doutrinas religiosas divergem fortemente quanto à avaliação da intervenção corporal pós-morte: enquanto algumas atribuem grande relevância ao destino do corpo de uma pessoa morta e entendem que disso depende suas chances na existência pós-morte,

⁶²² HÖRNLE, Tatjana. *Op. cit.*, 2005, p. 166.

⁶²³ HÖRNLE, Tatjana. *Op. cit.*, 2005, p. 168-169.

devido à crença de que um corpo intacto é necessário para uma ressurreição, outras religiões enxergam na extração e transplante de órgãos uma ação meritória, que influencia de maneira positiva o destino do falecido e, por isso, é de seu interesse. Tal diferença considerável entre doutrinas religiosas e de opiniões orientadas pela religião impede que se possa falar de um interesse universalizável na evitação de intervenções pós-morte. Por isso, em relação a esses interesses particulares, o mais correto é, no mesmo sentido do defendido por Hörnle, entender que, sem uma determinação do falecido, não é possível fundamentar uma proibição de comportamento que os contradiga, como, por exemplo, uma intervenção na integridade do cadáver, pois o mero fato de que algumas pessoas, possivelmente muitas, por causa de sua crença ou por causa de concepções mais ou menos religiosas, sejam contra necropsias ou extrações de órgãos não pode ser considerado suficiente para submeter à pena essas ações se não tiver existido uma vedação expressa do morto.⁶²⁴ E tampouco a falta de consentimento ao tempo de vida, como explica Hörnle com razão, pode servir de fundamento para submeter à pena intervenções dessa natureza na integridade do cadáver, pois a vontade do morto não pode ser um pressuposto positivo de intervenção, mas, ao contrário, apresentar somente uma função de limitação negativa. O decisivo, assim, é que o falecido não tenha utilizado o seu direito à regulação autônoma, pois se permanecer às escuras quais eram as suas representações, não devem ser considerados existentes interesses sobreviventes que obstem a abertura do corpo.⁶²⁵ Mas também são imagináveis casos em que a dissecação e a extração de órgãos violam a dignidade humana do morto mesmo que não haja uma proibição determinada por ele ao tempo de vida. É o que acontece na hipótese de comercialização do cadáver por um terceiro como mercadoria e, também, de um inteiro aproveitamento que, embora não comercial, trate-o como mero objeto explorável e coisificado, o que não se compatibiliza com a dignidade humana. Também a utilização da substância corporal do cadáver para uma dissecação anatômica ou outra pesquisa, sem o consentimento do morto, não é um comportamento compatível com a sua dignidade humana, a não ser que, ao tempo de sua vida, uma tal utilização tenha sido determinada ou consentida por ele.⁶²⁶

Não são todas as determinações do falecido que se incluem numa esfera da dignidade humana merecedora de proteção penal após a vida. Hörnle afirma que o

⁶²⁴ HÖRNLE, Tatjana. *Op. cit.*, 2005, p. 170.

⁶²⁵ HÖRNLE, Tatjana. *Op. cit.*, 2005, p. 170-171.

⁶²⁶ HÖRNLE, Tatjana. *Op. cit.*, 2005, p. 174.

reproche ao desrespeito à dignidade humana do morto deve se limitar às ações que diretamente afetem o cadáver,⁶²⁷ uma conclusão, porém, que não é correta. Hörnle tem razão ao entender que perturbações distintas, especialmente perturbações na cerimônia fúnebre ou violações de sepultura, embora possam constituir crimes justificáveis por outros argumentos, não pertencem ao mesmo contexto de dignidade humana, ainda que o entendimento da linguagem cotidiana de “tratamento digno aos mortos” dêem a entender em sentido contrário.⁶²⁸ Mas quando há determinação de cerimônia ou de construção específica de sepultura, prescrita pelo falecido ainda em vida, surge a mesma proteção à liberdade de ação que merece as determinações relacionadas ao cadáver. Não há um argumento consistente que justifique diferenciar as determinações de interesses particulares dirigidas ao cadáver daquelas dirigidas à cerimônia pública e ao túmulo se todas têm origem na mesma liberdade de crença, convicção e ação correspondentes à autonomia que o falecido gozava em vida e integrante de sua dignidade humana. Em muitas crenças a manutenção da integridade do cadáver é bem menos importante do que a realização de cerimônias e atos religiosos, pois, embora admitam que o corpo seja danificado ou destruído,⁶²⁹ permanecem a considerar imprescindível a prática de cultos, orações e recitamento de textos sagrados depois da morte. Por isso, admitir proteção penal a determinações relacionadas à integridade do cadáver, com fundamento na liberdade de crença, convicção e ação, e não a reconhecer quanto a determinações de índole distinta, mas originadas da mesma liberdade crença, convicção e ação, significa conferir superioridade jurídica à dignidade humana de adeptos de uma certa orientação (em que é importante a integridade do cadáver) em detrimento de outras (em que o importante é a prática de atos ou cerimônias), pois os primeiros teriam, sem uma justificativa relevante, uma esfera maior de proteção pós-morte de seus interesses particulares. É preciso considerar, portanto, que dar importância a certos atos é um dos aspectos da autonomia integrante da dignidade humana do falecido, cuja proteção merece ser a mesma destinada às determinações relacionadas ao seu cadáver. E, nos casos em que a determinação do falecido tenha natureza religiosa, por se tratar de um interesse particular determinado pelo falecido ainda em vida, a tutela penal não protege apenas a autonomia das pessoas que eventualmente participem da cerimônia ou culto

⁶²⁷ HÖRNLE, Tatjana. *Op. cit.*, 2005, p. 175.

⁶²⁸ HÖRNLE, Tatjana. *Op. cit.*, 2005, p. 175.

⁶²⁹ A maioria das crenças religiosas admite a cremação, a necropsia, a extração de órgãos para transplantes, etc., enquanto outras não vêem problemas nem mesmo em expor o cadáver a ser devorado por animais, como acontece no enterro celestial do budismo tibetano.

religioso, mas também a dignidade humana do falecido, o que significa que mesmo que a determinação se esgote num ato religioso em que, por exemplo, o cadáver é deixado sozinho exposto a símbolos, incensos ou velas, ainda assim subsistirá a proteção penal.

O entendimento de que as determinações do falecido correspondentes à sua dignidade humana merecem proteção penal depois da morte deve ter, porém, alcance limitado. As obrigações geradas pelas determinações do falecido referidas a interesses particulares devem ser compreendidas como obrigações negativas, isto é, como deveres de abstenção, de deixar de praticar comportamentos, e não como obrigações positivas de realizar ações, pois, do contrário, obrigariam terceiros a praticar mesmo ações não desejadas, o que negaria a autonomia e, por conseguinte, a liberdade de ação desses terceiros em nome da autonomia e da liberdade de ação do falecido quando vivo. É o que aconteceria, por exemplo, se um muçulmano pudesse expedir determinações que obrigassem um judeu a lavar seu cadáver conforme o ritual do *ghusl* ou um umbandista pudesse proferir disposições que obrigassem um protestante a cantar pontos diante de imagens de Exus porque, durante uma reunião no terreiro em que frequentava, uma dessas entidades incorporou num médium e lhe declarou que isso seria imprescindível para evitar que, após a morte, seu espírito fosse para um umbral de intenso sofrimento. Isso levaria à chancela de uma ditadura do morto sobre os vivos, que não podem, contra a própria vontade, ser obrigados a praticar comportamentos positivos porque foram, com base em interesses particulares, determinados por ele. Mas uma vez decidida ou iniciada a realização das determinações do morto, há o dever de abstenção de terceiros, que não podem impedi-la ou interrompê-la. Assim, no caso dos exemplos, não pode ser impedido ou interrompido o ritual do *ghusl*; não pode ser impedido ou interrompido o canto de pontos diante das imagens de Exus. Além disso, a determinação do falecido não pode gerar, como afirma Hörnle, uma “proteção eterna” contra alterações posteriores, mas deve se encerrar se as determinações do falecido já tiverem sido realizadas de acordo com a sua vontade até o enterro ou a cremação.⁶³⁰ Mesmo que o falecido tenha determinado a realização periódica de cerimônias, isso não cria uma obrigação *ad eternum*, mas apenas o dever de que não seja impedida ou interrompida aquela que se decidiu realizar à época de seu sepultamento ou cremação. Entendimento

⁶³⁰ HÖRNLE, Tatjana. *Op. cit.*, 2005, p. 380.

semelhante vale para determinações a respeito de seu túmulo, cujo cumprimento eterno é praticamente inviável, especialmente em relação a túmulos antigos.⁶³¹

Em síntese, essas observações permitem concluir que o bem jurídico protegido pelos chamados “crimes contra o respeito dos mortos” não é um sentimento e sim a dignidade humana do falecido.⁶³² Mas essa dignidade humana do morto, como visto, tem o seu merecimento de proteção penal pós-morte manifestado em distinto alcance conforme o seu conteúdo. Quando a dignidade humana confere ao seu titular um âmbito de oportunidades de que seus interesses universalizáveis referidos ao seu cadáver, à imagem de seu cadáver e à sua honra sejam realizados após a morte, o merecimento de proteção penal se presume e não é preciso que tenha havido qualquer determinação do morto nesse sentido. Quando confere ao seu titular, porém, um âmbito de oportunidades de que seus interesses particulares referidos à sua autonomia, especialmente à sua liberdade de ação, convicção e crença, sejam realizados depois da morte, o merecimento de proteção penal depende das determinações expressamente estabelecidas pelo falecido ainda em vida. Em relação ao consentimento, uma manifestação expressada pelo morto, quando ainda em vida, de aceitação de comportamentos que podem configurar desrespeito à sua dignidade humana protegida pós-morte apenas terá importância se dirigida à afetação do âmbito de oportunidades de realizar interesses universalizáveis, pois a proteção penal é presumida e, se inexistente qualquer manifestação do falecido, permanece válida com todos os seus efeitos. Nessa hipótese, é questionável pretender um paternalismo dirigido a pessoas adultas, no gozo pleno de sua autonomia, que impeça um consentimento expreso ainda em vida que signifique a aceitação de condutas que, do contrário, seriam consideradas puníveis. Como se trata de bem jurídico individualizado, um eventual interesse do Estado ou da coletividade na não-prática de

⁶³¹ HÖRNLE, Tatjana. *Op. cit.*, 2005, p. 380.

⁶³² Também com o entendimento de que a dignidade humana é o objeto protegido pelos crimes contra o respeito aos mortos, ainda que sem adotar as especificações aqui defendidas, ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2006, p. 23; HÖRNLE, Tatjana. *Der Schutz von Gefühlen im StGB*. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 276-277 (como direito sobrevivente do falecido depois da morte). No Brasil, FRANCO, Alberto Silva; SILVA, Tadeu Antonio Dix. *Dos crimes contra os mortos*. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código penal e sua interpretação*, 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 978 a 1017. BUSATO, Paulo César. *Direito penal – parte especial 1*, São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 765. DAVID, Décio Franco. *Análise crítica dos crimes contra o respeito aos mortos no direito penal brasileiro*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 117, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 141 a 168.

tais comportamentos consentidos pela pessoa morta quando ainda era viva deve ser tutelado por esferas jurídicas fora do direito penal. Já no caso de interesses particulares, o raciocínio sobre a necessidade de consentimento ainda em vida é inverso, pois se não existir determinação do morto quando ainda era vivo no sentido da realização desses interesses, desde logo já não haverá proteção penal e, portanto, é logicamente dispensável um consentimento expresso no sentido de afastá-la.

A partir dessas considerações, é possível esclarecer o que cada tipo penal dos denominados “crimes contra o respeito aos mortos” tem de legítimo. O artigo 209 do Código Penal dispõe que é proibido o comportamento de “impedir ou perturbar enterro ou cerimônia funerária”.⁶³³ A doutrina considera “impedir” a conduta de paralisar, impossibilitar, e “perturbar” a ação de atrapalhar, estorvar, e sustenta que no conceito de “cerimônia funerária” devem ser incluídas somente cerimônias laicas e excluídas aquelas de natureza religiosa, como, por exemplo, uma missa de corpo presente, de sétimo dia ou encomendação, pois sua perturbação ou impedimento configura o delito do artigo 208 do Código Penal.⁶³⁴ Mas como o mero “sentimento de respeito à memória dos mortos” ou “sentimento de piedade com os mortos” não é um bem jurídico merecedor de proteção penal e o dado cuja tutela encontra argumentos que justificam com maior clareza a legitimidade de proibições de comportamentos que envolvam mortos é a dignidade humana, não é o impedimento ou a perturbação de qualquer cerimônia funerária que pode configurar o tipo penal do artigo 209, se se tratar de cerimônia laica, ou do artigo 208, na hipótese de cerimônia religiosa. A realização de cerimônia funerária não é um interesse universalizável, presumível, mas particular, inerente às preferências pessoais, crenças ou convicções do falecido, e, por isso, apenas pode ser tida como algo integrante do âmbito de sua dignidade humana merecedora de proteção penal pós-morte diante da existência de determinação expressamente manifestada quando ainda era vivo. Somente a partir desse pressuposto é possível considerar que o âmbito de oportunidades que o bem jurídico dignidade humana confere ao seu titular de ter realizados interesses particulares depois da morte foi afetado pelo comportamento de impedir ou interromper a cerimônia funerária, ao prejudicar a

⁶³³ BRASIL. Código Penal brasileiro: “Art. 209 - Impedir ou perturbar enterro ou cerimônia funerária: Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa. Parágrafo único - Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência.”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>

⁶³⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, volume 2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 576-577.

concretização da oportunidade disponibilizada ao falecido ainda em vida, aproveitada por ele, de realizar o que valorizava, isto é, poder determinar a existência de uma cerimônia funerária em seu favor depois da morte.

Assim, o artigo 209 do Código Penal deve incidir apenas nos casos de impedimento ou perturbação de enterro ou cerimônia funerária em que há prévia determinação do morto, manifestada quando estava vivo, de realizar tal enterro ou tal cerimônia funerária de natureza laica, pois é nesses casos em que se encontra o aspecto da dignidade humana merecedor de proteção penal que justifica a legitimidade do tipo. Se não houve determinação do falecido para a cerimônia funerária, a conduta ainda pode significar o preenchimento do tipo penal do artigo 208 do Código Penal, se a cerimônia funerária tiver caráter religioso, cuja proteção penal, porém, é dirigida não à dignidade humana do falecido e sim à autonomia dos participantes da cerimônia. E se, da mesma forma, não tiver ocorrido determinação do morto, mas a cerimônia funerária não tiver caráter religioso, seu impedimento ou interrupção, a depender da maneira como é praticado, pode configurar, em relação aos participantes ou outras pessoas, nunca o falecido, modalidade distinta de delito, como, por exemplo, o constrangimento ilegal previsto no artigo 146 do Código Penal,⁶³⁵ mas não o disposto no artigo 209 do Código Penal. Isso por não ser possível afirmar, nessa hipótese, que o âmbito de oportunidades que o bem jurídico dignidade humana conferia ao morto de determinar a realização de interesses particulares depois da morte é afetado pelo impedimento ou interrupção do enterro ou cerimônia funerária, ou seja, não é possível concluir que o comportamento do autor prejudica a concretização da oportunidade disponibilizada ao morto ainda em vida de realizar o que valorizava, no caso, determinar a existência de um certo enterro ou cerimônia funerária em seu favor depois da morte, já que tal oportunidade não foi aproveitada por ele e não se está a atrapalhar o cumprimento de nenhuma disposição proferida nesse sentido.

