

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE DOUTORADO EM DIREITOS
E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

ISRAEL DOMINGOS JORIO

**O CONCEITO MATERIAL DE CRIME E A LIMITAÇÃO DO
PODER ESTATAL DE CRIMINALIZAR CONDUTAS:
UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DA FILOSOFIA RETÓRICA**

VITÓRIA

2020

ISRAEL DOMINGOS JORIO

**O CONCEITO MATERIAL DE CRIME E A LIMITAÇÃO DO
PODER ESTATAL DE CRIMINALIZAR CONDUTAS:
UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DA FILOSOFIA RETÓRICA**

Tese apresentada ao Programa de Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para a obtenção do grau de doutor em Direito.

Orientador: Professor Doutor João Maurício Adeodato.

VITÓRIA

2020

ISRAEL DOMINGOS JORIO

**O CONCEITO MATERIAL DE CRIME E A LIMITAÇÃO DO PODER ESTATAL DE
CRIMINALIZAR CONDUTAS:
UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DA FILOSOFIA RETÓRICA**

Tese apresentada ao Programa de Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para a obtenção do grau de doutor.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professor Doutor João Maurício Adeodato (Orientador)

Professor Doutor Américo Bedê Freire Júnior

Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos

Professor Doutor Juarez Xavier Estevam Tavares

Professor Doutor Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha

Vitória (ES), julho de 2020.

A meu pai, a quem tudo devo,
com muita saudade.

Agradecimentos

A Deus, sempre e em primeiro lugar.

A Dani, Dugo e Lalis, pelo sentido que dão à minha vida. A Isa, por um amor inteiramente novo.

A Domingos e Yolanda, pelo apoio incondicional, e a toda a família, pelo carinho e a compreensão.

À sumidade que é o Professor Doutor João Maurício Adeodato, a quem tenho a honra de chamar de amigo, por ensinamentos filosóficos de valor inestimável.

Aos Professores Américo Bedê Freire Júnior, Juarez Tavares, Paulo César Busato e Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha, pelo brilho que conferiram à minha banca e, especificamente, pelos valiosos ensinamentos de Direito Penal e de Filosofia.

Ao Professor Antonio José Ferreira Abikair, cujo apoio simplesmente tornou possível a presente jornada.

Às Professoras Paula Castello Miguel e Elda Coelho de Azevedo Bussinguer, pelo suporte e pelo incentivo constante.

Aos irmãos, sócios e parceiros de jornada acadêmica Raphael Boldt e Thiago Fabres de Carvalho (*in memoriam*).

Aos amigos e colegas Anderson Burke, Alexandre Maia, Carlos Eduardo Ribeiro Lemos, Felipe Schwan, Gustavo Senna, Marcelo Altoé, Marcelo Obregón, Marcelo Zenkner, Marcos Pinto, Roberto Almada, Rodrigo Cardoso, Sérgio Leal, Wilton Bisi, e aos demais professores da Faculdade de Direito de Vitória, pelo apoio e pelo privilégio de uma convivência tão gratificante.

Tive o meu convite para o festival do mundo,
e, por isso, minha vida se tornou abençoada.

Meus olhos viram muitas coisas,
meus ouvidos ouviram outras tantas.

Minha parte, nessa festa,
foi tocar meu instrumento.

E o fiz o melhor que pude.

Tagore

RESUMO

Entre os mais relevantes e polêmicos problemas da dogmática penal está o da formulação de um conceito material de crime que possa desempenhar função crítico-limitativa do poder estatal de criminalizar condutas. Apesar dos mais de dois séculos de desenvolvimento, o tema se encontra em aberto, e suscita as mesmas vívidas discussões e divergências. Os pensadores e penalistas, angustiados com a constatação empírica de um histórico de frequentes abusos estatais no manuseio do Direito Penal, procuraram criar institutos capazes de impor filtros de legitimidade para as normas penais incriminadoras, e isso conduziu a uma vasta variedade de teorias sobre o bem jurídico e ao *harm principle*. Em razão da grande ousadia dessas construções teóricas, pode-se reconhecer o fracasso do projeto de elaboração de conceitos perfeitos e definitivos que limitem, por si sós, as normas penais que cerceiam desnecessária ou arbitrariamente as liberdades individuais. No trabalho, apresentamos muitas das linhas teóricas sobre o bem jurídico e o *harm principle*, expondo pontos de vantagens e desvantagens, e sugerimos um conjunto de medidas que, sinergicamente, cooperaram para que se implemente um sistema de racionalização das normas penais incriminadoras. Dentre elas, destacam-se o desenvolvimento de princípios político-criminais liberais e a aproximação entre a dogmática, a política criminal e a criminologia. Encerramos o trabalho com a sugestão de um conceito material de crime que, ao lado das medidas de racionalização, pode contribuir para a contenção dos abusos do poder estatal de criminalizar: crime é o comportamento socialmente desvalioso capaz de causar dano à pessoa ou de prejudicar as condições ambientais necessárias à realização de seus direitos. As premissas metodológicas e filosóficas do trabalho são estabelecidas a partir da retórica, cujas características centrais (historicismo, ceticismo, humanismo e atribuição de papel constitutivo da realidade para a linguagem) se fazem perceber ao longo de todo o texto.

Palavras-chave: Conceito material de crime. Bem jurídico. *Harm principle*. Princípios político-criminais. Filosofia retórica.

RESÚMEN

Entre los problemas más relevantes y controvertidos de la dogmática penal se puede contar la formulación de un concepto material de delito que sea capaz de realizar una función crítica y limitante del poder del Estado para criminalizar las conductas. A pesar de más de dos siglos de desarrollo, el tema se encuentra abierto, y sigue provocando las mismas discusiones y los más vívidos desacuerdos. Los pensadores y dogmáticos del Derecho Penal, angustiados por la confirmación empírica de una historia de abusos frecuentes del manejo del Derecho Penal por parte del Estado, han tratado de crear institutos capaces de imponer filtros de legitimidad a las normas penales y que hayan llevado a una amplia variedad de teorías sobre el bien jurídico y el *harm principle*. Debido a la gran audacia de estas construcciones teóricas, puede observarse el fracaso del proyecto de elaborar conceptos perfectos y definitivos que limiten, por sí mismos, las normas penales que limitan de manera arbitraria o innecesaria a las libertades individuales. En el trabajo, presentamos muchas de las líneas teóricas sobre el bien jurídico y el *harm principle*, exponemos puntos positivos y negativos y sugerimos un conjunto de medidas que, sinérgicamente, cooperan para que se pueda tener un sistema de racionalización de las normas incriminatorias. Entre ellas, debe resaltarse el desarrollar de principios político-criminales liberales y la aproximación entre dogmática, política criminal y criminología. Terminamos el trabajo con la sugerencia de un concepto material de delito que, junto con las medidas de racionalización, puede contribuir para impedir los abusos del poder del Estado de criminalizar conductas: delito es el comportamiento socialmente desvalioso capaz de causar daño a la persona o de perjudicar las condiciones ambientales necesarias para la realización de sus derechos. Las premisas metodológicas y filosóficas del trabajo se establecen a partir de la retórica, cuyas características centrales (historicismo, escepticismo, humanismo y atribución de un papel constitutivo de la realidad para el lenguaje) se perciben en todo el texto.

Palabras clave: Concepto material de delito. Bien jurídico. *Harm principle*. Principios político-criminales. Filosofía retórica.

ABSTRACT

Amongst the most relevant and polemic problems of the criminal theories is placed that of the formulation of a material concept of crime which is capable of exercising a critical-restrictive function regarding the State's power to criminalize actions. Despite the more than two centuries of development, the issue remains open to discussions and controversies. The thinkers and legal scientists, anguished with the empirical observation of a whole history of abuse of the criminal law production by the State, searched for institutes capable of imposing filters of legitimacy to the criminalizing laws, and it led to a large variety of theories about the "legal goods" and to the harm principle. Because of the great boldness of these theoretical constructions, it is plainly visible the failure of the project to elaborate the most perfect and definitive concepts meant to restrict, by their own force, the criminal laws which encroach unnecessarily or arbitrarily the individual liberties. In this research, we present many of the theoretical contributions about "legal goods" and the harm principle, highlighting points of advantages and disadvantages, and then suggest a set of measures which, working with synergy, cooperate to the obtainment of a system fit to rationalize the criminal laws. Amongst them, there is the development of some liberal criminal-political principles and the approximation between dogmatic, criminal policy and criminology. The work is finished with the suggestion of a material concept of crime which, side by side with the rationalization measures, can contribute to the restriction of the State's powers to criminalize conducts: crime is the socially invaluable behavior which is capable of causing damage to the person or of compromising the environmental conditions required to the accomplishment of their rights. The methodological and philosophical premises are established from rhetorical grounds, whose central characteristics (historicism, skepticism, humanism and the acknowledgement of the role of the language on constructing reality) make themselves visible all over the text.

Key words: Material concept of crime. Legal goods. Harm principle. Criminal-political principles. Rhetoric philosophy.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC – Apelação Criminal
ADPF – Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental
Ag. Reg. – Agravo Regimental
APn – Ação Penal
CF – Constituição da República Federativa do Brasil
CP – Código Penal
CPM - Código Penal Militar
CPP – Código de Processo Penal
Des. – Desembargador
HC – *Habeas Corpus*
LCP - Lei das Contravenções Penais
LEP - Lei de Execução Penal
Min. – Ministro
RE – Recurso Extraordinário
Rel. – Relator
REsp – Recurso Especial
TRF – Tribunal Regional Federal
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
STS – Sentencia del Tribunal Supremo (Espanha)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1. O CONCEITO E AS CARACTERÍSTICAS CENTRAIS DA FILOSOFIA RETÓRICA	24
1.1. A RETÓRICA ENQUANTO TÉCNICA E A VISÃO PEJORATIVA SOBRE SUAS ORIGENS E SEUS FINS	24
1.2. HISTORICISMO E HUMANISMO COMO CHAVES DO PENSAMENTO RETÓRICO	32
1.3. CETICISMO GNOSEOLÓGICO	39
1.4. CETICISMO ÉTICO	54
1.5. O PAPEL CONSTRUTIVO DA LINGUAGEM NA FILOSOFIA RETÓRICA	68
1.6. O CONCEITO DE FILOSOFIA RETÓRICA	72
2. A COLOCAÇÃO DO PROBLEMA: É POSSÍVEL CHEGAR A UM CONCEITO MATERIAL DE CRIME?	76
2.1. DE FATOS NÃO SE EXTRAEM NORMAS: NORMAS COMO PRODUTOS	76
2.2. ENTRE OS EXTREMOS DO “JUSNATURALISMO DOGMÁTICO” E DO “JUSPOSITIVISMO CÉTICO”	81
2.3. É POSSÍVEL ESTABELEECER LIMITES MATERIAIS AO PODER ESTATAL DE LEGISLAR?	89
2.4. AS CARACTERÍSTICAS CENTRAIS DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	99
2.5. POR QUE PUNIR, O QUE PUNIR E COMO PUNIR?	106
2.6. DIVERSIDADE, TOLERÂNCIA E CRIMINALIZAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	117
2.7. À PROCURA DE UM CONCEITO MATERIAL DE CRIME	122
3. O “BEM JURÍDICO” E O “DANO” COMO ELEMENTOS CENTRAIS DO CONCEITO MATERIAL DE CRIME	126

3.1. SUCINTA EXPOSIÇÃO DO PERCURSO DA DOGMÁTICA PENAL “CLÁSSICA” EM BUSCA DE UMA REFERÊNCIA MATERIAL PARA O PODER DE CRIMINALIZAR CONDUTAS	126
3.2. HANS WELZEL E OS VALORES ÉTICO-SOCIAIS.....	140
3.3. WINFRIED HASSEMER E O BEM JURÍDICO PESSOAL	148
3.4. CLAUS ROXIN E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO BEM JURÍDICO	159
3.5. GÜNTHER JAKOBS E A MANUTENÇÃO DAS EXPECTATIVAS NORMATIVAS COMO CERNE DAS CRIMINALIZAÇÕES	170
3.6. OUTRAS CONTRIBUIÇÕES IMPORTANTES PARA A TEORIA DO BEM JURÍDICO	178
3.7. O “PRINCÍPIO DO DANO” (“ <i>HARM PRINCIPLE</i> ”) COMO NÚCLEO DO CONCEITO MATERIAL DE CRIME	191
4. O “BEM JURÍDICO” E O “<i>HARM PRINCIPLE</i>” COMO BARREIRAS INFALÍVEIS DE CONTENÇÃO DOS ABUSOS DO PODER PUNITIVO ESTATAL: UM PROJETO INEXEQUÍVEL	215
4.1. SÍNTESE CRÍTICA DA(S) TEORIA(S) DO BEM JURÍDICO E DO <i>HARM PRINCIPLE</i>	215
4.2. EXPLICANDO A FALHA NO PLANO TEÓRICO: A FILOSOFIA RETÓRICA E A PRECARIÉDADE DOS CONCEITOS	224
4.3. EXPLICANDO A FALHA NO PLANO PRÁTICO: O CONCEITO MATERIAL DE CRIME COMO MEIO E OS PARÂMETROS EMPÍRICOS DO PROJETO	240
4.4. CRIMINALIZAÇÕES INDISPENSÁVEIS: EXEMPLOS CONDUTORES DE TIPOS PENAS NÃO REFERIDOS A BENS JURÍDICOS	249
4.4.1. A tutela penal dos valores	249
4.4.1.1. A corrupção passiva	249
4.4.1.2. O racismo	259
4.4.1.3. Os maus tratos contra animais	270
4.4.2. Normas penais que tutelam ficções juridicamente necessárias	283
4.4.2.1. A falsificação de moeda	283
4.4.2.2. A ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado democrático	286
4.4.3. A tutela penal de bens “hipostasiados” ou “espiritualizados” (supostos bens coletivos)	293

4.4.3.1. O porte ilegal de armas de fogo	293
4.4.3.2. O tráfico ilícito de drogas e o terrorismo	297
4.4.3.3. A perigosidade no trânsito	305
5. A RACIONALIZAÇÃO DAS NORMAS PENAIS INCRIMINADORAS E O PROBLEMA DOS ABUSOS DO PODER ESTATAL DE CRIMINALIZAR	310
5.1. AJUSTANDO AS EXPECTATIVAS EM RELAÇÃO A UM CONCEITO MATERIAL DE CRIME	310
5.2. O QUE É RACIONALIZAR E POR QUE ISSO É IMPORTANTE?	316
5.3. COMO RACIONALIZAR: AS MEDIDAS EM PROL DE UM SISTEMA DE CONTENÇÃO DOS ABUSOS DO PODER ESTATAL DE CRIMINALIZAR	324
5.3.1. Primeira medida dogmática: o desenvolvimento e o manuseio dos princípios político-criminais liberais	324
5.3.2. Segunda medida dogmática: a integração das ciências criminais e o fortalecimento do discurso crítico e antipunitivista	352
5.3.3. Medidas legislativas: as emendas constitucionais para previsão expressa do conceito material de crime e para a instituição de procedimento especial para a elaboração de normas penais incriminadoras	362
6. CONCLUSÃO. UM CONCEITO MATERIAL DE CRIME CONDICIONADO A UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: COMPORTAMENTO SOCIALMENTE DESVALIOSO CAPAZ DE CAUSAR DANO À PESSOA OU DE PREJUDICAR AS CONDIÇÕES AMBIENTAIS NECESSÁRIAS À REALIZAÇÃO DE SEUS DIREITOS	375
6.1. UM CONCEITO MATERIAL RETÓRICO?	375
6.2. A NOCIDADE COMO PONTO DE PARTIDA LIBERAL	377
6.3. CRIME COMO COMPORTAMENTO SOCIAL	383
6.4. CRIME COMO COMPORTAMENTO NOCIVO	387
6.4.1. A idoneidade para a produção de resultados como condição da criminalização	387
6.4.2. O dano e o perigo concreto como resultados nocivos	390
6.4.3. O perigo abstrato como resultado nocivo	397

6.5. A CAPACIDADE DE CAUSAR DANO À PESSOA OU DE PREJUDICAR AS CONDIÇÕES AMBIENTAIS NECESSÁRIAS À REALIZAÇÃO DE SEUS DIREITOS	403
6.5.1. A capacidade de causar dano à pessoa, única destinatária legítima da tutela penal	403
6.5.2. A capacidade de causar prejuízos para as condições ambientais necessárias à realização dos direitos das pessoas	411
6.5.3. Os objetos relacionais da nocividade (objetos de proteção das normas penais)	417
6.5.3.1. Bens jurídicos individuais e coletivos	417
6.5.3.2. Valores e estruturas ficcionais juridicamente necessária	422
6.6. O CRIME COMO COMPORTAMENTO SOCIALMENTE DESVALIOSO	442
6.6.1. Desvalor <i>versus</i> desvio	442
6.6.2. A conexão entre os conceitos material e analítico de crime. Desvalor social, antijuridicidade e culpabilidade como critérios de garantia da justiça e da necessidade da punição	449
6.7. ÚLTIMAS CONSIDERAÇÕES	460
REFERÊNCIAS	462

INTRODUÇÃO

Algumas das mais elementares perguntas da vida estão entre as mais complexas e difíceis questões sobre as quais se pode debruçar um ser humano, não constituindo exagero afirmar que, dentre elas, há aquelas que são verdadeiramente irrespondíveis se existir sobre a solução uma expectativa de certeza ou de consenso. Como é possível o conhecimento? A verdade existe? Como alcançá-la? Há condutas essencialmente boas ou más? Os valores são criações culturais ou preexistem ao homem e são por ele apenas apreendidos? No campo jurídico, exemplos de perguntas-chave seriam: para que serve o Direito? Há direitos inerentes ao ser humano?

Qualquer afirmação que se faça, seja ligada ao conhecimento ou à ética, está sujeita à possibilidade de verdadeira aniquilação por um bom manuseio de argumentos opositores. Algumas falas, no entanto, por sua coesão e pelo sólido amparo na experiência, são altamente persuasivas e tendem a ser mais resistentes à refutação. São o que mais próximo se pode chegar da “verdade”.

Apesar de árdua, a tarefa de buscar resposta para algumas dessas questões é inescapável. Não falamos, aqui, de uma resposta pronta, acabada, definitiva. Mas praticamente qualquer pesquisa que se queira fazer sobre temas filosóficos ou jurídicos centrais dependerá da existência de concepções ligadas a cada um desses pontos fundamentais. Tais concepções correspondem a premissas, verdadeiros pontos de partida para qualquer análise que se pretenda fazer ou qualquer raciocínio que se pretenda construir. A depender da solução apontada para cada uma dessas indagações nevrálgicas, os rumos da investigação podem seguir caminhos diversos e alcançar destinos completamente diferentes, não só distantes, mas verdadeiramente antagônicos. Não é arriscado dizer que, quanto mais fundamental a questão proposta, maior a necessidade de se estabelecer os pontos de partida. E não é suficiente, nesse campo, operar o tradicional corte epistemológico, imprescindível não apenas à delimitação do campo da investigação, mas à sua própria viabilidade, eximindo o pesquisador da missão de responder com profundidade cada questão incidental e de apresentar cada solução possível, de acordo com as incontáveis perspectivas teóricas, metodológicas ou filosóficas concebíveis. Pela primordialidade e a fundamentalidade de cada uma dessas questões, é crucial estabelecer um grande número de pontos de partida, deixando claro, assim, que a validade das eventuais soluções apontadas como viáveis somente é concebível dentro do exíguo perímetro formado por esse conjunto de premissas.

É viável dizer, após uma breve olhada pelo retrovisor de um veículo que se move em alta velocidade para um futuro repleto de incertezas, que algumas das questões fundamentais do Direito Penal não foram e sequer estão, após séculos, em vias de ser solucionadas de modo minimamente seguro. Perguntas elementares, ligadas às missões (declaradas e ocultas) do Direito Penal, às condições de legitimidade das suas intervenções e aos limites de suas interferências nas vidas e nas liberdades das pessoas não apenas permanecem sem uma resposta definitiva; elas seguem causando os mesmos níveis de divergências e polêmicas de quando foram elaboradas pelas primeiras vezes. Nosso trabalho se ocupa de algumas dessas questões, e, portanto, não traz consigo a ingênua pretensão de decifrar o genoma do Direito Penal ou de elaborar um teorema infalível para a criação ou o manuseio de suas normas. A ideia, logicamente, é contribuir com um ou dois acordes para essa longa sinfonia da dogmática penal, regida a várias mãos por tantos mestres do passado e do presente.

Vivemos e, ao que parece, continuaremos a viver em sociedade, pelo menos por um longo tempo. Só por conta disso, devemos estar absolutamente seguros de que conflitos entre as pessoas sempre existirão. Levemos em conta a explosão demográfica, o gradual esgotamento dos recursos e os elementos desagregadores das desigualdades socioeconômicas. Some-se a isso uma empiricamente constatada, ao longo dos mais variados períodos da história, intolerância em relação às diferenças. Adicionem-se, também, os poderosos catalisadores do dinamismo da vida moderna, como a instabilidade das verdades científicas, a velocidade das informações, o multiculturalismo, a pluralidade das filosofias de vida e a globalização. O que se tem é um quadro altamente propício para o acirramento das disputas por espaços de sobrevivência, de bem-estar e de poder. Embates cada vez mais frequentes e, se não mais violentos, mais complexos. Precisamos, até agora, e continuaremos a precisar – pelo menos enquanto não alcançamos um estágio evolutivo, como indivíduos e como membros da sociedade, que o dispense – de algum tipo de poder concentrado e verticalizado para manter “uma ordem”. Esse papel é assumido pelo Estado. E o Estado continuará a precisar de uma ampla variedade de instrumentos de intervenção para fazer valer suas políticas e soluções. O Direito Penal, é claro, é um desses instrumentos. O mais rigoroso deles, aliás. O direito Penal expressa, sempre, uma violência.¹

¹ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Trad. Pablo R. Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 267.

As questões que imediatamente se seguem são: o Estado é livre para escolher quando intervir, e quais ferramentas serão usadas nesse processo? É possível que seja usado o Direito Penal da maneira como bem entenderem os representantes políticos? Enfim, o Estado pode punir o que quiser, quando quiser, e como quiser, devendo os súditos apenas se curvarem a qualquer que seja a política de intervenção por ele adotada?

Há muitos tipos de “Estados” e muitos tipos de “ordens”. Desde Estados totalitários, comandados por tiranos, comprometidos com manter uma ordem baseada desigualdades, regalias e exclusões, até Estados democráticos, guiados por representantes políticos eleitos, que governam com participação popular em busca de uma sociedade em que sejam respeitadas as liberdades e asseguradas condições de vida dignas para todos, indistintamente. Cada Estado, e cada ordem pretendida, terá uma diferente política de gestão dos interesses e dos conflitos.

Um Estado que queira resolver a maior parte dos conflitos será intervencionista. Um estado que o queira fazer por meio do Direito Penal será terrorista. Um Direito Penal sempre presente, e com pretensão máxima de eficiência, transformará a pena em terror penal², e não se permitirá refrear por direitos e garantias fundamentais ou por princípios político-criminais de índole liberal.

É quase impossível, ou, pelo menos, inútil, estabelecer discursivamente limites para a atuação do Estado totalitário. Por definição, seu alcance é absoluto e seus poderes são inquestionáveis. À exceção dos governantes e dos que pertençam às classes circunstancialmente privilegiadas, não há valor na individualidade. Não há um espaço existencial ou de liberdades reservado para as pessoas, que estão inteiramente sujeitas aos arbítrios dos detentores do poder. Aqui, sim, o Estado pune o que quer e como quer. Ou não existem mecanismos de controle de conteúdo das normas penais, ou esses mecanismos estão em poder do próprio Estado. Aos divergentes, sejam eles acadêmicos ou pensadores, sejam eles guerrilheiros com armas em punho, restam a resistência e a oposição, sujeitas a todo tipo de represália imaginável.

Boa parte dos povos passou por experiências dessa natureza. Desde os antigos despotismos monárquicos absolutistas até as ditaduras contemporâneas, ora mais, ora menos atroz (com não raros picos de uma sanguinolência furiosa, como nos casos da China, da Alemanha, da Itália e

² MIR PUIG, Santiago. **Estado, pena y delito**. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 104.

da Rússia, todos no século XX), a relação entre a “pessoa” e o “Estado” é marcada por abusos, traumas e uma justificada desconfiança. À custa de revoluções, de perseguições, de montanhas de cadáveres e rios de sangue, observaram-se movimentos mundiais de repúdio às barbaridades estatais e de proclamação de direitos e garantias ligadas às liberdades e ao desenvolvimento das pessoas. Ao longo do caminho, em meio a livros, tratados, dicionários e enciclopédias iluministas, tivemos uma Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, uma Declaração Universal dos Direitos Humanos, centenas de pactos internacionais envolvendo a dignidade da pessoa humana e, enfim, uma guinada quase generalizada dos povos em direção a regimes democráticos e suas políticas de reconhecimento e emancipação.

Desde o giro antropocêntrico iluminista, o Estado – ou seus condutores – não pode deter poderes absolutos e inquestionáveis. Instaurou-se uma mentalidade que, apesar de não ser infalível, como mostram as ascensões do nazismo e do fascismo, passou a ser amplamente compartilhada pelos povos. Especialmente depois da Segunda Guerra Mundial, isso conduziu, em muitas partes do mundo, a uma gradual inclinação democrática. E, por conta da característica valorização do indivíduo nesse tipo de regime, tornaram-se Estados e governantes muito mais expostos a críticas e a mecanismos de controle projetados com o especial fim de limitar os “poderes públicos”, comprovadamente tendentes à expansão e ao abuso ao longo da experiência humana.

Antes mesmo de detalhar o problema central da pesquisa, é importante compreender que ele não é fruto de uma mera angústia teórica. É, antes, determinado pela recorrente constatação empírica de que, ao longo dos séculos, o Estado tende a fazer uso extremamente abusivo do Direito Penal. Como evidência, basta a lembrança das ordálias, das barbáries e dos suplícios. Das confissões sob tortura. Da confusão perniciososa entre crime, pecado e imoralidade para a criação de leis penais irracionais, preconceituosas ou nitidamente perseguidoras. Basta citar que, durante o período nacional-socialista, o Direito Penal já foi usado para “proteger a pureza da raça alemã”. Ou trazer à tona que, no Brasil, país de rachaduras socioeconômicas estruturais abismais e pátria de milhões de desempregados e famintos, a conduta de “mendigar” constituía uma infração penal até 2009.³ Se voltamos os olhos para o presente, a situação, não se revela mais animadora. Pelo contrário: mesmo após tanta luta e tanto esforço, em pleno Século XXI, manter relações

³ O art. 60 do Decreto-Lei 3.688/41, que previa a contravenção penal da “mendicância”, foi revogado pela Lei 11.983, de 2009.

homossexuais é crime em cerca de 70 países, e, em alguns outros, há pena de apedrejamento até a morte para a mulher adúltera.

Claro, algumas criminalizações existentes em países estrangeiros nos soam como completos absurdos, e vice-versa. Então, há elementos culturais que não podem ser desprezados. Mas que tipo de papel podem exercer esses traços de tradição e cultura? De início, parecem existir apenas dois caminhos: ou se segue a doutrina do Direito natural, afirmando-se a existência de limites ontológicos intransponíveis para qualquer legislador, ou se adota uma linha positivista, e desde que sejam observadas as regras do devido processo legislativo e as normas de hierarquia superior, não há como se questionar uma decisão de criminalização. A questão até passa por esse debate, mas a ele não se restringe.

Se a pergunta a mover a investigação for “o que pode o Estado legitimamente criminalizar? ”, teremos uma tarefa inexecutável. Depende inteiramente, dentre outras coisas, do tipo de Estado e da orientação filosófica acerca do conceito de “legitimidade” das normas jurídicas. Quando afunilamos a análise, indagando acerca do que se pode legitimamente criminalizar dentro de um Estado democrático de Direito, e segundo uma perspectiva filosófica retórica, a jornada se torna viável, embora se conserve extremamente sinuoso o trajeto.

Quando consultamos o caminho que a dogmática penal trilhou no sentido de elaborar barreiras de contenção dos abusos do poder punitivo, deparamo-nos com construções como a teoria do bem jurídico e o princípio do dano (*harm principle*). Segundo considerável parte da doutrina, os conceitos-chave daí extraídos desempenham uma função crítica do sistema penal e conduzem a uma limitação da atividade legislativa, que está desautorizada a criminalizar determinados tipos de comportamentos, sob a pena da ilegitimidade e invalidade das normas produzidas. Percebemos que, no fim, o que se quer é uma **superação da noção formal de crime** enquanto “um comportamento proibido pela lei penal, sob a ameaça de uma pena”. Um conceito assim mantém o legislador – como dito, muito propenso a abusos – no inteiro controle de decidir o que pode e o que não pode constituir um delito, obrigando-se ele, exclusivamente, a descrever de modo suficientemente claro a conduta proibida por meio de uma lei aprovada sob estrita observância do devido processo legislativo. Busca-se, destarte, embora essa rubrica nem sempre apareça nos escritos, um **conceito material de crime**, ou seja, um conceito de crime que agregue, à regular previsão em lei do comportamento proibido (princípio da legalidade penal), algum tipo de característica sem a qual ele não possa ser considerado criminoso. Um comportamento, para

que configure crime, deve estar claramente descrito pela lei penal e “ser ou ter algo a mais”. O que é esse “algo a mais” é o cerne da discussão sobre o conceito material de crime e a limitação do poder punitivo estatal. Seria um alto grau de desvalor social? Seria a causação de um prejuízo para um interesse alheio? Seria a produção de um dano ou um perigo para um bem jurídico?

Divide-se em duas partes o problema da pesquisa:

1. Considerando-se a pluralidade de valores, concepções de mundo e culturas, é possível formular um conceito material de crime?
2. Um conceito material de crime é um instrumento capaz de funcionar como filtro de legitimidade e critério de limitação da atividade estatal de criminalizar?

Para enfrentar essas questões, faremos o seguinte percurso:

No **Capítulo 1**, estabeleceremos as premissas filosóficas do trabalho. Trabalharemos com os elementos centrais da filosofia retórica, que são o historicismo, o ceticismo gnoseológico, o ceticismo ético, o humanismo e o destacado papel constitutivo do mundo e da realidade desempenhado pela linguagem. A filosofia retórica inaugura o trabalho porque fornece as chaves de interpretação e raciocínio usadas ao longo de todo o texto, e tem nova ênfase no Capítulo 4, em que é usada para a fundamentação da necessidade de profunda reformulação do projeto de construção do conceito material de crime e para o ajuste das expectativas de rendimento crítico-limitativo.

No **Capítulo 2**, faremos a colocação do problema. Começaremos pela análise das posições do jusnaturalismo (dogmático) e do juspositivismo (cético). Nesse capítulo, especialmente a partir de paralelos entre diversas opções político-criminais hipotéticas e de países estrangeiros, vemos uma confirmação das premissas retóricas que, no campo do Direito Penal, conduzem ao reconhecimento de que simplesmente não existe uma ontologia do crime ou qualquer espécie de “delito natural”. Passaremos, em seguida, pelo delineamento das características de um Estado democrático de Direito, investigando como algumas de suas características principais, a pluralidade e a tolerância, interferem na reflexão sobre o que se pode punir, como se pode punir e, afinal, por que se deve punir uma conduta. Encerraremos o capítulo com a apresentação do início da jornada liberal em busca do conceito material de crime.

O **Capítulo 3** é, basicamente, expositivo. Vamos apresentar a(s) teoria(s) alemãs do bem jurídico e o *harm principle* anglo-americano, as duas principais linhas teóricas adotadas pela dogmática penal para a difícil tarefa da elaboração de um conceito material de crime que seja limitador dos abusos do poder punitivo estatal. Ambos partem das mesmas premissas liberais e sofrem com as mesmas inquietações⁴, o que os leva a se dedicarem ao problema: “É possível encontrar razões além do Direito positivo para decidir quais comportamentos devem ser punidos e quais não?”⁵

Não se pode deixar de ressaltar, desde já, a relevância do tópico. Embora haja quem afirme um esgotamento do assunto⁶, é comum que se responda a essa crítica com a mais veemente afirmação de sua importância e sua atualidade⁷. Não falta quem sugira o abandono completo da noção de bem jurídico⁸, nem quem o mantenha, fazendo exceções⁹. O certo é que a busca por um conceito material de crime, que forneça critérios para a avaliação da legitimidade das decisões estatais de criminalizar condutas, continua. As discussões seguem acaloradas e a produção bibliográfica, intensa, como se verá ao longo do trabalho. E se a descrença em elementos teóricos bicentenários como o bem jurídico e o *harm to others* conduz a uma suposta aposentadoria das discussões, é porque deles sempre se esperaram resultados milagrosos inalcançáveis.¹⁰ O gradual abandono do bem jurídico talvez seja melhor explicado a partir de um certo tipo de "desencantamento ontológico", tendo-se percebido que não é possível conduzir absolutamente todos os tipos penais

⁴ Isso é observado por SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Trad. Luís Greco (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 97 livro; ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 180.

⁵ SEELMAN, Kurt. El concepto de bien jurídico, el *harm principle* y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 365. “Cabe hallar razones más allá del Derecho positivo para decidir qué conductas deben castigarse y cuáles no?” Tradução nossa.

⁶ ARAÚJO, Antonio. **Direito Penal do pós bem jurídico**. São Paulo: Leud, 2014, p. 78 e seguintes.

⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Trad. Luís Greco (Coord.) *et alii*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 39.

⁸ STRATENWERTH, Günther. Sobre o conceito de bem jurídico. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 112.

⁹ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 205 e seguintes.

¹⁰ HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 57.

à missão da exclusiva proteção desses objetos, especialmente se eles tiverem que ser pessoais. Ao longo desse trabalho, veremos o quanto o bem jurídico e o *harm to others* permanecem relevantes para a manutenção de um sistema jurídico-penal de feições liberais, desde que se faça um ajuste de expectativas e se considerem outras medidas dogmáticas e político-criminais que sinergicamente desempenhem a almejada tarefa da filtragem de legitimidade das normas penais incriminadoras.

Na sequência, no **Capítulo 4**, faremos a análise crítica de várias das posições expostas no Capítulo 3, expondo vantagens e desvantagens teóricas e práticas, objeções das correntes adversárias e, ao final, concluindo que nenhuma delas, isoladamente, é suficiente para que se alcance o desejado elemento crítico-limitativo do poder estatal de criminalizar condutas. As características do conhecimento humano e da linguagem impedem que se construa um conceito perfeito de bem jurídico ou de *harm to others*, o que indica que não se podem apostar todas as fichas nessa empreitada ou esperar que, por meio da sua realização, será obtido um filtro crítico infalível. Nesse ponto, volta a socorrer-nos a filosofia retórica, que fornece todos os elementos que conduzem a essa conclusão e que aponta para a necessidade de que faça um ajuste nas expectativas de rendimento crítico-limitativo do conceito.

No **Capítulo 5**, faremos algumas sugestões de medidas complementares que, ao lado do conceito material de crime, podem contribuir muito para que se desenvolva, não um instrumento único de limitação, mas um sistema crítico capaz de fornecer alguns parâmetros racionalização e contenção das normas penais incriminadoras. Além de enfatizar a importância de que se desenvolvam princípios político-criminais (alguns deles, sucintamente analisados), ressaltamos a necessidade de que a dogmática penal se aproxime da criminologia e da política criminal para a produção de um conhecimento mais conectado com a realidade e dotado de maior aplicabilidade prática.

No **Capítulo 6**, derradeiro, exporemos e fundamentaremos o conceito material de crime sugerido. Trata-se, conforme as premissas retóricas de que partimos, não "do" conceito material de crime, mas "de um" conceito material possível, e condicionado ao Estado democrático de Direito e às bases político-ideológicas liberais e antropocêntricas em que ele se funda. Crime é o comportamento socialmente desvalioso capaz de causar dano à pessoa ou de prejudicar as condições ambientais necessárias à realização de seus direitos.

O método empregado é o **retórico**. Embora não haja consenso acerca da seleção da retórica como método de pesquisa, entendemo-la plenamente defensável enquanto tal. Quando se considera um método de pesquisa, está-se a considerar, na verdade, como se pode pensar um determinado problema. Um método pressupõe um corpo teórico a sistematizar os procedimentos da pesquisa e os critérios de análise. O método se vale de técnicas, que, nesse sentido, podem ser entendidas como maneiras de se executar uma pesquisa. A retórica, enquanto filosofia e enquanto método, é formada por um rico e vasto corpo de conhecimentos; tem um arsenal de técnicas e abordagens que é só seu; permite procedimentos (percursos) que são exclusivos. Negar à retórica o *status* de método seria tão temerário quanto fazê-lo em relação à própria dialética, método do qual muito visivelmente se aproxima. Não é à toa que Aristóteles¹¹ a ela se refere como “a outra face da dialética”. Uma distinção possível talvez se possa basear nos objetivos de cada um dos métodos em questão. A dialética, ainda que por caminhos parecidos com os da retórica, busca, de alguma forma, o correto ou o verdadeiro. Através da contraposição de entre teses e antíteses, buscam-se sínteses que, preferencialmente, contribuam para que se revele uma verdade. Esta não é uma preocupação da retórica, especialmente se adotada uma linha mais cética quanto à ética e a gnoseologia. A impossibilidade de se alcançar “o verdadeiro”, “o correto”, “o sumo bem”, “o justo”, quer pela inexistência desses seres absolutos, quer pela falibilidade dos aparelhos cognitivos do ser humano, desloca a procura da retórica para o plano da persuasão, das estratégias de convencimento e das técnicas de identificação de elementos argumentativos em um discurso qualquer.

