

HUMBERTO 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

 Marcial
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

SUMÁRIO

Prefácio – LUÍS GRECO	9
Apresentação – HUMBERTO SOUZA SANTOS.....	11
Agradecimentos	13
Abreviaturas	15
Introdução	25
1. A teoria do bem jurídico em sentido político-criminal	31
1.1 Considerações introdutórias	31
1.2 A evolução histórica da teoria do bem jurídico anterior ao conceito limitador do poder de incriminar do legislador	32
1.2.1 A proteção de bens na concepção de Johann Michael Franz Birnbaum	32
1.2.2 O conceito de bem jurídico de Karl Binding	34
1.2.3 A teoria do bem jurídico de Franz von Liszt	36
1.2.4 O conceito metodológico ou teleológico neokantiano de bem jurídico	39
1.2.5 A interrupção do desenvolvimento da teoria do bem jurídico no período nacional-socialista	41
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	43
1.3 Primeira síntese parcial do Capítulo 1.....	47
1.4 O conceito político-criminal de bem jurídico e sua pretendida natureza constitucional	47

1.5	As principais vertentes do conceito político-criminal de bem jurídico	50
1.5.1	A teoria monista-pessoal	51
1.5.2	A teoria dualista	56
1.6	Segunda síntese parcial do Capítulo 1	58
1.7	A combinação entre a teoria do bem jurídico e os princípios limitadores do poder estatal de incriminar desenvolvidos no sistema anglo-saxão	59
1.7.1	O conceito de <i>harm principle</i> de John Stuart Mill	59
1.7.2	Os limites morais do direito penal, segundo Joel Feinberg	62
1.7.3	As propostas mais conhecidas de combinação dos princípios desenvolvidos na discussão anglo-saxã com a teoria do bem jurídico	67
1.7.3.1	Os princípios limitadores da discussão anglo-saxã e o conceito de bem jurídico como argumentos complementares	67
1.7.3.2	O bem jurídico como resultado derivado de uma ponderação de princípios.....	70
1.7.4	Críticas aos princípios desenvolvidos no debate anglo-saxão e à sua transposição para a teoria do bem jurídico	73
1.8	Terceira síntese parcial do Capítulo 1	78
1.9	Balço das principais conclusões do Capítulo 1	78
2.	A colocação da teoria político-criminal do bem jurídico em dúvida e as propostas alternativas à sua adoção	81
2.1	Considerações introdutórias	81
2.2	O reconhecimento de exceções à teoria do bem jurídico em sentido político-criminal por seus próprios defensores	82
2.2.1	Proteção de embriões, de animais e plantas e da vida das gerações futuras	83
2.2.2	Velocidades do direito penal	86
2.2.3	Delitos de comportamento	88
2.3	Primeira síntese parcial do Capítulo 2.....	90

2.4	As principais críticas da doutrina à teoria político-criminal do bem jurídico	91
2.4.1	Críticas ao pressuposto histórico	92
2.4.2	Críticas à imprecisão dos elementos conceituais.....	94
2.4.3	Críticas aos fundamentos.....	98
2.5	A rejeição da teoria político-criminal do bem jurídico pela jurisprudência alemã	101
2.6	Segunda síntese parcial do Capítulo 2	106
2.7	As propostas de abandono da teoria do bem jurídico em sentido político-criminal.....	108
2.7.1	A garantia da validade da norma	108
2.7.2	A proteção da validade da norma de um sistema social constitucional	112
2.7.3	O consenso normativo fundamental	116
2.7.4	A proteção dos direitos dos outros	120
2.7.5	A cultura e o princípio da tolerância	124
2.7.6	A proporcionalidade e a democracia.....	128
2.8	Terceira síntese do Capítulo 2	135
2.9	Balço das principais conclusões do Capítulo 2.....	137
3.	A construção de um filtro trifásico de legitimidade das normas penais	141
3.1	Considerações introdutórias	141
3.2	Primeira fase do filtro de legitimidade das normas penais: comportamento fora da esfera imponderável e intocável da autonomia da pessoa.....	142
3.3	Primeira síntese parcial do Capítulo 3.....	150
3.4	Segunda fase do filtro de legitimidade das normas penais: existência de bem jurídico merecedor de proteção penal	152
3.4.1	Explicação prévia necessária: a liberdade substantiva	153
3.4.2	O bem jurídico merecedor de proteção penal	162
3.4.3	O bem jurídico coletivo merecedor de proteção penal ..	166