Essa interpretação esclarece o que pode ser considerado legítimo no tipo penal do artigo 209 do Código Penal conforme o filtro trifásico defendido no presente trabalho. A análise da primeira fase aponta que impedir ou perturbar enterro ou

⁶³⁵ BRASIL. Código Penal brasileiro: “ Constrangimento ilegal. Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>

cerimônia funerária planejados pelo falecido por disposições manifestadas em vida não é uma conduta que faz parte da esfera intocável da autonomia de quem os impede ou perturba, colide com o exercício, por quem expediu as determinações sobre seu enterro ou cerimônia funerária a serem cumpridas depois de sua morte, das virtudes que condicionam ao autogoverno e tornam a pessoa autônoma da autenticidade ou autosseleção, por colidir com os manifestos desejos, vontades e sentimentos do falecido; da autolegislação, por colidir com as convicções morais e princípios autênticos do morto; da autenticidade moral, por colidir com as convicções e princípios morais enraizados no próprio caráter do morto; da independência moral, por colidir com os desejos do falecido manifestados independentemente das convenções sociais; da integridade ou fidelidade a si mesmo, por colidir com a fidelidade do morto aos seus próprios princípios; e da iniciativa, por colidir com um projeto, um plano, um empreendimento do morto estabelecido por ele próprio para ser realizado depois de sua morte. Essa colisão com as virtudes da pessoa autônoma apresenta a natureza de uma distorção temporal, como é característica de comportamentos que envolvem mortos, pois embora o exercício das virtudes pelo falecido ocorra durante a sua vida, sobre circunstâncias que somente existirão depois de sua morte, a colisão ocorre pelo comportamento praticado por outra pessoa após a sua morte. Mas a presença dessa colisão, mesmo que temporalmente distorcida, revela que o comportamento de impedir ou perturbar enterro ou cerimônia funerária planejados pelo falecido por disposições manifestadas em vida não é universalizável, no sentido do conceito de universalizabilidade aqui adotado e com respeito a essa natureza temporalmente distorcida da colisão, e, assim, não integra o núcleo intocável da autonomia de quem a pratica. A presença dessa colisão, que exclui o comportamento proibido da esfera intocável da autonomia de quem o pratica, permite avançar o raciocínio para a segunda fase. O exame da segunda fase conclui que a dignidade humana de quem expede determinações sobre o seu enterro ou cerimônia funerária, a serem cumpridas depois de sua morte, é um bem jurídico merecedor de proteção penal mesmo após o seu falecimento, pois confere ao seu titular um âmbito de oportunidades de determinar ainda em vida que se realize, após a sua morte, o que valoriza, isto é, as disposições sobre seu enterro ou cerimônia funerária. A existência desse bem jurídico merecedor de proteção penal autoriza que o raciocínio avance também para o exame da terceira fase. O estudo da terceira fase demonstra que as condutas proibidas, impedir ou perturbar o enterro ou cerimônia funerária determinada pelo morto ainda em vida, apresentam um nexo de

afetação negativa relevante com o âmbito de oportunidades conferido pelo bem jurídico merecedor de proteção penal, a dignidade humana, ao seu titular, o falecido, de determinar, para que sejam cumpridas, depois de sua morte, disposições sobre seu enterro ou cerimônia funerária, pois impossibilitam o seu cumprimento ou tornam difícil que seja efetivado com regularidade.

O artigo 210 do Código Penal proíbe os comportamentos de “violiar ou profanar sepultura ou urna funerária”.⁶³⁶ A literatura do direito penal brasileiro em geral interpreta “violiar” como o ato de abrir ou devassar arbitrariamente e “profanar” como tratar com irreverência, conspurcar, degradar, enquanto considera “sepultura” não apenas o lugar onde o morto está enterrado, mas tudo o que lhe é imediatamente conexo, como o túmulo, a lápide, os ornamentos estáveis e as inscrições, e “urna funerária” não apenas aquela que guarda as cinzas, ou seja, a urna cinerária, e sim, também, a que encerra os ossos do falecido, a urna ossuária.⁶³⁷ Mas também a abertura ou devassa de sepultura ou urna funerária são comportamentos que não apresentam, em si mesmos, dano a algum aspecto universalizável da dignidade humana do falecido que possa ser considerado um interesse presumível merecedor de proteção penal depois de sua morte. A manutenção do encerramento da sepultura ou urna funerária apenas adquire um vínculo com a dignidade humana do morto se foi determinada por ele quando ainda era vivo, pois se trata de um interesse particular, derivado de suas preferências pessoais, crenças ou convicções, que precisa necessariamente ser manifestado. Sua violação, diante da falta de determinação do falecido no sentido da manutenção do encerramento da sepultura ou urna funerária, a depender das consequências que cause, pode configurar o crime de dano,⁶³⁸ cujo bem jurídico afetado é a propriedade do dono da sepultura ou da urna, não a dignidade humana do morto. O mesmo pode ser dito em relação à conduta de profanar, cujos prejuízos à integridade ao túmulo, à lápide, aos ornamentos estáveis, às inscrições ou à urna, sem que exista determinação do morto referida a sua integridade e características, pode significar a prática do crime de dano, cuja vítima é, pelo mesmo raciocínio, o proprietário de tais

⁶³⁶ BRASIL. Código Penal brasileiro: “ Violação de sepultura. Art. 210 - Violar ou profanar sepultura ou urna funerária: Pena - reclusão, de um a três anos, e multa”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>

⁶³⁷ HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*, volume VIII, 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 71.

⁶³⁸ BRASIL. Código Penal brasileiro: “” Dano. Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>

coisas, não o falecido. Isso a não ser que a conduta afete a honra do morto, que é integrante de sua dignidade humana como interesse de proteção penal presumível depois da morte, o que constitui violação ao bem jurídico protegido pelo tipo do artigo 210 mesmo que ausente uma determinação do falecido, proferida ainda em vida, a respeito de sua proteção.

O exame do filtro trifásico aqui defendido esclarece, então, o quadro de legitimidade da proibição das condutas descritas no artigo 210 do Código Penal, de acordo com essa orientação. Em relação à dignidade humana do falecido refletida no cumprimento pós-morte de suas disposições, a primeira fase leva à conclusão de que comportamentos de violar ou profanar sepultura ou urna funerária que afrontem as determinações do falecido expedidas ainda em vida não integram o núcleo de autonomia da pessoa que os pratica, pois colidem com o exercício, pelo falecido que expediu ainda em vida as determinações sobre sua sepultura ou urna funerária a serem cumpridas depois de sua morte, da mesma forma que visto na hipótese anterior, das virtudes, que condicionam ao autogoverno e tornam o sujeito autônomo, da autenticidade ou autosseleção, já que colide com os manifestos desejos, vontades e sentimentos do morto; da autolegislação, pois colide com as convicções morais e princípios autênticos do falecido; da autenticidade moral; já que colide com as convicções e princípios morais enraizados no próprio caráter do falecido; da independência moral, porque colide com os desejos do morto manifestados independentemente das convenções sociais; da integridade ou fidelidade a si mesmo, pois colide com a fidelidade do morto aos seus próprios princípios; e da iniciativa, já que colide com um projeto, um plano, um empreendimento do falecido que ele próprio estabeleceu para ser realizado depois de sua morte. Tal colisão com as virtudes do sujeito autônomo, como acontece em relação a condutas referidas a mortos, tem uma natureza temporalmente distorcida, já que embora o morto exerça as virtudes quando vivo, referidas a situações que ocorrerão depois de sua morte, acontece pelo comportamento praticado por outro sujeito depois de sua morte. A existência dessa colisão, ainda que temporalmente distorcida, indica, porém, que a conduta de violar ou profanar sepultura ou urna funerária por contrariar as determinações expressamente manifestadas pelo falecido quando ainda estava vivo sobre sua sepultura ou urna funerária, não é universalizável, no sentido de universalizabilidade aqui defendido e com atenção à natureza temporalmente distorcida dessa colisão, por isso não faz parte do núcleo intocável da autonomia de quem a

prática. Mas essa colisão, que exclui o comportamento proibido da esfera intocável da autonomia de quem o pratica, permite que o raciocínio avance para a segunda fase. A análise da segunda fase conclui que a dignidade humana de quem expede determinações sobre as condições e características de sua sepultura ou urna funerária é um bem jurídico que merece proteção penal mesmo depois da morte, pois confere ao seu titular um âmbito de oportunidades de determinar ainda em vida que se realize, após a sua morte, o que valoriza, isto é, as disposições sobre sua sepultura ou urna funerária. A existência desse bem jurídico merecedor de proteção penal permite, então, que seja examinada a terceira fase. O exame da terceira fase revela que também está presente um nexo de afetação negativa relevante entre os comportamentos proibidos - violar ou profanar sepultura ou urna funerária com condições ou características determinadas pelo falecido ainda em vida - e o âmbito de oportunidades conferido pelo bem jurídico merecedor de proteção penal - a dignidade humana - de realizar o que valoriza, ou seja, determinar disposições que serão respeitadas depois de sua morte.

Já em relação a comportamentos de violar ou profanar sepultura ou urna funerária que atinjam a honra do morto, há lesão a um interesse já presumivelmente integrante da dignidade humana do falecido e, por isso, não é necessária nenhuma determinação expressa para que seja protegido desses comportamentos após a morte. A primeira fase do filtro de legitimidade aqui defendido demonstra que essas condutas colidem com o exercício das virtudes da pessoa autônoma, porque prejudicam que o falecido concretize sua vontade presumível de manter uma boa reputação no seio da sociedade; da autolegislação, pois impede que o falecido realize a sua convicção moral presumível de que era preciso manter uma boa reputação também após a morte; e da autenticidade moral, pois se presume que a manutenção de uma boa reputação mesmo depois da morte era uma convicção moral enraizada em seu próprio caráter. A observância dessa colisão significa que o comportamento não faz parte da esfera imponderável da autonomia de quem o pratica e o raciocínio, então, pode ser levado à análise da segunda fase. A segunda fase conclui que o aspecto da dignidade humana consistente no interesse presumível de desfrutar de uma boa reputação mesmo depois da morte é um bem jurídico que merece proteção penal, pois confere ao seu titular um âmbito de oportunidades de que se realize o que presumivelmente valorizava: manter a sua boa reputação ainda depois de ter morrido. Já a terceira fase leva à conclusão de que existe um nexo de afetação negativa relevante entre o comportamento proibido e o

âmbito de oportunidades conferido pelo bem jurídico merecedor de proteção penal, pois a conduta proibida de profanar a sepultura ou a urna funerária com violação à honra do falecido diminui as oportunidades fornecidas pela dignidade humana de que se realize o que o falecido, seu titular, valorizava que fosse realizado após a sua morte, isto é, a manutenção de sua boa reputação.

O artigo 211 do Código Penal prevê a proibição dos comportamentos de “destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele”.⁶³⁹ A doutrina entende que “destruir” significa fazer com que o cadáver deixe de existir como tal; “subtrair” é tirar o cadáver ou parte dele do local onde se encontre sob a esfera de proteção ou vigilância de outra pessoa; e “ocultar” é fazer desaparecer o cadáver, escondê-lo, sem, porém, destruí-lo.⁶⁴⁰ A destruição do cadáver pode afrontar um interesse universalizável e presumível do falecido se for procedida nos moldes de uma eliminação de lixo, caso em que a sua dignidade humana merece proteção penal depois da morte independentemente de sua manifestação ainda em vida, pois o seu cadáver é grosseiramente desprezado. É o que acontece, por exemplo, quando uma família, para economizar as despesas fúnebres, queima o corpo do falecido no quintal de casa e descarta suas cinzas num terreno baldio. Mas se não ocorrer tal destruição equiparável a uma eliminação de lixo, a proibição de eliminar o cadáver depende de disposição do falecido proferida em vida, pois se trata de um interesse particular que não se presume. Assim, por exemplo, a família do morto pode decidir, em vez de sepultar, cremar o corpo num estabelecimento de crematório regularmente destinado a essa espécie de serviço e jogar suas cinzas sobre um jardim, sem que isso viole a dignidade humana do falecido, merecedora de proteção penal depois da morte, e configure a conduta típica de destruir cadáver prevista no artigo 211 do Código Penal. Também o comportamento de subtrair o cadáver ou parte dele da esfera de proteção ou vigilância de alguém não apresenta, por si só, uma violação à dignidade humana do morto, pois a manutenção do cadáver sob a posse de uma certa pessoa não afronta um interesse considerado universalizável e presumível. A proibição penal da subtração do cadáver da posse de uma pessoa somente adquire legitimidade se a pessoa responsável por sua posse foi determinada pelo falecido ainda em vida, pois

⁶³⁹ BRASIL. Código Penal brasileiro: “Destruição, subtração ou ocultação de cadáver. Art. 211 - Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele: Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>

⁶⁴⁰ FRANCO, Alberto Silva; SILVA, Tadeu Antonio Dix. Dos crimes contra os mortos. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código penal e sua interpretação*, 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 1010.

passa a envolver um interesse particular do morto manifestado ainda em vida, que integra a sua dignidade humana merecedora de proteção penal depois da morte. Ausente essa determinação, porém, o comportamento de subtração do cadáver pode configurar o crime de furto, previsto no artigo 155 do Código Penal,⁶⁴¹ ou sua disputa ser resolvida no campo extrapenal, mas não faz incidir o artigo 211, por falta de uma violação efetiva da dignidade humana do morto. Já a proibição do comportamento de ocultar o corpo ou suas partes apenas adquire uma justificativa convincente referida à dignidade humana do falecido se tiver sido praticado de maneira comparável a um descarte de lixo, o que viola sua proteção pós-morte presumível, pois não ter seu cadáver tratado como lixo é um interesse que pode ser considerado universalizável, ou, ainda, se impedir ou dificultar a realização de alguma determinação, manifestada por ele quando ainda estava vivo, no sentido de o cadáver estar acessível num lugar certo às pessoas, já que seria uma afronta a um interesse particular. Também é possível que a conduta praticada não se adéque à ocultação prevista no artigo 211 do Código Penal, mas à subtração, ao violar a dignidade humana do falecido com a retirada do cadáver da posse da pessoa determinada pelo falecido, ou, ainda, ao impedir ou dificultar o cumprimento de disposições manifestadas por ele, quando ainda estava vivo, relativas a algum dos elementos dos tipos penais anteriormente analisados, de modo a configurar algum dos crimes de impedimento de cerimônia religiosa, previsto no artigo 208, impedimento de cerimônia funerária, previsto no artigo 209, ou de violação ou profanação de sepultura, previsto no artigo 210. E, sem relação com a proteção da dignidade humana do falecido, é possível que o comportamento signifique um furto, conforme o artigo 155, ou uma apropriação indébita, segundo o artigo 168,⁶⁴² ou, ainda, uma fraude processual, nos termos do parágrafo único do artigo 347.⁶⁴³

A aplicação do filtro trifásico aqui defendido esclarece o campo de legitimidade do artigo 211 do Código Penal, a partir desse entendimento. Em relação ao comportamento de destruir o cadáver como se fosse lixo, a primeira fase demonstra que

⁶⁴¹ BRASIL. Código Penal brasileiro: “Furto. Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>

⁶⁴² BRASIL. Código Penal brasileiro: “Apropriação indébita. Art. 168 - Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>

⁶⁴³ BRASIL. Código Penal brasileiro: “Fraude processual. Art. 347 - Inovar artificialmente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito: Pena - detenção, de três meses a dois anos, e multa. Parágrafo único - Se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>

colide com o exercício, pelo falecido ainda em vida, das virtudes, que condicionam ao autogoverno e tornam a pessoa autônoma, da autosseleção, pois é presumível o seu desejo de que seu corpo não fosse tratado como mero resíduo descartável; da autolegislação, pois é presumível que o desejo de que o seu cadáver não fosse tratado como lixo era uma convicção moral sua autêntica; da autenticidade moral, pois é presumível que o desejo de não ter seus restos mortais tratados como lixo estivesse enraizado em suas convicções morais, e da independência moral, pois é presumível que a convicção moral de não ter o seu cadáver tratado como resíduo descartável existia independentemente das convenções sociais. Aqui também, como é característica das condutas referidas aos mortos, a colisão com as virtudes da pessoa autônoma é temporalmente distorcida, já que, embora o seu exercício se realize pelo falecido durante a vida, sobre circunstâncias apenas existentes pós-morte, a colisão ocorre pelo comportamento praticado por outra pessoa depois de sua morte. Mas a presença dessa colisão, ainda que temporalmente distorcida, demonstra que a conduta de destruir cadáver como lixo não é universalizável, no sentido de universalizabilidade aqui defendido e com observância da natureza temporalmente distorcida da colisão, e, por isso, não faz parte do núcleo intocável da autonomia de quem a pratica, o que permite avançar o raciocínio para a segunda fase. A segunda fase indica que a dignidade humana de quem não quer que o seu cadáver seja eliminado ou descartado como lixo é um bem jurídico merecedor de proteção penal mesmo depois de sua morte, pois confere ao seu titular um âmbito de oportunidades de que se realize, depois da morte, o que presumivelmente valorizava em vida: um tratamento respeitoso ao seu cadáver. O exame da terceira fase, por sua vez, demonstra que há umnexo de afetação negativa relevante entre o comportamento proibido de destruir o cadáver como lixo e o âmbito de oportunidades da dignidade humana conferido ao seu titular, o próprio falecido, pois acaba com as oportunidades de se realizar o que valorizava, isto é, que seu cadáver fosse tratado com respeito depois de sua morte.