O método retórico, portanto, é aquele segundo o qual o investigador parte do exame dos artifícios e estratégias da linguagem para determinar a força dos argumentos, ou, conforme o caso, para desvendar suas fraquezas e evidenciar seu papel absolutamente simbólico. Muito se adéqua à nossa pesquisa, na medida em alguns dos nossos principais objetos de análise são os elementos argumentativos do discurso dogmático que posiciona o bem jurídico, o princípio do dano, os valores ético-sociais, as expectativas normativas, ou outras construções teóricas, como núcleos do conceito material de crime e, assim, pontos de apoio da legitimidade da intervenção penal.

Vale ressaltar que não se pode esperar uma resposta que se adéque à infundável pluralidade de concepções ou que satisfaça as expectativas de estudiosos que guardam pontos de vista tão diferentes. Só o que se pode almejar é oferecer uma resposta precária – quiçá, a melhor resposta

¹¹ ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. Manuel Alexandre Júnior *et alii*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 5.

possível, sob certo prisma, e segundo certos paradigmas. Alteradas as lentes de análise, os filtros da pesquisa ou o paradigma em que se insere o estudo, o mais provável é que sejam completamente outros os resultados. Com uma postura humilde e realista, qualquer solução que se sugira será, na melhor das hipóteses, apenas coerente, o que não é suficiente para eliminar suas falhas e sua incompletude, tampouco para impedir que seja necessariamente mutável ou revogável. Não se trata, destarte, de buscar a verdade ou a única resposta correta, mas a “resposta mais adequada” para os problemas da pesquisa, dentro de determinadas condições e partindo de certos pressupostos. Afinal, como observou Claus Roxin¹², apesar da imensa quantidade de teorias e estudos através dos séculos, "o conceito material de crime e a teoria do bem jurídico seguem ainda hoje contando-se entre os problemas básicos menos esclarecidos do Direito Penal".

¹² ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña *et alii*. Madrid: Civitas, 1997, p. 71. "[...] el concepto material de delito y la teoría del bien jurídico siguen contándose aun hoy entre los problemas básicos menos clarificados con exactitud del Derecho penal". Tradução nossa.

1. O CONCEITO E AS CARACTERÍSTICAS CENTRAIS DA FILOSOFIA RETÓRICA

1.1. A retórica enquanto técnica e a visão pejorativa sobre suas origens e seus fins. 1.2. Historicismo e humanismo como chaves do pensamento retórico. 1.3. Ceticismo gnoseológico. 1.4. Ceticismo ético. 1.5. O papel construtivo da linguagem na filosofia retórica. 1.6. O conceito de filosofia retórica.

1.1. A RETÓRICA ENQUANTO TÉCNICA E A VISÃO PEJORATIVA SOBRE SUAS ORIGENS E SEUS FINS

O termo “retórica”, em linguagem vulgar, é comumente empregado como se sinônimo de “oratória” fosse. Designa “eloquência” ou a habilidade de bem empregar as palavras em discursos. Se recorremos aos dicionários, encontramos definições que não são apenas reducionistas ou simplistas, mas que são pejorativas e associam a retórica ao uso vazio e prolixo ou até mesmo mal-intencionado das palavras com o fim de confundir ou enganar os interlocutores.¹³

É evidente que essas acepções são heranças do labor dos muitos filósofos clássicos que dedicaram linhas à conceituação ou à análise da retórica. Embora ela praticamente nunca tenha sido abordada como uma espécie ou um ramo da filosofia, ou como uma linha ou um sistema filosófico, foi examinada como técnica, como arte ou, pelo menos, como prática, dividindo-se as posições dos pensadores entre as acepções neutras e as depreciativas. Não só entre os antigos, mas já na Modernidade, a retórica ainda era vista como “um embelezamento estilístico

¹³ S.F. 1 fil, ret a arte da eloquência, a arte de bem argumentar; arte da palavra; 2 p.ext.; ret conjunto de regras que constituem a arte do bem falar, a arte da eloquência; oratória; 2.1 ret uma das três disciplinas de que se constituía o trivium, na Idade Média, e era ensinada nas universidades; 3 p.met. aula em que se ensinava essa arte; 4 p.met. livro ou tratado sobre retórica; 5 uso da eloquência; utilização dos recursos, das regras da retórica; 6 p.ext.; pej. emprego de procedimentos enfáticos e pomposos para persuadir ou por exibição; discurso bombástico, enfático, ornamentado e vazio; 7 pej. discussão inútil; debate em torno de coisas vãs; logomaquia. <https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-3/html/index.php#1>. Em sentido bastante semelhante: “sf. 1 RET Conjunto de princípios que constituem a arte da eloquência ou do bem-dizer; oratória. 2 Livro que contém esses princípios. 3 Habilidade no uso da fala e da escrita com o objetivo de influenciar ou persuadir. 4 PEJ Discussão ou debate sem conteúdo. 5 PEJ Estilo primoroso, mas pobre de ideias; verbosidade.” <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=Qw4zY> Ou ainda: “1. Fil. Arte ou qualidade de se expressar bem por palavras, esp. em discurso; ELOQUÊNCIA; ORATÓRIA. 2. Ling. Conjunto de regras e recursos dessa arte. 3. Tratado que contém essas regras. 4. Hist. Uma das três disciplinas do trivium, ensinadas nas Universidades durante a Idade Média. 5. Pej. Excesso de ornamentos em expressão verbal. 6. Pej. Discurso brilhante na forma, mas pobre de ideias.” <http://www.aulete.com.br/ret%C3%B3rica>.

desnecessário”, “um obstáculo à clareza da comunicação” ou “uma estratégia enganadora destinada a ocultar a falta de conteúdo real.¹⁴

A definição mais citada é a de Aristóteles, que a identifica como “a capacidade de descobrir o que é adequado a cada caso com o fim de persuadir”. Embora o próprio Aristóteles tenha dito que a função específica da retórica não é pura e simplesmente a de persuadir, mas a de encontrar os meios mais indicados para persuadir em cada caso¹⁵, é comum que se resuma o seu fim à específica tarefa do convencimento. É o que indica, por exemplo, a cuidadosa relação legada por Sexto Empírico, segundo o qual Aríston teria afirmado que “a meta professada da retórica é a persuasão, e seu fim, a persuasão segura”; Hermágora teria afirmado que “a tarefa do retórico perfeito é lançar a questão política proposta do modo mais persuasivo possível”; Ateneu a definia como “habilidade do discurso que objetiva a persuasão da audiência”; e Isócrates assertou que “retóricos não perseguem nada além da ciência da persuasão”.¹⁶ Como veremos um pouco mais adiante, o próprio Sexto Empírico discorda dessas visões.

Nessa mesma direção é a conhecida visão de Platão, expressa sob o diálogo de Sócrates e Górgias, em que se estabelece o consenso de que a finalidade principal da retórica é a persuasão. O pensador aduz, no que é seguido por muitos, que ela surge da necessidade de se encontrar os melhores argumentos para persuadir um tribunal ou uma assembleia.¹⁷ Essa origem da retórica, aliás, é causa de várias das principais críticas de que é alvo. O discurso retórico, motivado pelo fim da persuasão a qualquer custo, não se importaria com a verdade ou com a justiça, mas com o puro convencimento dos juízes ou dos concidadãos em favor de determinada causa ou interesse. É o que teria levado Sócrates a afirmar que a retórica seria vazia, enganosa, perniciosa, baseada apenas em crenças, nunca em conhecimento, e voltada a persuadir os ignorantes no assunto

¹⁴ ZAVATTA, Benedetta. Zaratustra retórico e sofista. IN: **Cadernos Nietzsche**, vol. 39, n 2, p. 97-122. Ago 2018. Disponível em <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S2316-82422018000200097&Ing=en&nrm=iso&tlng=en>. Acesso em 05 nov. 2019.

¹⁵ ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. Manuel Alexandre Júnior *et alii*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 11-12.

¹⁶ SEXTO EMPÍRICO. **Contra os retóricos**. Trad. Rafael Huguenin e Rodrigo P. de Brito. Ed. bilíngue. São Paulo: Ed. Unesp, 2013, p. 29. É curioso anotar, no entanto que Isócrates foi um dos únicos antigos a referir-se à retórica como uma forma de filosofia, excedendo muito a compreensão dominante segundo a qual ela seria, na melhor das hipóteses, uma arte ou uma técnica. *Vide*: HABINEK, Thomas. **Ancient Rhetoric: from Aristotle to Philostratus**. EUA: Penguin Classics, 2017. E-book Kindle, pos. 623.

¹⁷ PLATÃO. **Górgias**. Trad. Benjamin Jowett. E-book Kindle, p. 39-40.

debatido.¹⁸ Sexto Empírico¹⁹ é bem mais mordaz, referindo-se mais especificamente à tarefa dos advogados e oradores políticos:

[...] é necessário ir constantemente a assembleias e cartórios, quer se queira ou não, e passar muito tempo junto de tratantes, suspeitos e traidores, descendo aos mesmos lugares que eles, além de fazê-lo, em segundo lugar, desprovido de honra, para não ser desprezado pela opinião desses inescrupulosos. Além disso, deve também discursar com audácia e postar-se de modo contundente, como uma lança, para que seja terrível aos olhos dos oponentes, assim como falacioso e trapaceiro quando está entre os que praticam as piores ações, tais como adultérios, roubos e ingratidões para com os pais, ocasião em que é preciso tanto expor habilmente quanto, ao contrário, ocultar essas coisas.

Em diversas passagens, tanto Platão quanto Sexto Empírico recusam à retórica até mesmo o *status* de ciência ou de arte, classificando-a como “artifício” ou simplesmente como um expediente de enganação. Para o primeiro, ela é apenas um hábito de verborragia e bajulação, não passando de mero “fantasma” ou “falsificação” da política. Abertamente perguntado se se trata de prática ignóbil, Sócrates teria respondido afirmativamente.²⁰ O segundo, sempre mais contundente, escreveu um livro inteiro para demonstrar, por via dos mais variados argumentos, que retórica não é uma arte, pois não se ocupa da verdade ou da justiça, bem como não requer do seu usuário conhecimento sobre o assunto exposto, e nem mesmo sobre as próprias técnicas retóricas de persuasão. No fundo, a retórica seria um mal, atuando sobre juízes e debatedores e obscurecendo suas mentes com desonestidades para roubar votos. E o pior: os retóricos seriam subversivos, venenosos, nocivos aos interesses da cidade porque enfraqueciam as leis, pois ora aconselhavam “a atender as palavras do legislador como claras e dispensáveis de explicação”, ora recomendavam “não mais seguir às palavras, mas à intenção”. Não à toa, diante de opiniões tão negativas, a retórica chegou a ser proibida em diversas localidades, como em Esparta.²¹

Uma explicação simples para esse temor do discurso “subversivo” da retórica é que o homem sempre buscou a segurança. Sempre procurou compreender os fenômenos da natureza e desenvolveu suas ciências justamente para alcançar, na máxima dose possível, previsão e controle do mundo em que está inserto (e, com isso, de seu próprio destino). Aliás, a própria

¹⁸ PLATÃO. *Górgias*. Trad. Benjamin Jowett. E-book Kindle, p. 41;48.

¹⁹ SEXTO EMPÍRICO. *Contra os retóricos*. Trad. Rafael Huguenin e Rodrigo P. de Brito. Ed. bilíngue. São Paulo: Ed. Unesp, 2013, p. 15.

²⁰ PLATÃO. *Górgias*. Trad. Benjamin Jowett. E-book Kindle, p. 48.

²¹ SEXTO EMPÍRICO. *Contra os retóricos*. Trad. Rafael Huguenin e Rodrigo P. de Brito. Ed. bilíngue. São Paulo: Ed. Unesp, 2013, p. 9; 17-19; 13.

criação do Direito se dá pela mesma razão: para antecipar as consequências (jurídicas) e controlar os comportamentos praticados no ambiente social. As ciências naturais permitem algum controle do mundo natural, dos fenômenos biológicos, químicos e físicos. As ciências jurídicas, algum controle do mundo social, das relações intersubjetivas dentro de uma comunidade. O Direito é, em poucas palavras, mais uma empresa humana em busca de segurança.

A imagem negativa da retórica é uma decorrência de sua ligação com a sofística. Os sofistas são predominantemente vistos como “um grupo de charlatães” que ganhavam a vida “ensinando a arte do discurso falacioso” e propagando as “doutrinas imorais”, corruptoras dos bons valores. Entre os sofistas mais lembrados (Protágoras, Polus, Hípias, Górgias, Trasímaco), aponta-se como o traço em comum, exatamente, sua explícita dedicação à retórica.²² Antifonte, outro renomado sofista, é apontado como o primeiro a desenvolver “leis para a eloquência prática”, tendo, entre seus discípulos, Tucídides.²³

A ligação genética entre sofística e retórica conduziu à histórica associação dessa última com a erística, o que levou à equiparação dos entimemas, tradicionais recursos retóricos, aos erismas, falsos juízos induzidos pelo pernicioso discurso dos sofistas. A própria erística, no entanto, passa pela mesma depreciação histórica que a retórica. O problema principal parece ser que os principais textos e discursos dos sofistas, em que encontraríamos os erismas, se perderam. Quase tudo o que se sabe sobre os sofistas é dito por seus adversários. Não só porque, como veremos, caíram esses últimos na preferência geral dos estudiosos, em razão de suas características dogmáticas, mas, também, porque muitos dos que foram considerados sofistas foram executados por impiedade e tiveram seus trabalhos banidos ou destruídos.²⁴ Acerca do que sobrou, a maioria dos juízos e interpretações que se lançam é de caráter pejorativo, constituindo um bom exemplo a conhecida frase de Protágoras: “O homem é a medida de todas as coisas”. A afirmação, que

²² SIDGWICK, Henry. **The Sophists**. Stoic Six Pack 7. Enhanced Media, 2016. E-book Kindle, p. 7;9. O autor sustenta que a própria denominação “sofista” é imprecisa a ponto de comportar a reunião, sob essa mesma nomenclatura, dos mais ferrenhos adversários, podendo até mesmo Sócrates e Platão serem assim considerados com base em sua doutrina e suas técnicas discursivas.

²³ SMITH, William. **The Sophists: biographical sketches**. Stoic Six Pack 7. Enhanced Media, 2016. E-book Kindle, p. 282.

²⁴ Ilustra bem o caso de Antifonte, cujo discurso em autodefesa, quando de sua condenação à morte por impiedade, foi considerado uma obra-prima da oratória e da eloquência, mas acabou sendo banido e se perdeu. SMITH, William. **The Sophists: biographical sketches**. Stoic Six Pack 7. Enhanced Media, 2016. E-book Kindle, p. 282.

pode ser vista como uma máxima humanística²⁵ acaba sendo lembrada como aforisma típico de um relativismo que seria capaz de conduzir ao subjetivismo e, em última instância, à imoralidade.

“Erística”, por uma análise etimológica mais breve, é uma expressão que nos induziria a uma associação com a deusa Éris, a divindade da discórdia – aquela que, segundo narra Homero, acompanha Ares nas batalhas e que incitou a disputa que resultou na Guerra de Troia, ao atirar entre Hera, Atena e Afrodite o pomo do Jardim das Hespérides, dirigido à mais bela das três.²⁶

Embora muitos tomem a erística e a retórica como sinônimas, não parece adequado igualá-las. O discurso erístico é um dos muitos discursos possíveis, isto é, uma das vias discursivas de que pode se apropriar a retórica. O simplismo da equiparação entre erística e retórica é, muito provavelmente, fruto da preferência desse tipo de abordagem por parte dos sofistas, tratados pelos afiliados às ontologias clássicas como enganadores. Assim, o debate denominado erístico acaba sendo comumente identificado com estratégias desonestas de convencimento, por tratar-se de recurso retórico usualmente escolhido pelos que supostamente gostavam de seduzir ou confundir os interlocutores e a plateia com discursos vazios e rebuscados.

Note-se, porém, que essa mesma “arte” aparece descrita pelo “Estrangeiro”, no Sofista, de Platão²⁷, como a do debate qualificado referente às digressões sobre o justo e o injusto, nos tribunais e em outros lugares, em oposição à mera contenda – uma verbosidade vulgar, sem técnica, fracionada.

Schopenhauer, em sua conhecida obra sobre os 38 estratégias para se vencer qualquer debate, ainda que sem ter razão, emprega a expressão “dialética” de modo sinônimo em relação à “retórica”, como faz Aristóteles. E a define como “uma esgrima mental para vencer uma disputa”. Aduzindo, na sequência, que a nomenclatura mais adequada seria “dialética erística”, apresenta seu conceito como “a arte de discutir, mais precisamente, a arte de discutir de modo a

²⁵ WATERFIELD, Robin. **The First Philosophers: The Presocratics and the Sophists.** Oxford World’s Classics. Nova Iorque: Oxford University Press Inc., 2000, p. 205. Não se descarta a possibilidade de que seja encontrada uma aproximação entre a afirmação em destaque e a máxima kantiana, verdadeiro mote do giro antropocêntrico moderno, “o homem é um fim em si mesmo”. KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 47.

²⁶ BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia.** Trad. Luciano Alves Moreira. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 277.

²⁷ PLATÃO. **O Sofista.** Trad. Carlos Alberto Nunes. E-book Kindle, 2003, p. 151-157.

ter razão, isto é, *per faz et per nefas*". Vê-se que não se condena, aqui, a retórica, abstratamente (jamais mencionada expressamente), ou a "retórica erística" (sinônima de "dialética erística") como algo necessariamente negativo ou pernicioso. Apenas se admite que ela **possa** ser usada para o fim da persuasão a qualquer custo, ou seja, por meio do uso dos mais variados métodos de convencimento, inclusive os escusos e moralmente reprováveis (manipulação semântica, dissimulação, provocação, fuga do tema, confusão do oponente, ataque pessoal e até mentira, conforme estratégias XII; IX; VIII, XXIII e XXVII; XXXIX; XXXVI; XXXVIII; V, respectivamente). Aqui, a verdade passa a ter um papel secundário, sendo mais importante ganhar a disputa por meio da destruição das afirmações do interlocutor.²⁸

De toda sorte, parece que a censura à sofística e, conseqüentemente, à erística e à retórica, tem uma raiz comum: a sua gênese enquanto artes ou técnicas de convencimento diante de tribunais. Os advogados, oradores públicos ainda sem esse nome, supostamente manipulavam a verdade e distorciam a justiça com discursos sedutores ou venenosos. A ilusória paixão pela verdade e a justiça absolutas acabou por incutir verdadeiro desprezo pelo importante direito a uma boa defesa em juízo.²⁹

É evidente que essa é uma visão simplista sobre o que se poderia chamar de gênese da retórica. Parece preferível uma explicação mais compreensiva: com o surgimento das cidades-estado e a complexificação das relações intersubjetivas, surgiram as "novas estruturas para a tomada de decisões coletivas" e a "substituição da resolução violenta de conflitos por procedimentos legais formais", que "exigiam participantes que pudessem articular claramente as questões para os outros e levar os membros de uma audiência a uma ação decisiva [...]".³⁰

Em suma, sofística e, ao seu lado, retórica, foram alvos de frequentes ataques por parte dos pensadores que se encarregaram de empreender esforços no sentido de descobrir as verdades do mundo, do homem e da vida. As filosofias ontológicas, destinadas a conhecer a essência das

²⁸ SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de ter razão**: Como vencer um debate sem precisar ter razão em 38 estratégias. Trad. Alexandre Pires Vieira. Montecristo Editora: 2018. E-book Kindle, pos. 205; 322; 305-313.

²⁹ WATERFIELD, Robin. **The First Philosophers**: The Presocratics and the Sophists. Oxford World's Classics. Nova Iorque: Oxford University Press Inc., 2000, p. 206.

³⁰ HABINEK, Thomas. **Ancient Rhetoric**: from Aristotle to Philostratus. EUA: Penguin Classics, 2017. E-book Kindle, posição 72. "New frameworks for collective decision-making, as well as the substitution of formal legal procedures for violent conflict resolution, required participants who could clearly articulate issues for others and move members of an audience to decisive action [...]". Tradução nossa.

coisas e as verdades absolutas, no campo da gnoseologia, assim como o que é necessariamente bom ou mau, na ética, fizeram muito mais sucesso, pelo menos no ocidente, em razão de uma “necessidade atávica do ser humano por segurança”.³¹

A principal defesa dos retóricos, desde sempre, deu-se a partir da afirmação da existência de duas retóricas – uma “do bem” e outra “do mal”, valendo-se, como de costume, de exemplos e ilustrações. Se um lutador profissional usa sua técnica para matar, não se pode culpar a arte marcial, em si, mas a índole ou a torpeza de seu praticante, que a empregou para fazer o mal. Sexto Empírico enfrenta o argumento, espancando-o com a afirmação de que toda e qualquer retórica ensina o mal como princípio, pois habilita o usuário a sustentar discursos contraditórios e a fazer o justo parecer injusto, e vice-versa.³² Sócrates chegou a reconhecer uma retórica desgraçada e uma nobre, sincera, que visaria instruir e aprimorar as pessoas. Mas desafiou Cálicles a apontar um único retórico assim, bem-intencionado.³³ Apesar disso, bem sabemos que, em Fedro³⁴, Platão, após extenso debate, abertamente admite que a retórica tem seu valor se usada para o bem, isto é, para a comunicação sincera das “verdades” descobertas. Aliás, por meio de uma leitura ainda mais ousada acerca da posição de Platão, chega-se a dizer que esse último “não enxerga a retórica como um mal, mas acredita que a verdadeira retórica está disponível apenas para uma pessoa que seja justa e boa”³⁵. Por isso, Quintiliano e alguns de seus contemporâneos recusam completamente a possibilidade de que pessoas maldosas sejam boas oradoras públicas, reservando o emprego do termo “retóricos” para os homens que são moralmente respeitáveis. A posição é, evidentemente, extremamente minoritária.

Dentre os maiores, deve-se ao trabalho de Aristóteles a aceitação de que a Retórica não deve ser sumariamente execrada, já que pode se dirigir à consecução de fins nobres. O filósofo divide o discurso retórico em três ramos principais: o deliberativo, o judicial e o epidíctico.³⁶ O discurso

³¹ ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51.

³² SEXTO EMPÍRICO. **Contra os retóricos**. Trad. Rafael Huguenin e Rodrigo P. de Brito. Ed. bilíngue. São Paulo: Ed. Unesp, 2013, p. 22-23.

³³ PLATÃO. **Górgias**. Trad. Benjamin Jowett. E-book Kindle, p. 86.

³⁴ PLATÃO. **Fedro**. Trad. Carlos Alberto Nunes *et al.* Coleção As Grandes Obras. Mimética, 2019. E-book Kindle, posição 22792 e seguintes.

³⁵ HABINEK, Thomas. **Ancient Rhetoric: from Aristotle to Philostratus**. EUA: Penguin Classics, 2017. E-book Kindle, posições 613; 528. “Thus it would appear that Plato does not regard rhetoric as an evil, but believes that true rhetoric is available only to a person who is just and good.” Tradução nossa.

³⁶ ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. Manuel Alexandre Júnior *et alii*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 21 e ss.

deliberativo é voltado para o campo político. Expressa-se, basicamente, sob a forma dos conselhos e das dissuasões. Volta-se para o futuro, para a definição de rumos e caminhos para que se alcancem determinados fins. Busca estabelecer o que é conveniente para as cidades e as pessoas nos assuntos da guerra, das finanças, do comércio e das legislações, entre outros. O discurso judicial é o que toma lugar nos tribunais. Manuseado por acusadores, advogados e juizes, refere-se ao passado (a algum fato supostamente ocorrido), e visa à demonstração da justiça ou injustiça de certas ações. O epidíctico, por fim, é o que se ocupa da virtude e do vício, do elogio ou da censura, do belo e do feio (isto é, da opinião sobre os mais diversos assuntos), e liga-se primariamente ao presente.

Nos Livros II e III da “Retórica”, Aristóteles passa a discorrer sobre aspectos que compõem as vias e técnicas mais adequadas para a persuasão de acordo com os tipos de assunto, circunstâncias, falantes e ouvintes. Fala do papel das emoções, das características comuns de certos interlocutores, das várias formas de se abordar alguns temas, dos muitos estilos e recursos de linguagem. Vê-se, ao final, que a preocupação de Aristóteles, nesse trabalho, nunca foi a de enaltecer ou reprochar a retórica, abstratamente falando, e que ele jamais a considerou como um tipo de filosofia, ou como uma linha filosófica. A retórica, também aqui, é tratada como uma arte ou como um conjunto de técnicas e habilidades voltadas à tarefa da persuasão. O trabalho, nesse sentido, é sobre “retórica filosófica”, e não sobre “filosofia retórica”, ou seja, cuida-se de um verdadeiro tratado da oratória ou da eloquência, mas nada diz sobre aquilo que, para a presente pesquisa, mais importa: a filosofia retórica, isto é, a retórica enquanto sistema filosófico autônomo.

Por óbvio, os escritos de Aristóteles são de inestimável valor não apenas para uma retórica enquanto “arte da persuasão”, mas para a formação da ideia central da filosofia retórica, que é a de que simplesmente não há verdades absolutas e imutáveis, sendo o discurso a ferramenta a partir da qual se constroem as “verdades” no plano do conhecimento, da ciência, da ética, da política, do Direito etc. A verdade, para a retórica, nada mais é do que uma “versão oficial” ou um “relato vencedor”³⁷, estabelecido pela linguagem de modo precário, provisório, circunstancial e, por isso mesmo, sempre revogável e modificável.

³⁷ ADEODATO, João Maurício. **Law and Morals according to a Realistic and Rhetorical Philosophy: The brazilian case revisited.** IN: Law and Morals. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2019, p. 258.

Vê-se que a filosofia retórica se posta, exatamente, em franca oposição às ontologias clássicas e suas pretensões de decifrar todos os códigos secretos da natureza, do cosmo, da mente e do agir humanos. Ela se lança na contramão da segurança buscada pelo homem para suportar uma existência repleta de riscos e incertezas em um ambiente que ele não domina. Incomoda, e muito, por chacoalhar os verdadeiros pilares sobre os quais se assentam os fundamentos éticos e gnoseológicos que, predominantemente, orientam a cultura ocidental.

Dentre as principais características da filosofia retórica, destacam-se a **orientação historicista e humanística** do pensamento, a conhecida **visão cética** diante do conhecimento e dos valores éticos e o diferenciado papel desempenhado pela **linguagem**.

1.2. HISTORICISMO E HUMANISMO COMO CHAVES DO PENSAMENTO RETÓRICO

Ao invocar o historicismo e o humanismo como prismas para a compreensão do pensamento filosófico retórico, nosso objetivo imediato é o de realizar uma contextualização. Conhecer a história é crucial para que se tome em consideração uma grande quantidade de variáveis jamais perceptíveis a partir da observação isolada do tempo presente. Já o humanismo, visto, ele próprio, como um modo de pensar historicamente desenvolvido, fornece orientações para que, na análise de algum objeto (um evento, um comportamento, uma norma etc.), o observador leve sempre em conta as principais características e tendências do ser humano, lembrando-se, para parafrasear simultaneamente Protágoras e Kant, de que ele é a medida e o fim de todas as coisas e de que as ciências, a filosofia, a moral, a política e o Direito devem estar a seu serviço.

Não pode haver ingenuidade (ou arbitrariedade) maior do que a de recortar de um objeto de estudo, principalmente se ele se relaciona com o comportamento humano ou seus construtos intelectuais, as múltiplas influências exercidas pela história, pelas experiências, pelas culturas e tradições. Ao contrário, atentar para essas influências e interferências é lançar uma visada mais abrangente e potencialmente mais apta a atingir níveis de compreensão consideravelmente mais aprofundados.

Os comportamentos individuais e coletivos são altamente influenciados por elementos históricos, em especial, as experiências, as culturas e as tradições (compreendidas as primeiras como um modo de pensar e as segundas como práticas ou costumes, modos de agir). É improdutivo analisar um assassinato sem levar em conta dados anteriores como elementos de contextualização. A

preexistência de injustiças do agredido contra o agressor; as experiências do ofensor, o ambiente violento em que viveu, seus traumas, os abusos físicos e mentais que sofreu; ou, em contrapartida, a conduta caridosa da vítima, as boas oportunidades e condições de vida usufruídas pelo algoz, sua reincidência em crimes dessa estirpe.

Na outra extremidade do processo, também se podem compreender melhor as posições do acusador e do julgador. Um juiz criminal que tenha sido alvo de roubo ou extorsão mediante sequestro talvez tenha dificuldade na limitação do nível de interferência que sua experiência pode ter na prolação da sentença ou na dosagem da pena. Do mesmo modo, um promotor de justiça que tenha tido um filho atropelado e morto por um condutor embriagado talvez nem cogite a possibilidade da imputação da imprudência consciente ao oferecer a denúncia em um caso dessa natureza, partindo, como pressuposto, para o dolo eventual. Vale, aqui, rememorar o belo exemplo que a ficção cinematográfica “Doze homens e uma sentença” nos fornece. Um jurado agressivo e absolutamente comprometido com a persuasão dos demais acerca da imposição da pena de morte a um jovem acusado de cometer homicídio tem, ao final, revelado seu segredo: uma péssima relação com o filho e o rancor pelo que parece ser uma ingratidão, e seus sentimentos de incompetência e impotência como pai.

Experiências pessoais não são as únicas a influir. É quase impossível decidir completamente fora da cultura, e mesmo de escapar ileso de alguns elementos nocivos como racismo, machismo, homofobia e seletividade estruturais.

No plano coletivo, sem recorrer à história das tradições, é inelutavelmente superficial a análise do descarte de bebês fisicamente deficientes pelos espartanos ou do pisoteamento de um segundo nascituro univitelino por algumas tribos indígenas. Não que a consideração das culturas e costumes vá, necessariamente, justificar essas práticas. Mas é fato que elas fornecem elementos para uma compreensão mais abrangente e, com isso, para a emissão de um juízo mais robusto, mais qualificado. Em uma cidade-estado de guerreiros, portadores de deficiências físicas congênitas não têm vez. A partir da nossa matriz cultural, isso não justifica o genocídio. A partir da deles, é provável que sim, pelo menos para uma grande parte. E, se crêssemos, como alguns índios, que o corpo do segundo gêmeo a vir à luz é habitado por um espírito maligno, talvez até justificássemos sua prática eugenésica.

A circuncisão masculina pode ser vista, pelos não judeus, como mera imposição estética. Mas tem um sentido religioso, de purificação, e até mesmo pragmático, de facilitação da higiene em condições de escassez de água. Uma peculiar interpretação de um texto considerado sagrado e a convicção de que muitas virgens o aguardam no paraíso levam o homem-bomba a suicidar-se enquanto mata pessoas que ele jamais viu, e que nenhuma ofensa lhe dirigiram. O senso de dever e a vergonha pela falha obrigam o *samurai* a realizar o *seppuku*, um suicídio cerimonioso feito para homenagear o *daimyo* (seu mestre e senhor). Algo semelhante ocorre com o apedrejamento da mulher adúltera, a obrigatoriedade da *burka*, alguns sacrifícios animais ou humanos a deuses sedentos. Podem ser melhor compreendidos – ainda que não justificados – a partir da cultura e dos costumes.

A produção de normas é evidentemente parametrizada pelos elementos históricos da cultura e da experiência. É a identificação de condutas indesejáveis, desde uma perspectiva histórico-cultural, que leva à criação de mandamentos e à previsão de sanções.

No Direito contemporâneo, o papel da experiência fica ainda mais claro, especialmente diante da proliferação de leis eminentemente casuístas, como a lei dos crimes hediondos, fruto de uma onda de extorsões mediante sequestro de empresários no eixo Rio-São Paulo, ou a inclusão do homicídio qualificado no rol dos crimes dessa natureza, consequência do assassinato da atriz Daniela Perez. No Brasil, aliás, o casuísmo é tão patente que há muitas leis com “nomes” de vítimas – Maria da Penha, Carolina Dieckman, Joana Maranhão etc.

Assim ocorre em todas as áreas. Regras coletivas aparentemente inexplicáveis podem ser compreendidas a partir de experiências bastante específicas. Para usar exemplos mais suaves, a liga norte-americana de esportes universitários proibiu, durante algumas temporadas, a “enterrada”, uma das principais atrações nos jogos de basquete, e o fez pela facilidade com que as realizava Kareem Abdul-Jabbar. A NBA também alterou, sucessivas vezes, suas regras sobre o cometimento intencional de faltas nos minutos finais dos jogos. Motivo: um dos maiores e melhores pivôs de todos os tempos, Shaquille O’Neal, tinha média de quase 30 pontos por jogo, mas um aproveitamento de lances-livres inferior a 50%, o que levou à adoção da estratégia, por praticamente todos os times rivais, de fazer faltas para evitar que ele decidisse os ataques e para enviá-lo à linha do lance-livre.

O mesmo raciocínio se aplica a curiosas proibições legais norte-americanas, como a de levar ursos à praia; transportar feno em táxi; pedalar bicicletas em piscinas ou amarrar jacarés em hidrantes. Algo deu muito errado, e a experiência sugeriu a criação de normas.

Do mesmo modo, as pesquisas científicas, as reflexões filosóficas, as políticas públicas e as decisões judiciais são orientadas pela cultura, pelas tradições e pelas experiências. Em suma, pela história. Como dito, o reconhecimento desse dado, por si só, amplia o espectro de análise do observador, aumenta seu campo visual, multiplica a níveis quase infinitos a quantidade de variáveis que podem estar a interferir em uma postura ideológica ou em uma tomada de decisão. Isso conduz ao **ceticismo**, tema que será aprofundado nos itens seguintes. Trata-se de postura de humildade diante da grandiosidade da natureza, da história e da diversidade de culturas, o que leva o observador a sempre considerar a hipótese de que sua teoria esteja errada, de que a posição esteja calcada em visão parcial e, enfim, de que estejam escapando à sua percepção e ao seu conhecimento variáveis relevantes. E isso pode, fatalmente, comprometer suas conclusões e chega a inviabilizar que se considere a existência de uma verdade única e absoluta sobre qualquer assunto.

A perspectiva histórica nos leva a desconfiar dos governos, pela lembrança de períodos de absolutismo e opressão sanguinária. Conduz-nos à crítica de suas leis. Permite-nos questionar a bondade e a pureza das religiões, a isenção e a imparcialidade dos filósofos. Objetivamente, autoriza-nos a duvidar das certezas científicas mais consolidadas, eis que muitas delas foram desmentidas com o passar dos anos, transformando-se em meras explicações infantis sobre fenômenos jamais efetivamente compreendidos. Como diz João Maurício Adeodato³⁸, “conhecer a história faz perceber mais ampla e profundamente o presente, mesmo tendo-se consciência de que história é ponto de vista e não tem a objetividade que por vezes se lhe quer emprestar.”

Em poucas palavras, a perspectiva histórica atesta a **falibilidade** do ser humano, a **precariedade** de seu conhecimento e de suas instituições. E isso é crucial para o pensamento retórico. É uma das bases de seu ceticismo. É, inclusive, o que reforça e reafirma sua orientação humanista, que estudaremos a seguir, e conduz à recomendação da **tolerância**, talvez o principal dos frutos do humanismo no mundo complexo em que vivemos.

³⁸ ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 117.

A filosofia retórica também se orienta a partir do **humanismo**, que aqui definiremos como uma forma de pensar que reconhece em cada pessoa um valor próprio (dignidade), que se baseia na noção de igualdade e que promove as reflexões e analisa seus produtos a partir das características do ser humano, colocando a serviço desse último a ciência, a política, a filosofia, o Direito e todos os demais construtos intelectuais por ele concebidos. O conhecimento e a ética, a verdade e a justiça, partem do ser humano e voltam-se para o ser humano. São precários, transitórios, revogáveis, mas têm no ser humano seu paradigma existencial.

Uma perspectiva humanista faz com que qualquer objeto de análise (coisa, ser, fato, conduta, narrativa, teoria, valor, norma, fenômeno etc.) seja abordado de modo humilde, comedido, consciente acerca da limitação das capacidades do ser humano, de suas inelimináveis falibilidade e corruptibilidade, e, conseqüentemente, da parcialidade, precariedade e revogabilidade de cada “verdade” (opinião, conclusão, solução). Se as pessoas são iguais, quer dizer, se todas possuem um mesmo valor individual, suas ideias, seus princípios, suas verdades, teorias, crenças e opiniões têm um mesmo peso, somente preponderando umas, em face das outras, a partir da força persuasiva de cada argumento que lhes dá sustentação.

No campo da gnoseologia, as teorias e explicações mais robustas e mais convincentes, que manuseiam melhor os conhecimentos prévios, os métodos e as técnicas, que articulam melhor seus argumentos e que permitem demonstrações empíricas, tendem a prevalecer, sendo maior a sua aceitação intersubjetiva (não se olvidem as interferências de expedientes como a coação ou a fraude e o peso da autoridade).