3.4.3.1	Estabelecimento de diretrizes político-criminais ...	167
3.4.3.2	Aplicação da Navalha de Ockham.....	182
3.4.3.3	Identificação das características dos bens jurídicos coletivos.....	184
3.4.3.4	Submissão a regras-teste	186
3.4.3.5	As características essenciais dos bens jurídicos coletivos merecedores de proteção penal de acordo com o conceito aqui defendido.....	193
3.5	Segunda síntese parcial do Capítulo 3	198
3.6	Terceira fase do filtro de legitimidade das normas penais: nexos de idoneidade para violação entre o comportamento proibido e o bem jurídico protegido	201
3.7	Terceira síntese parcial do Capítulo 3	206
3.8	Balço das principais conclusões do Capítulo 3.....	206
4.	Análise de tipos penais brasileiros de legitimidade controvertida ..	211
4.1	Considerações introdutórias	211
4.2	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).....	212
4.3	Os delitos referidos a plantas, previstos nos artigos 38 a 53 da Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais).....	222
4.4	Os delitos referidos a embriões, previstos nos artigos 24 a 26 da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança).....	225
4.5	O delito referido a gerações futuras, previsto no artigo 60 da Lei 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais)	237
4.6	O delito de ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo, previsto no artigo 208 do Código Penal	239
4.7	Os “crimes contra o respeito aos mortos”, previstos nos artigos 209 a 212 do Código Penal	248
4.8	O delito de casa de prostituição, previsto no artigo 229 do Código Penal	264

4.9 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).....	269
4.10 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)	273
4.11 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.....	276
4.12 Balanço das principais conclusões do Capítulo 4.....	280
5. Conclusões	289
Bibliografia	297

PREFÁCIO

Coube-me a grata tarefa de prefaciá-lo livro de meu amigo Humberto Souza Santos, que examina se “Ainda vive a teoria do bem jurídico?” e oferece “Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar”. No Brasil, não faltam trabalhos sobre o tema; ainda assim, as reflexões de Souza Santos se destacam e merecem especial atenção do público interessado, por pelo menos três razões.

Primeiramente, a obra de Souza Santos é *minuciosamente informativa*; ela dá notícia tanto da história da teoria do bem jurídico, ainda que aqui não se encontre o seu foco, quanto da atual discussão, e leva em conta a discussão de língua inglesa, sobre o chamado harm principle, como a de língua alemã e espanhola. A leitura do trabalho de Souza Santos situa o leitor na crista da onda do complexo debate contemporâneo, o que, num contexto cientificamente periférico como o brasileiro, por si só, já justificaria a publicação.

Mas o trabalho não se limita a repetir o que os outros já pensaram; essas ideias são a primeira matéria prima de que ele se vale para desenvolver um caminho todo próprio, baseado na teoria das capacidades de Amartya Sen. Essa teoria, cujo enfoque é uma concepção não apenas formal, e sim substancial de liberdade, que, simplificadamente, a entende como as oportunidades reais disponíveis a uma pessoa para que, à sua escolha, realize o que tem razão para valorizar, leva Souza Santos a desenvolver uma compreensão própria do que é bem jurídico, que ele situa na segunda de três fases de um filtro de legitimidade das normas penais. Na primeira fase deve ser analisado se a conduta proibida está fora da esfera imponderável e intocável da autonomia; na terceira, se existe nexos de idoneidade para violação entre a conduta proibida e o bem jurídico protegido. Se essa abordagem é ou não correta, não cumpre ao prefaciador

avaliar; indiscutível é que se trata de uma *original* (e instigante) contribuição para um debate que muitos criam esgotado.

Por fim, Souza Santos não se acomoda no plano abstrato da (própria) teoria, mas, numa atitude corajosamente *prática*, desce para o concreto, dedicando o quarto e último capítulo de sua tese a uma análise de tipos penais problemáticos do direito brasileiro. Reflexão tamanhamente cuidadosa, que se inicia já com a escolha dos tipos a serem examinados e sempre desemboca numa conclusão ponderada, é de todo pioneira e, em dois aspectos, nada menos do que exemplar: ela é um exemplo de como teoria e prática, abstração e concretude, têm de caminhar juntos; e um exemplo de como o diálogo com construções estrangeiras tem de conseguir chegar ao direito brasileiro.