Quanto ao comportamento de subtrair o cadáver de quem foi determinado para ficar com a sua posse, o exame da primeira fase revela que colide com o exercício, pelo falecido, que determinou ainda em vida a posse de seu cadáver, das virtudes que condicionam ao autogoverno e tornam o sujeito autônomo da autenticidade ou autosseleção, pois colide com o desejo manifestado em vida sobre quem deveria cuidar de seu cadáver; da autolegislação, uma vez que colide com a convicção moral que o

morto tinha sobre quem deveria estar na posse de seu cadáver, manifestado na determinação expedida ainda em vida; da autenticidade moral; pois colide com a convicção moral enraizada em seu próprio caráter sobre a posse de seus restos mortais, expressada na determinação que expediu ainda em vida; da independência moral, pois colide com a determinação do falecido sobre a posse de seu cadáver manifestada independentemente das convenções sociais; da integridade ou fidelidade a si mesmo, pois colide com a fidelidade do morto aos seus próprios princípios expressada na determinação sobre a posse de seu corpo depois de sua morte; e da iniciativa, já que colide com um projeto, um plano, um empreendimento do falecido estabelecido por ele próprio a ser realizado depois de sua morte, consistente na determinação sobre quem deveria cuidar de seus restos mortais. Tal colisão, que, da maneira característica dos comportamentos direcionados aos mortos, é temporalmente distorcida, pois enquanto o falecido exerce as virtudes ainda durante a sua vida, a respeito da situação que existirá depois de sua morte, a colisão se dá pela conduta praticada por outra pessoa após a sua morte, revela que o comportamento de subtrair o cadáver de quem foi determinado para ficar com a sua posse não é universalizável, conforme o conceito de universalizabilidade aqui adotado e com consideração à natureza temporalmente distorcida da colisão, e, portanto, não integra a esfera intocável da autonomia de quem a pratica. Isso autoriza que o raciocínio passe para a segunda fase. O exame da segunda fase demonstra que a dignidade humana de quem expede determinações sobre a posse de seu cadáver é um bem jurídico merecedor de proteção penal pós-morte, pois confere ao seu titular um âmbito de oportunidades de determinar ainda em vida que se realize, após a sua morte, o que valoriza, isto é, dispor sobre quem deve cuidar de seus restos mortais. A presença de um bem jurídico que merece proteção penal autoriza, então, a análise da terceira fase. O exame da terceira fase conclui que também é existente um nexo de afetação negativa relevante entre a conduta proibida, subtrair o cadáver de quem foi determinado a ficar com sua posse, e o âmbito de oportunidades conferido pelo bem jurídico merecedor de proteção penal, a dignidade humana, de realizar o que valorizava, ou seja, que a posse do próprio cadáver fosse dada a uma determinada pessoa depois de sua morte.

E, em relação ao comportamento de ocultar cadáver ou parte dele como se fosse um descarte de lixo, a primeira fase permite observar que colide com o exercício, pelo morto quando ainda estava vivo, das virtudes, que tornam a pessoa autônoma e

condicionam ao autogoverno, da autosseleção, pois se presume o seu desejo de que seu cadáver não fosse descartado como lixo; da autolegislação, pois é presumível que o desejo de que o seu corpo não fosse descartado como lixo era uma autêntica convicção moral sua; da autenticidade moral, pois é presumível que o desejo de não ter seu cadáver descartado como lixo estivesse enraizado em suas convicções morais; e da independência moral, pois é presumível que a convicção moral de não ter o seu cadáver descartado como lixo existia de maneira independente das convenções sociais. E, da mesma forma que ocorre nos comportamentos direcionados a mortos, a colisão com as virtudes da pessoa autônoma é temporalmente distorcida, pois, como visto, embora o seu exercício seja realizado pelo morto quando ainda está vivo, sobre o que existirá apenas depois de sua morte, a colisão acontece pela conduta praticada por outra pessoa depois de sua morte. Essa colisão, como acontece nos casos anteriores, mesmo que temporalmente distorcida, significa que o comportamento de ocultar cadáver ou parte dele como se fosse um descarte de lixo não é universalizável, de acordo com o sentido de universalizabilidade aqui adotado e com observância da natureza temporalmente distorcida da colisão, de modo a não integrar, assim, o núcleo imponderável e intocável da autonomia de quem o pratica, e isso permite que se avance à segunda fase. A segunda fase indica que a dignidade humana de quem não deseja que os seus restos mortais ou partes deles sejam ocultados como um descarte de lixo é um bem jurídico merecedor de proteção penal depois de sua morte, pois confere ao seu titular um âmbito de oportunidades de que se realize, após a sua morte, aquilo que presumivelmente valorizava em vida: que o seu cadáver ou as partes deles fossem tratados com respeito. Já a análise da terceira fase revela que existe um nexo de afetação negativa relevante entre a conduta proibida de ocultar cadáver ou parte dele como descarte de lixo e o âmbito de oportunidades da dignidade humana conferido ao seu titular, o próprio morto, pois extingue as oportunidades de se realizar o que valorizava, ou seja, que o seu cadáver e as partes dele recebessem um tratamento respeitoso depois de sua morte.

O artigo 212 do Código Penal proíbe a conduta de “vilipendiar cadáver ou suas cinzas”.⁶⁴⁴ “Vilipendiar”, para a doutrina brasileira, é o comportamento de aviltar ou ultrajar, o que lhe permite sustentar que o tipo penal pode ser praticado tanto por atos, como arrancar as roupas do cadáver, realizar nele obscenidades ou necrofilia ou, ainda,

⁶⁴⁴ BRASIL. Código Penal brasileiro: “Vilipêndio a cadáver. Vilipendiar cadáver ou suas cinzas”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>

escarrar sobre suas cinzas, e, também, por palavras, mímicas ou escritos.⁶⁴⁵ Mas, a partir de uma justificativa da proibição penal relacionada à dignidade humana do próprio morto, merecedora de proteção após a sua morte, a interpretação do que pode ser considerado vilipêndio deve se limitar pelas conclusões extraídas das questões até aqui examinadas. A proibição de intervenções no cadáver é legítima quando destinadas à proteção de interesses universalizáveis e presumíveis do morto, em especial quando atingido por ataques grosseiros. É possível considerar comportamentos que afrontem interesses universalizáveis e categorizáveis como o ultraje ou aviltamento característico do vilipêndio, por exemplo, nos casos em que o cadáver é tratado como detrito de lixo ou sofre sevícias e maus-tratos relevantes e humilhantes, que não seriam compatíveis com a dignidade humana ainda que o morto estivesse vivo, como práticas sexuais, desfiguração, mutilação, mercantilização, coisificação, ou necropsias realizadas fora da técnica da medicina. Mas também podem ser enquadrados como vilipêndio comportamentos que afrontem interesses particulares integrantes da dignidade humana do falecido e merecedores de proteção penal, manifestados quando ainda estava vivo e que deveriam ser cumpridos depois de sua morte, como, por exemplo, não ter os órgãos extraídos para transplante ou não ser cremado. Também as cinzas do morto podem ser atacadas por comportamentos que signifiquem humilhação relevante, como acontece, por exemplo, se alguém nelas escarra ou cuspe, cujo interesse de proteção é universalizável e presumível, ou, ainda, podem ser submetidas a condutas que contrariem disposições manifestadas pelo morto quando vivo, como, por exemplo, lançá-las num lugar expressamente vedado por ele. Essas ações, que violam o aspecto da dignidade humana do falecido protegida depois da morte, podem ser enquadradas, então, no que se considera vilipêndio a cinzas.

A esfera do que pode ser justificado na proibição da conduta descrita no artigo 212 do Código Penal fica melhor compreendida com a análise do filtro trifásico aqui defendido. A primeira fase esclarece que a conduta de vilipendiar o cadáver ou as cinzas, no sentido de uma contrariedade ao interesse universalizável e presumível de que depois da morte o cadáver ou as cinzas não sofram agressões grosseiras, que os exponham a situações ultrajantes, aviltantes, humilhantes, seviciantes, colide com o exercício, pelo morto ainda em vida, da virtude da autosseleção, pois é presumível a sua vontade de que o seu corpo ou as suas cinzas não fossem agredidos de maneira

⁶⁴⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, volume 2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 590.

humilhante, seviciante, ultrajante ou aviltante; da autolegislação, pois é presumível que a vontade de que o seu cadáver ou as suas cinzas não fossem tratados com humilhação, ultraje, sevícia, aviltamento era uma convicção moral sua autêntica; da autenticidade moral, pois é presumível que a vontade de que seu corpo ou suas cinzas não fossem tratados de modo ultrajante, humilhante, seviciante ou aviltante estivesse enraizada em suas convicções morais; e da independência moral, pois também é presumível que tivesse a convicção moral de que seus restos mortais ou suas cinzas não poderiam ser submetidos à tratamento ultrajante, humilhante, seviciante ou aviltante independentemente das convenções sociais. Também aqui a colisão com as virtudes da pessoa autônoma, assim como acontece nos comportamentos relativos aos mortos, é temporalmente distorcida, já que o seu exercício é realizado pelo falecido durante a vida, a respeito de situações apenas existentes de sua morte e as condutas que colidem com ela são praticadas por outro sujeito depois de sua morte. E seguindo o mesmo raciocínio dos casos anteriores, tal colisão, mesmo que temporalmente distorcida, revela que os comportamentos de vilipendiar cadáver ou cinzas por meio de agressões grosseiras, que contrariam o interesse universalizável e presumível de que depois da morte não sejam expostos a situações ultrajantes, aviltantes, humilhantes ou seviciantes, não é universalizável, conforme o sentido de universalizabilidade aqui defendido e com atenção à natureza temporalmente distorcida da colisão, o que quer dizer que não integram o núcleo intocável da autonomia de quem os pratica. Isso permite o avanço do raciocínio para a segunda fase, que demonstra que a dignidade humana daquele que não quer o seu cadáver ou suas cinzas sejam atacados grosseiramente, agredidos com submissão a circunstâncias de humilhação, sevícia, aviltamento, ultraje, é um bem jurídico merecedor de proteção penal depois de sua morte, pois confere ao seu titular um âmbito de oportunidades de que se realize, após a sua morte, o que presumivelmente valorizava em vida, isto é, um tratamento respeitoso ao seu cadáver e às suas cinzas. O exame da terceira fase revela que existe um nexo de afetação negativa relevante entre a conduta proibida de vilipendiar cadáver ou suas cinzas, no sentido de uma contrariedade ao interesse universalizável e presumível de que depois da morte o cadáver ou as cinzas não sofram agressões grosseiras, ultrajantes, aviltantes, humilhantes, seviciantes, e o âmbito de oportunidades da dignidade humana conferido ao seu titular, pois extingue as oportunidades de que se realize o que valorizava: um tratamento de respeito dado ao seu cadáver ou às suas cinzas.

Já quanto ao comportamento de vilipendiar o cadáver ou as cinzas, no sentido de uma contrariedade a interesses particulares também integrantes da dignidade humana do morto, expressados quando ainda estava vivo a serem cumpridos depois de seu falecimento, como, por exemplo, os de não ter os órgãos extraídos para transplante, não ter o seu cadáver cremado ou não ter suas cinzas jogadas em determinado lugar, a análise da primeira fase leva à conclusão de que também há colisão com o exercício, pelo falecido durante a sua vida, de virtudes que condicionam ao autogoverno e tornam a pessoa autônoma. Existe colisão com a virtude da autenticidade ou autosseleção, pois colide com a vontade expressada ainda em vida sobre os tratamentos aos quais o seu cadáver ou as suas cinzas não deveriam ser submetido; da autolegislação, já que colide com a convicção moral que o seu cadáver ou as suas cinzas não poderiam ser submetido ao tratamento expressamente vedado ainda em vida; da autenticidade moral; pois colide com a convicção moral enraizada em seu próprio caráter em relação à proibição, manifestada ainda em vida, de que determinado tratamento não fosse dado ao seu cadáver ou às suas cinzas; da independência moral, porque colide com a proibição expressamente disposta pelo falecido ainda em vida, independentemente das convenções sociais, sobre a espécie de tratamento ao qual seu cadáver ou suas cinzas não deveriam se submeter; da integridade ou fidelidade a si mesmo, já que colide com a fidelidade do falecido aos seus próprios princípios manifestada na proibição expressa de determinada espécie de tratamento ao seu cadáver ou às suas cinzas; e da iniciativa, já que colide com o projeto, o plano, do morto, estabelecido por ele próprio a ser realizado depois de sua morte, de que seu corpo ou suas cinzas não fossem submetidos a determinada espécie de tratamento. Essa colisão tem aqui também a mesma característica das condutas referidas aos mortos da distorção temporal entre o exercício das virtudes da pessoa autônoma pelo falecido ainda em vida, sobre circunstâncias que existirão somente depois de sua morte, e a conduta praticada por outra pessoa quando já está morto, e, como nos casos anteriores, demonstra que a conduta de vilipendiar o cadáver ou as cinzas, no sentido de uma contrariedade a interesses particulares também integrantes da dignidade humana do morto consistentes na vedação de determinadas espécies de tratamentos ao seu cadáver ou às suas cinzas, expressadas quando ainda estava vivo a serem cumpridos depois de sua morte, não é universalizável e não integra o núcleo intocável da autonomia de quem a pratica. Por isso, o raciocínio pode seguir para a segunda fase, que, por sua vez, demonstra que a dignidade humana de quem dispõe proibições expressas sobre determinada espécie de tratamento ao seu cadáver ou

suas cinzas é um bem jurídico merecedor de proteção penal depois de sua morte, já que confere ao seu titular um âmbito de oportunidades de determinar ainda em vida que se realize, após a sua morte, o que valoriza, isto é, determinar proibições de tratamento ao seu cadáver ou às suas cinzas. A existência do bem jurídico merecedor de proteção penal permite que o exame possa avançar para a terceira fase. E a análise da terceira fase revela que também está presente um nexo de afetação negativa relevante entre a conduta proibida, vilipendiar o cadáver ou as cinzas na forma da contrariedade a interesses particulares integrantes da dignidade humana do morto manifestados como a vedação a determinadas espécies de tratamento ao seu cadáver ou às suas cinzas, expressada quando ainda estava vivo para ser cumprida depois de seu falecimento, e o âmbito de oportunidades conferido pelo bem jurídico merecedor de proteção penal, a dignidade humana, de realizar o que valorizava: que determinadas formas de tratamento não fossem dadas ao seu cadáver ou às suas cinzas após a sua morte.

5.8 O delito de casa de prostituição, previsto no artigo 229 do Código Penal

O artigo 229 do Código Penal proíbe a manutenção, por conta própria ou de terceiro, de estabelecimento em que aconteça exploração sexual, independentemente do intuito de lucro ou da mediação direta de seu proprietário ou gerente.⁶⁴⁶ A doutrina tradicionalmente afirma que os bens jurídicos protegidos pela proibição dessa conduta são a moralidade sexual e os bons costumes,⁶⁴⁷ enquanto parte dela prefere indicar a evitação do fomento e da proliferação de todas as formas de lenocínio.⁶⁴⁸ O Supremo Tribunal Federal, no âmbito do *Habeas Corpus* n. 104.467, confirmou a interpretação de que os bens jurídicos protegidos são a moralidade sexual e os bons costumes⁶⁴⁹ e

⁶⁴⁶ BRASIL. Código Penal brasileiro: “ Casa de prostituição. Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>

⁶⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal – parte geral, parte especial*, 7ª edição. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 869.

⁶⁴⁸ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, volume 2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 652.