No campo da ética, em que os consensos são ainda mais raros, a noção de igualdade desempenha papel especialmente relevante. Se os valores são criados e imputados (a premissa é cética, e será aprofundada no item 1.4), se o certo e o errado dependem de perspectivas e estão sujeitos a prismas ideológicos e balizas histórico-culturais, já não há por que supor que um posicionamento possa asfixiar outro, ou que uma ideia, crença ou tradição deva ser necessariamente enaltecida enquanto outras são banidas. As verdades éticas não são mais do que opiniões circunstancialmente dominantes sobre o que se deve e o que não se deve fazer em cada caso, em cada situação. Dominam, igualmente, em razão de sua força persuasiva, pelo conteúdo dos argumentos (*Logos*), pela autoridade ou credibilidade de quem os emprega (*Ethos*), pela forma convincente como são expostos (*Pathos*) ou pelas circunstâncias, pelos contextos histórico, econômico, pela disposição de ânimo dos interlocutores etc. (*Kairós*). Ora, se o ponto de partida

é o do reconhecimento das limitações e da falibilidade do ser humano e de suas realizações; se posso, sempre, estar errado, e o outro, certo, por mais absurdo que isso pareça, em dado momento; se o que é verdadeiro e justo pode deixar de sê-lo qualquer instante, não faz sentido tentar impor opiniões a qualquer custo, tampouco sepultar as ideias contrárias.

O humanismo, com seu reconhecimento da dignidade de cada indivíduo e com sua postura tipicamente humilde, estimula a convivência das posições contrárias, fomenta o respeito à diferença e traz como um de seus mais importantes produtos a **tolerância**.³⁹

E “o que é a tolerância?”, indagou Voltaire⁴⁰, para em seguida responder: “É a consequência da humanidade”, para deixar claro que ela parte da noção humanista que reconhece, a um só tempo, o valor da pessoa, mas também sua fragilidade e sua falibilidade. Entendemos que a tolerância não é um simples valor ou um mero princípio filosófico. É uma atitude. Uma postura de respeito aos diferentes pensamentos e comportamentos, que promove a compreensão do outro e estimula a coexistência de ideias e valores frontalmente colidentes. Embora a tolerância não induza, direta e necessariamente, à solidariedade ou à efetiva aprovação das ideias e dos valores contrários, ela cultiva o seu respeito, fomentando as noções de dignidade e igualdade e conduzindo, se não à defesa da diferença, pelo menos, a uma postura de abstenção das perseguições e das imposições científicas ou ideológicas.

É importante frisar, no entanto, que essa visão que até aqui expusemos, segundo a qual o humanismo parte de uma concepção do homem como ser precário e falível, não é a única existente. O ser humano também pode ser concebido como uma criação extraordinária e perfeita de Deus. Como um ser privilegiado, dono de potências e habilidades que, se bem empregadas, conduzirão às mais complexas verdades, ao sumo bem e ao sumo justo.

João Maurício Adeodato⁴¹, na esteira de Arnold Gehlen e Hans Blumenberg, explica que há duas matrizes antropológicas opostas a disputar a primazia no que tange às teorias do conhecimento

³⁹ *Vide*, nesse sentido, ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, 120-121.

⁴⁰ VOLTAIRE. **Philosophical Dictionary**. New York: Carlton House. E-book Kindle, posição 3575. “What is tolerance? It is the consequence of humanity”. Tradução nossa.

⁴¹ ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 339-340.

humano. Por uma delas, concebe-se o ser humano como ser precário, incompleto e carente, incapaz de realmente conhecer e dominar. A essa “pobreza” do ser humano, opõe-se uma concepção do homem como ser “rico”, potente, capaz de compreender e controlar. Isso conduz a uma dicotomia, no plano filosófico, que põe em rota de colisão as linhas ontológicas, essencialistas, caçadoras da verdade, e as retóricas, que são céticas. Assim, continua João Maurício Adeodato, os filósofos podem ser agrupados conforme uma maior ou menor aproximação em relação a alguma das linhas de pensamento expostas, sendo certo, ainda, que cada um deles pode ostentar posição ontológica ou cética respectivamente em relação à Gnoseologia e à Ética, de modo independente (o que, segundo entendemos, os faz cair em uma contradição, conforme explicaremos linhas abaixo).

Michael Shermer, partindo da visão antropológica “rica”, que concebe o homem como ser privilegiado, que reina soberano no topo da cadeia evolutiva, sustenta “que o indivíduo é o agente moral fundamental porque o indivíduo é o alvo primário da seleção natural, e, portanto, está em nossa natureza sobreviver e florescer”.⁴²

Uma visão cética claramente apoiada na noção de precariedade do ser humano pode ser observada em Carl Sagan⁴³: “[...] partilhamos 99,6% de nossos genes ativos com os chimpanzés [...] Somos mais intimamente relacionados com os chimpanzés do que os ratos com os camundongos”. É exatamente por isso, em razão das muitas limitações das nossas capacidades cognitivas, que Sagan, no campo da gnoseologia, conclui que a verdade está fora de nosso alcance.

Partindo da mesma concepção “pobre”, disse Voltaire, agora no campo da ética, a favor da tolerância: “A natureza diz a todos os homens: ‘Fiz todos vós nascerem fracos e ignorantes, para vegetarem alguns minutos na terra e adubarem-na com vossos cadáveres. Já que sois fracos, auxiliai-vos; já que sois ignorantes, instruí-vos e tolerai-vos.’”⁴⁴

⁴² “[...] that the individual is the fundamental moral agent because the individual is the primary target of the natural selection, and thus it is in our nature to survive and flourish”. Tradução nossa. SHERMER *apud* PIGLIUCCI, Massimo. **Skeptic’s skeptic**. New York: Figs, 2013. E-book Kindle, posição 734.

⁴³ SAGAN, Carl. **O mundo assombrado pelos demônios: a ciência vista como uma vela no escuro**. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia de Bolso, [?]. E-book Kindle, posições 1199; 602.

⁴⁴ VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2017. E-book Kindle, posição 1861.

Antes de prosseguirmos, é preciso ressaltar que não desconhecemos que o ceticismo, ou, melhor, os muitos ceticismos, podem ser compreendidos como linhas ou sistemas filosóficos independentes. Nesse trabalho, no entanto, abordaremos os ceticismos apenas como pontos de partida do pensamento retórico, sem a preocupação com atingir um nível tal de profundidade que nos leve a demonstrar as nuances e diferenças de cada tipo de ceticismo ou mesmo que nos permita classificar os autores citados quanto às suas respectivas filiações filosóficas específicas. Vamos falar do ceticismo, unicamente, enquanto **atitude**. Uma atitude de negação da existência de verdades absolutas nos campos da gnoseologia e da ética, ou, pelo menos, de negação da possibilidade de alcançá-las.

1.3. CETICISMO GNOSEOLÓGICO

O ceticismo retórico recusa a possibilidade de que existam verdades absolutas, ou, pelo menos, de que elas possam ser alcançadas pelo ser humano.

Com sua costumeira contundência, Nietzsche observa que as “verdades” são mentiras que nos contamos para que possamos dizer que conhecemos e compreendemos as coisas. Para que possamos nos organizar e, em suma, para que a vida seja possível nesse mundo. Não existe “sujeito” cognoscente e “objeto” cognoscível. O que há é “[...] determinada espécie animal que somente prospera sob o império de uma exatidão relativa às suas percepções, e antes de tudo com a regularidade dessas”. Por isso, é necessário que as coisas sejam consideradas conhecidas e verdadeiras; mas isso não quer dizer que, de fato, o sejam. Simplesmente não existe “conhecer”, mas, apenas, “esquematizar”, o que significa “[...] impor ao caos suficiente regularidade e formas para satisfazer nossa necessidade prática”.⁴⁵

O ser humano, lançado em um mundo inóspito, cheio de adversidades climáticas, predadores, doenças, desastres naturais e rivalidades, sempre apostou no conhecimento como caminho imprescindível para alcançar alguma dose de segurança. Se eu entendo o fogo, a chuva, as marés, os hábitos alimentares e as características dos animais, os sintomas das enfermidades e, principalmente, os padrões de comportamento dos próprios seres humanos, consigo ter a previsibilidade minimamente necessária para sobreviver, conseguir recursos, fazer meus

⁴⁵ NIETZSCHE, Friedrich. **Vontade de potência**. Trad. Mário Ferreira dos Santos. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 346-349.

cálculos, planejar minha vida e executar meus projetos, enfim, relacionar-me com os outros e com o mundo que me circunda. O conhecimento não é apenas uma paixão humana; é um instrumento de sobrevivência.

Não à toa, então, algumas das perguntas centrais da filosofia são “como é possível o conhecimento?” e “o que pode o ser humano efetivamente conhecer?” Essas indagações constituem o verdadeiro cerne da **gnoseologia** e serão respondidas de modo bem diferente, a depender do alinhamento filosófico do pensador.

Filósofos alinhados à ontologia clássica geralmente creem que as coisas têm uma essência, e é possível apreendê-la, conhecê-la a fundo, alcançar a verdade sobre determinado objeto de análise. Desde que se depurem os apetites e inclinações, se abandonem as concepções e se utilize o método de abordagem adequado, a razão humana conduzirá à verdade.

Nos primórdios, imperavam as superstições. Não compreendíamos os fenômenos mais corriqueiros, e isso era apavorante. “Durante grande parte de nossa história tínhamos tanto medo do mundo exterior, com seus perigos imprevisíveis, que aceitávamos de bom grado qualquer coisa que promettesse suavizar ou atenuar o terror por meio de explicações”.⁴⁶ Um trovão já foi o martelo de Thor. Um raio, a arma de Zeus. Uma boa colheita já foi pura dádiva de Ceres. A partir de certo momento, passamos a ser mais exigentes quanto a essas explicações, exatamente porque, se tudo ocorre segundo vontades divinas, e não temos sobre elas qualquer controle, continuamos imersos em imprevisibilidade e insegurança.

Inventamos a “ciência”, o “método”, a “experimentação”, o “laboratório” e a “verificabilidade”. Passamos a acreditar que, com os instrumentos e métodos corretos, o mundo real e a verdade estão ao nosso alcance.

Não significa que, atualmente, não existam a pseudociência, a pseudo-religião e as superstições em geral. A crença no intangível, nas forças superiores, nas entidades místicas, no além-vida, nas divindades e na magia não parece ser algo que vá desaparecer. Embora com todos os avanços tecnológicos de que dispomos, dos meios de comunicação, dos prodígios da medicina atual,

⁴⁶ SAGAN, Carl. **O mundo assombrado pelos demônios: a ciência vista como uma vela no escuro**. Trad. Rosaura Eichemberg. São Paulo: Companhia de Bolso, [?]. E-book Kindle, posições 558-567.

ainda há quem leia o futuro pelas linhas na palma da mão. Tigres e rinocerontes estão praticamente extintos na Ásia porque é fortemente difundida a crença de que do pênis do primeiro e do chifre do segundo se produz cura certa para a impotência sexual. O ministro do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli, em 19/06/2012, decidiu um *habeas corpus* com base “no alinhamento favorável dos astros” (HC 103.412/SP). Lembra Sagan⁴⁷ que, há poucas décadas, algumas das decisões do país mais poderoso do planeta eram tomadas por astrólogos, e não pelo presidente eleito Ronald Reagan, que os consultava em segredo.

A despeito disso, parece ser inquestionável que a maior quantidade de “verdades”, pelo menos no campo da gnoseologia, ou seja, do conhecimento, é produzida pela ciência. Com sua linguagem codificada, seu complexo corpo de teorias e seus métodos rigorosos, a ciência atrai para as suas conclusões as mais altas doses de confiabilidade.

No campo da filosofia, conforme dissemos no item anterior, os sistemas ontológicos clássicos reinavam soberanos. Eles oferecem uma resposta, e o fazem com convicção. Isso aplaca a aflição que o ser humano geralmente sente diante da indeterminação. Ainda que durante um curto período de tempo, tem-se a posse de uma verdade. Há algo a crer, a que se apegar, em que confiar. Isso permite planejar e esperar. Se disséssemos que essa certeza não passa de uma ilusão ou, no máximo, de uma verdade temporária, seríamos provavelmente censurados ao argumento de que, se a verdade ainda não veio à tona, é porque não foi procurada do jeito certo – eis a confiança no método e na razão.

Esse tipo de raciocínio vem sendo infirmado, ao longo de toda a história, pelo ceticismo, “uma concepção filosófica que levanta dúvidas sobre a adequação ou a confiabilidade da prova que poderia ser oferecida para justificar qualquer proposição”⁴⁸. O princípio-mestre do ceticismo é o de que se pode opor a todo discurso um discurso contrário com igual poder de persuasão.⁴⁹ É exatamente o que levou David Hume a afirmar, embora deplorando a incapacidade de o entendimento humano alcançar a verdade e a essência das coisas, que diante da ausência de

⁴⁷ SAGAN, Carl. **O mundo assombrado pelos demônios**: a ciência vista como uma vela no escuro. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia de Bolso, [?]. E-book Kindle, posição 449.

⁴⁸ POPKIN, Richard. **The history of scepticism**: from Savonarola to Bayle. New York: Oxford University Press, 2003. E-book Kindle, posição 266. “[...] a philosophical view that raises doubts about the adequacy or reliability of the evidence that could be offered to justify any proposition.” Tradução nossa.

⁴⁹ SMITH, Plínio Junqueira. **O método cético de oposição na filosofia moderna**. São Paulo: Alameda, 2015. E-book Kindle, posição 281.

acordo a respeito dos mais variados assuntos, conduzindo às mais acaloradas divergências, uma resposta não representa um prêmio da razão, mas, apenas, da eloquência.⁵⁰

O ceticismo finca suas raízes exatamente na amarga observação de alguns filósofos antigos acerca da ineliminável distância – por mais que se escolha bem o método e se procure empregar bem a razão – existente entre as coisas em si (reais), e suas aparências (irreais). Assim, “a natureza é um abismo impenetrável”⁵¹, de modo nem mesmo as mais arraigadas leis naturais, provadas por repetidas constatações e reproduzidas em laboratório, são literalmente “certas”. Variáveis sequer imaginadas e aspectos nunca levados em conta as fazem cair por terra, por mais que se apliquem à maioria das situações comuns. Até mesmo os mais geniais *insights* e os mais rebuscados aportes teóricos estão sujeitos a revisão. “A ciência está longe de ser um instrumento perfeito de conhecimento”, diz-nos Sagan.⁵² “É apenas o melhor que temos”. No fundo, “estaremos sempre atolados no erro. O máximo que cada geração pode esperar é reduzir um pouco as margens dele e ampliar o corpo de dados a que elas se aplicam”.

O que é, então, a verdade para um cético?

Uma série móvel de metáforas, metonímias e antropomorfismos: em resumo, uma soma de relações humanas que foram intensificadas poética e retoricamente, transferidas e embelezadas e que, após longo uso, parecem ser fixas, canônicas e obrigatórias. Verdades são ilusões que esquecemos que são ilusões; são metáforas que se desgastaram e foram drenadas de força de sentido, moedas que perderam o entalhe e agora são consideradas como metal e não mais como moedas.⁵³

As palavras de Nietzsche são inquietantes. Todas as verdades da tradição, da ciência, da religião e da própria filosofia fazem parte da “intenção de enganar-se de maneira útil”. Precisamos de

⁵⁰ HUME, David. **A treatise of human nature**. Indianapolis: Liberty Fund, 2011. E-book, p. 9.

⁵¹ SMITH, Plínio Junqueira. **O método cético de oposição na filosofia moderna**. E-book Kindle. São Paulo: Alameda, 2015. E-book Kindle, posições 2493; 2521.

⁵² SAGAN, Carl. **O mundo assombrado pelos demônios: a ciência vista como uma vela no escuro**. Trad. Rosaura Eichemberg. São Paulo: Companhia de Bolso, [?]. E-book Kindle, posições 576; 602.

⁵³ NIETZSCHE, Friedrich. On truth and lies in a nonmoral sense. Trad. Daniel Breazele. IN: **Philosophy and truth: selections of Nietzsche's notebook of the early 1870's**. New Jersey: Humanities Press, p. 79. “A movable host of metaphors, metonymies, and anthropomorphisms: in short, a sum of human relations which have been poetically and rhetorically intensified, transferred, and embellished, and which, after long usage, seem to a people to be fixed, canonical, and binding. Truths are illusions which we have forgotten are illusions; they are metaphors that have become worn out and have been drained of sensuous force, coins which have lost their embossing and are now considered as metal and no longer as coins.” Tradução nossa.

verdades e de conceitos para viabilizar a comunicação. Mas o fato é que o objeto é uma invenção, o sujeito é uma invenção e a relação de causalidade simplesmente não existe, embora estejamos programados para buscá-la e precisemos “encontrá-la” para suportar a mutabilidade e o dinamismo de um mundo incompreensível (que não é o das ideias; é apenas um outro que não pode ser alcançado pelos nossos sentidos). “Verdade” e “causalidade” são palavra ideais para expressar nosso temor diante do desconhecido.⁵⁴

Wagner disse a Fausto que “Conhecer o que o mundo e os homens sejam a toda a gente agrada”. A resposta de Fausto foi enfática:

E essa tal gente que chama **conhecer**? Quem é que pode dar à mínima coisa o nome próprio? Os raros, que algo disso entreluziram, e que, em vez de o esconder a sete chaves, foram à doida assoalhar no vulgo seu pensar e sentir em toda a parte, acabaram na cruz ou na fogueira.⁵⁵

“Que ditosa ilusão” – disse, ainda, Fausto – “supor que ao homem seja dado emergir do mar dos erros! O que é mister saber, ninguém no atinge, e o que se alcança para nada presta.”⁵⁶

Segundo a classificação mais difundida, os céticos podem ser divididos em dois grupos:⁵⁷ a) há os que acreditam que as coisas, de fato, até podem possuir essência ou deter características inerentes, mas que é impossível apreendê-las em toda a sua extensão e com todas as suas nuances; em virtude das limitações dos aparelhos cognitivos (sentidos) do ser humano, apenas é possível contemplar os fenômenos, as aparências, formando uma representação da coisa-em-si que nunca coincidirá com ela própria; b) há os que duvidam, inclusive, que as coisas possuem uma essência, que os objetos têm características imutáveis e propriedades inerentes; coisas e objetos são construídos intersubjetivamente por meio da linguagem e a verdade que se forma sobre eles,

⁵⁴ NIETZSCHE, Friedrich. **Vontade de potência**. Trad. Mário Ferreira dos Santos. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 354 e seguintes.

⁵⁵ GOETHE, Johann Wolfgang. **Fausto**. Trad. Antônio Feliciano de Castilho. Brasil: E-Book Libris, 2003, Quadro II, Cena IV. Grifo no original.

⁵⁶ GOETHE, Johann Wolfgang. **Fausto**. Trad. Antônio Feliciano de Castilho. Brasil: E-Book Libris, 2003, Quadro III, Cena III.

⁵⁷ Uma explanação no sentido tradicional é fornecida por POPKIN, Richard. **The history of scepticism: from Savonarola to Bayle**. New York: Oxford University Press, 2003. E-book Kindle, posição 173. Apesar de se tratar da classificação mais comum, está longe de suscitar consenso. Encontram-se argumentos no sentido de mostrar que houve exagerada simplificação e muita arbitrariedade na categorização em BRITO, Rodrigo Pinto de. Quadros conceituais do ceticismo anterior a Sexto Empírico. **Prometeus: Filosofia em Revista**. Sergipe: UFSE, jul-dez 2013, ano 6, vol. 12, p. 121 e seguintes.

precária e transitória, é o resultado de acordos linguísticos, de imposições por autoridade ou, meramente, dos discursos momentaneamente mais persuasivos.

Aos pertencentes ao primeiro grupo (a), chamaremos **céticos pirrônicos**; aos do segundo (b), **céticos acadêmicos**. Ambos os grupos se colocam em diametral oposição aos partidários das ontologias clássicas e defensores da verdade absoluta, denominados **dogmáticos**.⁵⁸

A essa altura, faz-se importante um breve parêntese, considerando que viemos tratando Sexto Empírico como um dos maiores expoentes do ceticismo. Ora, se ele é cético, e o ceticismo é um dos pilares da retórica, por que com tanta veemência reprovou essa última, negando-lhe todo e qualquer valor? Conforme expusemos no item 1.1, a visão que se construiu sobre a retórica, predominantemente calcada nas lições de Platão e outros gregos clássicos, a tratava como mera técnica para alcançar a persuasão a qualquer custo. Retórica era a oratória pomposa e vazia, usada para convencer incautos. Nem mesmo como arte era vista, mas como artil, o que torna claro o sentido pejorativo que sempre se lhe foi atribuído, em razão de sua associação com a sofística e com as atividades oratórias dos políticos e advogados, frequentemente desprovidos de conhecimentos, desassistidos pela razão, mas, a despeito disso, obstinados a persuadir. É essa a retórica contra a qual Sexto Empírico se pronuncia. Inclusive porque, em seu tempo, ainda não se reconhecia a retórica como um sistema filosófico autônomo, Sexto Empírico jamais a examinou como tal, levando em conta seus sucessivos aportes, tais como a orientação historicista e humanista e o papel absolutamente diferenciado dado à linguagem, não como ferramenta de pura descrição, mas como elemento de construção ou constituição de todo e qualquer objeto sobre a qual ela se lance.

Não nos dedicaremos, nesse trabalho, à eventual classificação dos autores céticos como pirrônicos ou acadêmicos. Mais do que ousada, a categorização seria arbitrária, já que a maioria sequer se declara, abertamente, como cética e, por óbvio, pouquíssimos chegam a se proclamar acadêmicos ou pirrônicos.

⁵⁸ Não se pode deixar de anotar que a classificação é tradicional e, em alguma medida, arbitrária. Aliás, como praticamente todas as categorizações de que se vale o ser humano para organizar suas ideias e estruturar seu conhecimento. Parece leviandade reduzir todos os matizes filosóficos da história ocidental a três linhas de pensamento. Só para que se tenha uma ideia, dentro da própria ontologia, encontramos grande variedade de posições. É temerário acondicionar ontólogos como Hartmann, Sartre e Heidegger em um mesmo compartimento. Em razão disso, em nossa visão, é mais prudente associar o dogmatismo à crença na existência das verdades absoluta, e não propriamente à(s) ontologia(s), de modo generalista.

Apenas a título de demonstração, trazemos o exemplo de Francis Bacon⁵⁹, que, enaltecendo o raciocínio cético, também reconheceu que “nada é conhecido”, seja pelos sentidos, seja pelo intelecto. A isso corresponde o conceito de *akatalepsia*, uma espécie de suspensão do juízo e tranquilidade da mente diante da percepção de que nenhum argumento tem força suficiente para firmar uma resposta como a única aceitável. É claro que essa tal isenção total, suspensão completa do juízo, é uma ilusão. Ainda assim, Bacon procura divergir dos cétricos radicais, acadêmicos, dizendo que “Aqueles, com efeito, afirmaram cabalmente que nada pode ser conhecido. De nossa parte, dizemos que não se pode conhecer muito acerca da natureza, com auxílio dos procedimentos ora em uso.” Isso mostra proximidade com a linha pirrônica.

Pierre Bayle⁶⁰ lembra crítica de Crísipo às atitudes filosóficas dogmáticas. Ao invés de examinarem a questão, dogmáticos simplesmente “ensinarão uma verdade” ou “defenderão uma causa”. Segundo Bayle, o método da dogmática é o de não trazer à tona as razões dos opositores, esconder as vantagens da posição contrária, assim como as desvantagens das suas próprias. Dogmáticos ocultam as fraquezas de suas teses e apenas expõem as objeções que podem responder. Se Bayle faz algum tipo de associação entre a dogmática e a retórica, certamente o faz pensando nessa última enquanto técnica, e não como sistema filosófico. E, mais especificamente, com foco naquilo que, no item anterior, definimos como retórica estratégica. E, por isso mesmo, ele divide os filósofos em “advogados e relatores”, que, classificados segundo as dimensões da retórica que expusemos, corresponderiam aos utentes do discurso retórico estratégico e do discurso retórico analítico, respectivamente.

Dogmáticos olham para uma girafa e afirmam, categoricamente, que ela é um mamífero vertebrado que pertence ao reino dos animais. Acreditam que, desde que se dediquem da maneira certa, façam as depurações necessárias e se utilizem do método apropriado, serão capazes de conhecer as características imanentes às girafas, isto é, de conhecer as propriedades que fazem da girafa o que ela é, ou ainda, os dados essenciais sem os quais ela deixaria de poder ser considerada uma girafa.

⁵⁹ BACON, Francis. *Novum Organum*. Trad. José Aluysio Reis de Andrade. Grupo Acrópolis. E-book, p. 21. Disponível em <<https://www.netmundi.org/home/wp-content/uploads/2018/06/BACON-Francis-Novum-Organum.pdf>>. Acesso em 14 jun. 2020.

⁶⁰ BAYLE, Pierre. *Historical and critical dictionary*. Vol. I. Londres: Hunt and Clarke, 1826, p 397 e seguintes.

Céticos pirrônicos afirmariam que, embora atualmente consideremos a girafa como um animal vertebrado e mamífero, essa “verdade” é precária e pode mudar, pois somos incapazes de, com nossos limitados sentidos, conhecer a coisa-em-si, as propriedades e características essenciais da girafa, sobrando para nós, apenas, a possibilidade de defini-la e representá-la a partir de sua aparência.

Céticos acadêmicos diriam que a girafa é aquilo que os acordos linguísticos dominantes disserem que ela é; que ela não possui características “a serem descobertas” pelo método adequado, mas que essas características são meramente imputadas, atribuídas, e podem ser modificadas a qualquer tempo, o que faria com que o conceito de girafa se modificasse completamente.

É claro que os cétricos possuem convicções e reconhecem a força de determinadas “verdades” – mais precisamente, de alguns acordos semânticos. A questão é a atitude diante desse “conhecimento”. Ele não é um ponto de chegada e não espelha a coisa-em-si; não é definitivo, imutável. Ele é deficiente e pode, a qualquer momento, pela descoberta de novas características, pela evolução dos instrumentos cognitivos (naturais ou artificiais, como microscópios, exames por imagem etc.) ou pela simples chegada de novos argumentos mais persuasivos, ser alterado radicalmente. Para os pirrônicos, o ser que denominamos “girafa” existe e possui determinadas características que dificilmente conseguiremos chegar a conhecer algum dia, de modo que o que nos resta é observar sua aparência e emitir opiniões que, dependendo de sua força persuasiva, podem se converter em “verdades”, isto é, em “relatos vencedores”, como diria João Maurício Adeodato. Pirrônicos admitem, sempre, a possibilidade de estarem errados, e sabem que o tempo provavelmente mostrará que, em alguma medida, sempre estiveram.

Os cétricos acadêmicos dificilmente sustentariam que a girafa é um mineral ou um vegetal, mas possivelmente diriam que essas categorias não existem no mundo, são invenções humanas e que ali colocamos a girafa arbitrariamente, porque tudo o que sobre ela se sabe é fruto de construções linguísticas e imputações humanas. A girafa não “é em si”; ela “é para o homem”, ou seja, ela é o que dissermos que ela é, e suas características essenciais, aquelas que fazem dela uma girafa, tampouco existem, porque também são o resultado de um discurso momentaneamente vencedor. No fundo, como a girafa não tem uma essência, ela pode acabar se tornando um mineral ou um vegetal pois as características da girafa, bem como os paradigmas das categorias “reino animal”, “reino mineral” e “reino vegetal” podem mudar a qualquer momento. Basta um discurso com

suficiente força persuasiva, ou uma repactuação com alto grau de adesão intersubjetiva, para que isso aconteça.

Dogmáticos sustentariam que não importa, para conhecer a verdade sobre um objeto, o seu uso prático. Bem se sabe que uma caneca pode ser usada para beber algum líquido, ou como medidor de alguma substância, ou como um vaso de plantas. Uma esmeralda pode ser empregada como um adorno, como um mero peso de papel ou como uma arma, se lançada contra alguém com o objetivo de causar lesão. Para o dogmático, isso não muda o que uma esmeralda é, suas características essenciais. Ela é um mineral esverdeado composto predominantemente pelo metal alcalino terroso denominado berílio, pertencente à família 2A da tabela periódica.

Um pirrônico diria que esse é o relato vencedor, mas que ele é provisório, pois pode ser que se descubra que não há berílio na esmeralda, mas, sim, outro tipo de metal; ou que o berílio tem outra massa atômica, ou outra configuração eletrônica, ou, simplesmente, que não se encaixa entre os elementos da família 2A; ou, ainda, que toda a tabela periódica foi construída a partir de uma informação que, posteriormente, revelou-se imprecisa, precisando ser inteiramente refeita.

Céticos acadêmicos diriam que metais, alcaloides, massa atômica, coloração, tabela periódica etc. são, todas, construções artificiais, precárias e transitórias, resultados da busca do homem por uma segurança que nunca alcançará. Como tempo, a esmeralda pode deixar de ser considerada uma pedra preciosa para transformar-se em peso de papel, e pode passar a ser definida como um “animal azul”, porque os conceitos de “mineral”, “verde” etc. são criações humanas arbitrárias, são categorias úteis para a formação de uma opinião, audaciosamente destinadas a encaixar coisas do mundo empírico em gavetas e compartimentos acessíveis à falha razão humana. No fundo, acabam sendo necessárias para permitir uma comunicação. Mas, desde que se mudem as concepções e os conceitos, por meio do discurso e dos pactos intersubjetivos, mudam-se as propriedades, substituem-se as verdades e, por isso, simplesmente não há uma “essência”.

O que se percebeu é que as mesmas objeções feitas quanto às características secundárias dos objetos podem ser opostas às “principais”, ou à “essência”, de modo que “a ideia antiga de que as coisas têm cor, cheiro gosto e outras qualidades sensíveis tornou-se inaceitável diante dos

argumentos céticos e da nova ciência”.⁶¹ Por isso, observava Montaigne, as “coisas não se alojam em nós em sua forma e essência, nem entram pela própria força e autoridade” e “os objetos exteriores, então, rendem-se à nossa mercê e se alojam em nós como nos agrada”.⁶²

Ao longo da história, a ciência foi “descobrimdo” a lei da gravidade; as nuances da anatomia humana; a existência de outras galáxias, buracos negros e os movimentos dos planetas; a pressão do ar e da água; a combustão, a evaporação, a condensação e a sublimação; a existência das células, das moléculas, dos átomos, dos prótons, nêutrons e elétrons; a existência de vírus, bactérias e outros microrganismos, e os antibióticos; os raios infravermelho e ultravioleta; as ondas de rádio; a fissura do átomo e a radioatividade; os neurotransmissores, os cromossomos, o DNA; a teoria quântica e o princípio da indeterminação. Cada uma dessas novas informações revoga algum conhecimento “seguro” anterior.

Que a Terra é chata, era outrora evidente. Que os corpos pesados caem mais rápido do que os leves, era outrora evidente. Que as sanguessugas curam a maioria das doenças, era outrora evidente. Que algumas pessoas são naturalmente e por decreto divino escravas, era outrora evidente. Que existe um centro do Universo e que a Terra está situada nesse local nobre, era outrora evidente. Que existe um padrão absoluto de repouso, era outrora evidente.⁶³

Carl Sagan, além das lembranças acima transcritas, pondera que “A microbiologia e a meteorologia explicam hoje o que há alguns séculos era considerado causa suficiente para queimar mulheres na fogueira”.⁶⁴

A verdade é móvel no tempo e no espaço. Stuart Mill⁶⁵ reflete que culturas e eras inteiras não são menos falíveis do que o indivíduo, isoladamente considerado. O que já foi verdade hoje é absurdo; o que hoje é verdade pode ser absurdo amanhã. E até mesmo o absurdo, de ontem ou

⁶¹ SMITH, Plínio Junqueira. **O método cético de oposição na filosofia moderna**. São Paulo: Alameda, 2015. E-book Kindle, posições 123; 133; 142-151.

⁶² MONTAIGNE, Michel. **Essays**. Trad. Charles Cotton. EUA: David Widger, 2012, p. 520. “[...]That things do not lodge in us in their form and essence, and do not there make their entry by their own force and authority, we sufficiently see foreign subjects then surrender themselves to our mercy, and are seated in us as we please.” Tradução nossa.

⁶³ SAGAN, Carl. **O mundo assombrado pelos demônios: a ciência vista como uma vela no escuro**. Trad. Rosaura Eichemberg. São Paulo: Companhia de Bolso, [?]. E-book Kindle, posição 761.

⁶⁴ SAGAN, Carl. **O mundo assombrado pelos demônios: a ciência vista como uma vela no escuro**. Trad. Rosaura Eichemberg. São Paulo: Companhia de Bolso, [?]. E-book Kindle, posição 567.

⁶⁵ MILL, Stuart. **On liberty**. E-book Kindle, posições 295; 621. “[...] it is indispensable to imagine them, and supply them with the strongest arguments which the most skillful devil’s advocate can conjure up.” Tradução nossa.

de hoje, pode converter-se na verdade. É tão importante que as verdades absolutas tenham indagação e crítica que, se seus principais opositores não existissem, “seria indispensável imaginá-los, e abastecê-los com os mais fortes argumentos que um advogado do diabo possa invocar”.

O ápice do pensamento cético parece dar-se com Nietzsche⁶⁶, que nos legou uma passagem tão bela e poética quanto desoladora. Realista. Somos carentes, somos precários e somos falíveis. O conhecimento real não existe, a verdade não existe e, portanto, ninguém a detém.

Era uma vez, em algum canto distante do universo, disperso em inúmeros sistemas solares cintilantes, havia uma estrela em que animais espertos inventaram o conhecimento. Esse foi o minuto mais arrogante e mentiroso da "história mundial", mas, no entanto, foi apenas um minuto. Depois que a natureza respirou algumas vezes, a estrela esfriou e congelou, e os animais espertos tiveram que morrer.

Há um interessante ponto a ser destacado. Com alguma frequência, deparamo-nos com uma **aclamação simultânea** do ceticismo gnoseológico e do dogmatismo ético. Isso, a nosso ver, é contraditório e logicamente impossível.

Segundo expõe João Maurício Adeodato⁶⁷, é possível perceber que alguns filósofos adotaram posições céticas quanto ao conhecimento (gnoseologia), mas ontológica quanto aos valores (ética). Isso nos parece um tanto incoerente, e já diremos o porquê. O mestre cita, inclusive, o exemplo de Kant. E, de fato, parece ser bem o caso do filósofo de Königsberg. Embora aceite a existência de determinados juízos *a priori*, ele duvida que o conhecimento de todas as coisas, em si mesmas, nos seja possível, em virtude da estrutura da nossa razão, das limitações dos nossos sentidos, da precariedade do nosso aparelho cognitivo. De outro lado, curiosamente crê que exista uma resposta correta, atemporal e objetivamente válida para todos os dilemas morais. Parece claro, no entanto, que isso só é possível porque Kant não se lança ao estabelecimento das verdades morais a partir de seu conteúdo específico. Antes, vale-se da fórmula dos imperativos

⁶⁶ .” NIETZSCHE, Friedrich. On truth and lies in a nonmoral sense. Trad. Daniel Breazele. IN: **Philosophy and truth: selections of Nietzsche’s notebook of the early 1870’s**. New Jersey: Humanities Press, p. 79. “Once upon a time, in some out of the way corner of that universe which is dispersed into numberless twinkling solar systems, there was a star upon which clever beasts invented knowing. That was the most arrogant and mendacious minute of “world history”, but nevertheless, it was only a minute. After nature had drawn a few breaths, the star cooled and congealed, and the clever beasts had to die”. Tradução nossa.

⁶⁷ ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 339-340.

categoricos para solucionar, de modo formal⁶⁸ e com apoio na lógica, o eterno problema da determinação da ação correta a se adotar diante de cada dilema ético.

Ainda assim, é estranhável que um cético gnoseológico seja ontológico quanto à ética. É porque, em nossa visão, o conhecimento precede ao juízo de valor. O juízo de valor (juízo ético) recai, sempre, sobre um objeto. Esse objeto, nos juízos éticos, é uma conduta, um comportamento. É a partir da compreensão que tenho sobre a conduta, o comportamento ou a prática que lanço meu juízo de valor (ou desvalor), isto é, meu juízo ético. Ora, se eu, por ser cético quanto ao conhecimento, reconheço que não é possível conhecer o objeto, em si, com todas as suas características; se reconheço que é impossível alcançar a verdade plena e definitiva sobre as coisas; se reconheço que o conhecimento que se forma, a partir do fenômeno, das aparências, das impressões que ele causou aos meus sentidos, é precário; então, não sou capaz de afirmar, com segurança, se ele é necessariamente valioso ou desvalioso.