Concluo com algumas observações sobre o *autor* dessa informativa, original e prática contribuição para o debate sobre os limites às criminalizações estatais. Conheci Humberto durante meu hiato como professor substituto na UFRJ, no primeiro semestre de 2001, antes de ir-me para a Alemanha, o que ocorreu em outubro daquele ano. Pude, à distância, acompanhar seu desenvolvimento, inclusive prefaciando seu primeiro livro, o pioneiro trabalho sobre “Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva” (São Paulo, Manole, 2004), fruto de sua monografia de graduação, e discutir com o autor sobre o conceito de dolo, a que dedicou sua dissertação de mestrado, a qual, contudo, não foi publicada em forma de livro (há artigos nela baseados: “Problemas estruturais do conceito volitivo de dolo”, in: Greco/Lobato, “Temas de Direito Penal – Parte Geral”, Rio de Janeiro, Renovar, 2008; “Elementos fundamentais de um conceito de dolo político-criminalmente orientado”, in: Revista Brasileira de Ciências Criminais 97, São Paulo, RT, 2012; “O dolo nos crimes econômicos e empresariais”, in: Lobato/Martinelli/Souza Santos, “Comentários ao direito penal econômico brasileiro”, Belo Horizonte, D’Plácido, 2017). A manifesta e indiscutível qualidade desses trabalhos já criava uma expectativa de que o jovem Humberto algum dia seria capaz de escrever um livro como o presente. Mas o fato de que o autor o tenha feito, isto é, que tenha logrado transformar a expectativa em realidade, permanece notável e me enche não apenas de alegria, como também de certo orgulho. Que a presente publicação estimule Humberto Souza Santos a prosseguir contribuindo para a ciência do direito penal brasileiro!

Berlim, 17 de novembro de 2019.

LUÍS GRECO

Professor Catedrático de Direito Penal,
Direito Processual Penal, Direito Penal Estrangeiro
e Teoria do Direito Penal da Universidade Humboldt,
de Berlin.

APRESENTAÇÃO

O livro que apresento é fruto da tese de meu doutoramento na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, defendida em 16 de fevereiro de 2018 diante de uma banca examinadora formada por três professores da própria Universidade do Estado do Rio de Janeiro: o Prof. Dr. Davi de Paiva Costa Tangerino, meu orientador, o Prof. Dr. Christiano Falk Fragoso e o Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros Souza; e por dois professores “importados” de casas paulistas: a Profa. Dra. Ana Elisa Liberatore Silva Bechara, da Universidade de São Paulo, e o Prof. Dr. João Paulo Orsini Martinelli, do Instituto de Direito Público de São Paulo; os quais, por unanimidade, concederam o grau máximo possível, aprovação com distinção de louvor e recomendação para publicação. A tese também foi submetida ao juízo do Prof. Dr. Luís Greco, da Universidade Humboldt, de Berlim, Alemanha, que concedeu a segunda honraria: publicação na já histórica coleção coordenada por ele na Editora Marcial Pons, com direito ao seu prefácio. As modificações que fiz em relação ao texto original foram especialmente didáticas, com o objetivo de facilitar ao leitor o enfrentamento das difíceis questões abordadas.

Escolhi para o título a pergunta “ainda vive a teoria do bem jurídico?” por entender que é um ponto de partida capaz de refletir 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 o entendimento de que o poder estatal de incriminar pode 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 político-criminal do bem jurídico é também opositor do questionamento ao direito positivo, pois há propostas de substituir a teoria político-criminal do bem jurídico por critérios também limitadores do poder estatal de incriminar, é preciso 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 com base na “cultura” ou a um relativismo fundamentado nos princípios da proporcionalidade e da democracia.

Mas acredito que a variedade e a sofisticação dessas explicações não podem ser consideradas suficientes para afastar a lição oferecida pela História de que é perigoso negar a validade de critérios para aferir a legitimidade do uso do direito penal apenas porque não derivam de poderes estatais e sim de conclusões racionais extraídas do debate científico. Por isso, esse trabalho teima em 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 âmbito da arbitrariedade. Tais argumentos, segundo a proposta que defendo no presente estudo, giram em torno da ideia de liberdade e da valoração de alguns de seus aspectos fundamentais, o que se adequa ao fato de que, em última instância, é sempre a liberdade o que entra em jogo no direito penal.