⁶⁴⁹ “EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CASA DE PROSTITUIÇÃO. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA FRAGMENTARIEDADE E DA ADEQUAÇÃO SOCIAL: IMPOSSIBILIDADE. CONDUTA TÍPICA. CONSTRANGIMENTO NÃO CONFIGURADO. 1. No crime de manter casa de prostituição, imputado aos Pacientes, os bens jurídicos

reconheceu a legitimidade do tipo penal sob o argumento de que casa de prostituição é o local destinado à prática de relacionamento sexual habitual mediante remuneração e, conseqüentemente, com exploração sexual.⁶⁵⁰ Os equívocos de uma tal consideração, como analisa Greco, foram ao menos três, que pode ser considerados inócuos: a) não distinguir entre um conceito dogmático e um conceito político-criminal, este último vinculante para o legislador; b) considerar a moralidade sexual e os bons costumes bens jurídicos, pois há um consenso obtido pela moderna teoria do bem jurídico desenvolvida após a Segunda Guerra Mundial de que dela não faz parte o campo do meramente imoral; c) mesmo com a opção por um conceito meramente dogmático de bem jurídico, que o confunde com a *ratio legis*, deveria ser fundamentada e não meramente informada. E dois nocivos: a) não afastar o argumento do parecer da Procuradoria Geral da República de que a conduta proibida viola a dignidade sexual e a dignidade humana, pois se um conceito perfeccionista de dignidade humana não pode ser adotado, já que elevaria o Estado, um aparato dotado de poderes coercitivos, ao papel de juiz da virtude das pessoas, e nem um conceito político, que a equivale à ideia de autonomia, não há qualquer perda de dignidade no ato de prostituir-se; b) afirmar a existência do elemento do tipo “exploração sexual”, pois não há lesão à autodeterminação sexual de ninguém.⁶⁵¹

A submissão do tipo penal à análise do filtro trifásico aqui proposto indica que a discussão sobre qual seria o seu bem jurídico protegido é prescindível, pois a pretensão de sua legitimidade já é afastada na primeira fase, que demonstra que o comportamento proibido faz parte da esfera intocável da autonomia da pessoa que o pratica. Quem mantém, por conta própria ou de terceiro, o estabelecimento em que ocorre a prostituição, não colide com o exercício, por ninguém, de nenhuma das virtudes que condicionam ao autogoverno e tornam a pessoa autônoma, isto é, que formam o

protegidos são a moralidade sexual e os bons costumes, valores de elevada importância social a serem resguardados pelo Direito Penal, não havendo que se falar em aplicação do princípio da fragmentariedade. 2. Quanto à aplicação do princípio da adequação social, esse, por si só, não tem o condão de revogar tipos penais. Nos termos do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (com alteração da Lei n. 12.376/2010), “não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”. 3. Mesmo que a conduta imputada aos Pacientes fizesse parte dos costumes ou fosse socialmente aceita, isso não seria suficiente para revogar a lei penal em vigor. 4. Habeas corpus denegado.” (STF, HC 104467/RS, Primeira Turma, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 08 de fevereiro de 2011)

⁶⁵⁰ Voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620230>>

⁶⁵¹ GRECO, Luís. *Casa de prostituição (art. 229 do CP) e direito penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467)*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 92. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 431 a 453.

conceito de autonomia como condição. O delito não prevê nenhuma forma de conduta que signifique um contrangimento da pessoa à prostituição, mas a mera manutenção do estabelecimento, com a dispensa, inclusive, da mediação ou do intuito de lucro de seu proprietário ou gerente, e considera suficiente, para a punição, que a prostituição ocorra dentro dele, sob o termo “exploração sexual”. A decisão de se prostituir faz parte da esfera intocável de autonomia de uma pessoa adulta e responsável e não significa que essa pessoa que decidiu se prostituir explora sexualmente alguém e nem, ao contrário, uma sujeição automática à exploração por outra pessoa, sem a presença de constrangimento, por isso a sua mera ocorrência dentro de um estabelecimento não apresenta uma justificativa convincente para a punição daquele que o mantém. Quem se prostitui continua a exercer virtudes que tornam uma pessoa autônoma, como a autoposse, pois permanece na posse de si mesma; a independência moral, porque age com independência das convenções sociais; o autocontrole, já que está no controle de si mesma; a responsabilidade por si mesma, pois é capaz de assumir responsabilidade sobre as suas próprias atitudes, sem que o exercício de nenhuma dessas ou de outras virtudes da autonomia colida com o exercício, por quem quer que seja, das virtudes que condicionam ao autogoverno, o que demonstra que é universalizável, no sentido de universalizabilidade aqui adotado. E quem apenas mantém um estabelecimento onde ocorre prostituição tampouco colide com o exercício, por qualquer pessoa, de qualquer das virtudes de uma pessoa autônoma que condicionam ao autogoverno, pois não impede o exercício por outra pessoa da virtude da autoposse, já que não impede, por si só, que outra pessoa permaneça na posse de si mesma; não impede o exercício por outra pessoa da virtude da autoidentidade ou individualidade, pois não atrapalha, por si só, o senso de outra pessoa sobre sua própria identidade; não impede o exercício por outra pessoa da virtude da autenticidade ou da autosseleção, já que não evita, por si só, que outra pessoa tenha desejos, vontades ou sentimentos próprios; não impede o exercício por outra pessoa da virtude da autocriação ou autodeterminação, uma vez que não atrapalha, por si só, que outra pessoa adote um processo de recriação pela acomodação racional de suas novas experiências e antigas políticas; não impede o exercício por outra pessoa da virtude da autolegislação, pois não obstrui, por si só, a que outra pessoa crie suas próprias regras morais; não impede o exercício por outra pessoa da virtude da autenticidade moral, pois não atrapalha, por si só, que outra pessoa enraíze suas convicções morais e princípios em seu próprio caráter; não impede o exercício por outra pessoa da virtude da independência moral, pois não interfere, por si só, na atuação, por

outra pessoa, com independência moral a despeito das convenções sociais; não impede o exercício por outra pessoa da virtude da integridade ou fidelidade a si mesmo, já que não atrapalha, por si só, a que outra pessoa seja fiel aos seus próprios princípios; não impede o exercício por outra pessoa da virtude do autocontrole ou autodisciplina, pois não impede, por si só, que outra pessoa esteja no controle de si mesma; não impede o exercício por outra pessoa da virtude da autoconfiança, já que não evita, por si só, que outra pessoa tenha independência dos outros e possa dispensar o que lhe é indesejável; não impede o exercício por outra pessoa da virtude da iniciativa, pois não impede, por si só, que outra pessoa tenha seus projetos, seus planos, suas estratégias, seus empreendimentos; não impede o exercício por outra pessoa da virtude da responsabilidade por si mesma, pois não atrapalha, por si só, que outra pessoa tenha a capacidade de assumir responsabilidade sobre as suas próprias atitudes. Isso demonstra que a mera conduta de manter estabelecimento em que ocorre prostituição não colide com o exercício, por ninguém, de qualquer das virtudes da pessoa autônoma, é universalizável, de acordo com o conceito de universalizabilidade aqui adotado, e, por isso, faz parte do núcleo intocável e imponderável da autonomia de quem a pratica. O quadro muda de figura se existir alguma forma de coação, ameaça ou constrangimento de quem mantém o estabelecimento em relação a quem se prostitui, o que pode caracterizar o crime do § 2º do artigo 228 do Código Penal.⁶⁵² Mas não é isso o que prevê e exige o tipo penal do artigo 229, que proíbe apenas a mera manutenção do estabelecimento, cuja ilegitimidade se constata, portanto, logo na primeira fase do filtro trifásico aqui proposto, por não ser compatível com a esfera intocável e não punível da autonomia da pessoa que pratica esse comportamento, o que dispensa, então, qualquer discussão a respeito do bem jurídico protegido, que teria importância apenas na segunda fase, caso superada essa primeira.

⁶⁵² BRASIL. Código Penal brasileiro: “Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) § 1º Se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) § 2º - Se o crime, é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, além da pena correspondente à violência. § 3º - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>

5.9 O delito de remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver para fins de transplante, com o consentimento do doador, para pessoa não parente e não cônjuge, mas sem autorização judicial, previsto no artigo 14, combinado com o artigo 9º da Lei 9.434/1997 (Lei de Transplantes e Órgãos)

A Lei 9.434/1997, a Lei de Transplantes e Órgãos, proíbe, em seu artigo 14, a conduta de remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições que ela prevê.⁶⁵³ Uma das disposições da lei é a do seu artigo 9º, que dispõe que apenas com autorização judicial é permitido à pessoa juridicamente capaz dispor, de maneira gratuita, de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para pessoa que não seja seu cônjuge ou parente consanguíneo até o quarto grau, uma exigência somente dispensada no caso da medula óssea.⁶⁵⁴ Assim, a Lei de Transplantes e Órgãos pune penalmente, por meio da combinação de seus artigos 9º e 14, a conduta daquele que disponibiliza seus órgãos, tecidos ou partes de seu corpo vivo, com a exceção da medula óssea, para quem não tem o vínculo parentesco mencionado, caso não tenha obtido anteriormente autorização judicial para uma tal disponibilização. A doutrina justifica a exigência do legislador de autorização judicial como uma maneira de evitar a comercialização e garantir a utilidade do transplante ou do enxerto e afirma que os bens jurídicos protegidos podem ser, se quem disponibiliza estiver vivo, sua integridade física e sua saúde e, se estiver morto, o sentimento de luto dos familiares ou o respeito à memória do morto, se não tiver ninguém a zelar por ele.⁶⁵⁵

O que foi defendido até aqui nesse trabalho demonstra que os argumentos sobre os bens jurídicos protegidos pela proibição penal do comportamento de disponibilizar, sem autorização judicial, órgãos ou tecidos para transplante para quem não faz parte do estrito círculo de parentesco exigido pela lei não apresentam boas justificativas sobre a sua legitimidade. A proteção penal da integridade física ou da saúde do doador vivo já

⁶⁵³ BRASIL. Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997: “Art. 14. Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei: Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa, de 100 a 360 dias-multa.” Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>

⁶⁵⁴ BRASIL. Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997: “Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea. (Redação dada pela Lei nº 10.211, de 23.3.2001)” Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>

⁶⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1215.

estaria afastada, nos limites das normas que regulamentam qualquer procedimento de transplante, pela expressa disponibilização dos órgãos e tecidos manifestada pelo doador, embora sem autorização judicial, em situação equivalente àquela direcionada ao seu círculo estrito de parentes. Já os sentimentos de luto dos familiares ou de respeito à memória do morto, no caso de o doador vier a falecer, não são bens jurídicos cujo merecimento de proteção penal depois da morte esteja justificado com consistência, em primeiro lugar, por se tratar de uma argumentação referida a meros sentimentos, em segundo lugar, porque o próprio morto emitiu, ainda em vida, determinação expressa no sentido da disponibilização de seus órgãos e tecidos a transplante, embora não a tenha judicializado, o que exclui sua extração do âmbito da dignidade humana protegida depois de sua morte.

A discussão sobre o bem jurídico protegido, porém, é inútil, pois, ainda no plano da primeira fase do filtro trifásico de legitimidade aqui defendido, é possível concluir que o doador, que expressamente disponibiliza sem autorização judicial seus órgãos e tecidos a alguém fora do círculo estrito de parentesco exigido pela lei, exerce virtudes de uma pessoa autônoma, como a autoposse, a autenticidade, a autolegislação, a independência moral, a integridade, o autocontrole, a iniciativa e a responsabilidade por si mesmo, sem colidir com o exercício de virtudes que condicionam ao autogoverno por quem quer que seja, o que permite incluir sua conduta no núcleo intocável e impunível da autonomia de quem a pratica sem a necessidade de se avançar à fase da discussão sobre o bem jurídico protegido. Também é questionável o argumento de que a autorização judicial é necessária para evitar a comercialização ou proteger a voluntariedade da doação. Se, de fato, a disponibilização dos órgãos e tecidos do doador ao receptor decorre de um ato de compra e venda, ambos podem ser punidos pelo tipo penal do artigo 15 da Lei de Transplantes e Órgãos, sem a necessidade de o doador se submeter à punição do artigo 14, combinado com o artigo 9º, da mesma lei; ou se, realmente, é fruto de coação, significa uma estranha punição ao coagido, isto é, à própria vítima, por não ter resistido à ameaça do coator. Mas se a questão é a mera desconfiança de que tenha ocorrido uma compra e venda ou uma coação, embora não se tenha prova disso, a proibição penal se explica apenas pela facilitação da persecução penal, o que não é uma justificativa idônea a legitimar a disposição de um delito.⁶⁵⁶

⁶⁵⁶ Sobre a facilitação da persecução penal não ser um motivo para se postular um bem jurídico, ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 5. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, no prelo, § 2 D 49g-49l.

Roxin e Greco, em comentário a norma semelhante prevista no § 8 I 2,⁶⁵⁷ combinado com o § 19 I,⁶⁵⁸ da Lei de Transplantes alemã (*Transplantationsgesetz - TPG*), lembram que a restrição da doação aos familiares próximos pode levar não apenas a uma maior pressão exercida sobre o doador em seu círculo estreito de conhecidos, como uma proteção procedimental da voluntariedade poderia ser realizada como meio mais brando em comparação com uma proibição penal fixa, como, por exemplo, por meio de uma central em que se poderia doar anonimamente.⁶⁵⁹ E, de fato, além de ser mais provável um constrangimento à doação entre familiares próximos do que entre desconhecidos, uma maneira menos agressiva e mais eficiente do que o emprego do direito penal de assegurar a voluntariedade da doação entre pessoas que estejam fora do círculo estreito de parentesco é o estabelecimento de uma instituição ou departamento que possa receber doações anônimas e redistribuí-las entre recebedores também anônimos.

5.10 O delito de realizar esterilização cirúrgica em quem, na vigência de sociedade conjugal, não obtém o consentimento expresso do cônjuge, previsto no artigo 15, combinado com o artigo 10, § 5º, da Lei 9.263/1996 (Lei do Planejamento Familiar)

A Lei 9.263/1996, a Lei de Planejamento Familiar, proíbe penalmente, em seu artigo 15, a conduta de quem realiza esterilização cirúrgica em desacordo com o que o artigo 10 da mesma lei estabelece.⁶⁶⁰ O artigo 10, por sua vez, em seu § 5º, prevê que na vigência de sociedade conjugal, a realização da esterilização exige o consentimento expresso dos dois conjuges.⁶⁶¹ A combinação desses dois artigos leva à proibição penal

⁶⁵⁷ ALEMANHA. Lei de Transplantes alemã (*Transplantationsgesetz – TPG*): “§ 8 Extração de órgãos e tecidos (1) A extração de órgãos ou tecidos de uma pessoa viva com fins de transplante a outra pessoa, salvo o disposto em contrário no § 8a, apenas é permitido quando (...) 2. O transplante do órgão ou tecido ao recebedor previsto é adequado, de acordo com a avaliação médica, a manter a vida dessa pessoa ou curá-la de uma doença grave, evitar seu agravamento ou aliviar seu sofrimento (...). A extração de um rim, da parte de um fígado ou de um outro órgão incapaz de regeneração é, além disso, somente permitido com fins de transplante para parentes de primeiro ou segundo graus, cônjuges, companheiros registrados, noivos ou outras pessoas”. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/tpg/gesamt.pdf>>.

⁶⁵⁸ ALEMANHA. Lei de Transplantes alemã (*Transplantationsgesetz – TPG*): “§ 19 ”. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/tpg/gesamt.pdf>>.

⁶⁵⁹ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Op. cit.*, no prelo, § 2 D 36a.