Se nem sei com precisão o que é tortura ou escravidão, conceitos móveis e imperfeitos, não posso dizer que cada um deles seja cem por cento bom ou cem por cento mau. Como dizer que a eutanásia é um mal, se não há um conceito único, pronto e acabado, de eutanásia? Como afirmar o desvalor da exploração do trabalho infantil, se o conceito de “trabalho” e o conceito de “infantil” são mutáveis e dinâmicos? Como sustentar que a tortura é, sempre, um mal, se qualquer característica que eu alterar no conceito de tortura pode me levar a uma opinião diversa? E se eu disser que há um núcleo, uma essência que não muda, então, no fundo, não sou cético quanto ao conhecimento. Se o conceito de tortura for “infligir intenso e duradouro sofrimento físico ou moral a alguém”, e cada um desses atributos deve ser verificado para que eu configure a tortura, a alteração ou divergência na interpretação de qualquer um deles pode fazer toda a diferença no seu reconhecimento e, portanto, no juízo de valor a ser sobre ele realizado. O que é “intenso”? E

⁶⁸ Sobre Kant ser cético quanto ao conhecimento, mas ontológico quanto à ética: ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 284. Mais, sobre Kant ser dogmático quanto à ética: PIGLIUCCI, Massimo. **Skeptic's skeptic**. New York: Figs, 2013. E-book Kindle, posição 769. Como o sistema de pensamento de Kant é formal, pode causar estranheza a sua consideração como dogmático ou ontológico quanto à ética. Embora Kant não defenda abertamente que só há uma única ação moralmente correta para cada tipo de situação, seu imperativo categórico não deixa de ser uma tentativa de condicionar "o bom" e "o correto" a uma específica forma de pensar. A sua fórmula, supostamente, conduz a uma solução inelutavelmente correta, e isso nos parece bastante ontológico. Além do mais, a própria confiança depositada pelo filósofo na competência da razão para conduzir ao bem (o bom uso da razão seguramente leva ao cumprimento do dever moral, que corresponde ao bem) denota afeição essencialista. Serve-nos como formidável reforço o exemplo da mentira. Para Kant, ela é, inescapavelmente, uma conduta desvaliosa. Isso é ontologia. *Vide* KANT, Immanuel. **Textos seletos**. Trad. Emanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 73 e seguintes.

o que é “duradouro”? Se o conceito passar de três para quatro minutos, o que até ontem era tortura, hoje não mais o será.

O mesmo se diga sobre a escravidão. Suponhamos que seja entendida como “constrangimento, mediante violência ou grave ameaça, ao trabalho extenuante, e sem remuneração”. Além da mobilidade e do dinamismo dos conceitos de “violência”, “grave ameaça”, “trabalho”, “extenuante” e “remuneração”, que sempre podem se alterar e levar à descaracterização da escravidão, o pagamento de um mísero real por mês afastaria a literalidade da elementar “sem remuneração”. E a fuga conceitual não tem fim: se eu qualificasse “remuneração digna”, a discussão se deslocaria para o conceito de dignidade e o *quantum* de dinheiro seria necessário para satisfazê-la, o que, por sua vez, varia conforme circunstâncias concretas cuja antecipação integral é impossível. Quais são os parâmetros para que se caracterize o trabalho como “extenuante”? Se qualquer um deles se alterar, do mesmo modo, muitos dos comportamentos que configuravam escravidão deixam de sê-lo, e outros tantos, que não a caracterizavam, passam a configurá-la.

A ciência e o conhecimento não determinam o valor ou o desvalor das condutas de modo direto. Mas indiscutivelmente influem nesse processo a partir da definição do objeto que é alvo do juízo. Pigliucci⁶⁹ observa bem: a ciência não pode dizer que o aborto é moralmente permissível porque o feto não sente dor. Mas, uma vez que, no campo ético, se estabeleça a premissa de que, se não há dor para o feto, o aborto não é imoral, então a ciência entra em cena para nos dizer se o feto sente dor ou a partir de quando isso pode ocorrer. Acontece que, se sou cético, nunca saberei, com cem por cento de certeza, se o feto realmente sente dor, ou a partir de quando ele a sente. E, assim sendo, lidarei sempre com a dúvida. Sem a certeza sobre a dor, nunca terei a certeza categórica para afirmar se determinado aborto foi, ou não, antiético, reprovável. Se eu mudar o critério, o problema se deslocará, saltando de categoria para categoria, e sendo, segundo o ceticismo, a incerteza uma marca perene de cada uma delas. A certeza do valor ou desvalor só se põe sobre a certeza do conhecimento do objeto. Essa segunda, uma certeza que reconhecidamente inexistente para o cético.

⁶⁹ “**If** we agree, for the sake of argument, that abortion is morally permissible before the fetus can feel any pain, **then** it is a matter for Science to give us the best empirical estimate of when approximately that happens during a human development.” PIGLIUCCI, Massimo. **Skeptic’s skeptic**. New York: Figs, 2013. E-book Kindle, posição 301. Tradução nossa. Grifo do autor.

É importante, a essa altura, esclarecer melhor o alcance dessa "precedência" do conhecimento em relação ao valor. Primeiro, não é possível para o ser humano posicionar-se diante de um objeto de um modo "cem por cento ignorante" e desprovido de toda e qualquer pré-compreensão, como em uma espécie de "marco zero do conhecimento", pois as pré-compreensões interferem na análise que se faz sobre as coisas de um tal modo que há quem as considere até mesmo condições de possibilidade para a compreensão⁷⁰ (ou, na terminologia retórica, para o **relato** que se constrói). É muito provável que qualquer coisa nova e desconhecida, que se vê pela primeira vez, suscite em nossa mente uma associação com alguma das categorias de objetos com os quais já tivemos contato, e o relato se forme desse ponto em diante (permanecendo aberto a novas observações, influências e informações, é claro).

Em segundo lugar, também não é razoável supor que se possa fazer uma separação estanque, ascética, com conteúdos hermeticamente isolados entre o valor e o conhecimento. Do mesmo modo que as pré-compreensões interferem no relato que se forma sobre algo, há um certo grau de impregnação de referências éticas em nós e, quando analisamos um objeto (no caso do juízo ético, uma ação), já o fazemos partindo de algumas pré-concepções e pré-conceitos que, por mais que nos esforcemos para "depurar", dificilmente o faremos com sucesso total. Não parece ser possível, destarte, um conhecimento completamente "avalorado", ou uma gnoseologia que se mantenha inteiramente livre de qualquer interferência dos valores. Conceitos como *akatalepsia* ou *epoché*, que remetem a uma suspensão do juízo, não são mais do que tentativas de alcançar a maior neutralidade possível. Sem ingenuidade, nunca total. Em que sentido, ainda assim, pode-se afirmar alguma precedência entre o conhecimento e o valor? No juízo ético, concebido enquanto procedimento por meio do qual se revela (ontologia) ou se imputa (retórica) o valor a uma ação, é logicamente cogente que primeiro se forme uma representação mental sobre o objeto a ser valorado, e que depois, a partir da compreensão (ontologia) ou do relato (retórica), avalie-se sob um prisma ético. E isso não vale só para ações realizadas no plano empírico, captadas por nossos sentidos e processadas por nosso intelecto, mas para qualquer conduta hipotética, imaginada. Se quisermos inverter essa ordem, partindo do valor para as condutas, acabaremos, sem perceber, recorrendo a algum modelo comportamental primário ao qual tenhamos, previamente, atribuído valor ou desvalor. Como representar mentalmente um desvalor ético puro, autônomo, como uma espécie de juízo *a priori*, desconectado de toda e qualquer ação ou omissão

⁷⁰ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Ética e decisão judicial**: O papel da prudência na concretização do direito. E-book. Curitiba: Editora CRV, 2015, Cap. 1, p. 8.

prévia, observada no plano empírico ou imaginada? A noção de ganância tende a se formar a partir de exemplos de condutas em que o agente tenha atuado mal em relação a alguém com o fim de aumentar suas riquezas. Bondade, caridade e altruísmo relacionam-se com comportamentos de ajuda, doação, sacrifício. O que queremos dizer é que, se seguimos um fluxo lógico, primeiro pensaremos em algo e depois o avaliaremos. Mas, mesmo se quisermos pensar em algo bom ou mau, certo ou errado, para só então buscar um comportamento correspondente, é muito provável que a nossa própria noção de bom, mau, certo e errado tenha se formado a partir de contatos diretos ou indiretos com situações reais ou imaginárias que funcionam como gabaritos para esses valores.

Daí dizermos que a noção de escravidão, de tortura ou de racismo precede cronologicamente, ainda que na casa dos milionésimos de segundo, ao juízo de valor que sobre ela se venha a lançar. E, por isso, as alterações no plano cognitivo que interferem nessas respectivas ideias ou noções provavelmente impactarão eventuais valorações sobre condutas executadas no mundo empírico que se subsumam a esses conceitos. Desde que se reconheça que "eu não sei o que é o racismo", ou que o racismo não existe no mundo como um ente dotado de propriedades essenciais, não haverá o mínimo lastro lógico na afirmação que o considerar essencialmente desvalioso (necessariamente reprovável). Sempre pode haver algo que, no futuro, seja reconhecido como racismo e não suscite a reprovação. Dizer que tortura e racismo são práticas inexoravelmente desvaliosas pressupõe certeza quanto ao conhecimento das propriedades essenciais e imutáveis da tortura e do racismo. E, isso, alguém cético quanto à gnoseologia não faria.

É admissível, em contrapartida, que alguém seja ontológico quanto ao conhecimento, mas não quanto à ética, por entender que valores são produtos da engenhosidade humana. Há quem seja, coerentemente, cético quanto a ambos os campos filosóficos, ou igualmente dogmático quanto aos dois. Só não é coerente, em suma, que alguém seja cético quanto ao conhecimento e dogmático quanto à ética. Talvez seja essa uma das razões para que se tenha afirmado que “não há, a meu ver, uma resposta simples acerca da relação de Kant com o ceticismo”.⁷¹

Algo parecido se passa com David Hume. Visivelmente cético quanto ao conhecimento, cedeu à comodidade de uma ética ontológica, dogmática. As imperfeições do conhecimento derivam

⁷¹ SMITH, Plínio Junqueira. **O método cético de oposição na filosofia moderna**. São Paulo: Alameda, 2015. E-book Kindle, posição 357.

das falhas de nosso entendimento, da incompletude de nossos aparelhos, da imperfeição de nossas abordagens empíricas. Como, no plano axiológico, “nada é em si mesmo bom ou mau”, mas esses são atributos que “surgem da fábrica e construção particular da afecção e sentimento humano”, não há como equivocarse a partir de falhas no processo de apreensão ou intuição. Os valores se processariam diretamente no campo da razão, livres dos problemas que as limitações da abordagem empírica trazem. Assim, no campo do conhecimento, Hume detectou um “estado lamentável dos princípios do entendimento”, mas uma condição satisfatória dos princípios morais, criados para uma vida virtuosa e feliz. Note-se que Hume não chega a enfrentar, diretamente, a questão da imutabilidade dos valores ou da existência de uma ordem objetiva. Ele simplesmente “prefere” uma ética dogmática, não por ter constatado uma tal ordem objetiva de valores, mas apenas por não ter encontrado nesse campo os problemas que identificou na teoria do conhecimento. Trata-se, assim, de mera escolha, que, ao que tudo indica, deu-se por conveniência, para evitar o ônus negativo que sempre existiu para quem sustentar uma posição cética quanto à ética.⁷²

1.4. CETICISMO ÉTICO

Dissemos, no item anterior, que duas das mais importantes perguntas para a filosofia são “o que é o conhecimento?” e “como é possível conhecer?” Constituem o cerne das investigações da gnoseologia. Ao seu lado, mas pertencentes ao campo das investigações éticas, estão as indagações “o que é a coisa certa a se fazer?” ou, mais genericamente, “o que é o bem?” e “o que é o justo?”

Se, já no campo da gnoseologia, encontramos profundas dissidências teóricas, o que se pode esperar das discussões que recaem sobre a correção ou incorreção ética do agir humano (e o mesmo se pode dizer do estatal) é a mais fervorosa das polêmicas.

Há quem diga que o homem não foi à lua. Há quem sustente a aparição frequente de objetos voadores não identificados. Há quem diga que a Terra é plana, e que não gira sobre o próprio

⁷² Conferir SMITH, Plínio Junqueira. **O método cético de oposição na filosofia moderna**. São Paulo: Alameda, 2015. E-book Kindle, posições 2793; 3045.

eixo. Se aprofundarmos as discussões, veremos que praticamente todas as maiores “descobertas” científicas da história são, cedo ou tarde, questionadas por rebuscados estudos acadêmicos e pesquisas altamente competentes. Nem sempre veremos pessoas se ofendendo ou, principalmente, matando-se por conta dessas divergências.⁷³ Quando a questão a ser debatida é trazida para o campo da ética, no entanto, tudo muda drasticamente de figura. Vamos invocar, apenas, as múltiplas cisões e guerras religiosas da história e os embates políticos entre aqueles que se filiam às concepções ideológicas que, temerária e arbitrariamente, se simplificaram como sendo “de direita” ou “de esquerda”. Nessa seara, as disputas suscitam paixões e destemperanças e levam a guerras e holocaustos.

Muita gente pode desconhecer as teorias quânticas, as regras básicas da química orgânica, a estrutura das mitocôndrias e as fórmulas para que se calculem o seno e o cosseno. Raramente, no entanto, encontraremos quem não tenha opinião formada sobre “pedofilia”, prostituição, maus-tratos contra animais, aplicação da pena de morte, eutanásia, aborto, casamento gay, adoção de crianças por casais homossexuais, “liberação” das drogas e das armas de fogo. No Brasil, nos últimos anos, em razão da celebração midiática dos relevantes temas decididos pelo Supremo Tribunal Federal e da espetacularização de seus julgamentos, as pessoas com formações humildes e leigas em Direito ainda opinam sobre “prisão em segunda instância” e “dolo eventual no trânsito”.

Não há espaço, nesse estudo, para investigar e/ou explicar o porquê de o ser humano ser tão atraído por ideologias, por preceitos ou posições morais, ou, em contrapartida, o porquê de raramente se conformar com uma postura cética ou isostênica em relação às polêmicas éticas. Há algo nesses tipos de debates que convida e seduz a maioria das pessoas a formarem opiniões e até a se posicionarem a respeito. E de modo (aparentemente) convicto, eventualmente loquaz e, não raras vezes, altamente combativo. Ainda que esse apego não se converta, para a maioria, na atitude de estudar, pesquisar e refletir a respeito das questões controversas, é certo que, para grande parte das questões, há uma opinião, ainda que (reconhecidamente, ou não) superficial.

⁷³ É claro que, quando repercutem sobre dogmas religiosos, isso não se aplica. As teorias de Nicolau Copérnico, Galileu Galilei e Charles Darwin, por exemplo, impactam os fundamentos da doutrina cristã, o que lhes rendeu consideráveis dores de cabeça – ainda sentidas, séculos depois, pelos que defendem o evolucionismo em detrimento do criacionismo.

O certo é que, no campo da ética, que é aquele em que fazemos os juízos segundo os quais comportamentos são valiosos ou desvaliosos, elogiáveis ou censuráveis, as celeumas são mais numerosas e, geralmente, mais acirradas.

Do plano ético provêm as **normas de conduta**, sejam elas morais ou jurídicas. Não há nada juridicamente valioso ou desvalioso que seja absolutamente desligado da ética. Muito simples: o juízo de valor ético precede ao jurídico. Na história, se pensarmos em termos do surgimento do Direito sistematizado, e em cada caso particular da atualidade, pois os debates éticos antecedem a aprovação das leis. A afirmação pode tornar-se ainda mais ousada, e, nem por isso, menos correta: “Todo direito tem conteúdo ético, todo direito é essencialmente ético, pelo menos para determinado grupo social, justamente o vencedor a ‘luta pelo direito’, na luta para transformar suas convicções éticas em direito posto”.⁷⁴ O Direito é a ética juridificada (procedimentalizada).

Quanto à separação entre Direito e moral, estamos com Miguel Reale⁷⁵: quanto mais nos dispusermos a perscrutar suas diferenças, mais veremos o quanto se assemelham. É justamente porque provêm da mesma raiz. Para lembrar novamente Reale, aliás, o que se pode dizer é que a valoração dos atos, pela moral e pelo Direito (subsistemas do mundo ético), se dá assim: no primeiro caso, “visa mais à intenção, partindo da exteriorização do ato”; no segundo, “visa mais ao ato exteriorizado, partindo da intenção”. Irretocável o raciocínio: no Direito, não pode haver sanção pela pura intenção. É preciso que se tenha um resultado juridicamente relevante (a afirmação já decorre de uma orientação minimalista, pois, para os mais rigorosos, nenhum mal há na criminalização das meras desobediências). Mas, diante desse resultado juridicamente relevante, o juízo de valor que se opera parte, necessariamente, da intenção segundo a qual foi praticada a conduta.

É importante, já que tecemos acima as observações sobre as relações categoriais entre “ética”, “moral” e “Direito”, um pequeno parêntese para lembrar que as palavras em questão têm significação notoriamente controversa e, quanto à sua relação categorial, não são menos frequentes as divergências. Embora tratemos a primeira como uma categoria superior e radical,

⁷⁴ ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional**: 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 234-235. Em outro lugar, o mestre cita Nicolai Hartmann, no mesmo sentido: “Todo direito é expressão de uma aspiração ética”. ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 197.

⁷⁵ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 676 e ss.

e as duas últimas como ramificações dela derivadas, há respeitável posição, fundamentada filosófica e etimologicamente, no sentido de ser perfeitamente viável o uso sinonímico entre “ética” e “moral”.⁷⁶

Os problemas centrais dessa pesquisa – se é possível firmar limites materiais ao poder de criminalizar, e se as teorias do bem jurídico ou o *harm principle* cumprem a tarefa de fornecer esse aspecto substancial da criminalização – são, apenas, especificações de discussões mais amplamente realizadas, sem qualquer pacificação, nos âmbitos da filosofia e da teoria geral do Direito. Quando analisamos se o Estado pode se servir de criminalizações que estejam exclusivamente amparadas em preceitos morais, estamos revisitando as polêmicas das relações entre a moral e o Direito. E, quando perguntamos se existem limites extra ou suprajurídicos ao poder de criar tipos penais, voltamos, em alguma medida, ao embate entre jusnaturalismo e juspositivismo. As duas investigações são nucleares para a teoria geral do Direito. Do mesmo modo, quando concluímos que determinados comportamentos necessariamente devem ser criminalizados, porque são essencialmente desvaliosos e reprováveis, ou não podem sê-lo, porque são sempre positivos, estamos preferindo uma concepção ontológica ou dogmática da ética, em detrimento de uma que seja cética. Por essa razão, as reflexões que traçamos nesse item repercutem diretamente sobre as considerações que serão tecidas mais adiante, quando falarmos, em particular, da existência de limites materiais para o conteúdo das normas penais.

Como partimos de uma visão retórica da ética, marcada pelo ceticismo, não cremos que existam condutas essencialmente boas ou más, de modo que, conseqüentemente, não sustentaremos a possibilidade de limitações ontológicas para as normas jurídicas. Obviamente, o raciocínio se aplica às normas de caráter penal. Isso não quer dizer que não existam limites, mas, apenas, que esses limites não são dados pela natureza ou por um mundo imutável de valores existentes em si mesmos, desvinculados da inventividade e da linguagem humanas. O que queremos estabelecer é que **valores são produtos, constructos, criações**, e que as normas jurídicas, enquanto normas éticas, também o são. Se não há valores essencialmente bons, não há normas jurídicas essencialmente corretas ou incorretas, e não há tipos penais materialmente adequados ou inadequados *per se*, senão em função de um paradigma político-ideológico-constitucional.

⁷⁶ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Ética e decisão judicial**: O papel da prudência na concretização do direito. E-book. Curitiba: Editora CRV, 2015, p. 3.

De outro lado, uma concepção ontológica ou dogmática sobre a ética conduz à afirmação de que há valores essencialmente positivos ou negativos, condutas essencialmente boas ou más, independentemente dos contextos histórico, geográfico e cultural. O bem é o bem hoje, assim como o foi ontem e o será amanhã. O que é justo e correto não se sujeita a elementos do mundo empírico. Não varia conforme o tempo, o lugar, as experiências, tradições, apetites e inclinações. A escravidão, a misoginia, e a homofobia não são males de nosso tempo, determinados pelos paradigmas contemporâneos. Sempre o foram, e quem não os reconhecia como tais, vivia em erro. Serão males no futuro, ainda que os costumes e as leis mudem, e ainda que a totalidade dos seres humanos passe a aceitá-los e cultivá-los. As normas jurídicas, supostamente, deveriam ser elaboradas em função desses valores absolutos.

Para manter, por ora, a discussão no campo da filosofia, que é onde se fincam suas raízes, vamos aprofundar um pouco as análises sobre a ética ontológica (dogmática) e a ética retórica (cética).

Segundo uma visão ontológica da ética, como, por exemplo, a que foi sustentada por Hartmann, os valores são dados do mundo, existentes em si mesmos. Preexistem ao homem, e continuarão a existir quando desaparecer a humanidade. Não são produtos. Não são inventados ou desenvolvidos. São intuídos, descobertos, reconhecidos. Uma ação boa ou louvável é boa ou louvável objetivamente, independentemente do tempo, do lugar, da cultura, das leis e da própria capacidade das pessoas que a examinam de enxergar seu valor inerente e imutável. Em contrapartida, não interessa se há uma tradição milenar segundo a qual homens adultos se casam com crianças (Afeganistão); se o costume sedimentado é a extirpação do clitóris para desestimular o adultério (África); se o padrão é o descarte de crianças nascidas com deficiências (Esparta); se a lei diz que a mulher adúltera deve ser apedrejada até à morte (entre os hebreus); tais condutas podem ser consideradas objetivamente negativas e censuráveis onde e quando quer que se pratiquem. Em síntese, “Qualquer ser porventura existente no universo, que seja aparelhado para captar valores, considerará, por exemplo, que o racismo é um mal”.⁷⁷ Apesar da aparente obviedade e da convicção com que é dado o veredicto do desvalor do racismo, a década de 1960, nos Estados Unidos, foi banhada de sangue para que negros pudessem frequentar as mesmas escolas que brancos; para que pudessem jogar basquetebol; para que não precisassem

⁷⁷ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 79; 222-223.

usar banheiros e bebedouros separados ou sentar-se em bancos próprios no fundo das conduções coletivas.

Por essa versão atualizada do platonismo axiológico, toda ação má deriva de ignorância, de falha na percepção do valor. Há condutas essencialmente boas ou más em si mesmas, independentemente de eventual reconhecimento de seu valor ou desvalor por quem quer que seja. Não importa se há um ordenamento legal que proíba a tortura, onde ou quando a ação foi realizada: ela é, necessariamente, um mal, e quem discordar estará equivocado. O próprio torturador só delinuiu porque, ao tempo de sua ação, encontrava-se em ignorância. Aristóteles⁷⁸, há mais de dois mil anos, antes de duas Guerras Mundiais, holocaustos, terrorismos, globalização e internet, já observava que a tese estava “manifestamente em contradição com os fatos da vida”. Voltaire⁷⁹ foi além:

Seria o cúmulo da loucura pretender fazer todos os homens pensarem de uma maneira uniforme sobre a metafísica. Seria bem mais fácil subjugar o universo inteiro pelas armas do que subjugar todos os espíritos de uma única cidade.

De fato, breve passagem pelas pautas políticas mais clássicas demonstram a ingenuidade dessa posição sem qualquer esforço. Casamento homoafetivo, quotas raciais, criminalização das drogas, liberação das armas de fogo, aborto... se deslocarmos o foco da discussão para o campo da religião, os exemplos se tornam ainda mais elucidativos. Ao longo da história, pessoas de turbante e adoradores da cruz se perseguiram e se dizimaram tomados pelo mais alto grau de convicção da nobreza de suas respectivas causas. “Genocídios do bem”. E, até entre os que seguem o mesmo livro sagrado, a quantidade de seitas e denominações dissidentes é incrível. Deve-se, ou não, praticar o celibato, trabalhar aos sábados, usar calças (mulheres), venerar imagens, comer carne de porco (ou de certos peixes)?

Ainda assim, segue firme a crença de que existe uma resposta correta para cada uma das mais complexas questões morais, ainda que, na prática, não disponhamos de meios para descobri-la. Sam Harris, defensor dessa ideia, radicaliza seu combate ao “relativismo moral” dos céticos

⁷⁸ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009, p. 149.

⁷⁹ VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2017. E-book Kindle, posição 1662.

dizendo que “a maioria dos intelectuais do ocidente [...] diz que não há nada sobre o que o Dalai Lama esteja realmente certo ou sobre o que Ted Bundy esteja realmente errado”.⁸⁰

Harris parece ignorar a lição de Georg Simmel⁸¹, discípulo de Schopenhauer, no sentido de que “todo valor é relativo, ou seja, só pode existir para alguém”. O próprio Schopenhauer, no entanto, tem uma postura peculiar quanto à ética, por seu conhecido pessimismo. Por enxergar o ser humano como naturalmente mau e inerentemente vaidoso, mostra uma afeição dogmática (ontológica) quanto à gnoseologia, mas foge do platonismo axiológico porque as más condutas não viriam da ignorância dos homens, mas de sua propensão inata a fazer o mal uns aos outros.⁸²

Aliás, mesmo que Harris e Hartmann estejam certos sobre essa ordem objetiva de valores, cai bem a crítica de Adeodato⁸³:

Concedendo que o mundo dos valores é assim apurado, se o defeito está na apreensão que os homens dele fazem, de que adianta a tese dos valores existentes em si? Como intuir e realizar essa ordem diante das divergências em sua percepção, qual o critério, só Hartmann pode estabelecê-lo?

Essa é a grande questão: a experiência mostra que raramente há unanimidade no que tange aos valores éticos e, muito ao contrário, que eles suscitam acaloradas disputas entre indivíduos e povos exatamente por sua colisão frontal. E quem está com a razão? Por quê? Quais são os parâmetros para a aferição? Como disse Stuart Mill⁸⁴, quem sente a certeza da verdade normalmente nem considera que, em outras épocas, religiões, países, culturas e partidos pensaram e ainda pensam o exato oposto, e com a mesma convicção.

⁸⁰ PIGLIUCCI, Massimo. **Skeptic’s skeptic**. New York: Figs, 2013. E-book Kindle, posição 184. “Most western intellectuals... say well, there is nothing for the Dalai Lama to be really right about or for [serial rapist and killer] Ted Bundy to be really wrong about”. Tradução nossa. Vale lembrar que Ted Bundy é um dos mais famosos *serial killers* da história norte-americana, tendo sido condenado à morte por estuprar e matar pelo menos 30 mulheres.

⁸¹ SIMMEL, Georg. **Schopenhauer & Nietzsche**. Trad. César Bejnamim. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011, p. 144.

⁸² Observa-se a posição em SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de ter razão**: Como vencer um debate sem precisar ter razão em 38 estratégias. Trad. Alexandre Pires Vieira. Montecristo Editora: 2018. E-book Kindle, pos. 205-215, embora ela, ali, não seja a discussão central. Em nossa opinião, não se pode deixar de reconhecer uma contradição. A defesa da relativização dos valores, simultaneamente à sustentação de uma espécie de maldade ontologicamente presente no que o autor chama de “raça humana”, é postura estranhável.

⁸³ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 265.

⁸⁴ MILL, Stuart. **On liberty**. E-book Kindle, posição 291.

Para aumentar a complexidade do problema, a experiência mostra, também, que juízos de valor ou desvalor, de louvor ou de reprovação, tendem a se alterar com o tempo e a cultura. A maior abertura para o livre exercício da sexualidade é um bom exemplo, pois, embora ainda exista muito preconceito, nem mesmo se pode comparar o panorama atual com aquele de cinco ou seis décadas atrás, seja a respeito da sexualidade feminina ou da homossexualidade. Ora, se a história revela que as mais arraigadas concepções sempre podem mudar, com que autoridade alguém afirma a imutabilidade de qualquer posição ética? Fazer uma caça às bruxas internacional parece, hoje, completo dislate. Voltaire⁸⁵, a seu tempo, já observava que

Temos na Europa mais de cem volumes de jurisprudência sobre a feitiçaria e sobre a maneira de distinguir os falsos feiticeiros dos verdadeiros. A excomunhão dos gafanhotos e dos insetos nocivos às colheitas esteve muito em moda e ainda subsiste em vários rituais. A moda passou; Aristóteles, os feiticeiros e os gafanhotos foram deixados em paz. Os exemplos dessas graves demências, outrora tão importantes, são inumeráveis.

Escarnecemos verdades do passado, feitas piadas no presente, mas que podem voltar a exprimir o bom e justo no futuro. O processo de (re)democratização do Brasil, na década de 1980, contou com massivo apoio popular, que culminou com a promulgação da festejada “Constituição Cidadã”, contendo extenso rol de direitos e garantias fundamentais e assegurando o direito político ao voto direto e não censitário. Menos de três décadas depois (abril de 2018), uma pesquisa de opinião constata que 66% dos brasileiros entrevistados entendem que os direitos humanos “defendem mais os bandidos” e, embora 63% lhes reconheça algum grau de importância política ou cívica, 21% são contrários à sua mera existência, enquanto outros 16% sequer têm opinião (o que não deixa de ser sintomático).⁸⁶

A ditadura e a tirania foram explicitamente execradas por Ulysses Guimarães no ato de Promulgação da Constituição Federal de 1988. “Temos ódio à ditadura. Ódio e nojo. Amaldiçoamos a tirania onde quer que ela desgrace homens e nações, principalmente na América Latina”⁸⁷. Em 2018, a maioria dos brasileiros elegeu um Presidente que já declarou (2016), sobre o dia 31 de março de 1964, que “devemos, sim, comemorar essa data. Afinal de contas, foi um

⁸⁵ VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2017. E-book Kindle, posições 774-784.

⁸⁶ Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44148576>>. Acesso em 10 dez 2019.

⁸⁷ GUIMARÃES, Ulysses. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>>. Acesso em 13 jan 2020.

novo 7 de setembro. ”⁸⁸. E que afirmou, em 2018, que “não houve golpe militar em 1964”, além de ter louvado, em Plenário, AI-5 (2008), e a ele se referido como “saudoso” (2010). Em uma das suas frases mais conhecidas, o Chefe do Executivo chegou a dizer “que o erro da ditadura foi torturar e não matar” (2016).⁸⁹

Apesar de todas as evidências empíricas em sentido contrário – racismo, preconceito sexual, neonazismo, superencarceramento da pobreza e dos excluídos em condições desumanas, por exemplo –, a noção de que há valores absolutos e inegáveis, assim como comportamentos objetiva e necessariamente reprováveis, é sedutora. Transmite segurança. É muito cômodo que se estabeleça a dignidade da pessoa humana como um valor irrecusável, assim como a exploração da prostituição infanto-juvenil como um mal altamente execrável. Concordamos com esses rótulos, é claro, só não conseguimos afirmar, categoricamente, sua validade por toda a eternidade. Esperamos que seja assim. Só não garantimos que efetivamente será, e nem que, com o passar do tempo e o desenrolar da história, tais preceitos não se tornarão obsoletos.

Em outras épocas, em que a escravidão era largamente praticada, em que pessoas eram conduzidas como gado a guetos, ou mantidas e exterminadas como insetos em campos de concentração, as ideias de igualdade e dignidade humana não apenas eram ignoradas, mas verdadeiramente desencorajadas e, eventualmente, até combatidas, por representarem empecilhos ao projeto de inferiorização e desumanização de alguns grupos. Após testemunharmos tantos horrores, parece ser inconcebível admitir que pensamentos semelhantes possam voltar a ter espaço. Amparamo-nos em conceitos jurídicos como “vedação do retrocesso” e em uma visão escatológica da história, extremamente otimista – ingênua, diríamos, diante das fartas evidências empíricas –, a partir da qual estamos em constante evolução e aprimoramento. Essa é uma visão que combina com a noção antropológica “rica” para o ser humano (comentada ao final do item 1.2). Em contrapartida, a mencionada antropologia carente estimula uma “visão sisífrica”⁹⁰ da história: estamos em constante esforço; o trabalho é eterno; os paradigmas são cíclicos; não há descanso no cume, mas um frequente recomeço ao pé da montanha.

⁸⁸ Disponível em < <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/03/veja-10-frases-polemicas-de-bolsonaro-sobre-o-golpe-de-1964-e-a-ditadura-militar.shtml>>. Acesso em 10 dez 2019.

⁸⁹ Disponível em <<https://veja.abril.com.br/politica/doze-vezes-em-que-bolsonaro-e-seus-filhos-exaltaram-e-acenaram-a-ditadura/>>. Acesso em 10 dez 2019.

⁹⁰ ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 60.

Já dissemos que a dominância das ontologias, ao longo da história, decorre das angústias de um ser humano sedento por segurança diante de um mundo inóspito, repleto de fenômenos incompreendidos. No campo do Direito, pelo menos em matéria de direitos humanos, a visão ontológica também faz sucesso. Primeiro, porque se buscam os fundamentos da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos, em geral, de verdades axiológicas objetivas e supraconstitucionais. Há um Direito natural a ditar certos princípios que não podem ser desprezados por um ordenamento jurídico, seja ele qual for, pois se relacionam com as verdades imutáveis da igualdade e do valor individual irrecusável de cada homem. Em segundo lugar, porque os direitos humanos estão sempre na mira da universalização. Isso traz uma sensação de segurança, ainda que ilusória.

No paradigma democrático atual, limitar a dignidade da pessoa humana a um grupo com certas características étnicas ou determinadas condições socioeconômicas é impensável. Negar a igualdade entre homens e mulheres, também. Pelo menos no plano teórico, ou do discurso, há certas verdades éticas que estão tão fortemente consolidadas que parecem ser imutáveis. Imaginamos um caminho sem volta. Algo parecido se passa com determinadas condutas reprováveis. Hoje, soa como indefensável a comercialização da pornografia infanto-juvenil. A conduta é tão avessa aos valores dominantes que não parece ser nem mesmo possível que o juízo de reprovação que sobre ela se lança seja alterado no futuro. Mas o fato é que pode ser, porque diversas mudanças de visão de mundo podem ocorrer. O conceito de “pornografia” pode mudar; o conceito de “adolescente” pode ser alterado.

Aliás, o critério etário, fundamental para a configuração de crime em casos de relações sexuais consentidas, sofreu, no Brasil, diversas alterações legais e jurisprudenciais de 1830 em diante. Até a parte final do século XIX, era criminosa a relação sexual entre um homem adulto e uma menina de 14 anos de idade que fosse virgem. Mas, caso ela ocorresse, o agente poderia deixar de ser punido se viesse a se casar com a ofendida, o que, aparentemente, retiraria o *status* de “reprovável” do comportamento. Atualmente, relações sexuais consentidas, casuais ou habituais, com meninas de 14 anos, virgens ou não, são penalmente irrelevantes. Mas, paradoxalmente, ainda se revestem de grande reprovabilidade social.⁹¹

⁹¹ Sobre o tema, com maiores detalhes, JORIO, Israel Domingos. **Crimes sexuais**. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 193-207.

Algumas condutas nos soam tão ignóbeis que somos tentados a crer que elas devem ser consideradas objetivamente más independentemente de onde e de quando sejam praticadas. Seriam, assim, ontologicamente desvaliosas, necessariamente negativas, de sorte que quem discordasse estaria fatalmente errado e seria esmagado por uma avalanche de reproches em sentido contrário. Considere-se a ação de sodomizar bebês recém-nascidos: não parece que exista uma cultura, dentre as muitas conhecidas na história do nosso planeta, que pudesse aprovar semelhante comportamento. O nível de consenso sobre a ignomínia, a despeito das profundas dissidências culturais dos vários povos, das divergências étnicas e religiosas, políticas e jurídicas, deve ser elevadíssimo. Mas a experiência volta a nos alertar para a possibilidade de que, ainda assim, não se trate de uma verdade absoluta e eterna. Ora, a mesma reprovabilidade do nosso infame exemplo parece aplicar-se a vítimas que tenham oito anos de idade, correto? No Iêmen, é lícito e socialmente aceito o casamento de homens adultos com crianças. Em um caso que ganhou repercussão internacional, um homem de quarenta anos desposou uma criança de oito. Ela morreu, na noite de núpcias, por hemorragia interna causada pela penetração peniana. Ninguém foi responsabilizado.⁹² E é claro que o caso não é isolado.⁹³ Além disso, se crianças com deficiências físicas eram descartadas em Esparta, e se o segundo gêmeo univitelino era pisoteado por certas tribos indígenas, talvez não se visse como tão repugnante a realização de um ato sexual que os envolvesse, diante do baixo ou nulo valor reconhecido às suas vidas.

Michael Shermer diz que a mutilação genital feminina (geralmente realizada para impedir que a mulher tenha prazer sexual, o que desestimularia, em tese, o adultério) é, necessariamente, um mal em si. “Não há universo moral (cultura, visão de mundo etc.) em que a mutilação genital feminina não seja imoral, baseada no princípio moral fundamental de não danificar os indivíduos”, porque “está na nossa natureza sobreviver e florescer, e ações assim, que permanentemente nos roubam de nossa natureza, são imorais”.⁹⁴

⁹² REUTERS. Londres: 10 set 2013. Disponível em <<https://www.reuters.com/article/us-yemen-childbride/child-bride-in-yemen-dies-of-internal-bleeding-on-wedding-night-activist-idUSBRE98910N20130910>>. Acesso em 20 dez 2019.

⁹³ Vide DAILY MAIL. Kensington: 6 mar 2016. Disponível em <<https://www.dailymail.co.uk/news/article-1264729/Child-bride-13-dies-internal-injuries-days-arranged-marriage-Yemen.html>>. Acesso em 20 dez 2019.

⁹⁴ “[...] there is no moral universe (culture, worldview etc.) in which FGM [female genital mutilation] is not immoral, based on the fundamental moral principle of not harming individuals. [...] it is in our nature to survive and flourish, and so actions that permanently rob us of our nature are immoral”. SHERMER *apud* PIGLIUCCI, Massimo. **Skeptic’s skeptic**. New York: Figs, 2013. E-book Kindle, posição 734. Tradução nossa.

A fala de Shermer é convidativa, mas os critérios que ele emprega para sustentar sua visão são arbitrários. A autopreservação, a aversão à dor e ao sofrimento são, de fato, padrões empiricamente observáveis como dominantes. Não cremos que se tratem de verdades absolutas e, especialmente, que aqueles indivíduos ou culturas que não os adotem estejam necessariamente equivocados.