Rio de Janeiro, 12 de novembro de 2019.

HUMBERTO SOUZA SANTOS

INTRODUÇÃO

“Aqueles que são considerados mortos vivem mais”, responde Schönemann com um antigo ditado aos frequentes anúncios de morte 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 lei penal que não proteja bem jurídico é ilegítima, significa apenas um dogma que não merece ser conservado.⁴

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.

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 após dois séculos de constante desenvolvimento e 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 a sua abolição 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 é proibido porque há motivos racionais que justificam tal proibição. 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 interferir em qualquer campo da vida, o que deixaria a liberdade do cidadão 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 semelhante a um jogo dogmático de avelórios, contas de vidro ou bolas de gude,⁵ 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 que afetam somente a moralidade. 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, 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 elei-

5. Termo no original em alemão “*Dogmatisches Glasperlenspiel*”, cunhado por Roland Hefen-dehl, Andrew von Hirsch e Wolfgang Wohlers no subtítulo da 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 de Castália, uma comunidade do século XXIII, que praticavam uma atividade lúdica e sofisticada definidora dos valores da sociedade: o jogo dos avelórios ou das contas de vidro, objetos também conhecidos no Brasil como bolas de gude.

toreiros, etc. A admissão de que existem problemas na noção de que o poder de incriminar do legislador deve ser submetido ao escrutínio científico é importante para a correção de suas falhas, mas não basta para conformá-la aos limites das ideias impotentes. A ciência do direito penal, como uma penetra, 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.

O trabalho que o leitor agora encara pretende colaborar com esse diálogo. Para isso, decidi desenvolvê-lo com três preocupações principais. A primeira, expor e analisar a discussão sobre a teoria político-criminal do bem jurídico: 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 científica. A segunda, propor um raciocínio teórico que forneça bons argumentos para o questionamento racional da legitimidade de normas penais. A terceira, submeter esse raciocínio proposto a discussões sobre tipos penais de legitimidade controvertida, para testar a sua capacidade de rendimento. Essas três preocupações levaram a uma fragmentação do estudo em quatro capítulos, além de sua conclusão final, cada qual com um papel definido.

No primeiro capítulo, exponho 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, analiso a natureza constitucional pretendida pela teoria político-criminal do bem jurídico e, em seguida, exponho suas principais vertentes: as concepções monista-pessoal e dualista. Examinado, ainda, as tentativas de combinação entre a teoria do bem jurídico e os princípios limitadores do poder estatal de incriminar desenvolvidos no sistema anglo-saxão.

No segundo capítulo, estudo os argumentos que colocam a teoria do bem jurídico em dúvida e o que foi proposto como alternativa à sua adoção. Em primeiro lugar, faço uma exposição sobre as principais exceções à teoria do bem jurídico em sentido político-criminal, admitidas por seus próprios defensores, em que começo pelas hipóteses de proteção de embriões, de animais e plantas e da vida das gerações futuras; trato da teoria das velocidades do direito penal; e analiso os delitos de comportamento. Em segundo lugar, examino as principais críticas dirigidas pela doutrina contemporânea à teoria político-criminal do bem jurídico, relacionadas ao seu pressuposto histórico, à imprecisão de seus elementos conceituais e aos seus fundamentos. Em terceiro lugar, examino a rejeição da teoria político-criminal do bem jurídico pela jurisprudência alemã, com foco

no julgamento que reconheceu a constitucionalidade do crime de incesto. Em quarto lugar, examino as propostas alternativas à teoria político-criminal do bem jurídico. A primeira proposta que analiso é a que gira em torno da validade das normas, 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, que vislumbra o objeto de proteção do direito penal nos direitos dos outros, sustentada por Hörnle; a quinta, que considera penalmente relevantes a cultura e o princípio da tolerância; e a sexta, que gira em torno do respeito aos princípios da proporcionalidade e da democracia.

No terceiro capítulo, apresento a proposta que defendo nessa obra: um raciocínio na forma de um filtro composto de três fases sucessivas, cujas exigências devem ser satisfeitas para aferir a legitimidade das normas penais. Na primeira fase desse filtro de legitimidade deve ser verificado se o comportamento proibido está fora da esfera intocável e imponderável da autonomia da pessoa, de acordo com o conceito de autonomia que adoto. Na segunda fase, deve ser examinado se há um bem jurídico merecedor de proteção penal, cuja definição reformulo a partir da ideia de liberdade substantiva, o que faço, também, em relação aos bens jurídicos coletivos. Por fim, na terceira fase, deve ser constatada a presença de um nexo de idoneidade para violação entre a conduta fora da esfera intocável e imponderável da autonomia de quem a pratica, analisada na primeira fase, e o bem jurídico merecedor de proteção penal, examinado na segunda fase.