⁶⁶⁰ BRASIL. Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996: “ Art. 15. Realizar esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 desta Lei. Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, se a prática não constitui crime mais grave.” Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm>

⁶⁶¹ BRASIL. Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996: “§ 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges.” Disponível em: <

da esterilização em quem não apresenta o consentimento expresso do cônjuge para a realização da cirurgia em si mesmo. No Supremo Tribunal Federal está em curso a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5097, ajuizada em 13 de março de 2014, pela Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADEP), que questiona a constitucionalidade do artigo 10, § 5º, da Lei 9.263/1996 por condicionar a autorização para esterilização voluntária ao consentimento de ambos os cônjuges. A ANADEP argumenta que a autonomia privada é um dos componentes primordiais da liberdade e que faz parte dela a autonomia corporal, de modo que condicionar a realização de cirurgia de esterilização voluntária à anuência de terceiro, o cônjuge, é ato atentatório à autonomia corporal e ao direito ao planejamento reprodutivo de forma livre e incondicionada.⁶⁶² A Procuradoria Geral da República (PGR) manifestou-se, em 28 de setembro de 2015, no sentido de que, embora entenda que a ANADEP não tenha legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade contra o artigo 10, § 5º, da Lei 9.263/1996, a incriminação da esterilização voluntária realizada sem consentimento do cônjuge ou companheiro impõe à mulher uma situação de restrição extrema e que o exercício da liberdade e da disponibilidade física do corpo do indivíduo não deve depender do consentimento de terceiros, sob pena de, sem justificativa legítima, ser debilitado de maneira severa.⁶⁶³ O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), na condição de *amicus curiae*, argumentou, em 25 de maio de 2016, que a exigência do consentimento do cônjuge para esterilização voluntária significa violação aos direitos humanos sexuais e reprodutivos, pois revela uma indevida ingerência estatal na autonomia e liberdade dos indivíduos quanto à decisão sobre planejamento familiar e o direito penal não pode incriminar essa liberdade, já que a função reprodutiva é um bem jurídico disponível pelo consentimento e, além disso, protegê-la por meio do direito penal viola os princípios da subsidiariedade, idoneidade, adequação ao custo social e é desproporcional, socialmente inútil e inadequado.⁶⁶⁴ Até o encerramento do

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm>

⁶⁶² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Sítio eletrônico do STF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4542708>>

⁶⁶³ PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. Parecer na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.097/DF, 2015, p. 32-38. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4542708>>

⁶⁶⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Memorial de *amicus curiae* na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.097/DF, 2016, p. 30-31. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4542708>>

presente texto os autos do processo estavam conclusos ao Ministro Relator Celso de Mello desde 22 de setembro de 2016.⁶⁶⁵

Aqui não é o lugar apropriado para discutir com profundidade o conteúdo de cada argumento, mas, a despeito de uma desnecessária referência ao bem jurídico protegido, há uma convergência nas manifestações de cada instituição de que a incriminação do comportamento previsto no artigo 15, combinado com o artigo 10, da Lei 9.263/1996 viola a autonomia da pessoa e, portanto, é ilegítima. E tal convergência é correta. O filtro trifásico de legitimidade defendido no presente estudo demonstra que o debate sobre o bem jurídico protegido é desnecessário, pois a ilegitimidade da imposição de pena se demonstra já na primeira fase do raciocínio. Quem realiza o procedimento cirúrgico em uma pessoa adulta e no pleno gozo de suas faculdades mentais, que já decidiu, consentiu e deseja que tal procedimento seja realizado em seu corpo, ainda que sem o consentimento expresso de uma terceira pessoa, exerce as virtudes, que condicionam ao autogoverno e tornam a pessoa autônoma, da independência moral, pois age com independência das convenções sociais; do autocontrole, pois está no controle de si mesmo; e da responsabilidade por si mesmo, pois é capaz de assumir responsabilidade sobre suas próprias atitudes, sem colidir com o exercício das virtudes, por quem quer que seja, de qualquer das virtudes da pessoa autônoma, o que significa que é universalizável, conforme o conceito aqui defendido, e, portanto, integra o núcleo intocável e imponderável de quem pratica essa conduta, o que significa que a ilegitimidade da pretensão estatal de submetê-lo à pena já se torna evidente na primeira fase do raciocínio aqui defendido e não é necessário avançar à segunda, que envolve a discussão sobre o bem jurídico.

Essa conclusão não poderia ser diferente, pois a exigência do consentimento expresso de uma terceira pessoa para que seja realizado um procedimento cirúrgico em uma pessoa adulta e no pleno gozo de suas faculdades mentais, que já decidiu, consentiu e deseja que esse procedimento se realize em seu corpo, é um impedimento indevido do exercício, por quem pretende se submeter ao procedimento, das virtudes que condicionam ao autogoverno. É um impedimento do exercício da virtude da autoposse, pois retira a pessoa da posse de si mesma; da autoidentidade, pois torna a pessoa um mero reflexo de outra pessoa; da autosseleção, pois desrespeita seus desejos,

⁶⁶⁵ STF, ADI 5097/DF, Relator Ministro Celso de Mello, acompanhamento processual de 14 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4542708>>

vontades e sentimentos; da autolegislação, pois desrespeita sua capacidade de criar a própria regra moral; da autenticidade moral, pois desrespeita a convicção moral enraizada em seu próprio caráter; da independência moral, pois desrespeita suas escolhas independentes das convenções sociais; da fidelidade a si mesmo, pois desrespeita sua fidelidade aos próprios princípios; do autocontrole, da autoconfiança, pois retira a pessoa do controle de si mesma; da iniciativa, pois impede um plano que pertence à própria pessoa; e da responsabilidade por si mesma, pois ignora a capacidade da pessoa de assumir responsabilidade por suas próprias atitudes. Portanto, a conduta de realizar a cirurgia sem exigir o consentimento expresso de uma terceira pessoa, mas orientado pela vontade e pelo consentimento da pessoa a quem o corpo pertence, evita, na verdade, a colisão com o exercício das virtudes da pessoa autônoma. Um exercício que, por sua vez, não entra em conflito com o exercício, por ninguém, de nenhuma das virtudes que condicionam ao autogoverno, o que demonstra que é plenamente universalizável, e o respeito ao comportamento universalizável, que integra a esfera da autonomia alheia, não pode ser proibido pelo direito penal.

5.11 O delito de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006

O artigo 28 da Lei 11.343/2006, a Lei de Drogas, proíbe o comportamento de, para consumo pessoal, adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, trazer consigo, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.⁶⁶⁶ O entendimento doutrinário é o de que o que se pune não é a proteção da saúde do agente, não é a autolesão, mas o mal potencial que pode ser gerado à coletividade.⁶⁶⁷ O bem jurídico protegido seria, então, a saúde pública.⁶⁶⁸ Está em curso no Supremo Tribunal

⁶⁶⁶ BRASIL. Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996: “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.” Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>

⁶⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 343.

⁶⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op. cit.*, 2010, p. 344.

Federal o Recurso Extraordinário n. 635.659 em que se discute a constitucionalidade da incriminação do porte de drogas para consumo próprio. O julgamento já conta com os votos do Ministro Relator Gilmar Mendes, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006 com o argumento de que a norma é desproporcional, pois há dados que indicam que em países onde o consumo foi descriminalizado não foi verificado um aumento significativo do uso e, entre os fatores que levam o indivíduo ao consumo de drogas, a criminalização seria um fator de pouca relevância. O Ministro Relator Gilmar Mendes entendeu que o uso de drogas é um comportamento que coloca em risco a pessoa do usuário, mas não deve ser associado a um dano coletivo possivelmente causado à saúde e segurança públicas, pois, se efeitos nesse sentido são identificados, estão muito afastados da conduta em si mesma do usuário e significam uma ligação excessivamente remota para que lhe seja atribuída efeitos criminais. O Ministro Relator Gilmar Mendes também se posicionou no sentido de que tal incriminação interfere no direito de construção da personalidade do usuário, em especial dos mais jovens, que se sujeitam mais à rotulação imposta pelo delito, que os classifica como criminoso em razão de um comportamento que implica somente autolesão, o que demonstra sua clara desproporcionalidade.⁶⁶⁹ O julgamento também já conta com o voto do Ministro Edson Fachin, que se restringiu à droga objeto do processo, isto é, a maconha, e se posicionou a favor da declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, com o argumento de que a incriminação interfere na autonomia e não é, para além de uma dúvida razoável, justificada para a tutela de um bem jurídico, pois é desproporcional.⁶⁷⁰ O terceiro voto já manifestado no julgamento foi o do Ministro Luís Roberto Barroso, que também se limitou ao uso da maconha e entendeu que sua incriminação fere o direito à privacidade, a esfera do cidadão imune à interferência de terceiros e do Estado, e viola de maneira clara a autonomia individual, que é o núcleo essencial e intangível de liberdade no qual o Estado não pode intervir. O Ministro Luís Roberto Barroso propôs, ainda, como referência de distinção entre consumo e tráfico de maconha o porte de 25 gramas ou a plantação de até seis plantas fêmeas.⁶⁷¹ Até o final

⁶⁶⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Sítio eletrônico do STF. Notícias STF, de 20 de agosto de 2015. Disponível em:

< <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298109&caixaBusca=N>>

⁶⁷⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Sítio eletrônico do STF. Notícias STF, de 10 setembro de 2015. Disponível em:

< <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>>

⁶⁷¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Sítio eletrônico do STF. Notícias STF, de 10 setembro de 2015. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299488&caixaBusca=N>>

desse trabalho os autos do processo permaneciam no gabinete do Ministro Alexandre de Moraes, desde 19 de setembro de 2017.⁶⁷²

O artigo 28 da Lei 11.343/2006, cuja inconstitucionalidade, ao que parece, está próxima de ser reconhecida no Supremo Tribunal Federal, é mais uma hipótese em que não é preciso avançar a uma discussão sobre o bem jurídico protegido para que sua ilegitimidade seja verificada. A prática de portar droga para uso próprio não colide com o exercício, por nenhuma pessoa, de qualquer das virtudes que caracterizam um sujeito autônomo, ou seja, da autonomia como condição. Quem porta drogas para consumo próprio não impede, com tal comportamento, o exercício por outra pessoa da virtude da autoposse, pois não impede a que outra pessoa esteja na posse de si mesma; não impede o exercício por outra pessoa da virtude da autoidentidade ou individualidade, já que não interfere no senso de outra pessoa sobre sua própria identidade; não impede o exercício por outra pessoa da virtude da autenticidade ou da autosseleção, pois não atrapalha que outra pessoa tenha desejos, vontades ou sentimentos próprios; não impede o exercício por outra pessoa da virtude da autocriação ou autodeterminação, pois não interfere que outra pessoa adote um processo de recriação pela acomodação racional de suas novas experiências e antigas políticas; não impede o exercício por outra pessoa da virtude da autolegislação, já que não evita que outra pessoa crie suas próprias regras morais; não impede o exercício por outra pessoa da virtude da autenticidade moral, pois não obstrui que outra pessoa enraíze suas convicções morais e princípios em seu próprio caráter; não impede o exercício por outra pessoa da virtude da independência moral, pois não atrapalha que outra pessoa atue com independência moral a despeito das convenções sociais; não impede o exercício por outra pessoa da virtude da integridade ou fidelidade a si mesmo, pois não obstrui a que outra pessoa seja fiel aos seus próprios princípios; não impede o exercício por outra pessoa da virtude do autocontrole ou autodisciplina, pois não evita que outra pessoa esteja no controle de si mesma; não impede o exercício por outra pessoa da virtude da autoconfiança, pois não atrapalha que outra pessoa independa dos outros e possa dispensar o que lhe é indesejável; não impede o exercício por outra pessoa da virtude da iniciativa, pois não atrapalha a que outra pessoa tenha seus projetos, seus planos, suas estratégias, seus empreendimentos; não impede o exercício por outra pessoa da virtude da responsabilidade por si mesma, pois não obstrui

⁶⁷² STF, ADI 5097/DF, Relator Ministro Celso de Mello, acompanhamento processual de 14 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4542708>>

que outra pessoa tenha a capacidade de assumir responsabilidade sobre as suas próprias atitudes. Assim, a posse de drogas para uso pessoal não colide com o exercício, por nenhuma outra pessoa, das virtudes que condicionam ao autogoverno e tornam a pessoa autônoma. Isso quer dizer que a conduta é universalizável, no sentido aqui adotado, e faz parte do núcleo intocável e imponderável da esfera de autonomia de quem a pratica.⁶⁷³ Portanto, deve ser considerada penalmente impunível, o que esclarece a ilegitimidade da proibição penal já na primeira fase do filtro trifásico aqui proposto e torna dispensável um debate sobre o bem jurídico protegido.

⁶⁷³ Em sentido semelhante, embora com conceitos distintos de autonomia e universalizabilidade, GRECO, Luís. *Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 87. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 100.

CONCLUSÕES

1. Sim, a teoria do bem jurídico ainda vive, essa é a resposta que o estudo aqui desenvolvido permite dar à sua pergunta-título. Mas vive melhor como um conceito reformulado de acordo com a liberdade substantiva de seu titular e integrado como a segunda de um raciocínio de três fases que funcione como um filtro político-criminal escrutinador da legitimidade das normas penais, cuja pretensão é identificar e balizar, nos termos de um direito penal liberal, os limites materiais do poder do legislador, que, mesmo democraticamente eleito, não pode incriminar qualquer conduta apenas por lhe soar desagradável. Essa conclusão principal apenas se tornou possível devido a uma série de conclusões extraídas ao longo do trabalho.
2. Em primeiro lugar, foi possível concluir que a primeira teoria à qual se atribui a noção de que o direito penal deve proteger determinados “bens”, formulada por Birnbaum, não era uma proposta de limitação do direito penal. Ao contrário, justificava a inclusão no âmbito do penal punível de crimes contra a religião e a moral e, devido à sua definição vaga do significado de “bem”, ampliava de tal maneira o objeto das normas penais que não permitia exercer qualquer função limitadora. Na verdade, a teoria de Birnbaum, embora tenha contribuído para o desenvolvimento de importantes pontos da moderna dogmática do direito penal, era fruto de um positivismo moderado da época da restauração, que abandonou o conteúdo jurídico-político da teoria do dano social do iluminismo.
3. A importância do conceito de Birnbaum foi sucedida pela ideia de bem jurídico de Binding, que, embora tenha sido o primeiro a adotar a expressão “bem jurídico”, manifestava um positivismo normativo puro que correspondia bem jurídico à mera vontade do legislador. Essa ideia mantinha o indivíduo numa situação de submissão diante do Estado, pois tornava a criação da norma e do bem jurídico dependente apenas da decisão estatal, em relação a cujo mandamento o cidadão apenas devia obediência, caso não quisesse sofrer a pena, e tornava possível cobrir qualquer forma de arbítrio com um aspecto de legalidade.

4. A noção de bem jurídico de Binding foi duramente criticada por Von Liszt, que a considerava parte integrante de um edifício construído sobre um brejo e preferia entender bem jurídico como um interesse da vida tornado juridicamente protegido pelo legislador. Mas as críticas de Von Liszt não abandonavam a perspectiva positivista, apenas deslocava a interpretação do positivismo legal normativo puro de Binding para um positivismo legal social, o que, no final das contas, não retirava do legislador o poder de definir o que merecia ser elevado ao patamar de bem jurídico e nem mudava a posição da incriminação como expressão do interesse do Estado justificada por sua decisão política.

5. A perspectiva positivista do direito penal entrou em decadência na primeira metade do século XX, diante da ascensão da influência neokantiana, que defendia o posicionamento do direito como “ciência do espírito”, orientado pelos valores e pela cultura. A adoção desse ponto de partida permitiu a reformulação do conceito de bem jurídico como um conceito teleológico ou metodológico, cujo papel era o de servir de fórmula interpretativa e exercer uma função hermenêutica dos tipos penais. Os dois mais destacados defensores de conceitos de bem jurídico com tais características, na primeira metade do século XX, foram Richard Honig e Erik Wolf, que levaram suas definições a um alto grau de espiritualização. Honig entendia o bem jurídico como uma síntese categorial, com a qual o pensamento jurídico se esforça para captar o sentido e o fim das disposições penais individuais, e concluía que os objetos de proteção não existiriam como tais, mas seriam apenas um produto do pensamento jurídico específico, o que apresentava uma excessiva espiritualização que não foi capaz de fornecer argumentos contra o esvaziamento do conteúdo do bem jurídico levado adiante no período nacional-socialista. Wolf considerava bem jurídico os bens da cultura, de natureza pré-jurídica, que seriam somente descobertos pelo direito, não criados por ele, e, por isso, sua violação não significaria uma mudança do mundo empírico, mas um puro resultado jurídico, uma modificação específica da situação jurídica. Essa definição, porém, ignorava que valores culturais não podem ser objetivos do direito penal, cujo emprego não pode ocorrer para que indivíduos incorporem determinados valores ao seu catálogo axiológico a presença de uma conduta lesiva, e buscava fundamento numa realidade cultural imprecisa, abstrata e imaterial, o que, paradoxalmente, terminava por levá-lo ao puro formalismo não integrante de sua abordagem programática. Ambos os conceitos, também, em razão da “espiritualização” do bem jurídico, situavam o bem

jurídico em uma esfera ideal e, concomitantemente, como objeto de relações causais, o que é uma incongruência.

6. A chegada do nacional-socialismo ao poder em 1933 interrompeu o debate da teoria do bem jurídico de influência neokantiana em favor de reinterpretações do conceito de bem jurídico que se adequassem aos projetos de eticização, ideologização e politização total da ditadura. Isso significou o esvaziamento da teoria do bem jurídico pela edição de crimes que supostamente protegiam bens jurídicos coletivos abstratos ou se justificavam pela violação de deveres em relação à comunidade. A teoria do bem jurídico somente passou a ser admitida claramente despida de qualquer sentido liberal, em conformidade com o objetivo do sistema penal entendido como a “comunidade do povo alemão” e a ideia de “são sentimento do povo alemão” como sua ferramenta normativa interpretativa. O nacional-socialismo foi uma experiência atroz e deixou a lição de que a legitimidade do direito positivo sempre deve poder ser escrutinada por juízos racionais.