Já falamos, linhas acima, sobre o *seppuku*, suicídio cerimonioso realizado pelo *samurai* em homenagem a seu mestre e senhor (*daimyo*), quando perde em batalha ou deixa de cumprir alguma tarefa para a qual tenha sido designado. Trata-se de uma atitude que decorre da vergonha pela falha e que visa ao restabelecimento da moral e da reputação. O ato é extremamente doloroso (o abdome é rasgado lateralmente com uma lâmina) e põe fim à vida. Sob nossa ótica ocidental, isso não faz sentido algum. Mas, se pensarmos que, destoando um pouco da nossa escala hierárquica de valores, segundo a qual a vida se posiciona em primeiro lugar isolado, há quem coloque determinados valores acima da própria sobrevivência, não parecerá tão irracional o costume. A decisão do *samurai* é consciente e está amparada em preceitos segundo os quais a vida não é o sumo bem e a autopreservação não é uma obrigação moral. Certamente, impede que o indivíduo “sobreviva e floresça”. Por isso é, necessariamente, reprovável? Como já pudemos observar,

Os suicidas de Dante, punidos no sétimo círculo do Inferno, transformam-se em árvores esquálidas e têm suas folhas constantemente dilaceradas pelas harpias. Os de Maomé, se tombam pela guerra santa, são presenteados com dezenas de virgens no paraíso.⁹⁵

De outro lado, a sobrevivência e a prosperidade a qualquer custo estão longes de serem vistas como ideais morais. Além dos limites estabelecidos pela dignidade e pela liberdade dos outros indivíduos (até aqui, não se compromete a ideia de Shermer), há como obstáculo um crescente sentimento de compaixão pelos animais irracionais, de modo que a visão de Shermer esbarraria na reprovação moral do uso desses animais sencientes como meros instrumentos para a realização humana, sem qualquer preocupação com sua dor ou sofrimento. Rinhas de galos e de cães, por mais que enriqueçam seus mantenedores, levando-os à prosperidade, provavelmente serão reprovadas por grande parte das pessoas, especialmente se considerarmos que até os testes de medicamentos e cosméticos em animais vêm sendo, cada vez mais, criticados.

⁹⁵ JORIO, Israel Domingos. **Dignidade da pessoa humana: conceito, fundamentação e âmbito de proteção**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 49.

Assim, concordamos com Shermer quando ele reprova a mutilação genital feminina, sem dúvidas. Só não endossamos sua posição de que ela é, sempre foi, e sempre será, um “mal em si”, uma conduta ontologicamente negativa e censurável (esse caso paradigmático será retomado no capítulo seguinte). A abertura deixada para o futuro decorre das características da retórica que até aqui expusemos: historicismo, a revelar que todo conhecimento e todo valor deve ser contextualizado; humanismo, a enfatizar a falibilidade do ser humano e a precariedade de suas posições; e o ceticismo, que nos leva a reconhecer que a todo argumento pode ser oposto outro argumento com igual poder de persuasão.

As posições dogmáticas, em contrapartida, típicas das ontologias clássicas, formam os “donos da verdade”. Homens cheios de razão são capazes de tudo, já que, no fim, a verdade e a justiça estão a seu lado. O ceticismo, pela assimilação da possibilidade da falha e do erro, pela percepção da incompletude e da precariedade do homem, dos seus conhecimentos e dos seus valores, conduz à tolerância. Não há por que perseguir ou banir alguém se ele pode, no fundo, estar certo, e eu errado, ou se essas noções de “correto” ou “incorreto” são provisórias e cambiáveis.

As falas dogmáticas tendem a ser intransigentes. A verdade – a verdade individual de quem fala – é imposta como a única possibilidade, desconsiderando-se em absoluto a chance do equívoco. A postura, por desprezar a hipótese da falha e por mostrar-se alheia aos ensinamentos da história, mostra-se arrogante. Essa postura dogmática, por vezes, sufoca a ideia de igualdade, pois os “donos da verdade” são sempre melhores; sabem o que é bom e justo, para si e para os outros. “Satisfeitos com os caminhos da humanidade do modo como estão (pois são eles quem os fazem assim), não conseguem compreender por que esses caminhos não seriam bons o bastante para todos”.⁹⁶ Como trazem a verdade e a luz, suas opiniões podem ser impostas, pois no fim, são justas e produtivas para todos, ainda que “os derrotados” não percebam ou nunca venham a admitir isso. Nessa medida, é possível estabelecer a intolerância como um fruto potencial do dogmatismo.

A intolerância, essa filha do medo com a ignorância⁹⁷, dá fartas provas da sua nocividade. É indisfarçável sua presença na base de tantas guerras, perseguições, banimentos e genocídios.

⁹⁶ MILL, Stuart. **On liberty**. E-book Kindle, posição 956. “[...] being satisfied with the ways of mankind as they now are (for it is they who make them what they are), cannot comprehend why those ways should not be good enough for everybody.” Tradução nossa.

⁹⁷ ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 115.

Voltaire anotava que, sempre que a paz se apresenta como uma possibilidade, a intolerância corre para forjar suas armas. E sobre seu ingresso espúrio no mundo do Direito, assim registrou: “O direito da intolerância é, pois, absurdo e bárbaro; é o direito dos tigres, e bem mais horrível, pois tigres só atacam para comer, enquanto nós exterminamo-nos por parágrafos”.⁹⁸

A negação da igualdade, base da intolerância, normaliza o desrespeito e pretensamente legitima as perseguições. A intolerância alimentou fogueiras com corpos e livros. Dizimou religiões e religiosos. Promoveu a escravidão e a exclusão a partir da cor da pele. Motivou criações engenhosas para segregar, extrair toda a força vital e asfixiar coletivamente cadáveres ambulantes de raças “inferiores”. Incitou e incita as agressões por causa da orientação sexual e das posições políticas. Se, de fato, *homo homini lupus est*, é principalmente à intolerância que se pode atribuir a correção da assertiva.

Sendo a intolerância tão destrutiva, o que se há de fazer diante das atitudes e dos discursos intolerantes? Eis que nos vemos diante do “paradoxo da tolerância”. **Devemos tolerar o discurso intolerante?**

Karl Popper⁹⁹ foi categórico ao responder negativamente.

Se estendermos tolerância ilimitada até mesmo para aqueles que são intolerantes, se não estivermos preparados para defender a sociedade tolerante contra a investida dos intolerantes, então os tolerantes serão destruídos, e a tolerância junto destes.

Discordamos de Popper. Mas, para evitar repetições, a fundamentação completa será exposta no item 4.4.1.1.

Por ora, digamos que, para a retórica e, de um modo geral para os céticos, simplesmente não há pedras definitivas em qualquer assunto que seja. Conhecimento e valor são dados cambiantes, sujeitos ao tempo, ao lugar e ao contexto. Verdades são provisórias e revogáveis. Valores são frutos de decisões, acordos e, no máximo, consensos. Os objetos não têm essência. Seus conceitos e características lhe são imputados. Eles são aquilo que se convencionar, por meio da linguagem, que eles devem ser. Até que, por alguma razão, ou por nova convenção, deixem de

⁹⁸ VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2017. E-book Kindle, posições 1819; 808.

⁹⁹ POPPER, Karl. **The open society and its enemies: the spell of Plato**. Reino Unido: 1945, p. 50. Tradução nossa.

sê-lo. O mesmo se diga sobre os valores. O que é bom, assim como o que é mau, é o resultado de um juízo de valor dominante. Nada garante que a maioria – ou mesmo a unanimidade – esteja certa. Novos conhecimentos, novos eventos e experiências, novas ideias e circunstâncias, enfim, novos contextos podem determinar o abandono de algumas verdades e valores em favor de outros que, até então, eram os mais repudiados.

Definitivamente, não é pelo fato de duvidar da existência de verdades absolutas e definitivas que se possa supor que o cético não tenha convicções, ou que não vá defendê-las. A questão é como ele o faz: sem afirmações categóricas sobre a impossibilidade de que esteja errado, como soem fazer os dogmáticos.

Recorremos a Voltaire¹⁰⁰, para um excerto poético, tão belo quanto realista, sobre a pequenez e a arrogância do ser humano:

Este pequeno globo, que não é mais do que um ponto, gira no espaço como tantos outros globos; estamos perdidos nessa imensidão. O homem, com cerca de um metro e sessenta de altura, é seguramente algo pequeno na criação. Um desses seres imperceptíveis diz a alguns de seus vizinhos, na Arábia ou na Cafraria: Escutem-me, pois o Deus de todos esses mundos me falou: há novecentos milhões de pequenas formigas como nós sobre a terra, mas apenas o meu formigueiro é bem-visto por Deus; todos os outros lhe causam horror desde a eternidade; meu formigueiro será o único afortunado, e todos os outros serão desafortunados.

1.5. O PAPEL CONSTRUTIVO DA LINGUAGEM NA FILOSOFIA RETÓRICA

No que tange ao papel da linguagem, se compararmos a retórica à maioria das ontologias clássicas, veremos que, nessas últimas, esse elemento desempenha um papel bastante pobre. A linguagem não constitui o objeto, nem o seu conhecimento. Trata-se, apenas, de uma ferramenta para a comunicação das verdades e essências apreendidas a partir da cuidadosa observação dos objetos de estudo. É, então, sempre descritiva e pretensamente precisa o bastante para espelhar a realidade desvelada pelo observador.

A retórica, por sua vez, tem na linguagem, simultaneamente, seu objeto de análise e seu instrumento. A linguagem forma o mundo do homem, para o homem, e não apenas o descreve. Por conta de sua visão cética, o retórico duvida da possibilidade de que se conheçam as essências

¹⁰⁰ VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2017. E-book Kindle, posição 1689-1696.

dos objetos, de modo que as suas características não são desveladas, mas imputadas, e não sem margem de erro.¹⁰¹ Assim, a linguagem acaba por construir o próprio objeto, pelo menos para o homem, enquanto alvo de suas análises, e não apenas relata suas propriedades imanentes, ascética e imparcialmente. No fundo, o que se analisa é sempre a linguagem, pois a própria apreensão do objeto – isto é, da manifestação empiricamente apreensível do objeto – por nosso cérebro é mediada pela linguagem. É que nosso pensamento é linguagem¹⁰², embora nem sempre resulte comunicada ou compartilhada intersubjetivamente. As verdades são produtos da linguagem. Correspondem aos discursos que prevaleceram, devido ao seu alto grau de persuasão, a um certo nível de consenso, ou mesmo à imposição por alguma forma de autoridade. Zavatta, com apoio em Blumenberg, observa que “a linguagem não é meio de comunicação de uma verdade que se possui ou de uma realidade objetivamente dada, mas o instrumento através do qual se cria o consenso sobre aquilo que é verdadeiro e aquilo que é real.”¹⁰³

Outra distinção, ainda em relação à linguagem, está no reconhecimento, por parte da retórica, de seu dinamismo, de suas características vagueza, porosidade, ambiguidade, enfim, sua incapacidade de designar com total precisão os objetos a que se refere. A óbvia incapacidade da linguagem de exprimir com acuidade os objetos é denunciada por Nietzsche¹⁰⁴ a partir da constatação mais singela possível: a própria existência de múltiplos idiomas é um grande indicativo de que as palavras não correspondem, diretamente, às coisas. Para Nietzsche, a linguagem é sempre retórica e comunica uma *dóxa*, e não uma *epistême*¹⁰⁵. Não reproduz, então, a realidade das coisas, em si, mas exprime a perspectiva subjetiva, precária e parcial de seu utente para referir-se a determinado objeto.¹⁰⁶

¹⁰¹ CASARES, Manuel Barrios. **O “giro retórico” de Nietzsche**. IN: Cadernos Nietzsche, n. 13. São Paulo: Associação Nacional de Pós-Graduação em Filosofia: Publicações Eletrônicas, 2002, p. 15.

¹⁰² Leitura da visão de Nietzsche sobre o assunto compartilhada por CASARES, Manuel Barrios. **O “giro retórico” de Nietzsche**. IN: Cadernos Nietzsche, n. 13. São Paulo: Discurso Editorial, 2002, p. 7.

¹⁰³ ZAVATTA, Benedetta. **Zaratustra retórico e sofista**. IN: Cadernos Nietzsche, vol. 39, n 2, p. 97-122. Ago 2018. Disponível em <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S2316-82422018000200097&Ing=en&nrm=iso&tlng=en>. Acesso em 05 nov. 2019.

¹⁰⁴ NIETZSCHE, Friedrich. **On truth and lies in a nonmoral sense**. Trad. Daniel Breazele. IN: Philosophy and Truth: Selections from Nietzsche’s Notebooks of the early 1870’s. New Jersey: Humanities Press, [?], p. 82.

¹⁰⁵ CASARES, Manuel Barrios. **O “giro retórico” de Nietzsche**. IN: Cadernos Nietzsche, n. 13. São Paulo: Associação Nacional de Pós-Graduação em Filosofia: Publicações Eletrônicas, 2002, p. 18.

¹⁰⁶ ZAVATTA, Benedetta. **Zaratustra retórico e sofista**. IN: Cadernos Nietzsche, vol. 39, n 2, p. 97-122. Ago. 2018. Disponível em <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S2316-82422018000200097&Ing=en&nrm=iso&tlng=en>. Acesso em 05 nov. 2019.

O fato de a retórica não ser majoritariamente reconhecida como uma espécie de filosofia autônoma certamente prejudica sua classificação e mesmo a sua comparação com outras linhas filosóficas. Observando suas principais características, no entanto, vemos nítidos pontos de conexão com os pensamentos construtivistas e com a filosofia da linguagem.

É claro que a alusão aos “construtivismos” e à “filosofia da linguagem” não prescinde de algumas especificações. Por “construtivismos” entendemos as linhas filosóficas que entendem que as coisas e os valores não são entes prontos e acabados, simplesmente encontrados no mundo empírico e descritos com fidelidade. São construções, fabricações, decorrentes, de acordo com cada uma das muitas vertentes, do emprego da linguagem a partir de processos histórico-culturais, ou de tradições; de discursos científicos ou de outro tipo de autoridade; de convenções sociais, políticas, religiosas; de características ou funções biológicas, neurológicas ou psicológicas etc.

Sobre a filosofia da linguagem, é seguro afirmar que se nutre a partir da mesma raiz da retórica. Talvez nem seja excessiva ousadia dizer que, se a retórica fosse pacificamente aceita como uma espécie de filosofia, a filosofia da linguagem seria um de seus ramos ou subdivisões, pois, embora certamente tenha todo um corpo de premissas e metodologia próprias, compartilha com a retórica, bem mais antiga, o ceticismo e a especial valorização da linguagem enquanto código que constrói o mundo e torna viável todo tipo de interação entre ele e os seres humanos, bem como desses entre si mesmos. Não à toa já se apontou Nietzsche como “visionário da ‘virada linguística’ de Wittgenstein.¹⁰⁷ Tão ou mais ousada quanto as propostas de Wittgenstein é a antiga afirmação de Nietzsche de que o homem, por sua carência de instintos e inadequação ao ambiente natural, tem que construir por meio da linguagem um meio artificial que torne possível sua sobrevivência. O homem teria criado a linguagem para poder, com ela, criar seu próprio mundo.

E trata-se de um mundo inteiramente novo, em que absolutamente tudo é permeado por uma infinidade de sentidos que se estabelecem no plano das relações intersubjetivas. Nesse mundo conceitual e convencional, o ser humano não assiste, impassível, e relata com fidelidade o que

¹⁰⁷ ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 64.

encontra. Ele constitui a própria realidade, que não existe como expressão da verdade, mas sim como percepção intersubjetivamente compartilhada. Como colocou João Maurício Adeodato¹⁰⁸,

A linguagem, inclusive a linguagem consigo mesmo – o pensamento –, o descarrega [o homem] da imediatidade (*Unmittelbarkeit*) do contexto (ambiental) a que os demais animais estão presos, pois o ser humano não vive a partir de reflexos condicionados, mas sim envolto em símbolos linguísticos, por meio dos quais **cria e domina** o ambiente.

Na verdade, a rejeição dos ontologismos e a ideia de uma constituição do mundo a partir da linguagem, ou seja, a partir de imputações que podem se tornar verdades se aceitas no plano pragmático e intersubjetivo da linguagem, têm seu nascimento com os sofistas, que recusaram subordinação à tirania da verdade única e imutável e, por isso, foram festejados por Nietzsche como os protagonistas do “momento mais alto de lucidez e coragem na história da filosofia”.¹⁰⁹ Isso, dois milênios antes de Wittgenstein.

Por óbvio, um trabalho que se propusesse a traçar paralelos entre os construtivismos e a retórica, ou entre essa e a filosofia da linguagem, teria que dedicar-se, preferencialmente de modo exclusivo, a esse específico fim. Aliás, não só essa pretensão, mas também a de alcançar definição precisa para a retórica, ou de traçar detalhado percurso histórico, ou mesmo a de relacionar autores cujas produções permitam sua inclusão entre os retóricos, reclama monografia específica. No bojo de uma tese de doutorado que versa sobre o conceito material de crime e a investigação da viabilidade de se estabelecer um limite para a criação das normas penais incriminadoras, qualquer dessas tarefas promove acentuado *detour*, conduzindo a resultados pobres em ambas as áreas – Direito Penal e filosofia.

Para o que nos importa, nesse trabalho, está visto que os aportes anteriormente vistos – historicismo, humanismo e ceticismo – conduzem a uma concepção retórica da linguagem segundo a qual ela é constitutiva da realidade¹¹⁰, ou seja, não funciona como instrumento para a **comunicação** das verdades descobertas, mas, ao contrário, para a **construção** de versões que se podem considerar circunstancialmente verdadeiras.

¹⁰⁸ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 301. Grifo do autor.

¹⁰⁹ ZAVATTA, Benedetta. **Zaratustra retórico e sofista**. IN: Cadernos Nietzsche, vol. 39, n 2, p. 97-122. Ago 2018. Disponível em <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S2316-82422018000200097&Ing=en&nrm=iso&tlng=en>. Acesso em 05 nov. 2019.

¹¹⁰ ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 123.

1.6. O CONCEITO DE FILOSOFIA RETÓRICA

Diante disso, e a partir das características que expusemos, podemos apenas afirmar que a retórica, como arte, tem por fim a identificação dos caminhos e recursos de linguagem mais adequados para que se alcance a persuasão, bem como dos elementos que interferem nesse percurso. Já como filosofia – acepção que mais nos interessa –, a retórica se propõe a desafiar o pensamento ontológico clássico e a denunciar a grande ilusão que é a crença na possibilidade de se alcançar verdades absolutas nos campos do conhecimento e da ética. Dirige-se, mais, à demonstração da própria inexistência dessas verdades, e à sua exposição como construtos humanos, frutos de convenções, acordos ou até imposição que possuem data e lugar de nascimento, e que são produtos percíveis. O fim último não é a contemplação ou o desvelar de verdades ocultas ou de essências que se escondem sob fenômenos sensíveis ou aparências. É possibilitar uma visão de mundo mais compreensiva e mais tolerante, consciente, tanto sobre as típicas divergências que marcam (e, provavelmente, sempre marcarão) os mais diversos assuntos, quanto acerca da virtual impossibilidade de que se estabeleça um único ponto de vista como sendo aquele realmente correto ou verdadeiro.

Para os fins a que destina essa pesquisa, e com base no limitado escopo de análise possível, consideramos que a retórica é a filosofia que se constrói sobre o reconhecimento da falibilidade do ser humano, da precariedade de suas opiniões e da artificialidade de suas verdades, que não passam de discursos circunstancialmente dominantes. Suas principais características são o ceticismo gnoseológico e ético, assim como o destacado papel conferido à linguagem, que não apenas descreve os objetos e os valores, inacessíveis ao ser humano, mas os constrói, a partir da imputação de propriedades temporariamente prevaletentes por sua força persuasiva, por seu alto grau de aceitação e adesão, ou por simples imposição autoritária.

É importante, ainda, registrar que é possível separar a retórica em três dimensões. Aqui, no entanto, já não mais falamos da retórica como filosofia, mas como técnica. Dissemos, linhas acima, que a retórica tem no discurso seu objeto de estudo e sua ferramenta. Nesse sentido, o que passaremos a expor são as três diferentes abordagens discursivas que a retórica nos permite

realizar. Segundo a lição de João Maurício Adeodato¹¹¹, que orienta a exposição que se segue, podemos, na esteira de Friedrich Nietzsche e Ottmar Ballweg, falar de retórica material, retórica estratégica e retórica analítica.

A **retórica material** é concebida como um discurso que corresponde às **verdades circunstancialmente dominantes**, isto é, às “versões oficiais” sobre o que é a realidade, sobre os conhecimentos e os valores, enfim, os chamados “relatos vencedores”. No embate de ideias, há aquelas que prevaleceram, como dito, seja pelo alto grau de adesão intersubjetiva, pela força persuasiva dos argumentos ou por imposição de uma autoridade. O discurso da retórica material seria alegadamente narrativo. É que faz parte da composição da força persuasiva de um argumento sua aparente imparcialidade. Deixando de lado a ingenuidade, porém, será fácil perceber que a retórica material não escapa às múltiplas influências do ambiente (tradição, cultura, contexto político, interferências econômicas) e da experiência pessoal (idiossincrasias, apetites, inclinações, histórias de vida). Nesse plano, a retórica corresponde ao **método**, ao caminho pelo qual se formam as verdades circunstanciais e os relatos vencedores – a comunicação, a linguagem, o discurso.

A **retórica estratégica** é reconhecidamente dirigida, em regra, à superação do relato vencedor estabelecido pela retórica material. Por isso, o discurso é marcadamente normativo, destinando-se a instituir novas verdades, ideias, valores e concepções “melhores” ou “mais adequadas”. A retórica estratégica é correspondente à **metodologia**, isto é, uma espécie de “teoria dos métodos” (de persuasão).

A **retórica analítica** destina-se às **análises dos discursos das duas retóricas** – o da material e o da estratégica. Analisam-se as forças dos argumentos, sua coesão e os recursos retóricos eventualmente empregados (a amplificação, a comparação, o elogio, a censura, a exemplificação, a simulação, a ironia, a coação etc.). Pressupõe-se, na retórica analítica, uma tentativa de imparcialidade, um equidistanciamento de todos os argumentos, um esforço no sentido de impedir a intromissão e a interferência das estratégias, ideologias, preconceitos e valores pessoais do investigador. Mais uma vez, no entanto, o próprio ceticismo, característico da filosofia retórica, como um todo, impede que se creia nessa eliminação absoluta das pretensões

¹¹¹ ADEODATO, João Maurício. **Law and Morals according to a Realistic and Rhetorical Philosophy: The Brazilian case revisited**. IN: Law and Morals. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2019, p. 258; ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. p. 67-76.

estratégicas. Todo discurso tem um percentual de composição normativa e é, em alguma medida, estratégico, na medida em que pretende ser aceito e se destina a convencer o interlocutor, ainda que sobre sua própria qualidade técnica ou imparcialidade. Dizemos isso com apoio em Nietzsche e seu ceticismo radical: quando se emprega a linguagem, o propósito derradeiro não é o de apenas “declarar uma verdade”, mas, sim, o de “impor a própria percepção subjetiva de um fenômeno como ‘verdadeira’, isto é, como universalmente válida”.¹¹² Apesar disso, pelo menos como um tipo ideal, pode-se dizer que a retórica analítica é zetética, ao passo que a estratégica é dogmática (Viehweg).¹¹³ Essa dimensão analítica da retórica é considerada como a **metódica**, que difere do método, em si, como caminho de formação do conhecimento, do mesmo modo que da metodologia, como teoria dos métodos, para constituir um plano de investigação das relações mantidas entre essas duas últimas dimensões.

A atitude do retórico, enquanto adepto de um sistema que traz como resultado a ampliação do campo visual do pensador, permitindo-lhe enxergar além dos dogmas e verdades, além das convenções mais sedimentadas e além dos preconceitos e concepções mais arraigados, é a de permitir-se a dúvida constante e a de desenvolver uma tolerância quanto às diferenças, sejam elas quais forem (gnoseológicas, éticas, religiosas, políticas etc.). Como pondera Stuart Mill¹¹⁴, nós nunca sabemos se as posições que pretendemos censurar ou abafar são falsas, e, mesmo que fossem, seria um erro bani-las. Negar-se a ouvir e a considerar uma opinião, na certeza de que ela seja falsa, é algo que só se faz a partir de uma ilusão da própria infalibilidade. E essa infalibilidade, na melhor das hipóteses, seria atributo de um ser privilegiado, que habita o cume da evolução biológica ou é a perfeita representação mortal da imagem de uma divindade onisciente.

A postura do filósofo retórico, principalmente por sua predileção pelo ceticismo, pode ser entendida como mais humilde e mais tolerante, o que vai de encontro com as principais críticas que os retóricos, por sua associação com os sofistas, sofreram ao longo da história, segundo as quais seriam enganadores que não se importam com a verdade e a justiça. O que se pode dizer, aliás, é bem o contrário. A soberba e a arrogância tendem a ser características presentes naqueles

¹¹² ZAVATTA, Benedetta. **Zaratustra retórico e sofista**. IN: Cadernos Nietzsche, vol. 39, n 2, p. 97-122. Ago 2018. Disponível em <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S2316-82422018000200097&Ing=en&nrm=iso&tlng=en>. Acesso em 05 nov. 2019.

¹¹³ ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 74.

¹¹⁴ MILL, Stuart. **On liberty**. E-book Kindle, posições 271-277; 885.

que se sentem donos da verdade. Os detentores da razão que se consideram inquestionáveis são intolerantes, incompassivos e, geralmente, não gostam de conviver com as diferenças e divergências. Por essa razão, são mais predispostos a fazer reinar sua opinião. Como percebeu Voltaire¹¹⁵, ao trabalhar o exemplo privilegiado da religião, o fanatismo dogmático é bem mais perigoso do que o ceticismo. As guerras religiosas mataram e matam muita gente em nome de algum deus, ou por causa da infidelidade ou incredulidade; mas nunca se viu um genocídio em prol da imposição do ateísmo.

E, para citar algo mais recente, lembramos que

Nunca existiu uma verdadeira guerra que não tenha sido lutada por dois grupos de pessoas que estavam convictas de que estavam certas. As pessoas realmente perigosas acreditam que estão fazendo o que fazem só e unicamente porque não há dúvidas de que se trate da coisa certa a fazer. E é isso o que as faz perigosas.¹¹⁶

¹¹⁵ VOLTAIRE. **Dicionário Filosófico**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 47: “O fanatismo é certamente mil vezes mais funesto, porquanto o ateísmo não inspira, como ele, paixão sanguinária”.

¹¹⁶ GAIMAN, Neil. **American Gods**. Reino Unido: William Morrow, 2001, p. 233. “There's never been a true war that wasn't fought between two sets of people who were certain they were in the right. The really dangerous people believe they are doing whatever they are doing solely and only because it is without question the right thing to do. And that is what makes them dangerous.” Tradução nossa.

2. A COLOCAÇÃO DO PROBLEMA: É POSSÍVEL CHEGAR A UM CONCEITO MATERIAL DE CRIME?

2.1. De fatos não se extraem normas; normas como produtos. 2.2. Entre os extremos do “jusnaturalismo dogmático” e do “juspositivismo cético”. 2.3. É possível estabelecer limites materiais ao poder estatal de legislar? 2.4. As características centrais de um Estado democrático de Direito. 2.5. Por que punir, o que punir e como punir? 2.6. Diversidade, tolerância e criminalização no Estado democrático de Direito. 2.7. À procura de um conceito material de crime.

2.1. DE FATOS NÃO SE EXTRAEM NORMAS: AS NORMAS COMO PRODUTOS

Uma importante questão a ser abordada, partindo das bases que nos foram dadas pelo ceticismo ético, está na indagação sobre se o mundo empírico e as “leis” da natureza condicionam ou vinculam as normas éticas (sempre, aqui, entendidas como gênero, abrangendo as normas morais e as normas jurídicas, dentre outras). Na formulação clássica, o tema é posto sob a indagação de se do “ser” pode-se derivar o “dever-ser”.

Sam Harris sustenta que a separação entre a ciência humana os valores é uma ilusão. Massimo Pigliucci¹¹⁷ faz-lhe frente, lembrando que a crença nessa possibilidade de que se possam derivar valores (“*what ought to be*”, dever-ser) de fatos (“*what is*”, ser) é o que se resolveu chamar de “falácia naturalista” e sofre duras críticas desde o Tratado da Natureza Humana, de David Hume. Harris, com apoio em recentes estudos de neurociência, sustenta algo próximo daquilo que já defenderam, com bases argumentativas diferentes, Platão e Nicolai Hartmann, no passado.

Vale a pena lembrar como Kant resolve essa questão. Kant concebe a coexistência de dois planos: um plano sensível e outro inteligível. O primeiro é regido pelas leis da natureza; o segundo, pelas leis morais.¹¹⁸ O ser humano toma parte nos dois planos. Se se tratasse de um ser apenas do plano sensível, estaria integralmente subordinado às leis da natureza. Agiria, fatalmente, no sentido de sua autoconservação e sua realização (felicidade), em busca da satisfação de suas necessidades biológicas e das inclinações e apetites que marcam sua individualidade.¹¹⁹ Kant sugere que,

¹¹⁷ PIGLIUCCI, Massimo. **A skeptic’s skeptic**: selected essays on the nature of scientific skepticism. Nova Iorque: Figs, 2013. E-book Kindle, posição 156.

¹¹⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 85-86.

¹¹⁹ Karine Salgado diz que “o homem só pode ser pensado sob o pressuposto da dualidade de sua existência, fenômeno pertencente ao mundo sensível, e inteligência, enquanto participante do mundo inteligível. [...] O homem, pensado enquanto fenômeno, está necessariamente submetido às leis da natureza. Por outro lado, quando

fossem assim as coisas, o ser humano estaria mais bem servido com os instintos, tendo em vista, inclusive, que a razão pode até mesmo dificultar ou obstar o alcance da realização pessoal e do prazer.¹²⁰ Caso, em contrapartida, o ser humano pertencesse somente ao plano inteligível, teria uma liberdade absoluta: seu agir estaria completamente desvinculado de quaisquer necessidades biológicas ou inclinações, sujeitando-se, única e exclusivamente, à sua razão. Sem ter de obedecer às leis naturais, estaria submetido unicamente às leis morais, que são concebidas pela razão (pura).¹²¹ A **razão pura** é insubmissa a qualquer interferência empírica. Suas normas são cogentes exatamente porque não contingentes, isto é, porque são pensadas *a priori*. O problema, para Kant, é que a razão humana costuma ser contaminada por experiências, inclinações e apetites, e, se essa fosse a razão governante, a necessidade não seria uma característica de suas prescrições. Quanto mais elementos empíricos (espúrios), maior o comprometimento da razão enquanto característica comum a todos os seres racionais.

O uso de uma razão pura, sem intromissões, conduz à formação de uma **vontade**, que, para Kant, é “uma faculdade de determinar-se a si mesmo agindo em conformidade com a representação de certas leis”.¹²² Trata-se de uma faculdade somente encontrada em seres racionais, e que, neles, funcionaria como uma extensão da própria razão (teria seu conteúdo ditado pela razão). Se a vontade é ditada por uma razão pura, trata-se de uma **vontade pura**, “desinfetada” de todo o empírico e livre das inclinações. Essa vontade pura é denominada razão pura prática (isto é, uma razão pura “aplicada”) e tem a função precípua de **legislar**. É essencial, diz Kant, que seja pura, porque é inconcebível que ela, enquanto legisladora suprema, esteja submetida a um interesse qualquer.¹²³

considerado como ser em si, não se submete a esta determinação”. SALGADO, Karine. **A paz perpétua de Kant**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 58.

¹²⁰ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 23-24. Em outro ponto, Kant observa que “[...] a lei moral, enquanto princípio de determinação da vontade, deve, por prejudicar todas as inclinações, produzir um sentimento ao qual podemos chamar dor [...]. KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 83.

¹²¹ WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade da pessoa humana: reflexões a partir da filosofia de Kant**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 272-273.

¹²² KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 57-58.

¹²³ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 62.

É aqui, no plano inteligível, que se relacionam dois dos mais importantes elementos da metafísica dos costumes de Kant: a liberdade e a autonomia da vontade. A liberdade kantiana é a ausência de necessidades e a capacidade de determinar a própria vontade exclusivamente por meio do uso da razão pura, isto é, sem a intromissão das necessidades e dos elementos sensíveis que a maculam. A liberdade é uma *conditio sine qua non* dessa atividade legislativa¹²⁴, pois é sabido que “ninguém delibera acerca daquilo que não pode ser de outra maneira”.¹²⁵ Se o ser humano, aqui, não se submete às leis da natureza, apenas se subordina às leis que sua própria razão pura prática lhe dita.¹²⁶ Diz-nos Kant que “A vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais, e liberdade seria a propriedade dessa vontade”. E ele prossegue: “Que outra coisa pode ser, pois, a liberdade da vontade senão a autonomia, isto é, a propriedade da vontade de ser lei para si mesma?”¹²⁷ Essa capacidade de formular as leis para si mesmo a partir de uma vontade pura é denominada **autonomia da vontade** (de *auto* e *nomos*, “auto-normatização” ou “auto-legislação”).

As leis representadas a partir da vontade pura – que, desvinculadas de todo o empírico (ser), são leis morais – constituem os **deveres** (dever-ser). Os deveres, se o ser humano fosse puramente um ser inteligível, seriam adimplidos espontaneamente, sem qualquer relutância, posto que traduziriam o caminho único apontado pela razão pura à vontade do agente. Nesse ser puramente racional – assim como no protótipo do homem ideal de Aristóteles¹²⁸ – vontade e dever coincidiriam por completo. E essa coincidência é a síntese da moralidade kantiana. Não basta que se cumpra o dever (lei moral). É preciso fazê-lo por exclusivo respeito a esse dever, isto é, sem que se esteja sendo guiado por qualquer móbil, inclinação ou apetite alheio ao dever em si.

Os preceitos éticos, assim, não decorrem da natureza, dos fatos, do que é, ou do “ser”. São produtos da autonomia humana, isto é, da liberdade que o homem tem de empregar sua razão para ditar suas próprias leis.

¹²⁴ KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 12.

¹²⁵ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Antônio de Castro Caiero. São Paulo: Atlas, 2009, p. 129.

¹²⁶ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 69.

¹²⁷ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 79. Simplificadamente: “[...] vontade livre (autonomia da vontade) e vontade submetida a leis morais (imperativo categórico) ‘são uma e a mesma coisa’”. WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade da pessoa humana**: reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 267.

¹²⁸ No íntimo do homem sensato e corajoso, de Aristóteles, tudo “ressoa em uníssono com a razão”. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Antônio de Castro Caiero. São Paulo: Atlas, 2009, p. 38-39.

Quanto ao recurso à neurociência para o descarte dessa autonomia ou o completo esvaziamento da noção de “livre-arbítrio”, crucial para o Direito (e, mais especificamente para o Direito Penal, como uma das bases da culpabilidade), a polêmica é grande e crescente. Por óbvio, um exame mais aprofundado da altamente complexa questão nos conduziria a um acentuado desvio do tema, de modo que aqui apenas a apresentaremos, expondo a posição que entendemos como a mais prudente para seu enfrentamento.

Sam Harris diz que “se a cultura nos modifica, ela nos modifica pela modificação dos nossos cérebros”, insinuando que a moral é ditada por fatores neurológicos e que o estudo da neurociência fornecerá as principais chaves de análise para a compreensão da ética. Massimo Pigliucci responde:

É claro que estou de completo acordo que nosso **sentido** de moralidade é um instinto que deriva de nossa história biológica, e que nossa racionalização moral é levada a efeito por certas áreas do cérebro. Mas nenhuma dessas conclusões torna a biologia evolucionária ou a neurobiologia árbitras das tomadas de decisões morais. É claro que nós fazemos a racionalização moral com o cérebro, assim como nós resolvemos problemas matemáticos com o cérebro. Estaria Harris a sugerir que a neurobiologia suplantará a matemática? É claro que nosso senso básico de moralidade tem suas raízes no fato de termos evoluído como primatas sociais, mas o mesmo ocorre com a xenofobia, homofobia e um monte de outras características humanas que não são morais e que nós não queremos encorajar.¹²⁹

Os avanços da neurociência de fato indicam que há áreas específicas de nosso cérebro que são responsáveis por processar os juízos de valor e por tomar as decisões de caráter moral. Assim como estados anímicos de depressão ou de euforia podem ser resultados de determinada composição neuroquímica a interagir com o cérebro, decisões ligadas ao campo da ética são resultados de processos e comunicações neurológicas que acontecem no interior desse fantástico e enigmático órgão. Mas, enquanto não somos capazes de “dominar essa verdade”, de “compreender”, com algum grau de segurança, como esses processos ocorrem, o que os desencadeia, quais suas consequências para a exteriorização da decisão e para o comportamento

¹²⁹ PIGLIUCCI, Massimo. **Skeptic’s skeptic**. New York: Figs, 2013. E-book Kindle, posições 166; 234-245. Harris: “If culture changes us, it changes us by changing our brains”. Pigliucci: “Of course, I am in complete agreement that our *sense* of morality is an instinct that derives from our biological history, and that our moral reasoning is carried out by certain areas of the brain. But neither of these conclusions make evolutionary biology or neurobiology arbiters of moral decision making. Of course, we do moral reasoning with the brain, just like we solve mathematical problems with the brain. Is Harris going to suggest that neurobiology will supersede mathematics? Of course our basic sense of morality has its roots in having evolved as social primates, but so do xenophobia, homophobia, and a bunch of other human characteristics that are not moral and we don’t want to encourage.” Tradução nossa.

humano, será temerário abraçar o determinismo total sugerido por esse ramo da neurociência. Todo comportamento considerado positivo ou negativo, bom ou mau, terá sido atavicamente induzido e, portanto, por não se tratar de um fruto da decisão do agente, certamente não estará sujeita a qualquer reprovação. A pena, em um mundo habitado por corpos que são totalmente controlados de modo involuntário e inconsciente por sistemas neurológicos autônomos, destituídos de vontade autônoma e poder de escolha, somente pode ser usada de modo utilitarista, e, mais precisamente, com base em uma exclusiva visão de prevenção especial negativa (supressão do perigo a partir da segregação ou inocuização de seu “foco” – parafraseando Jakobs¹³⁰ –, o indivíduo transgressor).