No quarto capítulo, analiso dez espécies de incriminação da legislação brasileira, selecionadas em razão da existência de controvérsias sobre sua legitimidade não resolvidas apenas com a identificação sobre o que se está a proteger, mas que exigem também o esclarecimento de até onde se pode proteger o que se está a proteger e para quem é importante a proteção. Em primeiro lugar, examino 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, 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 fim, no capítulo seguinte, exponho ao leitor minhas conclusões finais.

A TEORIA DO BEM JURÍDICO EM SENTIDO POLÍTICO-CRIMINAL

1.1 Considerações introdutórias

A teoria do bem jurídico está fora de moda – esta 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 da resistência 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, ainda que isso seja um paradoxo, 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 da incriminação à medida que a evolução de seu debate adquiriu uma feição liberal mais

clara, cujo ápice foi o entendimento predominante de que teria força para limitar o poder do legislador de elaborar normas penais.

Mas essa grande ambição científica não conseguiu uma imposição efetiva diante do legislador, que permaneceu a editar com frequência tipos penais sem uma tutela evidente de bens jurídicos merecedores de proteção penal, nem diante da jurisprudência, que de uma postura de admitir argumentos retóricos como bens jurídicos passou a reconhecer que a teoria do bem jurídico não teria legitimidade para limitar o legislador democraticamente eleito. Tal colocação em xeque do papel limitador, político-criminal, da teoria do bem jurídico, porém, será analisada somente no capítulo seguinte, pois nesse primeiro capítulo prefiro apresentar ao leitor os principais aspectos da discussão que o sustenta, a começar pelo estudo da evolução histórica que antecedeu a conclusão de que o conceito de bem jurídico 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 o qual ao menos cinco espécies de propostas obtiveram grande ressonância: as de Birnbaum, Binding, Von Liszt, aquelas de influência neokantiana e a de Welzel. O curso científico da discussão chegou a ser interrompido ao tempo do nacional-socialismo por críticas e redefinições conceituais motivadas por interesses político-ideológicos, mas, com a queda do regime em razão da derrota na Segunda Guerra Mundial, foi retomado com um debate polarizado entre neokantismo e finalismo. Nos tópicos seguintes examino de maneira resumida as principais ideias que sustentaram cada uma dessas concepções - o suficiente para que sejam percebidas suas distintas variações terminológicas, influências filosóficas, contribuições para o aprimoramento do debate e, também, a pouca disposição de seus formuladores de causar atritos com o legislador.

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

O mérito da primeira noção de bem jurídico tem sido geralmente atribuído a Birnbaum por ter defendido, na primeira metade do século XIX, a ideia de que a tarefa do direito penal seria proteger determinados “bens”.⁶ Birnbaum pretende com a sua noção de “bem” – ele não emprega em sua proposta o termo “jurídico” – que somente fosse considerado delito, conforme a natureza das

6. BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*. Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, Zweites Stück, Halle: C. A. Schwetckhe und Sohn, 1834, p. 175-176.

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, 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 Com essa concepção, Birnbaum estabelece uma contraposição à teoria de que o direito das outras pessoas deveria ser o objeto a ser protegido pelo direito penal, defendida por Feuerbach,⁸ a qual critica por não conseguir justificar determinados delitos, como os praticados contra a moral e a religião⁹ e não se adequar ao uso natural da linguagem ao desconsiderar que, para este, uma colocação em perigo, por exemplo, da vida, já configura um desrespeito ao direito à vida, ainda que não tenha havido uma violação à vida em si, o que leva a uma confusão entre tentativa e consumação.¹⁰ Birnbaum faz uma distinção entre direito natural e direito positivo e fundamenta a proibição penal de acordo com 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.¹¹ Conforme a sua visão sobre a natureza do crime, quando o delito é visto como lesão, o essencial é que esse conceito se orienta naturalmente não a um direito, mas deve se referir a um bem.¹² Para Birnbaum, tais bens podem ser dados aos homens pela natureza ou ser consequências de seu desenvolvimento na sociedade¹³ e podem ser violados por crimes praticados contra os indivíduos, a comunidade, a religião, a moral e os costumes.¹⁴