7. A queda do nacional-socialismo devido à derrota da Alemanha na Segunda Guerra Mundial, em 1945, permitiu a retomada dos debates sobre o conceito neokantiano de bem jurídico e o ganho de espaço da teoria finalista de Welzel. Mas a rediscussão do bem jurídico sob a perspectiva neokantiana permaneceu com os mesmos problemas gerados pela excessiva espiritualização e pela insuficiência da função metodológica para questionar a legitimidade dos tipos penais; enquanto a ideia de que a proteção de bem jurídico é apenas reflexo da proteção de valores ético-sociais, de Welzel, não conseguiu se apresentar mais do que uma noção tão manipulável e imprecisa quanto os conceitos que a precederam, pois, no fim, seria ao legislador que caberia incluir o valor ético-social que julgasse conveniente no âmbito da fragmentariedade e da exclusividade do direito penal.

8. A partir de meados da década de 1960, a teoria do bem jurídico ganhou uma interpretação, dada por jovens professores de direito penal, como Roxin, Marx e Hassemer, que lhe atribuiu um manifesto papel político-criminal. Segundo essa nova interpretação, não seria suficiente o exercício, pelo conceito de bem jurídico, apenas de uma função metodológica e hermenêutica, mas também seria necessário cumprir um papel crítico-sistemático ou político-criminal, que limitasse o poder de incriminar do legislador a somente aquelas condutas que violassem um verdadeiro bem jurídico. Essa

corrente entende que a teoria político-criminal do bem jurídico tem assento na Constituição se dividiu em duas tendências principais. A primeira, a teoria monista-pessoal, que afirma o conceito de bem jurídico deve se restringir ao que necessariamente se dirija ao indivíduo, o que não reconhece a gravidade de determinadas condutas que atingem a coletividade, gera um estigma negativo sobre bens jurídicos coletivos, embora eles sempre tenham feito parte do direito penal por meio de crimes milenares, como a corrupção e a falsidade da moeda, dá explicações genéricas sobre a referência ao indivíduo dos bens coletivos que reconhece e se apega a um falso argumento histórico, o de que antigamente existia um direito penal formado preferencialmente por bens jurídicos individuais. A segunda, a teoria dualista, segundo a qual os bens jurídicos individuais formam um subgrupo de bens jurídicos, enquanto os bens jurídicos da coletividade formam um segundo subgrupo, de modo que a questão não está em negar legitimidade aos bens jurídicos coletivos, mas em estabelecer critérios que distingam os falsos bens jurídicos dos verdadeiros. Por realizar um ataque diferenciado e não generalizado aos bens jurídicos coletivos, como faz a teoria monista-pessoal, essa postura é mais promissora e foi assumida nesse trabalho.

9. Na discussão sobre a teoria político-criminal do bem jurídico também foram apresentadas propostas no sentido de combinar o conceito de bem jurídico com os princípios limitadores do poder estatal de incriminar desenvolvidos no sistema anglo-saxão graças especialmente às obras de Mill e Feinberg. As propostas mais claras nesse sentido foram a de Von Hirsch, segundo a qual os conceitos de *harm principle*, *legal paternalism* e *offence principle* deveriam ser empregados como conceitos complementares e esclarecedores do conteúdo ou da distinção entre bens jurídicos merecedores ou não de proteção penal introduziria na teoria do bem jurídico os problemas dos princípios anglo-saxões obscuridade conceitual, manipulabilidade retórica, psicologismo, subjetivismo e obrigações morais mal explicadas sem uma contrapartida relevante; e a de Seher, de considerar bem jurídico o resultado derivado da ponderação dos princípios anglo-saxões, o que tampouco acrescenta algo melhor à discussão da teoria do bem jurídico, pois o fruto dessa ponderação, considerado bem jurídico, estaria contaminado com os mesmos defeitos.

10. A teoria político-criminal do bem jurídico tem sido colocada em dúvida pelo reconhecimento, por seus próprios defensores, de exceções ao seu raciocínio; por críticas ao seu pressuposto histórico, à imprecisão de seus elementos conceituais e aos

seus fundamentos e consequências; e, também, por sua rejeição pela jurisprudência alemã.

11. As exceções reconhecidas por Roxin, segundo a qual o pensamento da teoria político-criminal do bem jurídico não se aplicaria à proteção de embriões, animais e plantas e gerações futuras, não apresentam uma explicação clara sobre por que argumentos relacionados a ponderações de interesses, boas consequências e deveres constitucionais devem ser admitidos nessas três hipóteses e não para justificar a generalidade dos tipos penais, com a dispensa da teoria do bem jurídico, pois é possível imaginar outros comportamentos atualmente atípicos cuja proibição penal também poderia ser defendida com argumentos dessa natureza.

12. A divisão do direito penal em velocidades, realizada por Silva Sánchez, apresenta inconsistências que inviabilizam sua adoção. Em relação ao que chama de segunda velocidade, arrola sob a etiqueta de “direito penal” elementos próprios do que há mais de meio século é conhecido na Europa como direito de contraordenações, mas com um papel de contenção de megarriscos que nunca foi desempenhado nem histórica nem materialmente. Já o que denomina “terceira velocidade”, cuja correspondência ao “direito penal do inimigo” de Jakobs é expressa, apresenta uma ideia perigosa por autorizar que o indivíduo seja utilizado para finalidades pragmáticas, ignorar que ele deve ser considerado um fim em si mesmo, e possibilitar que a liberdade das pessoas fique à disposição do poder dos dirigentes do Estado, que seriam os responsáveis, ao final das contas, por definir quem se submeteria a essa velocidade do direito penal.

13. Os delitos de comportamento, defendidos por Von Hirsch e Kuhlen, levam a problemas ainda piores do que aqueles que pretendem superar. Argumentos relacionados a sentimentos da coletividade para explicar incriminações permitem um retrocesso liberal em que argumentos semelhantes possam ser utilizados para legitimar condutas atualmente atípicas, como, por exemplo, o homossexualismo, e podem sustentar uma ditadura da maioria, pois a minoria fica desprotegida diante da opinião da maioria. Além disso, ignoram que a opinião pública a respeito da tolerabilidade ou reprovabilidade de uma conduta depende de distintas visões políticas, religiosas ou sexuais, oscilantes e manipuláveis, e tornam possível justificar que infrações de normas de conduta sejam incriminadas apenas por sua importância social, como, por exemplo, normas de etiqueta à mesa.

14. A recusa de Hassemer a qualquer exceção se baseia numa postura de ignorar a realidade legislativa, formada por normas de proteção a bens jurídicos coletivos nem sempre ilegítimas. A explicação voltada de maneira radical a interesses individuais desconsidera um direito penal de prevenção, particularmente crimes contra os animais, o meio ambiente e as estruturas sócio-econômicas, difundidos no mundo inteiro, inclusive por tratados internacionais. Além disso, as exigências que defende para o conceito de bem jurídico são formadas por termos generalistas que manifestam apenas intenções de boa vontade.

15. A crítica ao pressuposto histórico da teoria político-criminal do bem jurídico, relacionada à sua equivocada tradição liberal, é correta, pois o tradicional conteúdo da teoria do bem jurídico, anterior à Segunda Guerra Mundial, não era crítico. Mas isso não significa um problema, já que o equívoco decorreu da rejeição da teoria do bem jurídico pelo nacional-socialismo e levou a que exercesse, no pós-guerra, um papel mais relevante.

16. As críticas relacionadas à imprecisão dos elementos conceituais da teoria político-criminal do bem jurídico são corretas. As suas definições empregam argumentos de excessiva obscuridade, vagueza, flexibilidade e relatividade, superestimam sua força argumentativa, recorrem a elementos de alto grau de abstração e a um sobreesforço de personalismo.

17. As críticas relacionadas aos fundamentos e consequências da teoria político-criminal do bem jurídico são apenas parcialmente corretas. Elas têm razão sobre a falta de clareza a respeito do motivo pelo qual os defensores da teoria político-criminal do bem jurídico consideram algo um bem valioso e por que esse algo apenas pode ser protegido pelo direito penal. Mas são injustas em relação aos problemas que enxergam decorrentes de sua suposta unidimensionalidade conceitual, da ausência de referência à danosidade social, da falta de reconhecimento da impossibilidade de proteção absoluta, da incapacidade de enfrentar os riscos atuais e de sua expressão como ideal de justiça suprapositivo.

18. A teoria político-criminal do bem jurídico nunca foi expressamente adotada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha, órgão que seria o responsável por reconhecer sua almejada natureza constitucional. O tribunal já tinha o histórico de ter admitido a constitucionalidade de tipos penais controvertidos como o

homossexualismo masculino, em 1957, e a posse de pequenas quantidades de produtos derivados de *cannabis* para uso próprio, em 1994, quando, em 2008, golpeou-lhe com a pior derrota jurisprudencial de sua história: o julgamento pela constitucionalidade do crime de incesto, em que afirmou expressamente que o legislador é livre para utilizar o direito penal nos casos que lhe pareça essencial, com observância do princípio da proporcionalidade, e não pode se limitar pela teoria do bem jurídico, que não pode ter natureza constitucional reconhecida nem unanimidade quanto ao seu conceito. Os fundamentos da decisão, que contou com o voto divergente de Hassemer, foram ruins e recorreram a argumentos referidos à família, à genética e ao abuso sexual. Mas sequer a teoria do bem jurídico precisava ter sido colocada em questão para que fosse reconhecida a inconstitucionalidade da incriminação do incesto, bastava a análise da autonomia da pessoa para concluir que tal proibição penal se trata de uma intervenção indevida em seu núcleo e, por conseguinte, que deveria ter sido considerada ilegítima pelo tribunal.

19. Diversas propostas têm sido concebidas para substituir a teoria político-criminal do bem jurídico, mas nenhuma, entre as mais conhecidas, apresentou argumentos fortes o suficiente para justificar o seu abandono.

20. As ideias da validade da norma e do direito penal do inimigo, de Jakobs, merecem as pesadas críticas que recebem. Em relação à preservação da validade da norma, um sistema social não deve atuar de acordo com a sua própria vontade e se fundamentar numa atribuição de sentido, mas conforme a vontade dos membros da sociedade e orientado pelas consequências reais de suas medidas penais; o fim da norma não deve ser a mera obediência dos cidadãos, já que isso é uma justificativa autoritária; o ônus de fundamentação das normas é afastado em favor de argumentações estéticas que podem legitimar não apenas democracias, mas também regimes totalitários. Em relação ao direito penal do inimigo, não pode receber legitimidade em nenhum sentido que lhe seja atribuído e nem deve ser considerado algo digno de fazer parte da ciência do direito penal; o seu acolhimento deixa a liberdade das pessoas nas mãos de quem tem o poder, que decidirá quem é o inimigo; seu emprego não é controlável e definições semelhantes serviram historicamente como gérmen da queda do Estado de direito.

21. A teoria dos sistemas de da danosidade social, de Amelung, tampouco apresenta argumentos melhores do que os da teoria político-criminal do bem jurídico. Há nela

uma transferência do foco de proteção da pessoa para a sociedade, particularmente para a integridade do sistema social, mas a pretensão de que os seus fundamentos sejam balizados por valores constitucionais contraria seu ponto de vista funcionalista sistêmico, já que direitos humanos e garantias fundamentais integram a Constituição devido ao próprio indivíduo, não pelo sistema social, ou seja, o indivíduo é protegido por si mesmo, não por fazer parte de um sistema social. Além disso, a definição de danosidade social é vazia de conteúdo e não fornece argumentos que possam questionar a legitimidade de uma proibição penal.

22. A noção de consenso normativo fundamental na sociedade, de Stratenwerth, tampouco é mais adequada do que o apresentado pela teoria político-criminal do bem jurídico. O argumento do “consenso fundamental” não pode servir para justificar uma incriminação dentro de uma sociedade liberal e democrática formada por distintas opiniões, convicções e visões de mundo; permite a perseguição e a discriminação a minorias discordantes; é um critério pobre por ignorar que o predomínio social de determinadas convicções depende de vários fatores e não aponta, apenas por si mesmo, alguma meta-regra que possa justificar uma proibição penal, pois não é legítimo restringir a liberdade das pessoas com fundamento apenas em regras sociais de conduta.

23. A teoria da proteção dos direitos dos outros, de Hörnle, ainda que sofisticada, não é mais sólida do que a teoria político-criminal do bem jurídico. A noção de “direitos dos outros” não é mais exata nem mais precisa do que a de bem jurídico; não é evidente a qualidade da dinamicidade como é na teoria do bem jurídico; não leva a uma compreensão precisa do delito, pois não é o direito subjetivo como idealização jurídica o que é afetado pelo comportamento proibido, isto é, quando alguém espanca outra pessoa, o direito dessa pessoa à integridade corporal permanece, o lesionado é a integridade corporal em si.

24. A cultura e o princípio da tolerância, como entendem Vogel, Hilgendorf e Thommen, também não demonstram capacidade de rendimento suficiente para superar a teoria político-criminal do bem jurídico. Em relação à cultura, não é possível encontrar um fundamento inequívoco sobre qual “bem” deve ser admitido com base em sua característica cultural, pois não há argumento preciso além do reconhecimento de um mundo cultural; admitir o emprego do direito penal a alguns aspectos culturais em detrimento de outros leva a uma relação de tensão entre visões de mundo e autoriza

argumentos supremacistas; pode servir de justificativa para incriminar meros tabus e comportamentos. Já o princípio da tolerância tem o problema de ser indeterminável, pois não fornece critérios que expliquem o que deve ou não ser tolerado, o que o torna manipulável e passível de ser utilizado para resguardar posições de submissão de minorias dentro da minoria cultural.

25. A proporcionalidade e a democracia, como acreditam o Tribunal Constitucional da Alemanha, Gärditz e Stuckenberg, também não tornam prescindível uma teoria político-criminal do bem jurídico. Quanto à proporcionalidade, a teoria político-criminal do bem jurídico já é uma referência ao princípio da proporcionalidade, segundo a qual uma incriminação que não proteja bens jurídicos é inadequada, desnecessária e desproporcional, o que significa uma concretização específica da proibição de excesso no direito penal. Em relação à democracia, não é um argumento que justifique o abandono da teoria do bem jurídico, pois os estágios prévios dos processos democráticos devem receber da teoria do direito penal argumentos racionais e diretrizes fundamentais. Os parlamentares precisam discutir sobre a proposta de proibição penal antes de tomarem a decisão e a teoria do bem jurídico fornece critérios críticos para isso, o que faz parte da prática democrática, e, além disso, a democracia deve respeitar a autonomia da pessoa e não se compatibiliza com uma relatividade pura.

26. O avanço da teoria do bem jurídico depende de dois desafios: a) a superação da obscuridade de seus elementos conceituais e materiais; b) o abandono da pretensão de cumprir, sozinha e com exclusividade, a ambicionada tarefa de limitar o poder estatal de incriminar.

27. A ideia de liberdade, por meio da valoração de dois de seus aspectos fundamentais e da presença de um nexo de relevância entre a valoração desses dois aspectos, permite elaborar uma construção teórica que forneça argumentos racionais que sirvam de critério político-criminal para o exame da legitimidade de normas penais e esclarecer os elementos que devem integrar o conceito de bem jurídico e o papel que pode exercer. Assim, deve ser desenvolvido um exame da legitimidade da norma penal em três fases, uma pressuposta da outra, cujo resultado é um filtro argumentativo mais completo do que o conceito de bem jurídico, que se posiciona apenas como uma de suas fases sucessivas.

28. A primeira fase do filtro de legitimidade é fundamentada na valoração da liberdade como autonomia, isto é, a esfera intocável e imponderável em que somente a pessoa pode tomar decisões. O conceito de autonomia que deve ser adotado é o de autonomia como condição, composto pelas virtudes que condicionam a pessoa ao autogoverno e tornam uma pessoa autônoma. É formado pelo exercício das virtudes da autoposse, autoidentidade, autenticidade, autodeterminação, autolegislação, autenticidade moral, independência moral, integridade, autocontrole, autoconfiança, iniciativa e responsabilidade por si mesmo.

29. Integram o núcleo intocável, imponderável e impunível da autonomia da pessoa comportamentos que sejam universalizáveis, pois a autonomia de uma pessoa não pode colidir com a autonomia de outra pessoa. A universalizabilidade deve ser entendida no sentido de que o comportamento praticado não colide com o exercício das virtudes que tornam uma pessoa autônoma, que condicionam ao autogoverno e fazem parte do conceito de autonomia como condição. Assim, se a conduta impede o exercício por outra pessoa de alguma das virtudes da pessoa autônoma, contraria o estado de exercício por todos de todas as virtudes que condicionam ao autogoverno, não é universalizável e se localiza, por conseguinte, fora do núcleo imponderável e intocável da autonomia da pessoa que a pratica, pois, do contrário, apenas ela teria o privilégio de ser considerada pessoa autônoma no pleno exercício de todas as virtudes que condicionam ao autogoverno.