Mas, ainda assim, isso deixa em aberto uma indagação sobre aquilo que parece ser um inescapável paradoxo: e as leis que são criadas e impostas à sociedade e aos indivíduos, e que determinam suas punições? São, também, frutos de processos neurológicos involuntários? As normas abstratas confeccionadas coletivamente por um grande número de legisladores, em acirrado processo dialético, são produtos da mesma involuntariedade e do mesmo determinismo? Tanto o homicídio levado a efeito a partir do comando cerebral dado para o corpo do assassino, quanto o tipo penal que o descreve e lhe comina uma pena, são resultados de processos cerebrais autônomos? Se esses processos ou a composição neuroquímica mudar, então, os valores podem se inverter em cento e oitenta graus, passando o assassinato mercenário ou o estupro a serem condutas exemplares e altamente elogiáveis?

Enquanto a neurociência se desenvolve e não possuímos respostas nem minimamente seguras para essas e outras importantes questões, mais prudente é seguir o conselho de Hassemer¹³¹: estudemos e apliquemos o Direito Penal e a noção de culpabilidade no dia a dia, deixando o estudo do determinismo da neurociência para os fins de semana. De modo algum sugerimos que o Direito se deva fechar hermeticamente, bloqueando todas as interferências e contribuições das mais variadas e ricas áreas do saber humano, ou que o jurista se deva encastelar, cercado única e exclusivamente de doutrinas, jurisprudências e textos legais absolutamente alheios ao que se passa com as ciências. Pelo contrário, essa comunicação é altamente desejável e produtiva. Aliás, retornando ao começo dessa abordagem, vale lembrar que dissemos que as “verdades” do mundo

¹³⁰ JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Org. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; MOREIRA, Luiz. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 57.

¹³¹ HASSEMER, Winfried. Neurociências e culpabilidade em Direito Penal. Trad. Paulo César Busato. IN: **Neurociência e Direito Penal**. BUSATO, Paulo César (Org.). São Paulo: Atlas, 2014, p. 3-4.

natural, desse plano sensível em que se insere o homem, e que são estabelecidas, majoritariamente, pelas ciências, certamente devem interferir no processo legislativo. O que é temerário e desaconselhável é implodir os sistemas jurídicos e lançar fora de imediato as centenas de anos de evoluções dogmáticas e principiológicas a partir de afirmações de uma ciência nova (em verdade, embrionária) e polêmica, cujas supostas “verdades” ainda estão extremamente distantes de um grau mínimo de consenso.

É óbvio que essa discussão sobre se do “ser” se pode derivar diretamente o “dever ser” é especialmente relevante para o âmbito jurídico. Está no cerne do embate entre os jusnaturalistas e os juspositivistas. Nesse específico ponto, cremos que a razão esteja com Hans Kelsen: não se pode deduzir um valor da realidade empírica, tampouco realidade empírica de qualquer valor. A razão humana, responsável pela faculdade do conhecimento, é passiva e não prescreve nada. Normas são produtos da vontade humana. São criações dirigidas ao controle de alguma conduta.¹³²

2.2. ENTRE OS EXTREMOS DO “JUSNATURALISMO DOGMÁTICO” E DO “JUSPOSITIVISMO CÉTICO”

Em alguma medida, os jusnaturalistas entendem que da “natureza” humana, da sua dignidade, esse atributo ontologicamente presente na essência de todo ser humano, derivam direitos que irrecusavelmente limitam o poder de qualquer autoridade no que tange à criação de normas. Discordamos.

É desagradável ter que se “encaixar” em categorias artificial e arbitrariamente organizadas, especialmente quando são meramente dicotômicas e, assim, exageradamente simplistas. Todo indivíduo é “de direita” ou “de esquerda”, na política (atualmente, fala-se em centro, centro-direita e centro-esquerda, o que ameniza, um pouco, a arbitrariedade da classificação), como se as posições ideológicas desses dois “grupos” fossem perfeitamente delimitadas e compartilhadas... e como se as pessoas não pudessem preferir soluções pontuais eventualmente mais aceitas pela “direita” ou pela “esquerda” nos mais diversos campos de discussão, aprovando a legalização de certas drogas, o casamento homoafetivo e a eutanásia, de um lado, e as mais

¹³² KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 75; 108-109.

amplas livre-concorrência e abertura do mercado, de outro. Algo parecido, e também desagradável, acontece com a oposição jusnaturalismo *versus* juspositivismo. Parece que são as duas únicas “gavetas” que existem, em alguma delas devendo se acomodar toda e qualquer pessoa que queira pensar o Direito. Ainda que existam “compartimentos internos” (“pós-positivismo” ou “neoconstitucionalismo”), isso apenas suaviza o problema e a grosseria da categorização.

Se o jusnaturalista crê que existem limites eterna e absolutamente insuperáveis ditados pela essência da natureza humana, que preexistem e estão necessariamente acima de qualquer Constituição, definitivamente não somos jusnaturalistas. Se os juspositivistas entendem que tudo está à inteira mercê do legislador, que pode ditar suas normas de modo autopoietico, em um ambiente hermético e autorreferente, inteiramente desvinculado do mundo empírico, dos elementos histórico-culturais, das conquistas humanitárias e valores solidamente compartilhados por um imenso grupo de povos e de indivíduos, também não somos juspositivistas. Uma posição intermediária, ou a “busca por uma Filosofia do Direito para além (ou no meio-termo) do jusnaturalismo e do juspositivismo”¹³³ não deve ser tida como impossível

Seria ingenuidade supor que o Direito pudesse ser criado de modo absolutamente livre, porque, como disse Kant, não pertencemos apenas ao plano inteligível. Como seres do plano sensível, temos limitações e necessidades impostas pela natureza. Por razões práticas e ligadas à efetividade, alguns dados do mundo empírico acabam tendo que ser considerados, o que limita, em alguma medida, essa suposta liberdade absoluta do legislador.

É evidente, assim, que se existisse uma lei que punisse com pena de morte o recém-nascido que não declinasse o nome completo de seus pais, ela seria altamente questionável. Mas é **possível** que exista uma lei assim? Sim, é. A questão é: o que se pretende e o que se pode alcançar com ela? Há um dado da natureza seguro, por enquanto, que é o de que nenhum bebê dirá o nome dos pais, o que levaria à morte, simplesmente, todo e qualquer bebê recém-nascido. Essa lei pode ser reprovada por razões éticas (o valor que reconhecemos a esses bebês, a injustiça que enxergamos em seu extermínio irracional), jurídicas (normas constitucionais que afirmam a dignidade da pessoa humana) ou pragmáticas (se considerarmos que o Direito se põe a serviço da conservação

¹³³ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política.** Trad. Adriana Beckman Meirelles *et alii*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 114.

e da qualificação da vida humana, a norma será contraproducente, já que todas as crianças serão, indistinta e necessariamente, mortas, e isso conduz à possibilidade da eliminação da própria existência da humanidade).

Mas, apesar disso, nada no plano empírico nos impede de ter uma lei assim, desde que arquetos com seus efeitos práticos. Ela, aliás, pode ser considerada muito produtiva, se empregada por um governo tirânico para suprimir bebês de certa descendência ou cor da pele, visando a uma diminuição ou enfraquecimento étnico. Quando a consideramos impensável e absurda, já é segundo um determinado código de valores morais, isto é, a partir de uma dada perspectiva ética. É por isso que João Maurício Adeodato¹³⁴ afirma:

Posicionamentos éticos são mercadorias autorreferentes, no sentido de que só se enfrentam convicções com outras convicções. A ideologia, as crenças humanas em sentido amplo, só entende a linguagem da ideologia e o embate entre ideologias diferentes é perene.

A perspectiva ética segundo a qual podemos e devemos reprovar leis opressoras, tirânicas, que promovem desigualdade, exclusão ou perseguição, não decorre da natureza, sequer da própria “natureza humana”. Não há uma imposição inescapável do mundo empírico a determinar o desvalor de semelhante produto legislativo. O reproche de normas assim é fruto de uma construção do intelecto humano. De uma decisão, uma escolha. O pensamento humanista fornece-nos o filtro que é usado para censurar normas que sejam prejudiciais aos valores da igualdade, da liberdade e da dignidade. E esses valores não preexistem ao homem, tampouco pairam fantasmagoricamente em um plano existencial qualquer, à espera de reconhecimento. São o resultado de um juízo. Um juízo de valor que, partindo de premissas amplamente compactuadas e fortalecidas ao longo da história, corresponde a um ponto de convergência de muitos indivíduos, muitos povos e muitas culturas. Tratamos, ainda assim, de uma **convenção**. Mas uma convenção sobre a qual se formou um **sólido consenso**, o que lhe garante formidável estabilidade e, em contrapartida, torna bem pouco plausível sua súbita superação por uma posição antagônica.

Não há, portanto, as verdades absolutas, por mais simpáticas e convidativas que pareçam ser, nem mesmo acerca dos valores mais amplamente compartilhados pelas pessoas e pelos povos, ou mais frequentemente prestigiados como princípios-mestres pela maioria dos ordenamentos jurídicos. Dignidade e os direitos dela decorrentes, como igualdade, liberdade, intimidade e

¹³⁴ ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116.

outros são “relatos vencedores”, são versões circunstancialmente dominantes da verdade ética e jurídica. Sua força persuasiva fez com que o grau de adesão se tornasse imenso, o que lhes confere robustez suficiente para que sejam considerados “como se” dados ontológicos fossem. Não são. Apesar disso, o esforço argumentativo para que se altere o paradigma que sobre tais valores se erige é tão grande que se pode considerar, com base no contexto atual, altamente improvável a sua deposição.

Embora tenhamos que nos acostumar com o desconforto trazido pelas incertezas, é fundamental ter em mente que “a história do homem não é uma hamletiana aventura sem nexos e sem sentido”. Não porque somos a coroa da criação e, portanto, estamos predestinados a evoluir a ponto de fazer cessarem as desigualdades, injustiças, guerras e perseguições. Mas porque podemos dar sentido à própria história, gerindo os inevitáveis conflitos e escrevendo nossas possibilidades existenciais defronte de “horizontes sempre móveis de constantes ou invariantes axiológicas”, que nos permitem realizar “a façanha da liberdade”.¹³⁵

É preciso fazer um pequeno parêntese. A noção de “invariantes axiológicas”, desenvolvida por Miguel Reale¹³⁶, sintetiza em boa medida a nossa concepção sobre os valores e é referida em vários momentos ao longo desse trabalho. Sem que nos subsumamos a qualquer das duas categorias impostas, fazemos a defesa de uma versão histórico-cultural dos valores, dentre os quais se incluem os que são juridificados.

Se geneticamente os valores correspondem a valorações distribuídas no tempo, eles transcendem tais momentos genéticos para adquirirem uma **objetividade** marcada pela sua persistência histórica no mundo do **dever-ser**. Assim como Monod fala em “**invariáveis biológicas**”, emergentes na biosfera, mas tão constantes e presentes que parecem inatas, também podemos falar de “**invariáveis axiológicas**”, de que é exemplo por excelência o valor da pessoa humana.

Segundo pensa Reale¹³⁷, alguns valores, uma vez que se posicionem como objetos da consciência humana, tornam-se uma “exigência ética” ou um “imperativo ético”. Daí em diante, “Atuam eles ‘como se’ (*als ob*) existissem em si e por si”. Ou, como disse, em outro momento,

[...] uma vez elevados à consciência coletiva, tornam-se como que entidades ontológicas, adquirindo caráter permanente e definitivo. São o que denominamos

¹³⁵ REALE, Miguel. **Filosofia e teoria política**: ensaios. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 126.

¹³⁶ REALE, Miguel. **Direito natural / direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 11.

¹³⁷ REALE, Miguel. **Direito natural / direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 18-19.

invariantes axiológicas ou **constantes axiológicas**, como os valores da pessoa humana, o direito à vida, a intangibilidade da subjetividade, a igualdade perante a lei (isonomia), a liberdade individual etc., que constituem o fundamento da vida ética. A eles correspondem os chamados direitos fundamentais do homem.¹³⁸

A refutação da “dignidade humana” e dos direitos fundamentais ligados à liberdade requer uma guinada brusca, de cento e oitenta graus, nos rumos ideológicos atualmente compartilhados pela maioria dos povos.¹³⁹ As agruras pelas quais passaram os seres humanos deixaram traumas que a todo tempo nos levam a lembrar dos períodos de abuso e de terror. Não é possível afirmar com certeza o que o futuro nos reserva; mas passado e presente não indicam tal direção como sendo a mais provável. Seja ou não a dignidade “imaneente”, o certo é que ela é, atualmente, um valor praticamente “inegável”.

Embora definitivamente não se possa considerar Miguel Reale como um retórico, ele adota, nesse assunto, postura que se situa em posição intermediária, longe de um extremo que se possa considerar como uma ontologia essencialista clássica e, também, de outro lado, de um relativismo total ou mesmo niilismo. Nesse específico ponto das invariantes axiológicas, não vemos qualquer incompatibilidade com as ideias reitoras da retórica, na medida em que, de forma alguma, apregoa-se uma imutabilidade *ex tunc* ou *ex nunc* de valores como dignidade da pessoa humana ou igualdade. O que se diz é que, apesar de não serem verdades eternas, seu grau de sedimentação é tão elevado que, na prática, é como se (*als ob*) o fossem, tamanha seria a dificuldade de sua superação (ainda assim, possível, em tese).

A visão de Reale parece bem se ajustar à de Winfried Hassemer¹⁴⁰, quando, ao professar sua crença na superação do jusnaturalismo, ressaltou que “não é a ideia de um Direito supra-positivo que desapareceu, e sim a expectativa de sua validade através dos tempos e das fronteiras culturais”. Há algo que se possa, ainda, considerar “acima das leis”, e que sirva como parâmetro de aferição de sua legitimidade. Mas essa referência não é dada ontologicamente, ou seja, não é atemporal e imutável, senão, também, fruto de uma construção, baseada em elevado nível de

¹³⁸ REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 3.ed.atual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 162. Grifo do autor.

¹³⁹ Todos os cerca de duzentos países que integram a ONU são signatários de pelo menos um pacto internacional que afirma direitos humanos invioláveis. E oitenta por cento dos países-membros assinaram quatro ou mais desses tratados. Dados disponíveis a partir de <<http://www.un.org/en/>>. Acesso em 2 de outubro de 2014.

¹⁴⁰ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política**. Trad. Adriana Beckman Meirelles *et alii*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 111; 113.

consenso. São “estruturas preestabelecidas que talvez não sejam ‘eternas’, mas seguramente são estabelecidas por longo prazo e inevitavelmente exigem atenção aqui e agora”.

Essa concepção histórico-cultural obviamente não transmite a (impressão de) segurança trazida pela ontologia e pelas posições dogmáticas. Mas parece adequar-se mais à experiência. A ontologia costuma apregoar a universalidade, a inalienabilidade, a vedação de retrocesso e outras concepções criadas para dar um tom de imutabilidade e indiscutibilidade aos direitos fundamentais. Mas é fato que cada uma das características supostamente imutáveis pode ser objeto de questionamentos inquietantes. As constantes modificações dos referenciais éticos, em plano interno, nacional, e a vistosa e exuberante diversidade cultural, no plano externo, internacional, mostram que a verdadeira universalidade é algo muito improvável e, quiçá, até mesmo perigoso. É que, no fim das contas, a universalização pode ser muito bem traduzida por simples “imposição”. E é claro que é sempre o mais fraco que está em erro e precisa mudar.

Universalidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, irrecusabilidade e vedação do retrocesso são caracteres pensados para estabilizar valores tidos pela maioria como os mais elementares. Mas eles são uma “aposta dogmática”, uma demonstração de certeza inabalável, fruto de uma convicção ingênua acerca do vislumbre das versões definitivas da dignidade, da igualdade, da liberdade e da justiça. A dita “vedação do retrocesso”, por exemplo, passa primeiramente pela discussão sobre “o governo dos vivos pelos mortos”. E não para por aí. Afinal, o que é um retrocesso? Em termos de valores, evolução e involução são determinadas por perspectivas, partem de referências, e elas são dinâmicas e cambiantes, especialmente nas sociedades modernas e no período da globalização.

A dignidade humana e os direitos humanos são estabelecidos no plano discursivo e a partir do diálogo. Não são decorrências de valores preexistentes e descobertos, mas construções, oriundas de consensos e acordos. “Direitos”, “liberdades”, “humanidade”, “justiça” e “igualdade” são palavras, rótulos de fabricação humana e com utilidade restrita ao campo das relações intersubjetivas. Não faz sentido conceber uma liberdade ou uma dignidade preexistente ao homem e alheia aos seus juízos, como dados de um plano axiológico objetivamente organizado por um Deus ou pelo Cosmo. São produtos. Expressam uma decisão, um compromisso. Não são atributos da “natureza humana”, mas efeitos de um pacto de reconhecimento e respeito recíprocos.

[...] a “dignidade humana” em sentido moral e legal está ligada a essa simetria das relações. Não é uma propriedade que se “possua” por natureza como a inteligência ou os olhos azuis, senão que, melhor, destaca aquela “inviolabilidade” que somente tem algum significado nas relações interpessoais de reconhecimento recíproco, no tratamento que as pessoas mantêm entre si.¹⁴¹

Como todo acordo, dignidade, igualdade e direitos humanos possuem **termos**, que podem ser revistos a qualquer tempo (a experiência indica que serão). São suficientemente estáveis para que neles possamos confiar, e, inclusive, para que os tratemos como “circunstancialmente irrefutáveis” (entenda-se, irrecusáveis dentro do paradigma dominante). Mas não confundamos a irrefutabilidade gerada pelo grau de adesão e de maturidade do acordo com a imutabilidade e a inerência à condição humana, sustentadas pela ontologia e pelas posições dogmáticas.¹⁴²

Tecidas essas considerações jurídicas, voltamos à filosofia, seu alicerce, para reafirmar que a posição retórica, aqui defendida, tem inúmeras vantagens. Conta com o endosso da história e da experiência. Racionaliza e fundamenta os direitos humanos e outras proteções jurídicas e políticas sem a necessidade de invocar as forças superiores ou as verdades absolutas da natureza ou do universo, argumentos de autoridade típicos da ontologia clássica. É mais humilde por reconhecer a fragilidade de suas conclusões e por deixar em aberto o futuro, mas com a constante exigência de um rigoroso controle de qualidade para os argumentos e fundamentos dos pensamentos vindouros. As ontologias clássicas, com seus dogmatismos, pretendem blindar o ser humano e a humanidade a partir da afirmação de direitos e prerrogativas supralegais, atemporais e universais. Mas, no fim, a retórica é bem mais humanista do que a própria dogmática dos direitos naturais, já que parte das premissas da falibilidade humana, da precariedade de suas invenções, da diversidade de valores e da igualdade das pessoas, bem como de sua suscetibilidade às condições histórico-culturais de cada época e região. O produto mais importante dessa maneira de enxergar o mundo é a **tolerância**, que se apoia na visão de que meus “relatos” ou “versões” da verdade, por mais que sejam majoritários e consolidados, podem vir a

¹⁴¹ HABERMAS, Jürgen. **El futuro de la naturaleza humana: hacia una eugenesia liberal?** Trad. R. S. Carbó. Barcelona / Buenos: Paidós, 2002, p. 50. “[...] la ‘dignidad humana’ en estricto sentido moral y legal está ligada a esta simetría de las relaciones. No es una propiedad que se “posea” por naturaleza como la inteligencia o los ojos azules, sino que, más bien, destaca aquella ‘inviolabilidad’ que únicamente tiene algún significado en las relaciones interpersonales de reconocimiento recíproco, en el trato que las personas mantienen entre ellas.” Tradução nossa.

¹⁴² Miguel Reale, aliás, denuncia o equívoco de se confundir até mesmo a “naturalidade” dos direitos com seu “inatismo”. A própria naturalidade, em sua visão – semelhantemente à irrecusabilidade, para nós –, decorre de processos históricos e culturais. REALE, Miguel. **Direito natural / direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984 p. 10.

se provar equivocados, ao passo que as correntes praticamente desprezadas podem, algum dia, passar a expressar o bom, o belo, o certo e o justo.

Como bem já se observou, apesar do vigor da tradição, o pensamento jusnaturalista perde força na medida em que “as bases axiológicas comuns das sociedades mais simples se dissolvem na complexificação social”, não mais existindo verdadeiro consenso sequer sobre as questões aparentemente mais simples. Isso torna “ilusório e disfuncional um conceito de fundamento ético, direitos subjetivos, direitos humanos ou dignidade da pessoa humana, que esteja **fora do direito positivo** e a ele superior”. São, todos, conceitos retóricos, “cuja efetivação depende fundamentalmente de uma ideologia, de uma concepção de mundo”, que está longe de ser unívoca e segura. É por isso que se concluiu que “se o positivismo filosófico” – muito diferente daquele exegético, puramente sistêmico e autorreferente – “é cético a respeito da natureza humana e das grandes soluções onipotentes, por outro lado ele é o siamês da igualdade e da democracia”.¹⁴³

A filosofia retórica, partindo dessas mesmas bases, é a que mais contribui para a sedimentação consciente desses valores. É muito melhor que sejam assimilados e respeitados (o que se faz pelo discurso e pelo aprimoramento da força persuasiva dos argumentos), do que meramente impostos como verdades inquestionáveis.

Trazendo o foco para as normas jurídico-penais, em específico, são tão produto da inventividade humana quanto quaisquer outras. Todo crime que passa a ser previsto no sistema, ou seja, toda norma que estabelece um tipo penal, é fruto de uma decisão política. Na medida em que não existem o “*malum in se*” e as condutas essencial e universalmente boas ou más, não podem existir comportamentos que devam ser considerados necessariamente criminosos. A consideração de uma ação ou omissão como crime é o resultado de um juízo humano. Decide-se lançar um “rótulo” ou “etiqueta” sobre determinadas condutas e, supostamente, isso se dá em função do elevado grau de desvio em relação aos padrões comportamentais estabelecidos pelo Estado. Em uma democracia, teoricamente, todos participam dessa criação dos padrões, preferencialmente determinados pela maioria, mas com limitações para impedir a perseguição ou a eliminação das minorias.

¹⁴³ ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 32-36.

O crime é, então, um constructo, um produto decorrente de uma escolha, que pode possuir as mais variadas motivações. Não se nega que existam algumas nobres e bem-intencionadas, mas não se pode olvidar, também, que muitas delas se submetem a alguns critérios espúrios de seletividade, relacionados, dentre outros fatores, com os autores potenciais ou reais, e com as vítimas, potenciais ou reais.

Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas.¹⁴⁴

Fala-se, destarte, em **seletividade primária** e a **seletividade secundária**. A seletividade primária ocorre já no plano legislativo, quando da escolha do que se quer proteger e do que se quer punir. A seletividade secundária acontece no plano pragmático, da aplicação das normas pelas agências punitivas (polícias, Ministério Público, Poder Judiciário). É esperável, em países marcados por profundas desigualdades socioeconômicas, como o nosso, que ambos os estágios de criminalização atinjam mais diretamente um determinado grupo de pessoas imersas em uma condição de desvantagem e atingidas por uma estereotipagem.¹⁴⁵ Criminalizar é, nesse sentido, etiquetar comportamentos e pessoas.¹⁴⁶ Em um ordenamento verdadeiramente democrático, uma das principais tarefas que se impõem ao Estado é a de conter os avanços e as interferências dos preconceitos, limitando-se na maior medida possível a seletividade.

2.3. É POSSÍVEL ESTABELEECER LIMITES MATERIAIS AO PODER ESTATAL DE LEGISLAR?

Concluimos, até o presente momento, que:

¹⁴⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à Sociologia do Direito Penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002, p. 161.

¹⁴⁵ ZAFFARONI; Eugenio Raúl *et alii*. **Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 48.

¹⁴⁶ A “teoria do etiquetamento” (*labeling approach*) é considerada como “demolidora” do discurso jurídico-penal ingênuo, que o classifica como um instrumento de pacificação social. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal**. Buenos Aires: Ediar, 1998, p. 41. Hassemer, embora reconhecendo o valor das “novas” criminologias, que deslocam a investigação do fato criminoso e do autor do crime para os processos de criminalização e seus responsáveis, dirige-lhes algumas críticas. HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Trad. Pablo R. Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 101-109. É possível, no entanto, que a importância das teorias para países de realidade periférica supere em muito seu valor para sociedades como a alemã, local de fala de Hassemer.

a) Do mundo empírico (plano sensível, do ser) não se deduzem automaticamente normas (plano inteligível, do dever ser); as normas são produtos da razão humana, de sua autonomia (capacidade de legislar para si mesmo);

b) Partindo de uma perspectiva retórica (historicista, humanista e cética), não é possível afirmar a existência de uma única verdade, seja no campo da ciência, seja no campo da ética; verdades são posições circunstancialmente dominantes consideradas como tais em razão de sua força persuasiva e do grau de consenso que sobre elas se firma;

c) Toda norma jurídica possui um conteúdo ético, ou seja, é fruto de um juízo de valor ético que passou pelo procedimento de juridificação;

d) Como não há uma única resposta correta para cada dilema ético, e como as soluções e verdades, enquanto construções de um ser humano falível, são precárias e transitórias, não há um referencial material supraconstitucional e extrajurídico que possa ser imposto a todos como o único aceitável e usado como baliza para a criação das normas de Direito.

É natural que se formem, diante de tais considerações, algumas interrogações. O Estado é inteiramente livre para criar as normas jurídicas? Não pode haver algum tipo de controle de conteúdo sobre as normas de Direito?

É como diz João Maurício Adeodato¹⁴⁷: no fundo,

A tudo subjaz a velha questão: saber se existem normas e conteúdos axiológicos em si mesmos válidos, legítimos, independentemente do pacto político, ou se a legitimidade do direito é um dado interno, autorreferente, fruto de escolhas circunstanciais do poder.

Ora, a resposta que se dê a esse antigo questionamento certamente será aplicável ao problema de nossa pesquisa. Se devem existir limites ao poder do Estado de legislar, com muito mais razão devem existir limites ao poder de criminalizar condutas. Primeiro, por uma questão de lógica: a criminalização de condutas se dá a partir da atividade legislativa. Em segundo lugar, e mais importante, a criminalização de condutas representa a mais dura das interferências do Estado na

¹⁴⁷ ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 196.

esfera de liberdade das pessoas, destinatárias das normas. O Estado subtrai uma porção dessa liberdade individual ao retirar, sob a ameaça de uma pena, do campo das possibilidades de ação (normas proibitivas, crimes comissivos) ou omissão (normas mandamentais, crimes omissivos) alguns comportamentos por ele considerados indesejáveis. Assim, se uma única norma jurídica for passível de controle material (de conteúdo), será uma norma de caráter penal. Como lembra Schünemann, “o Direito Penal, de caráter extremamente negador da liberdade, exige especial legitimação”.¹⁴⁸

Para a ressaltar a importância de que existam mecanismos de controle material, vamos trabalhar com algumas normas hipotéticas, divididas em dois grupos.

Grupo A:

- Norma de caráter tributário que estabeleça a alíquota de 100% de impostos sobre a renda bruta de uma pessoa física ou jurídica.
- Norma que estabeleça que nenhum tipo de qualificação pode ser exigido para o exercício de qualquer dos ramos da medicina (desde a clínica geral à neurocirurgia).
- Norma que estipule a obrigação de que o casal mantenha pelo menos três relações sexuais por dia, sob pena de automática dissolução da sociedade conjugal.
- Norma que estabeleça o direito de cada um dos sócios da empresa a fazer retiradas unilaterais de 100% do faturamento mensal, independentemente de seu percentual de participação no capital social da empresa.
- Norma que submeta o trabalhador a uma jornada de 168 horas semanais (24 horas de labor por dia).
- Norma de trânsito que exija a idade de 100 anos para obter a habilitação.

Grupo B:

- Norma de caráter tributário que estabeleça alíquota de 25% de impostos sobre a renda de pessoas brancas e 50% para a renda de pessoas negras.

¹⁴⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Trad. Luís Greco (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 50.

- Norma que estabeleça que a medicina somente pode ser exercida por pessoas do sexo masculino.
- Norma que confira ao homem o direito de manter relações sexuais extraconjugais ao mesmo tempo em que imponha à mulher o dever de fidelidade.
- Norma que estabeleça que a jornada de trabalho para pessoas estrangeiras seja sempre o dobro daquela aplicada a brasileiros.
- Norma que vede o acesso a cargos públicos para pessoas homossexuais.

Temos, acima, uma coletânea de normas jurídicas provavelmente consideradas absurdas pela maioria dos leitores. Pelo menos em nosso contexto sociopolítico atual. O que faz dessas normas algo tão disparatado?

No Grupo A, temos normas que se podem considerar “suicidas”. São normas irracionais, ilógicas ou inexecutáveis. Ora, é impossível tributar uma pessoa ou empresa em 100% de sua renda bruta, já que isso a levaria à irremediável insolvência. É irracional uma lei que garanta o livre acesso de toda e qualquer pessoa, sem qualquer comprovação de preparo, ao exercício da medicina. Pela sabida complexidade da profissão, os resultados seriam desastrosos. Não apenas teríamos decréscimo nas estatísticas de cura, como astronômica alta nas estatísticas de óbitos. Também não é viável uma norma que imponha a obrigação, ao casal, de manter três relações sexuais diárias. A uma, pela impossibilidade prática da fiscalização; a duas, porque não se trata de um ato mecânico que possa ser simplesmente cobrado em múltiplas bases diárias, à revelia das características físicas das pessoas envolvidas (saúde, idade) e do contexto (relações frias, tumultuadas ou até doentias, em que falte o respeito, em que inexista libido etc.). Na mesma linha, impossível permitir que cada um dos sócios retire 100% do lucro da empresa unilateralmente. A simples conta matemática não fecha. Igualmente absurdo, por ser fisicamente impossível, impor a qualquer ser humano uma jornada de trabalho de 24 horas por dia, sem qualquer intervalo para alimentação ou descanso. Inviável, também, por fim, exigir a idade de 100 anos para a obtenção da carteira de habilitação. Considerando que a expectativa de vida do brasileiro está na casa dos 70 anos de idade, o resultado prático é o de impedir que a imensa maioria das pessoas chegue e exercer o direito de conduzir. E mais: reserva-se o direito de conduzir veículos a uma fase da vida em que costuma ocorrer uma diminuição dos reflexos, ao passo em que essa atividade fica vedada, exatamente, durante o período em que eles geralmente estão mais afiados.

A absurdez das normas do Grupo B é de outra estirpe. Não há propriamente uma impossibilidade física ou uma ruptura lógica. Há, sim, uma acentuada inversão de valores que são majoritariamente aceitos em muitas sociedades (mais comumente, nas democráticas). Não é fisicamente impossível, nem inexecutável, cobrar mais impostos de afrodescendentes; impedir o exercício de certas profissões por mulheres; criar deveres conjugais exclusivos para pessoas do sexo feminino; impor jornada de trabalho mais intensa para nordestinos do que para sulistas; limitar o acesso a cargos públicos para pessoas heterossexuais. É, simplesmente, **injusto**. Trata-se de um juízo de valor ético que reprova as discriminações aqui realizadas a partir de um compartilhado repúdio ao preconceito racial, étnico, sexual, de gênero etc.

Ocorre que as nossas noções de liberdade e de igualdade, tidas como pilares centrais de uma ordem democrática, são risíveis em outros lugares do mundo. Suas leis, para nós, soam como a mais pura expressão da barbárie ou do preconceito juridificado. Quem está com a razão? É possível afirmar com certeza? Quem será o juiz dessa disputa, o dono definitivo da verdade?

As ontologias clássicas e os pensadores dogmáticos, assim como os jusnaturalistas radicais, no campo do Direito, provavelmente não hesitariam em responder de modo convicto que sabem quem está eticamente correto ou incorreto. Errado está quem nega o acesso de mulheres a escolas. Errado está quem pune os adoradores pacíficos de deuses de outras culturas. Tremendamente equívocas são as leis ou os costumes que permitem o casamento de homens adultos com crianças ou a extirpação do clitóris como forma de desestímulo do adultério.

Mas e um retórico, cético quanto às verdades éticas, e um jurista que, fugindo da dogmática dos direitos naturais, partir de bases histórico-culturais para a fundamentação do Direito, como enxergariam as questões?

Um cético acadêmico muito provavelmente diria que jamais existirá um critério que seja capaz de determinar, com grau de certeza, que cada uma dessas condutas é boa ou má. Não é possível alcançar a verdade, de modo que o que se tem é opinião, é preferência. Um cético pirrônico possivelmente diria que, por enquanto, segundo os parâmetros dominantes nos países democráticos, essas condutas são más. Mas a sua maldade, o seu desvalor, não é um dado ontológico, atemporal. É pouco plausível, mas pode ser que as circunstâncias, os parâmetros e as concepções se alterem a ponto de transformá-las em louváveis. O certo é que, qualquer dos

dois “tipos” de cético, se indagado, pode – e, provavelmente vai – emitir sua opinião. O que os distancia dos adoradores da verdade, mais alinhados às ontologias clássicas e às posições dogmáticas, é o reconhecimento da própria falibilidade e, portanto, a percepção de que a sua própria posição pode, ao final do dia, não ser a mais justa e a mais correta.

Nada impede, portanto, que retóricos defendam, com empenho e sinceridade, certas causas e posições, determinados relatos e opiniões considerados circunstancialmente corretos ou mais justos. As bases em que apoiarão seus fundamentos, porém, divergirão daquelas em que se esteiam os dogmáticos. Não serão invocadas “verdades absolutas”, “essências” e “valores objetivamente positivos”. Serão, apenas, esgrimidos argumentos no sentido de persuadir os interlocutores quanto à correção das suas ideias.

A mutilação genital feminina compulsória (“*female genital mutilation*”) pode ser apresentada como uma forte candidata para a representação ideal de uma conduta essencialmente má ou negativa. Consiste na extirpação de porções do órgão sexual feminino, normalmente, envolvendo a remoção do clitóris. O procedimento é predominantemente realizado sem o recurso a profissionais da área médica, sem as condições adequadas de segurança e higiene e, inclusive, sem anestesia. Além dos extensos prejuízos deixados para a vida sexual adulta, há grande quantidade de óbitos relacionados com hemorragias e infecções. A maior parte das mutilações ocorre sobre meninas com idade entre 4 (quatro) e 12 (doze) anos, mas, em algumas culturas, o procedimento é realizado poucos dias após o nascimento, pouco antes do casamento ou logo após a primeira gestação. As tradicionais explicações para a prática repousam principalmente no controle da sexualidade feminina, prestando-se a mutilação ao fim de desestimular o adultério a partir da eliminação ou redução da possibilidade de prazer para a mulher durante a relação sexual.

149

Tanto o procedimento quanto a motivação são largamente execrados pela maioria das comunidades internacionais e pelos órgãos de defesa dos direitos humanos. De fato, se pensamos a partir de valores como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade, é bastante difícil encontrar uma justificativa aceitável para a prática. E, exatamente diante da

¹⁴⁹ RAHMAN, Anika; TOUBIA, Nahid. **Female Genital Mutilation: A guide to laws and policies worldwide.** Londres/Nova Iorque: ZED Books, 2000, p. 3 e ss; 30. *Vide*, também, CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. **Female Genital mutilation: a matter of human rights – an advocate’s guide to action.** Nova Iorque: Center for reproductive rights, 2006, p. 7 e ss.

perspectiva da virtual impossibilidade de justificação, surge a impressão de que a conduta possa ser considerada essencial e inexoravelmente má.

Mas há, é claro, um outro lado. Embora seja mais frequente em países africanos, a mutilação genital feminina conta com ocorrências em todos os continentes e estima-se que quase 130 milhões de mulheres foram submetidas ao procedimento. Nota-se que o costume assume o papel de um traço cultural forte em muitos povos. Há, inclusive, os que fazem objeção ao emprego da expressão “mutilação”, que traz, consigo, uma forte carga negativa. Muitos (inclusive documentos internacionais) a ela se referem como “*female circumcision*” (circuncisão feminina) ou “*female genital cutting*” (“corte genital feminino”), exatamente porque partem do pressuposto de que não se trata de uma agressão a direitos fundamentais ou à dignidade humana das mulheres submetidas ao procedimento, mas de uma tradição, de um costume que faz parte da formação de uma identidade cultural para certos povos. É claro que se pode facilmente argumentar que essa defesa é machista e que, sobre as bases da igualdade entre todas as pessoas, é inaceitável. Mas a validade desse argumento depende da aceitação, em primeiro lugar, da igualdade entre as pessoas como um valor absoluto essencialmente positivo. Retoricamente analisando a questão, isso não é possível. E mais: ao argumento de que se trata de justificação machista, pode-se opor que, na verdade, a censura ao procedimento deriva de um “imperialismo cultural” dos países mais poderosos, que se auto-intitulam mais evoluídos.