Uma parte da doutrina considera que a teoria de Birnbaum tem preocupação liberal por pretender evitar, de maneira consciente, a transposição do direito penal a um metanível normativo.¹⁵ Tal argumento, porém, é insuficiente para considerá-la uma ferramenta crítico-sistemática. Birnbaum não apresenta uma

7. BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Op. cit.*, 1834, p. 179.

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

9. BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Op. cit.*, 1834, p. 179.

10. BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Op. cit.*, 1834, p. 182-183.

11. BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Op. cit.*, 1834, p. 155.

12. BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Op. cit.*, 1834, p. 175-176.

13. BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Op. cit.*, 1834, p. 177.

14. BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Op. cit.*, 1834, p. 178.

15. 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. 139.

proposta de imposição de limites ao direito penal, mas, ao contrário, ao criticar a teoria da lesão de direitos, justifica a inclusão dos delitos contra a religião e a moral no âmbito do penalmente punível.¹⁶ Além disso, a sua definição vaga do significado de “bem” amplia de tal forma o objeto das normas penais que torna muito difícil vislumbrar alguma função delimitadora.¹⁷ 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.¹⁸ Mas é preciso reconhecer que a teoria de Birnbaum contribuiu para o desenvolvimento de figuras importantes da moderna dogmática do direito penal. O conceito de proteção de bens permitiu, muitos anos depois, 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.¹⁹

1.2.2 O conceito de bem jurídico de Karl Binding

Embora Birnbaum tenha utilizado o termo “bem” em sua teoria, a expressão “bem jurídico” surge apenas com Binding dentro de uma concepção 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 à norma, de modo que a vontade da lei e a atividade do indivíduo não correm paralelamente, mas de maneira divergente,²⁰ e toda proibição tem o mesmo objetivo: impedir que certas mudanças no mundo jurídico sejam precipitadas mediante ações humanas.²¹ Com base na realização desse objetivo, Binding diferencia três grupos de proibições. O primeiro formado pela proibição de resultado indesejável por si mesmo.²² O segundo, pela proibição da colocação em perigo de bens protegidos antes da ocorrência de

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

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

18. 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.

19. 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.

20. 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.

21. BINDING, Karl. *Op. cit.*, 1872, p. 188.

22. BINDING, Karl. *Op. cit.*, 1872, p. 188.

sua violação geralmente possível.²³ O terceiro, pela proibição de ações que não consideram resultados reais, mas apenas o cuidado com a sua possibilidade, ou seja, a proibição da desobediência não por ela causar um estado de contrariedade a um interesse e sim pela própria desobediência.²⁴ 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.²⁵ 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”.²⁶ 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.²⁷ Assim, o bem jurídico não 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.²⁸ Para Binding, o que se entende por direitos subjetivos é com frequência apenas meio 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.²⁹

A partir desse ponto de vista, Binding elabora um conceito segundo o qual por “bem jurídico” deve ser entendido tudo aquilo em cuja inviolabilidade e imodificabilidade o direito positivo possui um interesse.³⁰ Em razão disso, o direito positivo busca assegurá-lo, por meio de suas normas, frente a uma indesejável violação ou colocação em perigo.³¹ Portanto, o objeto a ser salvaguardado se torna um bem jurídico por meio da norma.³² E o bem assegurado por meio da norma integra o “capital de bens” do ordenamento jurídico.³³ 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.³⁴ Isso com

23. BINDING, Karl. *Op. cit.*, 1872, p. 188.

24. BINDING, Karl. *Op. cit.*, 1872, p. 188.

25. BINDING, Karl. *Op. cit.*, 1872, p. 188-189.

26. BINDING, Karl. *Op. cit.*, 1872, p. 189.

27. BINDING, Karl. *Op. cit.*, 1872, p. 189.

28. BINDING, Karl. *Op. cit.*, 1872, p. 189-190.

29. BINDING, Karl. *Op. cit.*, 1872, p. 190.

30. BINDING, Karl. *Op. cit.*, 1872, p. 193.

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

32. BINDING, Karl. *Op. cit.*, 1872, p. 194.

33. BINDING, Karl. *Op. cit.*, 1872, p. 194.

34. BINDING, Karl. *Op. cit.*, 1872, p. 194.