30. A segunda fase do filtro de legitimidade é fundamentada na valoração da liberdade no sentido de liberdade substantiva, isto é, a liberdade concreta de realizar, de acordo com a livre escolha, aquilo que se valoriza, nos limites de uma ordem constitucional democrática.

31. O bem jurídico merecedor de proteção penal serve à liberdade substantiva de seu titular por lhe conferir um âmbito O bem jurídico merecedor de proteção penal tem importância fundamental para o seu titular devido ao acréscimo de liberdade substantiva que lhe confere ao fornecer um âmbito de oportunidades reais de concretizar o que valoriza, nos limites de uma Constituição de um Estado democrático de direito.

32. O bem jurídico merece ser protegido pelo direito penal quando a sua violação significar uma diminuição direta da esfera de liberdade substantiva de seu titular, que sofre, em razão da conduta praticada pelo autor, um rebaixamento no âmbito de

oportunidades reais de realizar o que valoriza. A extensão da violação ao bem jurídico pode ser medida pela extensão da interferência nesse âmbito de oportunidades, isto é, pela extensão da diminuição ou rebaixamento das oportunidades reais que o bem jurídico violado conferia ao seu titular antes do ataque. Por isso, proteger o bem jurídico significa proteger a liberdade do seu titular, já que o bem jurídico fornece à liberdade um conteúdo substantivo e permite que seja efetivamente exercida conforme o que seu titular entenda como uma vida boa. A liberdade em sentido substantivo é, assim, formada pelo âmbito de oportunidades reais de realizar, à sua escolha, aquilo que valoriza.

33. Os maiores problemas enfrentados pela teoria do bem jurídico ocorrem no âmbito do que dos bens jurídicos coletivos, cuja utilização para justificar proibições penais tem facilitado a vida do legislador e dificultado a do jurista preocupado com interpretações político-criminais.

34. A necessidade de identificar os bens jurídicos coletivos merecedores de proteção penal levou à formulação de diferentes critérios, não necessariamente excludentes, com o fim de esclarecer quando a referência a um bem coletivo é empregada apenas como justificativa retórica para legitimar a incriminação.

35. Roxin desenvolve doze diretrizes político-criminais cujo objetivo é distinguir os verdadeiros dos falsos bens jurídicos. Essas diretrizes concluem que: 1) normas penais arbitrárias, que tenham um conteúdo arbitrário, que sejam meramente motivadas ideologicamente ou que violem direitos humanos não protegem nenhum bem jurídico; 2) o circunlóquio de apresentações de finalidades legais não é um bem jurídico legitimador de tipo penal; 3) imoralidades ou outras rejeições de comportamentos ainda não fundamentam em si mesmas uma violação de bens jurídicos; 4) a mera referência à dignidade humana ou “dignidade da humanidade” não é uma fundamentação suficiente para uma incriminação; 5) a proteção de sentimentos somente pode ser reconhecida como bem jurídico se for em relação a sentimentos ameaçadores; 6) o dano conscientemente provocado a si mesmo, sua facilitação ou incentivo não legitima uma ameaça de pena; 7) normas penais predominantemente simbólicas devem ser rejeitadas; 8) tabus não são bens jurídicos; 9) objetos protegidos por abstrações intangíveis não são bens jurídicos; 10) a *fairness* não é um bem jurídico verdadeiro; 11) a facilitação da persecução penal não é uma justificativa para se postular um bem jurídico; 12) a

existência de “ordens de proteção” supranacionais não fundamenta um bem jurídico. Essas diretrizes de Roxin são importantes para a análise da legitimidade da postulação de bens jurídicos por apresentar hipóteses em que sua existência é duvidosa, mas é uma lista extensa de características negativas não exaustivas que, de maneira indefinida, pode se estender de acordo com a sua ilimitada aptidão de arrolar novos casos, o que diminui a praticidade do critério e que permite que o rol fique cada vez maior e adquira o aspecto de uma mera categorização exemplificativa de casos.

36. Schünemann pretende diferenciar os verdadeiros dos falsos bens jurídicos coletivos por meio do uso do conhecido princípio metodológico da navalha de Ockham, a partir da ideia de que deve ser descartada a presença de um bem jurídico coletivo, caso seja possível encontrar sem maiores dificuldades um bem individual. Essa proposta, porém, não esclarece se o corte da navalha de Ockham deve ser entendido num sentido ontológico ou normativo, pois se for compreendido em sentido ontológico quer dizer que não deve ser suposto um mundo povoado de mais objetos, ou seja, mais entidades coletivas, do que o necessário para dar sentido a ele e aos tipos penais, o que é confuso, pois o debate não pode ser sobre a existência, inquestionável, do objeto sobre o qual recai a ação, mas se for compreendido em sentido normativo, segundo o qual o bem jurídico coletivo deve ser descartado devido à sua irrelevância, será preciso complementar essa conclusão com critérios de relevância, que não são fornecidos.

37. Hefendehl entende que as características dos bens jurídicos coletivos correspondem às definições, elaboradas por Alexy, de não-exclusividade do uso, de não-rivalidade do consumo e de não-distributividade, e que a cumulação e a confiança também podem ser compreendidas como argumentos válidos para justificar uma incriminação. Mas o recurso ao critério de Alexy não consegue explicar, pela não-rivalidade, os bens não-consumíveis e a não-exclusividade se apresenta como uma mera redescrição desnecessária da característica da indivisibilidade, de modo que o único critério que deve ser considerado é o da indivisibilidade ou não-distributividade do bem jurídico coletivo. Além disso, delitos de cumulação levam a uma punição pela conduta alheia, *ex iniuria tertii*, já que a lesão do bem jurídico resulta apenas da soma de numerosos atos individuais praticados por outras pessoas, hipotéticos e, nessa medida, indeterminados, não da violação de bem jurídico derivado de um comportamento individual. Já a confiança no comportamento de outras pessoas implica na suposição de que não se comportarão contrário ao esperado, o que frequentemente se orienta por

normas de conduta, o que significa que a confiança não é um estado para cuja existência sejam necessários especiais sintomas psíquicos, mas a falta de concentração da consciência no pontual reconhecimento do inesperado, a “desconfiança”, ou seja, o fruto da estilização de um nada em algo positivamente existente, um nada que não pode ser bem jurídico e é tão abstrato que não pode ser objeto do direito penal.

38. Greco apresenta três regras-teste para identificar os bens jurídicos coletivos merecedores de proteção penal: a) o teste da circularidade, que parte do entendimento de que “o fato de que um dispositivo penal não seria legítimo sem um bem coletivo não fornece qualquer razão para postular um tal bem”; b) o teste da divisibilidade, segundo o qual “o fato de que um número indeterminado de indivíduos tenha interesse em um bem não é uma razão para postular um bem coletivo”; c) o teste da não-especificidade, que parte da premissa de que “não é permitido postular um bem coletivo como objeto de proteção de uma determinada norma penal se a afetação desse bem necessariamente pressupõe a simultânea afetação de um bem individual”. Essas três regras-teste são interessantes como critérios negativos para verificar se o bem jurídico coletivo sob análise merece ser postulado como objeto de proteção do direito penal.

39. O bem jurídico coletivo, conforme o conceito defendido nesse estudo, é um dado que tem importância fundamental não para uma pessoa individualizada, mas para uma coletividade, e confere a essa coletividade um âmbito de oportunidades, distinto daquele já conferido por bens jurídicos individuais, para que os seus membros realizem, de acordo com a sua escolha, o que valorizam, nos limites de uma ordem constitucional de um Estado democrático de direito. Mas a análise dessas características de natureza positiva deve ser precedida da submissão aos critérios negativos propostos por Greco, pois, se já for verificado que a postulação do merecimento de proteção de um bem jurídico coletivo é somente uma forma de legitimar o tipo penal (infração à regra nº 1, teste da circularidade), que ocorre apenas porque existe um número indeterminado de indivíduos com bens comuns (infração à regra nº 2, teste da divisibilidade), ou sua afetação pressupõe necessariamente a afetação simultânea de um bem individual (infração à regra nº 3, teste da não-especificidade), não é necessário ainda direcionar a análise para a verificação das características positivas aqui propostas.

40. A terceira fase do filtro de legitimidade proposto nesse estudo gira em torno da existência de um nexo de relevância entre a valoração da liberdade como autonomia e a

valorização da liberdade como liberdade substantiva. Esse nexo de relevância é uma relação de afetação negativa entre o comportamento fora da esfera da autonomia, analisado na primeira fase, e o bem jurídico merecedor de proteção penal, analisado na segunda fase, que se apresenta como uma interferência negativa relevante da conduta proibida no âmbito de oportunidades que o bem jurídico confere ao seu titular de realizar o que valoriza, na forma de sua extinção ou de sua diminuição sensível. A ausência do nexo de afetação negativa relevante tanto pode decorrer da falta de uma relação lógica entre a conduta proibida e o bem jurídico que se pretende proteger quanto de sua desprezível aptidão para afetá-lo de maneira significativa. Os fundamentos dessa terceira fase permitem concluir que a proibição penal de um comportamento que não afeta de maneira relevante o âmbito de oportunidades conferido pelo bem jurídico que se indica proteger significa um proibir irracional, que não se apoia na nocividade da conduta proibida, não protege a liberdade substantiva do titular do bem jurídico e rebaixa o nível de liberdade dos cidadãos, que ficam proibidos de praticar o comportamento antes permitido sem receber uma explicação clara que justifique esse rebaixamento em sua liberdade.

REFERÊNCIAS

a) Livros e artigos:

AMELUNG, Knut. *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsguttheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 183-195.

AGNEW, Robert. *Autonomy and delinquency*. In: *Sociological perspectives*, vol. 27, n. 2, apr. 1984, Oakland: University of California Press, 1984, p. 219-240.

ALKIRE, Sabina. *Capability and functionings: definition and justification*. In: HDCA Introductory Briefing Note. Human Development and Capability Association (HDCA). Disponível em: <<https://hd-ca.org/publications/capability-and-functionings-definition-justification>>

ALKIRE, Sabine; DENEULIN, Séverine. *The human development and capability approach*. In: SÉVERINE, Deneulin; SHAHANI, Lila. *An introduction to the human development and capability approach – freedom and agency*. London: Earthscan: 2009, p. 22-48.

ASHOLT, Martin. *Die Debatte über das „Feindstrafrecht“ in Deutschland – Aufleben eines alten Dilemmas am Anfang des 21. Jahrhunderts?*. In: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 6. Jahrgang, Ausgabe 4, 2011, p. 180-192. Disponível em: <http://www.zis-online.com/dat/artikel/2012_3_649.pdf>

BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal: conceptos fundamentales y sistema - introducción a la sistemática sobre la base de casos*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973.

BAUMANN, Jürgen; WEBER, Ulrich; MITSCH, Wolfgang. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 11. Auflage, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2003.

BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene*, Nuova Edizione, London: Lackington, Allen, and Co., 1801.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung – eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*. Erster Band. Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1872.

BINDING, Karl. *Grundriss des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Leipzig: Verlag von Wilhelm Engelmann, 1902.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Über das Erfordernis eines Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechen, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*. Archiv des Strafrechts, Neue Folge, Halle: C. A. Schwetckhe und Sohn, 1834.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte geral*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1967.

BUDDHA, Gotama. *Sutta Nipáta or, dialogues and discourses of Gotama Buddha*, translated by Sir M. Coomára Swámy. London: Trübner & Co., 1874.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal – parte especial 1*, São Paulo: Editora Atlas, 2014.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias da prevenção geral positiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do harm principle*. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito penal como crítica da pena – estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 133-149.

CROCKER, David A. *Ethics of global development – agency, capability, and deliberative democracy*. New York: Cambridge University Press, 2008.

DAVID, Décio Franco. *Análise crítica dos crimes contra o respeito aos mortos no direito penal brasileiro*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 117, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 141-174.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal, parte geral*, tomo I, São Paulo/Coimbra: Editora RT, Coimbra Editora, 2007.

DWORKIN, Gerald. *The theory and practice of autonomy*. New York: Cambridge University Press, 2008.

FEINBERG, Joel. *Harm to others*. New York: Oxford University Press, 1984.

FEINBERG, Joel. *Offense to others*. New York: Oxford University Press, 1985.

FEINBERG, Joel. *Harm to self*. New York: Oxford University Press, 1986.

FEINBERG, Joel. *Harmless wrongdoing*. New York: Oxford University Press, 1988.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Philosophisch-juridische Untersuchung über das Verbrechen des Hochverraths*, Erfurt: Henningschen Buchhandlung, 1798.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 5. Auflage. Giessen: Georg Friedrich Heyer, 1812.

FRAGOSO, Christiano. *Autoritarismo e sistema penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal – a nova parte geral*, 8ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coord.). *Código penal e sua interpretação*, 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FREUND, Georg. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2009.

FRISCH, Wolfgang. *Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens*. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsguttheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 215-238.

GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*, volume I, São Paulo: Max Limonad, 1951.

GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. *Strafbegründung und Demokratieprinzip*. In: *Der Staat*, Vol. 49, N. 3, Berlin: Duncker & Humblot, 2010, p. 331-367.

GRECO, Luís. *Casa de prostituição (art. 229 do CP) e direito penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467)*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n. 92. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 431-456.

GRECO, Luís. *Dolo sem vontade*. In: *Liber Amicorum de José de Sousa Brito em comemoração do 70º aniversário*, Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 885-903.

GRECO, Luís. *Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?* In: Revista de concorrência e regulação n. 7/8, Lisboa: Edições Almedina S.A., 2012, p. 349-374.

GRECO, Luís. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie – Ein Beitrag zur gegenwärtigen strafrechtlichen Grundlagendiskussion*. Berlin: Duncker & Humblot, 2009.

GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

GRECO, Luís. “*Princípio da ofensividade*” e crimes de perigo abstrato. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 49. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 89-147.

GRECO, Luís. *Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais*. In: Revista Liberdades nº 3, janeiro-abril de 2010, São Paulo: IBCCRIM, 2010, p. 47-59. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/03/integra.pdf> Acesso em: 05.jul.2017.

GRECO, Luís. *Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 87. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 84-102.

GRECO, Luís. *Sobre o chamado direito penal do inimigo*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 56. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 80-112.

GRECO, Luís. *Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? – Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*. In: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 3. Jahrgang, Ausgabe 5, 2008, p. 234-238. Disponível em: <http://zis-online.com/dat/artikel/2008_5_235.pdf> Acesso em 23.jun.17.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. *Aproximação a uma teoria da corrupção*. In: LEITE, Alar; TEIXEIRA, Adriano (org.) “Crime e política – corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito”. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 19-52.

GÜNTHER, Klaus. *Die Person der personalen Rechtsgutslehre*. In: NEUMANN, Ulfried; PRITTWITZ, Cornelius (Hrsg.). „ Personale Rechtsgutslehre“ und „Opferorientierung im Strafrecht“, Frankfurt am Main: Peter Lang Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2007, p. 15-39

HAFt, Fritjof. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Auflage, München: C.H. Beck, 2004.

HARCOURT, Bernard E., *The collapse of the harm principle*. In: The Journal of Criminal Law & Criminology, volume 90. Chicago: Northwestern University School of Law, 1999, p. 109-194.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *Law, liberty and morality*, Oxford/New York: Oxford University Press, 1968.

HASSEMER, Winfried. *Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?* In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsguttheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 57-64.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HASSEMER, Winfried. *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*, trad. Patricia S. Ziffer. In: *Doctrina Penal – Teoría y Práctica en las Ciencias Penales* n. 45/48, 1989, p. 274-285.

HEFENDEHL, Roland. *Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm*. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsguttheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 119-132.

HEFENDEHL, Roland. *Der Begriff des Rechtsguts*. In: *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 154 Jahrgang, 2007, München: R. v. Decker, 2007, p. 1-14.

HILGENDORF, Eric. *Das Eigene und das Fremde I: Die deutsche Strafgesetzgebung und Strafrechtspraxis vor den Herausforderungen kultureller Pluralisierung:*

Begleitaufratz zur strafrechtlichen Abteilung des 70. Deutschen Juristentages Hannover 2014. In: Strafverteidiger Band 34, 9/2014, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2014, p. 555-563.

HILGENDORF, Eric. *Strafrecht und Interkulturalität – Plädoyer für eine kulturelle Sensibilisierung der deutschen Strafrechtsdogmatik.* In: JuristenZeitung 64. Jahrgang, Nr. 3, Tübingen: Mohr Siebeck, 2009, p. 139-144.