Somos capazes de afirmar que a mutilação genital feminina é um mal. Não porque está escrito nas estrelas, em um livro sagrado ou em algum tipo de código universal de valores. É porque partimos da premissa de que há certos direitos básicos que devem ser assegurados a toda e qualquer pessoa. É porque defendemos a igualdade entre homens e mulheres, e o devido respeito à integridade física, à liberdade sexual e ao desenvolvimento da personalidade cada indivíduo. E de onde parte essa defesa? Em que se esteiam essas convicções? Na construção histórica da noção de dignidade da pessoa humana. Na robustez e na firmeza desse valor jurídico, pelo caráter persuasivo dos argumentos que o sustentam e pelo grau de consenso que eles alcançam em grande parte das culturas. Pela coerência do pensamento humanista, elaborado a partir da crítica à intolerância, ao abuso de poder, à tirania. Pelo repúdio às perseguições e aos massacres guiados por preconceitos, ganância e vaidade. Porque tudo isso é compatível com uma visão de mundo que entendemos que é a mais adequada para que as pessoas e os povos coexistam com um mínimo de qualidade de vida, de segurança e de harmonia.

A posição defendida está ligada a um conjunto de valores que julgamos ser os melhores e mais produtivos. Como, por premissa retórica, todos os valores são relativos e, no fundo, expressam preferências, o que se tem, aqui, é apenas uma ideologia entre muitas outras. Uma que, para sorte de seus adeptos, vem sendo, já há algumas décadas, e em grande parte do mundo, bastante prestigiada política e juridicamente, o que a deixa estável e torna muito difícil a sua superação. Seu nível de maturidade e consolidação a eleva à condição de “verdade”, não concebida ontologicamente, mas histórico-culturalmente.

A visada retórica não usufrui da “segurança absoluta”, gerada pelas ontologias clássicas e pelas posições dogmáticas. Essa suposta segurança se esvanece diante dos quotidianos exemplos das mais grosseiras violações da dignidade da pessoa humana, inclusive pelo próprio Estado, que a reconhece como valor fundamental. As doutrinas dos direitos naturais, aliás, não apenas não impediram a ascensão do nazismo; por meio de distorções, deram-lhe base, o que revela que a segurança que se sente nas filosofias dogmáticas é uma ilusão. A retórica, a seu turno, proporciona uma **segurança prática**, que não se intitula absoluta, mas está calcada na força persuasiva dos argumentos, no quanto eles são considerados convincentes na enorme quantidade de povos e de pessoas que os acolhem. E as violações diárias da dignidade não desmentem ou desautorizam a posição retórica, eis que ela convive com a diferença e, sabidamente, reconhece que suas soluções não são infalíveis e nem sempre são as únicas ou as melhores.

Note-se, então, que muito provavelmente as normas do Grupo A, expostas ao início desse item, como são ilógicas, irracionais, inexecutáveis, se autossabotam e seriam consideradas absurdas em quase todos os lugares do mundo. As do Grupo B, ao contrário, possivelmente não. Há uma longa história de preconceitos e discriminações que nos mostra isso. Há, aliás, preconceitos institucionalizados, juridificados, entranhados em sociedades guiadas por normas de caráter predominantemente religioso. Para nós, para grande parte dos povos ocidentais contemporâneos, especialmente os que se entendam adeptos da democracia, são, sim, preconceitos. Para países fundamentalistas, trata-se da única opção possível, aquela que espelha a verdade real e imutável sobre todas as coisas, e foi revelada por um deus.

Em alguns países islâmicos, a mulher não pode solicitar passaporte, abrir conta bancária ou até passar por procedimentos médicos sem a autorização de seu “guardião” (pai ou marido)¹⁵⁰, de modo que não seria tão estranhável que encontrássemos, lá, leis semelhantes às aquelas que cogitamos no grupo B, acima.

Como rápido exemplo, tome-se o Código Penal Iraniano, que prevê que o número de testemunhas femininas exigidas para a prova da maioria dos crimes da legislação islâmico-iraniana é o dobro daquele que se exige para as masculinas (um testemunho masculino vale dois femininos).¹⁵¹

A questão é: quando dizemos que a lei é absurda, que ela não deve existir, precisamos invocar um **fundamento**. Uma **referência material** que não pode se identificar com uma pura preferência ética. Ao vermos uma lei que diga, por exemplo, que os pais são livres para manter relações sexuais com seus filhos infantes, ou que qualquer pessoa branca pode ter até dez escravos negros, somos tentados a invocar o mais rudimentar “bom senso” para declarar sua ilegitimidade. Ocorre que não há nada mais ilusório e perigoso do que o “bom senso”. É ilusório porque ele simplesmente não existe como um dado do mundo – não há consensos “prontos e acabados” que se possam unificar sob o nome exageradamente vago de “bom senso”. E é altamente perigoso, porque o “bom” senso, diante da ausência de univocidade para a esmagadora maioria das questões, coincidirá, sempre, com a posição dos detentores do poder, que, ainda que bem-intencionados, acabarão por sufocar as opiniões divergentes, circunstancialmente perdedoras.

Parece que voltamos à estaca zero, então. Algumas leis nos parecem tão irracionais ou odiosas que não concebemos a possibilidade de simplesmente acatá-las mansa e pacificamente. Deve existir alguma forma de deslegitimá-las. E ela não pode se amparar no “bom senso”. Qual poderia ser o critério válido para o controle de conteúdo das leis?

Se é que esse controle deve existir – e, pelo teor deplorável dos exemplos citados, ele deve –, somente há duas possibilidades. Ou ele é uma ferramenta do próprio sistema, um recurso do

¹⁵⁰ A exemplo da Arábia Saudita. *Vide 7 coisas que as mulheres sauditas não podem fazer mesmo após alcançarem direito a dirigir*. 28 set 2017. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-41431798>>. Acesso em 13 jan 2020.

¹⁵¹ República Islâmica do Iran. **Islamic Penal Code**. 20 Nov 1991. Disponível em <<https://www.refworld.org/docid/518a19404.html>>. Acesso em 14 jan 2020, arts. 199, 200 e 221-240.

ordenamento jurídico (a exemplo de algumas exigências formais para o devido processo legislativo e o controle de constitucionalidade), ou se situa fora do Direito, pairando acima dele, como uma “lei natural” ou uma “verdade universal”. Essa última opção é refutável a partir de todas e de cada uma das conclusões que expusemos no início desse capítulo.

Como já deve estar claro, é possível sustentar, sem ser um positivista extremado, que nem mesmo a dignidade da pessoa humana é um valor absoluto, existente em si, necessariamente bom e verdadeiro, ainda que à revelia dos homens e das constituições. Também é possível afirmar, sem ser um jusnaturalista ingênuo, seu pertencimento a toda e qualquer pessoa, sua necessária menção como valor fundamental de um ordenamento jurídico e como fonte de um extenso rol de direitos fundamentais irrecusáveis. A chave está na qualidade e na coerência do discurso em relação ao **paradigma** em que se insere.

Não é possível afirmar a validade ou invalidade universal de norma que institua o casamento homoafetivo. Só é viável fazê-lo de modo vinculado a um paradigma específico. Sob as lentes de um Estado fundamentalista islâmico, é provável que se gere alto grau de convicção quando à invalidade da norma e, em contrapartida, em um ordenamento democrático, ela não somente tende a ser vista como válida, mas a ser reconhecida como louvável por dirigir-se no sentido de implementar a igualdade pretendida por esse modelo de Estado. Quanto ao apedrejamento dos adúlteros, a lógica se inverte. Há, nos países fundamentalistas islâmicos, diretrizes religiosas dominantes que dão suporte a essa norma e princípios que a legitimam internamente. Isso muito dificilmente ocorreria em um país democrático que eleja como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e que declare aversão a penas de caráter cruel.

O paradigma em que estamos inseridos, e que norteia as reflexões dessa pesquisa, é o do Estado democrático de Direito. É a partir de suas premissas que se podem determinar os critérios mais adequados para controlar a atividade estatal de legislar. Nesse ambiente político-ideológico, as normas jurídicas produzidas devem guardar certa fidelidade em relação aos objetivos do Estado e em relação aos princípios liberais e humanistas em que se funda.

Para trazer o debate para o campo penal, imaginemos normas que cominem sanções para quem “professar o ateísmo”, “criticar a atuação de autoridades públicas”, “confessar atração sexual por pessoas do mesmo sexo” ou, simplesmente, que estabeleçam penas por “ser judeu” ou “ter ascendência africana”. Seriam inválidas, seguramente, porque colidem com quase todos os

preceitos basilares de um Estado democrático e frustram a imensa maioria de seus objetivos. Fica posto, então, pelo menos em relação a um Estado democrático de Direito, que as autoridades públicas não são inteiramente livres para criar tipos penais. Como diz Hassemer, o Direito Penal, em um Estado democrático de Direito, é “domesticado” – é fragmentário, subsidiário, taxativo, irretroativo e, em caso de dúvidas, deve ser posto de lado. Nesse ambiente, “as situações para as quais uma regulação penal é justificável não devem ser livremente determinadas pelo legislador penal”.

A grande questão é: o que pode ser punido e como pode ser punido?

2.4. AS CARACTERÍSTICAS CENTRAIS DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O próprio surgimento do Estado democrático de Direito se pode explicar a partir da busca de respostas para perguntas como aquela com a qual encerramos o item anterior. Trata-se de um modelo de Estado mais consentâneo com as pretensões de segurança e previsibilidade mantidas por pessoas que se consideram dignas e livres. Não é possível admitir-se a submissão a um Estado que não tenha limites

O que pode o Estado proibir, sob a ameaça de uma pena, dentro de um ordenamento totalitário ou fundamentalista? Que condutas ele pode criminalizar em um contexto político democrático? Enfim, o que está dentro e o que está fora do alcance do legislador penal em cada um desses tipos de ambiente? É certo, como lembra Roxin¹⁵², que qualquer resposta possível sobre o que se pode legitimamente punir varia conforme o tipo de Estado.

É evidente que a expressão “Estado democrático de Direito” está longe de ser autoexplicativa e que não remete o leitor a um único e específico modelo de ordem político-jurídica. Dentre os muitos países do mundo, certamente há os que se autoproclamam democráticos, mas que assim não o são considerados por várias outras nações. E há os que, vistos como democráticos, partem de bases ideológicas mais ou menos comuns, calcadas em premissas-chave como a dignidade, a liberdade e a igualdade, mas operam com base em princípios, costumes ou tradições diferentes, o que leva à criação de normas com características muito distintas. Entre dois países

¹⁵² ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari *et al.* Porto Alere: Livraria do Advogado, 2006, p. 26.

democráticos, pode ser que um deles permita o aborto e o outro o criminalize em determinadas circunstâncias.

Em cada um desses países, a legitimidade ou ilegitimidade das normas penais somente pode ser aferida a partir de referenciais sistemáticos, pertencentes à própria ordem jurídica ou, em último caso, ao paradigma histórico-cultural em que ela se funda (invariantes axiológicas). Normas de hierarquia superior, como princípios e regras constitucionais, e critérios de validade da produção das leis são os parâmetros oficiais e confiáveis. A validade não pode estar associada diretamente a verdades éticas atemporais ou a um quadro imóvel de valores que paire acima da lei. Primeiro, porque esse suposto quadro de valores, pela mais rasa observação empírica, muda de país para país, de cultura para cultura. Por que o quadro de um país – ou da maioria dos outros países – poderia ser imposto como parâmetro definitivo de validade? Podem os valores cristãos ser considerados simplesmente melhores e mais corretos, e impostos a nações islâmicas? Outro ponto é: mesmo que encerrássemos a discussão em um plano interno, mantendo os critérios de aferição da legitimidade das normas centrados nos valores locais, não há pacificidade possível na imensa maioria dos temas.

Não trataremos, aqui, das noções mais primitivas e rudimentares de organização social, tampouco das discussões sobre se somente se pode falar de Estado no contexto da Modernidade. Para os fins a que se destina essa pesquisa, definiremos Estado como uma sociedade politicamente organizada e submetida a uma ordem jurídica coercitiva comum.

“O Estado é uma sociedade politicamente organizada porque é uma comunidade constituída por uma ordem coercitiva, e essa ordem coercitiva é o Direito”, disse Kelsen.¹⁵³

Na mesma linha, Jorge Miranda¹⁵⁴: “não há Estado sem sujeição ao Direito no duplo sentido de Estado que age segundo processos jurídicos e que realiza uma ideia de Direito, seja ela qual for”. Assim, não se pode conceber a existência de um Estado sem algum tipo de organização política (embora a sofisticação, por óbvio, possa variar); sem a produção de regras (ordem jurídica); e sem que elas sejam impostas coercitivamente.

¹⁵³ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução: Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 273.

¹⁵⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 196.

Grande parte das explicações mais aceitas para a criação do Estado repousa em alguma das versões que se referem à alegoria do contrato social. Embora a consideremos graficamente útil para a composição do cenário da instituição da ordem jurídica, essa fundação não se dá como fruto de um acordo real, com a participação de todos os interessados, com a consideração de todos os interesses em jogo e em um tom ameno e pacífico.¹⁵⁵ É muito mais plausível a percepção weberiana de que todo Estado é fundado pela violência.¹⁵⁶ A instituição do Direito, que reconhecemos como coincidente com a do próprio Estado, também é violenta. Pode ser que não o seja para os “vencedores”, para os que têm seus interesses protegidos e suas concepções éticas prestigiadas. Mas certamente o será para os “derrotados”, cujas visões de mundo tenham sido ignoradas ou até mesmo banidas.

A ideia de consenso, por menor que seja sua plausibilidade, ajuda no quesito da legitimidade. A coercitividade, indispensável para o funcionamento de qualquer ordem jurídica, decorreria da voluntária submissão das vontades e liberdades de todos e de cada um a um poder centralizado que passa a estar incumbido das tarefas de proteger os interesses dos súditos e resolver os conflitos intersubjetivos existentes a partir de então. É mais agradável imaginar essa imensa sessão de abraços e apertos de mão coletivos do que a cena de um grupo de vitoriosos armados comemorando enquanto os derrotados, desunidos e espalhados pelas sombras, lamentam-se e dividem as sobras.

Pensada como uma decisão, a instituição da ordem jurídica representa uma troca. Os homens abrem mão de parte de sua liberdade, sujeitando-se a leis que controlam seu comportamento, em prol da segurança prometida pelo Estado, que “sempre retirou sua legitimidade da circunstância de salvaguardar os cidadãos contra ataques de forças estrangeiras ou de outros indivíduos.

¹⁵⁵ Uma visão bastante crítica à ficção do contrato social pode ser observada em JAKOBS, Günther. **Proteção de bens jurídicos?** Sobre a legitimação do Direito Penal. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 25: “[...] a força declaratória do contrato social é tão débil, que ele somente poderia dominar tiranicamente, e não por força da convicção”. Em sentido semelhante: AMELUNG, Knut. El concepto de bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. Trad. Rafael Alcácer Guirao *et alii*. IN: **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 226-227, que indica que a alegoria não é um produto da razão humana, como queriam os iluministas, mas um produto da ideologia liberal, apenas.

¹⁵⁶ WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações.** Trad. Marco Antônio Casanova. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 62.

Segurança é a principal tarefa do Estado”.¹⁵⁷ Definitivamente, a criação da ordem jurídica não envolve apenas vantagens. Trata-se de uma relação de custo-benefício, já que a defesa de um direito de alguém frequentemente importa a restrição de um direito de outras pessoas. Isso fica mais claro, ainda, no campo do Direito Penal.

Toda previsão legislativa de um tipo penal incriminador, se bem a vemos, é o resultado da ponderação de valores na qual o direito fundamental à liberdade é restringido em benefício da conservação de outros valores de fundamental relevo em sociedade (liberdade *versus* patrimônio, *versus* integridade física, *versus* honra etc).¹⁵⁸

A instituição do Estado e da ordem jurídica certamente deriva de uma percepção de lucro por parte dos responsáveis pelo pacto. Se não há leis, tudo é permitido para todos. E, se as liberdades são absolutas, elas fatalmente se interseccionarão e se sobreporão. Posso fazer tudo, inclusive agir contra meu vizinho; mas exatamente o mesmo se passa com ele. Supostamente, vale a pena deixar de gozar de liberdade total para usufruir de uma (sensação de) segurança quanto ao exercício da porção conservada. Não faz o menor sentido criar uma pesada máquina que controla, limita e pune se os benefícios esperados, em contrapartida, não forem superiores.

Segundo explica Claus Roxin¹⁵⁹, os cidadãos concedem ao legislador somente os poderes de intervenção estritamente necessários para assegurar uma vida em comunidade livre e pacífica, e sob a condição de que sejam sempre empregados os meios menos gravosos em primeiro lugar. O objetivo é o de promover a segurança, mas mantendo a máxima liberdade individual possível. Conforme Beccaria¹⁶⁰,

somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante.

¹⁵⁷ GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. IN: SARMENTO, Daniel (Coord.) *et al.* **Constitucionalização do Direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 157.

¹⁵⁸ D'ÁVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 70. No mesmo sentido: HASSEMER, Winfried. Pueden haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico**: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 94.

¹⁵⁹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 17.

¹⁶⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 19.

O Estado de Direito possui uma programação e um formato voltados para a promoção dos ideais iluministas. O antropocentrismo e a ideologia humanista ressaltaram o valor da individualidade, a importância dos direitos e garantias contra os abusos das autoridades públicas e a liberdade como uma vocação humana ineliminável. A valorização da pessoa e a expansão dos direitos individuais acarreta, logicamente, na limitação do Estado e na submissão de todas as suas tarefas e atividades aos filtros humanistas. Isso não foi alcançado sem rios de sangue.

O homem passou longo período histórico oprimido pelo despotismo e perseguido por tiranos megalomaníacos. Apequenado e submetido aos caprichos de monarcas e clérigos, ansiava por um mecanismo de contenção da vontade do soberano que lhe propiciasse o mínimo de previsibilidade. O caminho era a deposição da onipotência do soberano em prol das leis. Surge o conceito de **legalidade**: a inescapável limitação dos poderes dos governantes e das intervenções nas vidas dos súditos às hipóteses constantes em leis previamente editadas. Dentro desse novo conceito de legalidade, a mais importante das vertentes, seguramente, é a **legalidade penal**, que visa a limitar o poder punitivo e a proteger os indivíduos contra os seus costumeiros abusos. Mais comentários específicos sobre esse princípio serão vistos no Capítulo 5.

A legalidade constitui a pedra inaugural da grandiosa construção que, com o passar do tempo, ganhou a forma do Estado de Direito. Esse projeto foi impulsionado pelo Iluminismo, que deu, desde então, um grande salto evolutivo no sentido da consagração de todo um conjunto de direitos individuais. Com o Estado de Direito, fica estabelecida “a inalienabilidade dos direitos fundamentais reconhecidos ao homem” e a ideia de que “é preciso proteger as liberdades individuais contra qualquer forma de arbitrariedade estatal”.¹⁶¹

Com muito desgosto, porém, o ser humano acompanhou a deterioração do produto de sua inventividade. Governantes inescrupulosos empreenderam perseguições e dominações ironicamente amparados pela legitimidade conferida, exatamente, pela submissão às leis. Escudados em uma **legalidade formal**, ditadores executaram as maiores barbáries e instituíram o terror estatal como forma de docilização, segregação e eliminação de grupos e de indivíduos, chave para um projeto mais complexo de dominação total cujo exemplo mais escandaloso foi o nazismo.

¹⁶¹ GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno**. Trad. Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 319; 321-322. Grifos no original.

As atrocidades nazistas foram praticadas com amparo legal, o que fez crescer o descrédito em relação à lei enquanto instrumento de consagração da vontade popular e de promoção da liberdade, da igualdade e da justiça.

Especialmente após o traumático período das décadas de 1930 e 1940, consolidou-se a ideia de que as conquistas emancipatórias devem ser postas a salvo todos os governantes e, inclusive, da própria lei: “[...] ‘nenhuma autoridade sobre a terra é ilimitada’: nem a dos reis, nem a do povo, nem a dos seus representantes; a própria autoridade da lei necessita ser limitada”.¹⁶²

Nessa nossa sucinta reconstituição histórica, o período pós-1945 deflagraria uma tendência que se pode considerar ainda crescente.¹⁶³ Cuida-se do **constitucionalismo**, um movimento a partir do qual a Constituição não se limita a um mero compêndio de enunciados normativos, mas se transforma em verdadeira forma de expressão do desenvolvimento cultural de um povo, contendo seus valores fundantes e firmando compromissos em que se baseiam em suas esperanças.¹⁶⁴

No giro constitucionalista, as constituições expressam o sentimento político e a ideologia de um povo, suas diretrizes jurídicas e seus objetivos enquanto sociedade, funcionando como os pontos de referência axiológicos para todas as produções legislativas e filtros de validade de todas as normas e ações estatais. “Com as reformulações jurídicas de pós-guerra, evidenciou-se cada vez mais a vinculação da norma penal às exigências constitucionais orientadas no sentido da proteção da pessoa [...]”.¹⁶⁵

¹⁶² GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno**. Trad. Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 324.

¹⁶³ Fala-se, hoje, em **neoconstitucionalismo**, expressão polêmica que parece referir-se a todo um feixe de posições semelhantes, mas não idênticas, em que se notam, dentre outras características, a pretensão de realizar “correções éticas” nas regras a partir dos princípios, que são cada vez mais valorizados como instrumentos jurídicos, e um protuberante ativismo judicial. Para mais detalhes, *vide* CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano; JORIO, Israel Domingos. Neoconstitucionalismo em tempos de crise: avançar ou retroceder? **Direito Público**, ano 15, n. 82. Porto Alegre: Síntese, jul/ago 2018, p. 71-95.

¹⁶⁴ CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. **Teoria Constitucional e Exceção Permanente: Uma categoria para a Teoria Constitucional no Século XXI**. Curitiba: Juruá, 209, p. 42.

¹⁶⁵ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 29.

Seja por sintetizar e proclamar os valores predominantemente compartilhados por um povo em dado momento histórico, seja por traduzir-se em carta de garantias intransponíveis¹⁶⁶, a Constituição é supostamente elevada fora do alcance dos governantes, dos representantes políticos e, inclusive, das oscilações de vontade do próprio povo. O que são as cláusulas pétreas, senão a exteriorização dessa preocupação?

É certo que algum nível de participação no governo é crucial para que se formem as sensações de pertencimento e de igualdade que são peças centrais para o reconhecimento e a promoção dos direitos individuais. A relação entre o constitucionalismo e a democracia é bastante íntima. Há afinidade e sinergia. “Apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para os indivíduos exercitarem a liberdade de autodeterminação – ou seja: viverem sob leis de sua própria escolha”.¹⁶⁷

Apesar disso, diante da “percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão”¹⁶⁸, fica cada vez mais claro que a suposta vontade popular, que se traduziria na opinião da maioria, não pode resultar na opressão das minorias. Mantém-se a noção de soberania popular, mas ela é reconduzida ao filtro constitucional. “Para que uma norma (ou um projeto) seja admitida como pertencente à estrutura jurídica, necessária se faz a prova de compatibilidade entre aquilo que emana da soberania popular e o seu produto, a Constituição”.¹⁶⁹

Pensando a partir de um plano teórico, e de configurações políticas e jurídicas ideais, essa parece ser a versão mais adequada do sucessor do Estado de Direito: o **Estado democrático de Direito**, que concilie afirmação e promoção de direitos e garantias fundamentais, participação popular, filtragem constitucional das normas e proteção das minorias. Ocorre, no entanto, que quando se transporta a questão para o plano da realidade social, vê-se, claramente, a insuficiência dessa transição para o Estado democrático para que se alcancem os complexos objetivos declarados quando de sua instituição. Primeiramente, porque falta vontade política para a realização desse

¹⁶⁶ RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. 2.ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 282 e seguintes.

¹⁶⁷ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Editora UnB, 2001, p. 73-74.

¹⁶⁸ SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. IN: QUARESMA, Regina *et al* (Coord.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 267-302.

¹⁶⁹ MOREIRA, Luiz. **A Constituição como Simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 90-91.

ousado projeto democrático. Não é só porque há normas afirmando a igualdade que as pessoas se sentem e se tratam como iguais, e o mesmo se aplica aos próprios governantes.

Além disso, ainda que se queira, efetivamente, mudar o mundo social por meio dos produtos normativos democráticos, haverá outra dificuldade a ser enfrentada: a linguagem já é dinâmica e naturalmente acometida de vagueza, ambiguidade e porosidade, e os princípios políticos contam com uma abertura semântica especialmente ampla, pela maneira como são redigidos, com recurso a palavras esteticamente agradáveis, mas de conteúdo extremamente indeterminado. Aqui, usa-se a retórica constitucional no sentido de técnica, de caminho para uma eloquência, mas ainda estão por ser desenvolvidos politicamente o pensamento igualitário e os instrumentos jurídicos para a sua concretização.

2.5. POR QUE PUNIR, O QUE PUNIR E COMO PUNIR? ¹⁷⁰

Grande parte dos problemas do Direito Penal são pensados a partir dessas três indagações fundamentais: por que se deve punir alguém? Que tipo de comportamento pode ser punido? Como se deve impor a pena para que ela seja justa?

Há uma ordem lógica de enfrentamento dessas questões. Quando eu decido o que quero fazer para só então indagar por que isso deve ser feito, não atuo com base em um planejamento racional prévio. É claro que, diante de uma decisão de criminalizar tomada pelo Estado, compete aos estudiosos indagar acerca dos “porquês”, para que se force a apresentação de uma justificativa para a seleção que se realizou. Pensando na formação da decisão de criminalizar por parte do próprio Estado, no entanto, não faz sentido que ele, em primeiro lugar, selecione a esmo as condutas que pretende punir e, em um segundo momento, saia à procura de explicações racionais para legitimar as decisões que tomou. É exatamente o oposto que se espera que aconteça: primeiro se faz uma reflexão sobre o tipo de comportamento que se quer punir, isto é, sobre as razões pelas quais uma conduta deve ser punida, para que, só então, sejam identificadas e relacionadas ações e omissões específicas que preenchem as condições que se estabeleceram como requisitos gerais para a punição.

¹⁷⁰ Não se pode deixar de registrar que as três perguntas são trabalhadas por Ferrajoli como os problemas centrais do Direito Penal, ao longo da maior parte de sua obra. FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. 4.ed. Madrid: Ed. Trotta, 2000, em especial Capítulos II e III. No Brasil, parte de uma abordagem semelhante SCHMIDT, Andrei Zenker. **O princípio da legalidade penal no Estado democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 104 e seguintes.

Para dizer de outra forma, não é uma maneira inteligente de se fazer política criminal a escolha livre de comportamentos que devem ser sancionados e a posterior análise de adequação das decisões tomadas. Antes, é preciso ter um plano, estabelecer o que se quer alcançar e que tipo de comportamento deve ser punido, sempre à luz do projeto firmado e de seus fins. Assim, a primeira indagação é: por que alguns comportamentos devem ser sancionados? Que tipos de características eles devem ter para que se considere necessária a sua sanção? A partir da identificação dessas características, selecionam-se os modelos de condutas que as detenham.

De início, vale lembrar que qualquer estudo de dogmática penal que fique inteiramente alheio às denúncias da criminologia crítica, especialmente em países profundamente desiguais, como o Brasil, restará incompleto – talvez, imprestável. Os institutos jurídicos e o conhecimento dogmático, sem a crítica criminológica, são desconectados da realidade, tornando-se como frascos vazios, ou, pior, ferramentas de dominação.

O primeiro passo para que rompamos com o pensamento ingênuo é o reconhecimento de que, como diz Nilo Batista¹⁷¹, “O direito penal existe para cumprir finalidades, **para que algo se realize**, não para a simples celebração de valores eternos ou para a glorificação de paradigmas morais”. Alguns dos objetivos do Direito Penal são declarados (“oficiais”), mas outros, não (“objetivos reais”). Os objetivos reais, segundo a criminologia crítica, são determinados pelos preconceitos, pelos projetos pessoais ou partidários de poder, e dirigem-se a alcançar ou manter uma relação de dominação, servindo-se, para tanto, da seletividade para acirrar as desigualdades e para segregar, excluir e oprimir. Os objetivos declarados, considerados oficiais, são os fins teóricos, isto é, aqueles firmados pela ordem constitucional ou identificados pelos estudiosos como sendo dela decorrentes. Eles precisam ser apontados e devem ser nobres e construtivos, por razões republicanas óbvias.¹⁷² Considerados os objetivos reais e as seletividades como elementos espúrios do sistema, como falhas a se combater, limitaremos nossa análise ao plano teórico, ou seja, dos objetivos declarados (oficiais) do Direito Penal.

¹⁷¹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 12.ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 19-20. Grifo do autor.

¹⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alii*. **Derecho Penal: Parte General**. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 38. Em sentido semelhante, SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2006, p. 4-9.

Se analisarmos a questão sob as lentes do totalitarismo, a preocupação com a justificação racional das interferências nas vidas das pessoas será bastante baixa ou mesmo nula, já que tudo o que importa é a imposição da vontade do(s) detentor(es) do poder. Em Estados totalitários, as decisões do soberano não são questionáveis, eis que seu poder é ilimitado, além de não se contar com as restrições que seriam naturalmente esperáveis em um Estado democrático.

A seleção daquilo que se quer punir não é inteiramente livre quando se processa no interior de um Estado democrático de Direito, comprometido com a promoção da liberdade, da justiça e da igualdade e com a proteção das minorias contra os abusos das majorias. Trata-se de uma lista que, por força do princípio da legalidade penal, deve constituir um rol fechado, taxativo. O Estado define que punirá as condutas que correspondem às rubricas jurídicas do homicídio doloso e do homicídio culposo, do furto, do roubo, do tráfico de drogas, do aborto etc., e que deixará de perseguir criminalmente o dano patrimonial culposo, o aborto culposo, o perjúrio e outros tantos, apesar de figurarem entre comportamentos eventualmente considerados indesejáveis. E é certo que essa decisão sobre “o que punir” deve derivar da reflexão geral acerca do “por que punir”, na medida em que, em um sistema racional, a decisão de criminalização, que funciona como resposta à primeira pergunta, deve ser justificada. Definir o que será punido sem qualquer preocupação em relação às razões dessa punição ou aos fins a que ela se destina é punir de modo absolutamente arbitrário e aleatório.

Também é crucial, para que se tenha alguma chance de sucesso com uma política criminal qualquer – e, mais rudimentarmente pensando, para que ela seja viável, operacional –, uma reflexão acerca de “**como punir?**”. Mais uma vez, nossa trajetória se inicia nos domínios do princípio da legalidade penal, pois não apenas o crime deve estar previamente definido em lei; a sanção penal também deve estar previamente cominada para cada tipo de crime (art. 1º, CP; art. 5º, XXXIX, CF). O estabelecimento do “como” é outra etapa obrigatória na construção de uma política criminal racional, devendo passar-se imediatamente após a seleção do que se quer punir. Mais uma vez, a indagação que se refere ao “como” e, portanto, à qualidade, à quantidade e à forma de cumprimento das penas, é limitada pelo paradigma político-ideológico. Embora não se possa afirmar que países democráticos necessariamente devem proscrever as penas de morte e de prisão perpétua, é fato que alguma limitação fatalmente terá que existir, em decorrência do matiz humanista tipicamente adotado. Não se adotam, pelo menos, as penas consideradas cruéis ou desumanas (v.g., amputação de partes do corpo, pena de morte por inanição, segregação perpétua em regime de isolamento total).

Os ordenamentos jurídicos de cada país são formados sobre bases culturais próprias, o que conduz a uma infindável variedade de opções político-criminais. Até a tutela penal da vida, comum a praticamente todo e qualquer ordenamento jurídico, tem configurações bastante diferentes, mundo afora.

É frequente que exista, em cada país, várias normas incriminadoras referentes à eliminação dolosa da vida, distinguindo-se as formas mais simples das mais graves e reprováveis (*v.g.*, *mord* e *totschlag*, na Alemanha; *asesinato* e *homicidio*, na Espanha; *murder* e *manslaught*, nos EUA; homicídio simples e qualificado, no Brasil). Além disso, variam muito as abordagens jurídicas sobre temas controversos como eutanásia e aborto.

Na Holanda, a eutanásia está regulamentada e não há crime na conduta do médico que interromper a vida do paciente em determinadas condições, exigindo-se a verificação da vontade expressa da pessoa que esteja em intenso sofrimento e ciente da ausência de perspectivas de cura.¹⁷³ Na Alemanha, a eutanásia, pelo menos na maioria das situações, se encaixaria na figura do “homicídio a pedido” (o agente realiza os atos de execução, que conduzem à morte, mas a pedido da própria vítima).¹⁷⁴ No Brasil, a eutanásia sequer está prevista em lei; o homicídio a pedido, em qualquer caso, configura crime de homicídio doloso simples (no máximo, com a diminuição de pena prevista no ar. 121, § 1º, CP); e é crime, inclusive, estimular alguém a se matar (induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio – art. 122, CP). Na Malásia, por sua vez, o próprio autor da tentativa de suicídio é punido com pena que pode chegar a um ano de prisão.¹⁷⁵

¹⁷³ HOLANDA. **Penal Code.** 3 mar 1881, com emenda em 1 out 2012. Disponível em <https://www.legislationline.org/download/id/6415/file/Netherlands_CC_am2012_en.pdf>. Acesso em 15 jan 2020. “Section 293 1. Any person who terminates the life of another person at that other person’s express and earnest request, shall be liable to a term of imprisonment not exceeding twelve years or a fine of the fifth category. 2. The offence referred to in subsection (1) shall not be punishable, if it is committed by a medical doctor who meets the requirements of due care referred to in section 2 of the Termination of Life on Request and Assisted Suicide and who informs the municipal forensic pathologist in accordance with section 7(2) of the Burial and Cremation Act.” Tradução nossa.

¹⁷⁴ ALEMANHA. **Penal Code.** Disponível em <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.pdf>. Acesso em 15 jan 2020. “Section 216. Killing upon request. (1) Whoever is induced to kill at the express and earnest request of the person killed incurs a penalty of imprisonment for a term of between six months and five years. [...]”. Tradução nossa.

¹⁷⁵ Art. 309: “**Attempt to commit suicide.** Whoever attempts to commit suicide, and does any act towards the commission of such offence, shall be punished with imprisonment for a term which may extend to one year, or with fine, or with both.” MALÁSIA. **Penal Code.** Act No. 574 of 1997, 7 August 1997. Disponível em <https://www.refworld.org/docid/3ae6b5cf0.html>. Acesso em 14 Jan 2020. Tradução nossa.

Quanto ao aborto, a descriminalização segue como verdadeiro tabu, em nosso país. Chegou-se ao cúmulo de discutir a licitude da eliminação do produto da concepção que seja anencéfalo, ou seja, que não tenha vida (já que a condição para esta, segundo a definição legal adotada pela Lei 9434/97, em seu art. 3º, é que exista atividade encefálica).¹⁷⁶ De outro lado, no Canadá, revogaram-se os arts. 287 e 288 do Código Penal, que previam o aborto, tornando-o penalmente irrelevante em todas as hipóteses, exceto quando realizado sem o consentimento válido da gestante.¹⁷⁷

Ao trazer o foco para os costumes sexuais e religiosos, as diferenças se acentuam ainda mais. Algumas normas por nós consideradas retrógradas, detestáveis ou incompreensíveis seguem firmes e vigentes em outros países.

No Brasil, passamos por um momento de afirmação da igualdade tão intenso que a “homofobia” foi criminalizada via analogia *in malam partem* pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁷⁸ Em contrapartida, em cerca de 70 (setenta) países o exercício da homossexualidade é considerado como criminoso¹⁷⁹. Como rápidos exemplos, citem-se Afeganistão (“Art. 427: 1. A pessoa que cometer adultério ou pederastia deverá ser sentenciada a longo aprisionamento”) e Camarões (Art. 347 *bis*. Homossexualidade. É punido com aprisionamento de seis meses a cinco anos e uma multa de 20.000 a 200.000 francos toda pessoa que fizer sexo com alguém de seu sexo”).¹⁸⁰ Na Gâmbia, uma reforma penal inseriu o conceito de “homossexualidade agravada”, que se verifica, dentre outros casos, nas hipóteses em que o agente é reincidente. A pena é a de prisão

¹⁷⁶ ADPF 54/DF, julgada em 12 de abril de 2012 pelo Supremo Tribunal Federal. O art. 3º da Lei 9434/97, em seu *caput*, estabelece: “A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

¹⁷⁷ CANADÁ. **Penal Code**. 1895, com emenda em 19 set 2019. Disponível em < <https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/C-46.pdf>>. Acesso em 15 jan 2020.

¹⁷⁸ Mandado de Injunção 4733/DF e ADO 26/DF, julgados em 13 de junho de 2019.