HOMAZABAL MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho – el objeto protegido por la norma penal,* Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 1992.

HOLTUG, Nils. *The harm principle.* In: Ethical theory and moral practice 5, n. 4, Dordrecht: Kluwer Academic Publisher, dez. 2002, p. 357-389.

HÖRNLE, Tatjana. *Das Verbot des Geschwisterinzests – Das Verbot des Geschwisterinzests – Verfassungsgerichtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik.* In: Neue Juristische Wochenschrift, München: C.H. Beck, 2008, p. 2085-2088.

HÖRNLE, Tatjana. *Der Schutz von Gefühlen im StGB.* In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsguttheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 268-280.

HÖRNLE, Tatjana. *Grob anstößiges Verhalten – Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus.* Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005.

HÖRNLE, Tatjana. *Theories of criminalization.* In: The Oxford Handbook of Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 679-701.

HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal,* volume VIII, 5ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Memorial de *amicus curiae* na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.097/DF, 2016, p. 30-31. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/docs/amicus_curiae/ADI5097DF_IBCCRIM.pdf> Acesso em 14.nov.2017.

ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente – doutrina e jurisprudência.* São Paulo: Editora Atlas, 2010.

JAKOBS, Günther *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*. In: HRR-Strafrecht Onlinezeitschrift Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, 5. Jahrgang, Ausgabe 3, 2004, p. 88-95. Disponível em: <<https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/04-03/index.php3?seite=6>>. Acesso em 05.out.2016.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general*, traducción de Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo, 2ª edición, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas S.A., 1997.

JAKOBS, Günther. *Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit*. In: HRR-Strafrecht Onlinezeitschrift Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, 7. Jahrgang, Ausgabe 8-9, 2006, p. 289-297. Disponível em: <<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/06-08/index.php?&sz=7>>. Acesso em 06.out.2016.

JAKOBS, Günther. *Recht und Gut – Versuch einer strafrechtlichen Begriffsbildung*. In: FREUND, Georg; MURMANN, Uwe; BLOY, René; PERRON, Walter (Hrsg.). Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker und Humblot, 2013, p. 81-93.

KAHLO, Michael. *Über den Zusammenhang von Rechtsgutsbegriff und objektiver Zurechnung im Strafrecht*. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). Die Rechtsguttheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 26-38.

KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Berlin: Verlag von L. Heimann, 1870.

KANT, Immanuel. *Die Methaphysik der Sitten – Herausgegeben und mit Einleitung sowie einem Personen-und Sachregister versehen von Karl Vorländer*, Dritte Auflage, Leipzig: Verlag von Felix Meiner, 1919.

KIM, Young-Whan. *Verhaltensdelikte versus Rechtsgutsverletzungen – Zur aktuellen Diskussion um einen materiellen Verbrechensbegriff*, In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 124, Berlin: Walter De Gruyter, 2012, p. 591-611.

KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2008.

KRAUß, Detlef. *Rechtsgut und kein Ende – Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests (BVerfGE 120, 224)*. In: HERZOG, Felix; NEUMANN, Ulfrid. Festschrift für Winfried Hassemer, Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2010, p. 423-437.

KUHLEN, Lothar. *Rechtsgüter und neuartige Deliktstypen*. In: VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. (Hrsg.), *Mediating Principles, Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2006, p. 148-156.

LOBATO, José Danilo Tavares. *Direito penal ambiental e seus fundamentos – parte geral*. Curitiba: Juruá, 2011.

LOOS, Fritz. *Hans Welzel (1904-1977) – La búsqueda de lo suprapositivo en el Derecho*. In: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 4. Jahrgang, Ausgabe 5, 2009, p. 225-239. Disponível em: <http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_5_317.pdf>. Acesso em 22.jun.2016.

LYRA, Roberto. *Direito penal, parte geral*. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1938.

MACKINNON, Catharine A. *Only words*, Third printing, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.

MARQUES, José Frederico. *Curso de direito penal*. Volume II. São Paulo: Editora Saraiva, 1956,

MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Harm principle e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* vol. 115, 2015, p. 254-289.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal – limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais*. São Paulo: LiberArs, 2015.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Lições fundamentais de direito penal – parte geral*, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Alessandra Beatriz. *Tutela penal do embrião in vitro*, São Paulo: Editora Cultura Acadêmica, 2013.

MCCAFFREY, Barry R. *Don't legalize those drugs*. In: *The Washington Post*, June 29,

1999. Disponível em:

<https://www.washingtonpost.com/archive/opinions/1999/06/29/dont-legalize-those-drugs/7cc7326f-2609-4ddf-addd-036c4e4f5649/?utm_term=.8c0611eaeae> Acesso em 25.set.2016.

MCCAFFREY, Barry R. *Legalization would be the wrong direction*. In: L.A. Times, July 27, 1998. Disponível em < <http://articles.latimes.com/1998/jul/27/local/me-7526>> Acesso em 25.set.2016.

MCLEOD, Carolyn. *How to distinguish autonomy from integrity?* In: Canadian Journal of Philosophy, volume 35, number 1, March 2005, Alberta: University of Calgary Press, 2005, p. 107-133.

MEZGER, Edmund. *Derecho penal, parte general*, tradução de Ricardo C. Núñez, Buenos Aires, Editorial Bibliografica Argentina, 1958.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal – concepto y método*. 2ª edición. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo – estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 4ª edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

NEUMANN, Ulfrid. *Alternativen: keine. – Zur neueren Kritik an der personalen Rechtsgutslehre*. In: NEUMANN, Ulfrid; PRITTWITZ, Cornelius (Hrsg.). *Personale Rechtsgutslehre“ und „Opferorientierung im Strafrecht“*, Frankfurt am Main: Peter Lang Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2007, p. 85-96.

NEUMANN, Ulfried. *Feindstrafrecht*. In: Bitte bewahren Sie Ruhe! Leben im Feindrechtsstaat, UWER, Thomas (Hrsg.) / Berlin: Strafverteidigervereinigungen Organisationsbüro, 2006, p. 299-314.

Disponível em:

<http://www.strafverteidigervereinigungen.org/Material/Themen/Feindstrafrecht/neumann_Feindstrafrecht.pdf>. Acesso em: 09.out.2016

NORMAN, Richard. *Autonomy in applied ethics*. In: HONDERICH, Ted (Ed.). *The Oxford companion to philosophy*, Second Edition. New York: Oxford University Press, 2005, p. 72.

NORONHA, Magalhães E. *Direito penal*, 1º volume, São Paulo: Editora Saraiva, 1959.

NOZICK, Robert. *Anarchy, state, and utopia*. Oxford: Blackwell, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal – parte geral, parte especial*, 7ª edição. São Paulo: Editora RT, 2011.

NUSSBAUM, Martha C. *Beyond “compassion and humanity”: justice for nonhuman animals*. In: SUNSTEIN, Cass R.; NUSSBAUM, Martha C. (Ed.). *Animals rights – current debates and new directions*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 299-320.

NUSSBAUM, Martha C. *Capabilities as fundamental entitlements: Sen and social justice*. In: *Feminist Economics* 9 (2-3), 2003. New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2003, p. 33-59.

NUSSBAUM, Martha C. *Creating capabilities – the human development approach*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

OTTO, Harro. *Grundkurs Strafrecht*, 7. Auflage. Berlin: De Gruyter Recht, 2004.

PAWLIK, Michael. *El delito, ¿lesión de un bien jurídico?*, tradução de Ivó Coca Vila. In: *Indret – Revista para el análisis del Derecho* nº 2, Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2016, p. 1-15. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/1222.pdf>>. Acesso em 22.jun.16.

PERŠAK, Nina. *Criminalising harmful conduct – The harm principle, its limits and continental counterparts*, New York: Springer, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, volume 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, volume 2, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. Parecer na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.097/DF, 2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4542708>> Acesso em 14.nov.2017.

RADBRUCH, Gustav. *Die Erneuerung des Rechts*. In: KAUFMANN, Arthur (Hrsg.). Gustav Radbruch Gesamtausgabe Band 3 - Rechtsphilosophie III. Heidelberg: C. F. Müller, 1990, p. 107-114.

RAZ, Joseph. *The morality of freedom*, Oxford: Clarendon Press, 1988.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal – parte geral*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REES, John Collwyn. *A re-reading of Mill 'On liberty'*. In: GRAY, John and SMITH G. W. (ed.) *J. S. Mill On liberty in focus*. London/New York: Routledge, 1991, p. 169-189.

RYAN, Alan. *The philosophy of John Stuart Mill*, London: Macmillan, 1970.

ROBEYNS, Ingrid. *The capability approach: a theoretical survey*. In: *Journal of Human Development*, vol. 6, n. 1, March 2005. New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2005, p. 93-114.

ROXIN, Claus. *Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand*. In: *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 160. Jahrgang, 2013, München: R. v. Decker, 2013, p. 433-453.

ROXIN, Claus. *Derecho penal – parte general*, Tomo I, traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal, Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997.

ROXIN, Claus. *Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?*. In: HEFENDEHL, Roland (Hrsg.). *Empirische und dogmatische Fundamente kriminalpolitischer Impetus*, Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 135-150.

ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, 2006.

ROXIN, Claus. *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte*. In: NEUMANN, Ulfrid; HERZOG, Felix (Hrsg.) Festschrift für Winfried Hassemer. Heidelberg: C. F. Müller, 2010, p. 573-597.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 5. Auflage. München: Verlag C.H. Beck, no prelo.

SCHICK, Stefan. *Feindstrafrecht als regulative Idee*. In: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 7. Jahrgang, Ausgabe 3, 2012, p. 46-60. Disponível em: < http://www.zis-online.com/dat/artikel/2012_3_649.pdf >. Acesso em 08.out.2016.

SCHONSHECK, Jonathan. *On criminalization – an essay in the philosophy of the criminal law*. Dordrecht: Springer Science Business Media B.V., 1994.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation*. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsguttheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 133-154.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?*, traducción de Lourdes Baza. In: DONNA, Edgard Alberto (Org.). *Obras*, tomo II, Santa Fé/Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2009, p. 13-40.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal*. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Compilador). *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales – Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario*, traducción de Jesús-María Silva Sánchez, Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1991, p. 31-80.

SEHER, Gehard. *Prinzipiengestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff*. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsguttheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 39-56.

SEN, Amartya. *Human rights and capabilities*. In: *Journal of Human Development*, vol. 6, n. 2, July 2005. New York: Routledge – Taylor & Francis Group, 2005, p. 151-166.

SEN, Amartya. *Rationality and freedom*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2002.

SEN, Amartya. *The idea of justice*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009.

SHKLAR, Judith N. *The liberalism of fear*. In: ROSENBLUM, Nancy L. (ed.). *Liberalism and the moral life*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1989, p. 21-38.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal – Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Segunda edición, Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual – interesses difusos*. São Paulo: Editora RT, 2003.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro – parte geral*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1921.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro – especial*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1924.

SOLOW, Robert. *An almost practical step toward sustainability*. In: *Resources for the Future*, Resources Policy Volume 19, Issue 3, Washington D.C.: September 1993, p. 162-172.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Da criminologia à política criminal: direito penal econômico e o novo direito penal*. In: GUEIROS SOUZA, Artur de Brito (Org.). *Inovações no direito penal econômico – contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília-DF: ESMPU, 2011, p. 105-146.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal – parte geral*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2015.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Rezensionen – Tatjana Hörnle, Grob anstößiges Verhalten – Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*. In: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 1. Jahrgang, Ausgabe 11, 2006, p. 545-549. Disponível em: < http://www.zis-online.com/dat/artikel/2006_11_90.pdf > Acesso em

25.out.2016.

STRATENWERTH, Günther. *Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter*. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsguttheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 255-260.

STRATENWERTH, Günther; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, 5. Auflage, Köln: Carl Heymanns Verlag, 2004.

STRATENWERTH, Günther. *Zur Legitimation von „Verhaltensdelikten“*. In: VON HIRSCH, von Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Mediating Principles: Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2006, p. 157-165.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre - Bemerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat*. In: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 158. Jahrgang, 2011, München: R. v. Decker, 2011, p. 653-661.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. *The constitutional deficiencies of the german Rechtsgutslehre*. In: *Oñati Socio-Legal Series*, v. 3, n. 1, 2013, Oñati, Gipuzkoa: Oñati International Institute for the Sociology of Law, 2013, p. 31-41. Disponível em: <<http://opo.iisj.net/index.php/osls/article/viewFile/190/99>> Acesso em 25.jun.2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=262712>> Acesso em 14.nov.2017.

SWOBODA, Sabine. *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Band 122, Berlin: Walter De Gruyter, 2010, p. 24-50.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. *La satisfacción de necesidades como critério de determinación del objeto de tutela jurídico-penal*. In: *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* n. 63, Madrid: Universidad Complutense, 1981, p. 123-149.

THOMÉ, Romeu. *Manual de direito ambiental*, 5ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

THOMMEN, Marc. *Toleranz & Anti Social Behavior*. In: VON HIRSCH, Andrew;

SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. (Hrsg.), *Mediating Principles, Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2006, p. 109-121.

VOGEL, Joachim. *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Band 115, Berlin: Walter De Gruyter, 2003, p. 638-670.

VOGEL, Joachim. *Transkulturelles Strafrecht*. In: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 157 Jahrgang, 2010, München: R. v. Decker, 2010, p. 1-14.

VON HIPPEL, Robert. *Die Tierquälerei in der Strafgesetzgebung des In- und Auslandes, historisch, dogmatisch und kritisch dargestellt nebst Vorschlägen zur Abänderung des Reichsrechts*. Berlin: Verlag von Otto Liebmann, 1891.

VON HIRSCH, Andrew. *Der Rechtsgutsbegriff und das „Harm Principle“*. In: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsguttheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, p. 13-25.

VON IHERING, Rudolph. *Der Zweck im Recht*, Zweiter Band. Leipzig: Druck und Verlag von Breitkopf & Härtel, 1883.

VON LISZT, Franz. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 10. Auflage, Berlin: J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, 1900.

VON LISZT, Franz. *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche*. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Sechster Band, Berlin und Leipzig: Verlag von J. Guttentag (D. Collin), Wien: Manz'sche k.k. Hof-Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1886, p. 663-698.

VON LISZT, Franz. *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft*. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Achter Band, Berlin und Leipzig: Verlag von J. Guttentag (D. Collin), Wien: Manz'sche k.k. Hof-Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1888, p. 134-156.

VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, 2. Auflage, Heidelberg: Springer, 2011.

WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Auflage, Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1969.

WOHLLEBEN, Peter. *The hidden life of trees: what they feel, how they communicate – discoveries from a secret world*. Vancouver: Greystone Books, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro – II, I*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal, parte general*, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*, Segunda Reimpresión, Buenos Aires: Ediar, 2009.

b) Legislação:

ALEMANHA. Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch*). Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>>. Acesso em 22.jun.2016.

ALEMANHA. Lei contra o Doping no Esporte (*Gesetz gegen Doping im Sport (Anti-Doping-Gesetz - AntiDopG)*). Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/antidopg/BJNR221010015.html>> Acesso em 08.jul.2017.

ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*). Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>> Acesso em 22.jun.2016.

ALEMANHA. Lei sobre Negociação de Títulos de Crédito (*Gesetz über den Wertpapierhandel (Wertpapierhandelsgesetz – WpHG)*). Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/wphg/_38.html> Acesso em 08.jul.2016.

ALEMANHA. Lei de Proteção aos Embriões alemã (*Embryonenschutzgesetz - ESchG*). Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BJNR027460990.html>> Acesso em 22.jun.2016.

ALEMANHA. Lei de Transplantes alemã (*Transplantationsgesetz - TPG*). Disponível

em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/tpg/gesamt.pdf>>. Acesso em 22.jun.2016.

BRASIL. Código Penal brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 22.jun.2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22.jun.2016.

BRASIL. Decreto n. 5.591, de 22 de novembro de 2005. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5591.htm >

BRASIL. Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 2.121/2015. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/212> >

BRASIL. Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em 22.jun.2016.

BRASIL. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm >

BRASIL. Lei 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em 22.jun.2016.

c) Jurisprudência:

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*): BVerfG, 2 BvR 392/07 vom 26. Februar 2008, Rn. (1-128).

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*): BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30. Juni 2009, Rn. (1-421).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal: STF, ADPF 54/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 12 de abril de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal: STF, ADI 5.097/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, ainda em curso.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal: STF, HC 104467/RS, Primeira Turma, Relatora Ministra Cármen Lúcia, julgado em 08 de fevereiro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal: STF, RE 635.659/SP, Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, ainda em curso.