¹⁷⁹ Quase um terço dos países que compõem a Organização das Nações Unidas – ONU. Dentre eles, Arábia Saudita, Argélia, Irã, Jamaica, Kuwait, Líbano, Nigéria etc. MANTOVANI, Flávia. **Relação homossexual é crime em 70 países, mostra relatório mundial**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2019. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2019/03/relacao-homossexual-e-crime-em-70-paises-mostra-relatorio-mundial.shtml>>. Acesso em 13 jan 2020.

¹⁸⁰ Código Penal do Afeganistão: “Art. 427: 1. A person who commits adultery or pederasty shall be sentenced to long imprisonment”. AFGANISTÃO. **Penal Code**. 22 Set 1976. Disponível em <<https://www.refworld.org/docid/4c58395a2.html>>. Acesso em 14 Jan 2020. Código Penal de Camarões: “Article 347 bis. Homosexualité. Est puni d'un emprisonnement de six mois à cinq ans et d'une amende de 20.000 à 200.000 francs toute personne qui a des rapports sexuels avec une personne de son sexe.” CAMARÕES. **Code Pénal**. 12 Jun 1967. Disponível em <<https://www.refworld.org/docid/54c221674.html>>. Acesso em 14 Jan 2020.

perpétua.¹⁸¹ Já em Uganda, uma inovação legislativa de 2014, oficialmente denominada “Ato Anti-Homossexualidade”, traz um sumário extremamente curioso, que trata de temas como “tentativa de cometer homossexualidade”, “proteção, assistência e pagamento de indenização às vítimas da homossexualidade” e “conspiração para se envolver na homossexualidade”.¹⁸²

Após décadas de desuso do tipo penal, descriminalizamos o adultério, em nosso país, em 2005 (Lei 11.106). Mas ele é duramente punido na maioria dos povos muçulmanos. O Irã, por exemplo, adota o “Código Penal Islâmico” e tem normas singulares sobre os costumes sexuais.

Zina é a expressão iraniana equivalente à penetração vaginal ou anal pelo pênis entre homem e mulher não casados entre si. A *zina* é punida com a morte, por exemplo, quando ocorre entre parentes que não podem se casar (v.g. a madrasta), entre um homem não-muçulmano e uma mulher muçulmana, ou quando realizada à força (estupro). O coito com cadáveres é considerado *zina*, exceto se for praticado pelo marido viúvo em relação ao corpo da esposa falecida. A punição da *zina* nos casos em que alguma das partes é casada (adultério) é a morte por apedrejamento. Já *livat* expressa o coito anal entre dois homens. A menos que seja casado ou empregue coação, o homem que realiza a introdução (papel ativo) será punido “apenas” com cem chibatadas. O homem cujo ânus é penetrado será, em qualquer caso, submetido à morte por enforcamento. Quando a relação sexual envolve o contato entre dois órgãos sexuais femininos (*musahqeh*), a pena máxima é a de cem chibatadas, ainda que envolva coação, jamais se considerando o ato como adultério.¹⁸³

O louvor ou o reproche de normas assim não se processa a partir de uma tabela fixa de valores, contidos em uma lista estática de códigos binários universais. Essas rotulações são relacionais e,

¹⁸¹ Gambia Criminal Code (Amendment) Act, 2014 [Gambia], 25 August 2014, available at: <https://www.refworld.org/docid/54759cd04.html> [accessed 14 January 2020] Seção 144A, 2.

¹⁸² “Part I –Preliminary. Section 1. Interpretation. Part II – Prohibition of homosexuality. 2. The offence of homosexuality. 3. Aggravated homosexuality. 4. Attempt to commit homosexuality. 5. Protection, assistance and payment of compensation to victims of homosexuality. 6. Confidentiality. Part III – Related offences and penalties. 7. Aiding and abetting homosexuality. 8. Conspiracy to engage in homosexuality. 9. Procuring homosexuality by threats, etc 10. Detention with intent to commit homosexuality. 11. Brothels. 12. Same sex marriage. 13. Promotion of homosexuality. [...]” UGANDA. **The Anti-Homosexuality Act**. 14 fev. 2014. Disponível em <<https://www.refworld.org/docid/530c4bc64.html>>. Acesso em 14 jan 2020.

. Uganda: The Anti-Homosexuality Act, 2014 [Uganda], 14 February 2014, available at: <https://www.refworld.org/docid/530c4bc64.html> [accessed 14 January 2020]

¹⁸³ República Islâmica do Iran. **Islamic Penal Code**. 20 Nov 1991. Disponível em <<https://www.refworld.org/docid/518a19404.html>>. Acesso em 14 jan 2020, arts. 199, 200 e 221-240.

no caso do Direito, as definições dependem das lentes fornecidas pelo paradigma político-ideológico em que se inserem as normas. A instituição dos crimes e das penas é fruto de pactos, e o mesmo se deve dizer sobre as ferramentas ou mecanismos que podem ser empregados para controlar seu conteúdo e verificar sua legitimidade.

A detração da liberdade de alguém sem que lhe seja apresentada uma justificativa racional é expressão máxima da arbitrariedade, isto é, da sujeição de uma pessoa ao puro arbítrio de outra (ou outras). Uma punição assim, correspondente a um mero ato de vontade, posicionando-se alguém à inteira mercê de um indivíduo ou de um grupo, representa uma atitude de “coisificação” que nega de modo veemente a dignidade da pessoa humana.¹⁸⁴

Com o passar do tempo, a forma democrática se espalhou pelo globo, tornando os governos muito mais expostos às críticas.¹⁸⁵ E o mesmo se diga sobre suas políticas criminais. Ainda que se queira, do modo mais objetivo e simplista, justificar a imposição da sanção penal a partir da pura transgressão da lei, é fato que permanecerá pulsante a indagação sobre as razões da própria criação da lei. A pena é dada para quem viola a norma, mas por qual razão a norma existe? É preciso considerar, aliás, que não apenas a aplicação da pena, em um caso concreto, por um juiz ou tribunal, condenando ou prendendo alguém, representa uma limitação da liberdade dos destinatários da norma. Muito antes disso, a criminalização de uma dada conduta, em si, ao retirá-la do campo da licitude e excluí-la do repositório de possibilidades comportamentais de que dispõem as pessoas, já representa uma intervenção estatal que restringe a liberdade.¹⁸⁶

Pressupor a validade das leis a partir de sua vigência, acatando-as ao melhor estilo *dura lex, sed lex*, é escancarar os portões para o retorno do absolutismo. Afinal, “as proibições penais não são justificáveis em si mesmas, mas sim em razão de alguma utilidade”.¹⁸⁷ Essa subserviência cega

¹⁸⁴ É exatamente em razão desse raciocínio, aliás, que optamos, em outro momento, pela elaboração de um conceito negativo de dignidade da pessoa humana, baseado na ideia de “tipos ideais de lesão”. JORIO, Israel Domingos. **Dignidade da pessoa humana: conceito, fundamentação e âmbito de proteção**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 119-130. Segue uma linha semelhante SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 9.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 50-51.

¹⁸⁵ MILL, Stuart. **On liberty**. E-book Kindle, pos. 58.

¹⁸⁶ HASSEMER, Winfried. Pueden haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 94.

¹⁸⁷ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no Estado democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 106.

e incondicional, ainda que se mantenham as exigências de conformidade em relação às regras procedimentais do devido processo legislativo, é inadmissível em um ambiente liberal, e o surgimento do constitucionalismo, com suas ferramentas de depuração (controles de constitucionalidade, por exemplo), deu-se, exatamente, para prevenir uma eventual “tirania das leis”.

A dinâmica do constitucionalismo contemporâneo (ou do neoconstitucionalismo, para os que preferam essa denominação) necessariamente passa pela filtragem das decisões políticas a partir do bloco de constitucionalidade. As normas que o integram, por sua forte carga axiológica e sua textura mais aberta, conferem formidável espaço para críticas e reflexões que podem culminar na invalidação das criminalizações que, embora se apresentem procedimentalmente perfeitas, padeçam de vício de conteúdo.

É preciso demonstrar que a conduta proibida tem alguma característica ou produz algum resultado indesejável que justifique a decisão de criminalização. Podemos falar de “contrariedade” a algum valor, ou de “nocividade” para algum direito, bem ou interesse alheio que tenha sido consagrado por um dado paradigma político-ideológico, explícita ou implicitamente (a partir dos valores histórico-culturais em que ele se funda).

Por que punir, afinal? Talvez, em um país fundamentalista, porque a conduta atenta contra Deus. Ou, em tiranias e ditaduras, porque a conduta aborrece ou desafia a autoridade do déspota, do chefe de governo ou do próprio Estado. E em uma democracia, que tipos de condutas podem ser criminalizadas e que tipos de comportamentos jamais poderiam vir a sê-lo?

Deve estar claro, a essa altura, que não é possível que sejam respondidas essas indagações sem que se enfrente uma outra, que as antecede e condiciona: para que serve o Direito Penal? O que se quer alcançar ou promover por meio do uso do Direito Penal? Roxin¹⁸⁸ diz que os limites da faculdade estatal de punir se deduzem das finalidades que tem o Direito Penal no âmbito do ordenamento estatal. Com acerto.

O Direito Penal é apenas um dentre os vários ramos que compõem o ordenamento jurídico. O Direito é um só, e as ramificações são divisões que se operam em razão do conteúdo e do método

¹⁸⁸ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 32.

de intervenção usado para assegurar o cumprimento das normas. De acordo com o tipo de conflito identificado, recorre-se a um ou outro ramo do Direito, com suas formas de intervenção características, para que se imponha uma solução. Diferençar o Direito Penal do Direito Administrativo, por exemplo, não é nada fácil, especialmente se considerarmos que a multa de trânsito, assim como a multa penal, é uma espécie de penalidade. Ou que a interdição ou a extinção de uma pessoa jurídica por causar dano ambiental é medida que se poderia impor por qualquer das duas vias, penal ou administrativa. O assunto é longo e desnecessário para os fins que regem essa pesquisa, sendo suficiente, por enquanto, frisar que o Direito Penal, como ramo da ordem jurídica designado para solucionar certos problemas e criar certas condições de convivência, tem suas missões diretamente atreladas às missões do Direito, como um todo.

E quais são as missões¹⁸⁹ do Direito? Não há respostas simples e objetivas, pelo simples fato de que nunca haverá univocidade de opiniões a esse respeito. O certo é que as missões do Direito reconhecidamente variam e acompanham o tipo de Estado que se tem e o tipo de sociedade que se quer ter. São completamente distintas as missões do Direito Penal de um Estado totalitário e de um Estado democrático de Direito. Como vivemos, declaradamente, em um Estado dessa última espécie, vamos nos ocupar daquelas que seriam as missões do Direito nesse tipo de ambiente.

O Direito, em um Estado democrático, tem como missão central a promoção da liberdade, da igualdade, da segurança e de condições de vida dignas para que as pessoas existam e se desenvolvam com qualidade. Isso se dá a partir da asseguarção de determinadas “coisas” (se são bens jurídicos, interesses, direitos ou valores, não diremos ainda) consideradas cruciais para os seres humanos. As normas jurídicas, em tese, têm por objetivo proteger essas condições, e elas o fazem através do controle comportamental, limitando as possibilidades de conduta por meio de obrigações e proibições que, se forem descumpridas, serão alvo de algum tipo de sanção. Os objetivos da nossa República, firmados pela Constituição, seguem esse raciocínio.

¹⁸⁹ Seguimos, aqui, a terminologia sugerida por Hassemer e Muñoz Conde, que preferem “missões” à expressão “funções”, já que essa última designa alguns resultados não desejados, mas reais de um sistema, ao passo que a primeira se limita ao que é estabelecido como meta, como objetivo. HASSEMER, Winfried; MUNÓZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989, p. 99. No mesmo sentido, BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal democrático**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 31.

O Direito Penal, como um dos ramos do Direito, está totalmente vinculado aos fins desse último. Se as metas do Direito Penal forem diversas, ele pode dificultar ou mesmo impedir a consecução daquelas firmadas pela Constituição (é o que acontece, na prática, quando se tem um sistema penal injusto e seletivo como o brasileiro). A menos que se conceba a pura retribuição – e essa ideia tem sido cada vez mais desacreditada¹⁹⁰ –, a pena não pode constituir um fim último. Ela é uma ferramenta do Estado para a consecução de determinados fins. Por imperatividade lógica, se os objetivos declarados na Constituição são “construir uma sociedade livre, justa e solidária”; “garantir o desenvolvimento nacional”; “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”; e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, CF), a atuação do Direito Penal somente pode dar-se no sentido da consecução desses resultados.

Impossível deixar de ressaltar que o Direito Penal é expressão da violência estatal e que, como tal, tem grande poder destrutivo. Está sempre pronto a violar algum direito fundamental em nome da (suposta) preservação de outro. A pena, por seu caráter lesivo para a liberdade, uma vocação humana tão básica, é um mal. Mas, a menos que se abrace postura abolicionista extremada¹⁹¹, um mal necessário, que deve ter seu uso limitado e humanizado na maior medida possível.¹⁹² Diante dessas afirmações, pode ser que cause perplexidade a exigência de que o Direito Penal se

¹⁹⁰ Para que não se promova um longo desvio do tema, recomenda-se, com destaque, a crítica de Hassemer. As correntes retributivas não têm qualquer preocupação para com o futuro e não têm nenhuma pretensão de contribuir para a realização de qualquer tipo de projeto constitucional. Além de se aterem ao passado, são construções teóricas que não têm o menor interesse em especular que resultados são obtidos pelo seu emprego prático. Por isso, sua atitude é “simplesmente deplorável, vazia e falsa, arrogante, cínica”. HASSEMER, Winfried. **Por qué castigar?** Trad. Manuel Cancio Meliá. Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016, p. 61.

¹⁹¹ Uma das mais interessantes posições sobre o intrigante pensamento abolicionista nos é ofertada por Hassemer. O verdadeiro abolicionismo pressupõe não apenas a dissolução do sistema penal, mas de toda forma de intervenção estatal que possa expressar um castigo, como uma simples multa de trânsito. Essa é uma perspectiva bela, mas nada realista. “Pode-se vender às pessoas algo que nem aproximadamente se o que é, o que custa e qual o seu conteúdo? Até aonde alcança nossa vista, esse mundo não punitivo que perdoa não existe realmente”. HASSEMER, Winfried. **Por qué castigar?** Trad. Manuel Cancio Meliá; Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016, p. 48-49. Não se questiona que devem existir “limites para a dor” do sistema penal. Mas os abolicionistas acabam se tornando perigosamente ingênuos, se acreditam que acabar com o Direito Penal equivale a acabar com a perseguição, a condenação e a punição. Seria, apenas, o fim da “formalização”. Seja, ou não, chamado de “Direito Penal”, e seja, ou não, exercido pelo “Estado”, é certo que o controle sempre existirá, juntamente com seus abusos. Se os abolicionistas acertam em manter viva uma perene desconfiança do Estado, erram pelo simplismo da crença de que todo mal do mundo dele advém e pela exagerada confiança no ser humano para se autorregular sem excessos e preconceitos. Em suma, o abolicionismo extremado – na verdade, o único verdadeiro abolicionismo, a fazer jus ao nome e ao distanciar-se do minimalismo penal – “quer exorcizar o diabo com belzebu”. HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal.** Trad. Pablo R. Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 429-432. Vale, também, lembrar Roxin: “infelizmente, a inspiração social-romântica de tais ideias é acentuada demais para que elas possam ser seguidas”. ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal.** Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3.

¹⁹² MIR PUIG, Santiago. **Estado, pena y delito.** Buenos Aires: B de F, 2006, p. 85.

destine a contribuir para o belo estado de coisas idealizado pela Constituição. Essa é a eterna e, aparentemente, ineliminável contradição do sistema penal: ele mutila a sociedade, segregando seus membros, retirando-os de suas famílias e comunidades, privando-os do trabalho e alijando seus dependentes do sustento, sempre com o romântico propósito da “ressocialização” – de longe, a maior de todas as falácias do Direito –, da “proteção de bens jurídicos”, “da asseguaração de interesses” ou “sedimentação de valores”, conforme a escola que se queira adotar.

Quando se põe a indagação acerca do “por que punir”, abre-se a possibilidade de realização de um juízo crítico sobre as escolhas que resultaram na criação de normas penais incriminadoras. Cada uma dessas incriminações deve ser individualmente examinada e só pode existir caso se tenha identificado que o comportamento que ela proíbe atenta contra os objetivos democráticos, razão pela qual deve ser controlado. Essa é a única explicação racional, lógica, que mantém o Direito Penal como parte de um ordenamento maior e de um projeto único. Se ele partir em busca de objetivos próprios, destoantes, terá suas normas acometidas de inconstitucionalidade.

Criminalizações preconceituosas são proscritas, porque ferem nosso projeto de combate a todas as formas de discriminação. Criminalizações inócuas, que punem meros estilos de vida e preferências de hábitos pessoais, são igualmente proibidas, porque reduzem desnecessariamente o espaço de liberdade dos indivíduos, crucial em um ambiente democrático.

Embora não tenhamos estabelecido um parâmetro seguro para a demarcação do que se pode punir, temos uma **delimitação negativa** muito importante, fornecida pelos contornos do paradigma democrático em que nos vemos inseridos. O assunto será retomado em maiores detalhes no Capítulo 5, em que a principiologia do Estado democrático de Direito será usada como baliza para a elaboração das medidas de racionalização da intervenção penal que sugeriremos.

A pergunta quanto ao que efetivamente se pode punir, muito mais complexa, simplesmente não poderá ser respondida de modo antecipado e definitivo. Valem-nos as considerações que tecemos sobre a confirmação empírica das hipóteses retóricas que afirmam a inexistência de verdades éticas imutáveis (item 1.4). A imensa variedade de políticas criminais e de criminalizações é só um reflexo do modo dinâmico como as verdades éticas dançam ao sabor do tempo, do espaço e da cultura.

2.6. DIVERSIDADE, TOLERÂNCIA E CRIMINALIZAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A coletividade pode se revelar tirânica. Pode impor determinadas concepções, meter-se em assuntos estritamente particulares, marginalizar preferências, impor sanções sociais, enfim, "escravizar a alma", ainda que não o faça por meio de sanções jurídicas.¹⁹³ Muito pior, por óbvio, quando assim o faz.

Não existe, em sentido literal, uma única "identidade cultural". A complexidade das relações sociais, as profundas desigualdades e a globalização inviabilizam a unanimidade. Teremos, na melhor das hipóteses, um conjunto de valores predominante, em oposição a diversos outros considerados minoritários ou inferiores. "As normas sociais se formulam debilmente e se definem de forma vaga" por meio de um "complexo processo, vivo e diferenciado; as convicções não valem para todos os tempos, o que hoje parece evidente pode-se questionar amanhã".¹⁹⁴

E, pelo que vimos ao longo de todo o capítulo anterior, não se pode, racionalmente, considerar como necessária e essencialmente corretos os valores da maioria, mas, apenas, como circunstancialmente prevalentes. O puro banimento dos valores dissidentes, segundo perspectiva retórica, será medida arbitrária. Apenas os mais convictos dogmáticos e adeptos das ontologias clássicas o fariam sem deixar qualquer espaço para dúvidas.

Mas é fato que, ainda que tomemos em conta todo esse espaço de dissidência, existirão comportamentos considerados desviantes e indesejáveis segundo a ótica da maioria. E eles provavelmente causarão indignação em um grande número de pessoas e, com isso, perturbação nas expectativas de harmonia e segurança em que se apoia a ordem jurídica. Se um determinado grupo de pessoas é adepto do canibalismo, pratica sacrifícios cruéis de animais ou imolação de meninas virgens em homenagem a algum deus, terá dificuldade de exercer suas convicções e colocar em prática seus valores em grande parte dos países do mundo, atualmente. De outro lado, esse grupo minoritário pode detestar a ideia de que pessoas se alimentem de cadáveres de animais, apontando o vegetarianismo como a única opção correta, tanto sob a perspectiva da

¹⁹³ MILL, Stuart. **On liberty**. E-book Kindle, pos. 77.

¹⁹⁴ HASSEMER, Winfried. **Por qué castigar?** Trad. Manuel Cancio Meliá; Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016, p. 35;29. Tradução nossa.

eticidade quanto da salubridade da alimentação. O que precisa ser discutido é: em que medida as concepções majoritárias podem sufocar as minoritárias, e em que medida as minorias podem impor à maioria o respeito aos seus estilos de vida?

Se as respostas forem dadas a partir de referências externas ao paradigma político-ideológico, ou a ele superiores, o que teremos é uma pura e simples imposição de força. É claro que, friamente analisando, as “verdades” do Direito, instituídas pelas normas jurídicas, também são impostas à força. Não diretamente pela força física, de início, mas também por essa via, já que em caso de descumprimento as agências punitivas e as polícias reagirão com medidas que vão desde o confisco de bens até a pena de morte. Deixando de lado a ingenuidade, seremos forçados a reconhecer que **o Direito é violência**. É, pelo menos para a maioria dos povos, o resultado da busca de uma forma mais racional, segura e “civilizada” de violência. É uma tentativa de substituir a violência imprevisível, aleatória, desmedida, por uma que seja “oficial”, supostamente previsível, organizada e proporcional. Uma das mais prestigiadas definições de “Estado”, aliás, o identifica com uma “comunidade humana que requisita para si (com sucesso), no interior de uma determinada região, [...] **o monopólio da violência física legítima**.”¹⁹⁵

A imposição da norma é, indistintamente, um ato de arbitrariedade. Como estabelecemos anteriormente, o Direito é a ética procedimentalizada – ou, melhor dizendo, é **uma ética** procedimentalizada. É a ética dos que venceram na disputa para transformar suas concepções éticas em Direito posto.¹⁹⁶ Ou ainda, como disse Seher, “em uma democracia, o Direito é, em essência, a positivação de um setor da moral social”.¹⁹⁷

Na prática, sempre será assim. Sempre haverá vencedores e derrotados na luta pela juridificação dos valores considerados os melhores e mais adequados. A complexidade e a diversidade farão com que, fatalmente, pessoas e grupos estejam insatisfeitos, sentindo-se desprestigiados, preteridos ou até perseguidos. No fundo, quem detém o poder dita as regras, e desagrade considerável quantidade de pessoas.

¹⁹⁵ WEBER, Max. **Ciência e política**: duas vocações. Trad. Marco Antônio Casanova. São Paulo: Martin Claret, 2015, p. 62.

¹⁹⁶ ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional**: 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 234-235.

¹⁹⁷ SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. Trad. Rafael Alcácer Guirao (Coord.). IN: **La teoría del bien jurídico**: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2016, p.82-83. “[...] en una democracia el Derecho es, en esencia, la positivación de un sector de la moral social”. Tradução nossa.

Em regimes monárquico-absolutistas e ditatoriais, a tendência é que as normas contemplem, predominantemente, os interesses pessoais dos que pertencem à cúpula do poder, de seus asseclas e apoiadores (o soberano; a corte; a nobreza; o clero; a aristocracia; o alto escalão militar). Os interesses da maioria, provavelmente, ficarão em segundo plano, e pode ser que os das minorias sejam inteiramente desprezados. Sempre que se identifica uma classe emergente, uma ampla porção da moralidade se coincide com seus interesses e com sua sensação de superioridade.¹⁹⁸

Trazendo a questão mais especificamente para a seara penal, é muito oportuna a lembrança da visão agnóstica sobre a pena, de Zaffaroni¹⁹⁹. Ela é pura expressão de um ato de poder, cuja única explicação se reduz a uma preferência política.

Nos países em que prevalecem os formatos democráticos, a ideia é a de assegurar que as decisões políticas e as normas jurídicas contemplem os interesses de todos e prestigiem os interesses da maioria. Democracia não é sobre trucidar as minorias e seus interesses em nome da satisfação da maioria. A própria “vontade popular”, quando chega a ser captada pelos representantes políticos (é o primeiro desafio), costuma ser dividida, volátil, instável, casuística e midiaticamente influenciada, e não pode assumir um papel de tirania. Mesmo ela deve sofrer limitações substanciais. É preferível uma ideia de democracia que a configure “a partir dos direitos fundamentais e não a partir da concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se apenas a assumir o lugar do monarca”.²⁰⁰ No dizer de Ferrajoli²⁰¹, “Para que um sistema seja democrático se requer ao menos que da maioria seja subtraído o poder de suprimir as minorias”.

Assim, democracia é um projeto de igualdade em que são atendidas as expectativas da maior quantidade de pessoas possíveis, mas sem que isso importe a eliminação ou a exclusão das minorias. Obviamente, o maior desafio é encontrar a justa medida.

¹⁹⁸ MILL, Stuart. **On liberty**. E-book Kindle, pos. 105.

¹⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alii*. **Derecho Penal: Parte General**. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 51.

²⁰⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 38.

²⁰¹ FERRAJOLI, Luigi. **El Garantismo como Magisterio**. Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 36. “Para que un sistema sea democrático se requiere al menos que a la mayoría le sea sustraído el poder de suprimir las minorías”. Tradução nossa.

Mas como contemplar os interesses de torturadores de animais e canibais em uma sociedade em que tais práticas causam profunda repulsa na imensa maioria das pessoas? A “contemplação” dos interesses não significa sua prevalência. O processo democrático deve assegurar que os interesses sejam considerados, que as vozes sejam ouvidas, isto é, que a todos os grupos, por mais que sejam minoritários, seja dada a possibilidade de participar do debate público. Afinal, pelo menos na teoria, suas ideias podem acabar convencendo a maioria, dando causa a transformações no paradigma dos valores e, conseqüentemente, interferindo na produção das normas jurídicas. Aliás, em alguns casos, sequer há a pretensão, de determinada minoria, de ascender ao poder e estabelecer os padrões comportamentais a partir de seus valores. Com frequência, percebe-se que não há chance dessa “virada de mesa”, de modo que tudo o que se passa a pleitear é o simples direito de exercer a diferença.²⁰² Esse exercício pode ser tolerado, ou não, a depender de seu nível de invasão nas esferas dos direitos alheios (já que o puro desvio em relação aos valores morais dominantes não suprime a expectativa da tolerância).

É bem pouco provável que canibalismo e crueldades contra animais passem a constituir padrões comportamentais majoritariamente aceitos, porque contrariam valores que estão muito arraigados. A chance de derrota – considerada essa como a total falta de previsão legal de um determinado interesse ou, em seu pior resultado, como a própria criminalização da atividade – é elevada. Esse acaba sendo um ônus de quem tem determinadas preferências éticas e comportamentais que divergem acentuadamente daquelas consideradas dominantes e adotadas “oficialmente” pelos detentores do poder. Mas, desde que esses interesses, por mais exóticos ou antipáticos que sejam, venham a ser levados em consideração, a primeira exigência democrática estará sendo atendida.

Pode o empresário brasileiro abrir uma churrascaria com os melhores cortes bovinos na Índia? Pode o imigrante chinês vender carne canina ou escorpião empanado em sua carrocinha de espetinhos? Dificilmente o casal homoafetivo poderá vir a celebrar sua cerimônia religiosa em um templo de uma igreja evangélica tradicional. Dificilmente um líder político evangélico conseguirá que se tornem ilícitas manifestações públicas de afeto entre casais homossexuais. A vida é feita de frustrações e é virtualmente impossível sobreviver (com a mínima paz de espírito) em um mundo complexo sem **tolerância**. Em um ambiente democrático, compete às leis e às autoridades públicas zelar pelo respeito às diferenças culturais e comportamentais. E, como visto,

²⁰² MILL, Stuart. **On liberty**. E-book Kindle, pos. 128.

há uma abismal diferença entre um interesse ser respeitado e passar a constituir as balizas sobre as quais se elaborarão as normas jurídicas.

Importante aclarar o sentido com que a palavra "tolerância" é empregada o texto. Tolerar em democracia, na esteira do que ensina Adeodato²⁰³, não se deve entender como "suportar algo desagradável", o que transmite uma ideia de inferiorização de todas as posições e comportamentos divergentes. Cuida-se da "aceitação e o apoio recíproco a pessoas, opiniões e atitudes oriundas de visões de mundo diferentes e não redutíveis umas às outras, principalmente religiões, ideologias e outros sistemas de orientação normativos".

Mas pode a maioria ser forçada a tolerar todos os “desvios comportamentais” das minorias? Até que ponto as minorias podem impor o dever de tolerância? E até que ponto as majorias podem proibir (ou criminalizar) usos, práticas e costumes das minorias, sem que com isso estejam contribuindo para a sua gradual eliminação ou descaracterização?

Se passarmos para exemplos mais extremos, a densidade do problema provavelmente se tornará mais visível.

As autoridades brasileiras são obrigadas a tolerar que um homem muçulmano traído possa apedrejar até à morte sua esposa adúltera? Estaria livre da acusação de estupro de vulnerável, em nosso país, o muçulmano que desposasse e deflorasse uma criança de dez anos de idade que lhe houvesse sido prometida pelo pai?

Ora, punir o beijo na boca dado publicamente pelo casal heterossexual parece algo fora de cogitação, na medida em que a conduta não contraria os valores dominantes em nossa sociedade. A manifestação pública do afeto entre pessoas do mesmo sexo, no entanto, talvez não goze da aprovação da maioria. Pode chegar a ser proibida? Se sim, isso não levaria à eliminação de um espaço existencial básico para todo um grupo de pessoas homossexuais? Então, a resposta deve ser “não” – não se pode punir essa prática, por mais que ela seja desaprovada e incomode, supostamente, uma imensa maioria. Por essa lógica, como justificar a punição da conduta do defloramento da criança, do apedrejamento da adúltera, do canibalismo, da tortura de animais? São comportamentos considerados desviantes e indesejáveis por uma imensa maioria que muito

²⁰³ ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional**: 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 117-118.

se perturba diante de sua ocorrência. A diferença para o beijo homoafetivo, talvez também reprovado por uma maioria, está na intensidade da reprovação? No eventual grau de repulsa? Em algum critério quantitativo referente ao número muito superior de pessoas a desaprovar os primeiros comportamentos?

Se considerarmos que, dentro de um Estado democrático de Direito, em homenagem à liberdade que ele promete, as criminalizações devem ser parcimoniosas e empregadas na medida da estrita necessidade, não se pode admitir que o delito seja um comportamento simplesmente considerado desviante, excêntrico, eventualmente até repugnante para uma maioria. Comportamentos, hábitos, preferências e costumes, se não têm potencial para exceder os limites da esfera de liberdades do próprio agente, são impuníveis em uma democracia. A noção de crime, daí em diante, já não pode mais se identificar com “tudo o que está proibido por uma lei, sob a ameaça de uma pena”, correspondente apenas a uma conceituação formal do delito. Procura-se um conceito em que, ao lado da previsão em lei do comportamento proibido (princípio da legalidade penal), exista algum tipo de característica indispensável para que ele possa ser considerado criminoso. Uma conduta, para que caracterize crime, deve estar claramente descrita pela lei penal e “ser ou ter algo a mais”. O que é esse “algo a mais” é o cerne da discussão sobre o **conceito material de crime** e a limitação do poder punitivo estatal.

2.7. À PROCURA DE UM CONCEITO MATERIAL DE CRIME

Que o Estado pode fazer uso da pena, não se discute, em razão de expressa previsão constitucional. Muitos dispositivos de nossa Carta Magna aludem a crimes e a penas, a exemplo do art. 5º, em seus incisos XXXIX a L. Nossa Constituição, inclusive, determina que se criminalizem determinadas condutas (racismo, por exemplo – art. 5º, XLII), que se considerem especialmente graves alguns delitos (hediondos, tortura, terrorismo, tráfico de drogas – art. 5º, XLIII) e que se punam de modo especialmente rigoroso certos comportamentos (“a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente” – art. 227, § 4º).

É evidente que um conceito material de crime somente faz sentido como um segundo filtro, isto é, como algo que se estabelece subsequentemente ao conceito formal de crime. Por força do princípio da legalidade penal (em nossa Constituição, art. 5º, XXXIX), pressuposto existencial e pedra angular de qualquer Estado de Direito, nenhum comportamento pode ser considerado

criminoso se não estiver expressamente descrito pela lei. É o básico. Basta, no entanto, a expressa previsão em lei para que um comportamento possa ser legitimamente ser punido como crime? Quando se pensa em um conceito formal de crime, sim; quando se fala de um conceito material de crime, não.

Embora mediante o "conceito formal de crime" [...] a conduta punível seja apenas o objeto de uma definição no âmbito do Direito positivo, o conceito material de crime remonta além do respectivo Direito Penal codificado e indaga sobre os critérios materiais da conduta punível. Portanto, o conceito material de crime é anterior ao Código Penal e fornece ao legislador um critério político-criminal sobre o que ele pode punir e o que deve deixar impune.²⁰⁴

Acontece que uma base material para uma norma penal, por tudo o que vimos até aqui, não se pode extrair do cosmo, da natureza ou de um código universal de valores que habita planos suprajurídicos. Afinal, como pontuou Hassemer, “os tempos de fundamentação jusnaturalista do Direito já passaram para nós, e, com eles, também a ideia de direitos indisponíveis.” O penalista assim o diz não só com base nas reflexões induzidas pela gnoseologia e pela filosofia dos valores contemporâneas, mas, também, pela própria experiência. “Para além do Direito natural, preceitos jurídicos são histórica e geograficamente relativos, ou são vazios”, arremata.²⁰⁵

O controle de conteúdo em questão, destarte, deve ser fornecido pelo próprio Direito, que já não se encerra em um emaranhado de regras e subsunções e não é mais hermeticamente fechado em si como o fora no positivismo exegético. Está invariavelmente suscetível às influências da filosofia, exposto às interferências do contexto histórico-cultural e geográfico, e enxertado com elementos éticos ligados às pretensões de igualdade, liberdade e justiça oriundos do Iluminismo. São os princípios constitucionais do Direito Penal do Estado democrático de Direito, herança tardia do giro antropocêntrico do século XVIII e do pós-Segunda Guerra. Esse é o paradigma atual, o “relato vencedor”, a verdade circunstancial que sempre pode mudar, mas que, atualmente, está estabilizada por um consenso político-filosófico internacional. Não se têm, aqui, o formalismo vazio e autopoiético do positivismo radical, tampouco a certeza e as respostas

²⁰⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal:** Parte General. Tomo I. Fundamentos: La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón-Peña *et alii*. Madri: Civitas, 1997, p. 51. “Mientras que mediante el ‘concepto formal de delito’ [...] la conducta punible sólo es objeto de una definición en el marco del Derecho positivo, el concepto material de delito se remonta más atrás del respectivo Derecho penal codificado y pregunta por los criterios materiales de la conducta punible. Por tanto, el concepto material de delito es previo al Código Penal y le suministra al legislador un criterio político-criminal sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe dejar impune.” Tradução nossa.

²⁰⁵ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal:** fundamentos, estrutura, política. Trad. Adriana Beckman Meirelles *et alii*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 103.

éticas apriorísticas da ontologia e da dogmática, mas pilares paulatinamente construídos que até podem se abalar ou ruir, mas não sem um hercúleo esforço argumentativo.

Uma vez que se possa exercer esse tipo de controle de qualidade sobre o conteúdo da norma penal, o crime não é mais o que a lei disser que ele é. Apesar de a definição por lei continuar a ser o pressuposto mais elementar e o pontapé inicial de qualquer análise, o crime passa a ter uma dimensão material, de conteúdo, que, conforme a imensa maioria das lições doutrinárias, conecta-se aos aspectos da nocividade da conduta que o configura e da necessidade de que seja controlada. Muito mais do que um comportamento desviante considerado indesejado ou até reprovável, o crime passa a ser visto como um **prejuízo** que deve ser evitado.

O próprio conceito analítico de crime, espinha dorsal da dogmática penal e chave de operação de toda e qualquer imputação de fato punível, deve sofrer adaptação, sendo-lhe acrescida uma dimensão material a ser examinada no interior do fato típico. Fala-se em **tipicidade material**, um segundo juízo de adequação típica que, em vez de referir-se à mera previsão em lei, em abstrato, da conduta realizada pelo agente, em concreto, recai sobre o aspecto da sua **danosidade**. Dizer que essa danosidade ou nocividade atinge coisas que se consideram importantes para a consecução das metas constitucionais é algo demasiadamente vago, o que dificulta um controle de conteúdo mais preciso. A lesividade da conduta proibida deve dirigir-se a um objeto que seja suficientemente delimitado a ponto de oportunizar a avaliação sobre se a ação ou omissão em questão, de fato, lhe é nociva, pelo menos potencialmente. Eis que se faz necessário o detalhar o conceito material de crime, que, sob essa perspectiva, é um comportamento que tem o poder de causar dano a um determinado objeto cuja conservação é importante para que se possam alcançar as metas democráticas, e, conseqüentemente, cuja destruição é prejudicial para esse propósito.

Firmado que, em uma democracia, há certas coisas que se podem proibir, e outras, não, ter um conceito material de crime é a melhor maneira de limitar os abusos do poder punitivo e de impedir suas criminalizações desnecessárias ou abusivas. Fica muito clara, assim, a importância da construção de uma dogmática penal que guarde afinidade com o projeto democrático e, em especial, de uma teoria do delito que exerça função de “instrumento controlador da jurisdição, justamente no sentido de impedir que as decisões judiciais se estruturam em atos de criação do direito e ultrapassem os limites expressos na Constituição.” Juarez Tavares²⁰⁶, completando o

²⁰⁶ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 28; 30.

raciocínio, especifica, dentre as principais missões de uma teoria do delito moldada à luz do paradigma do Estado democrático de Direito,

- a) verificar os pontos de intersecção entre norma penal e norma constitucional; b) elucidar os princípios constitucionais, tomados como elementos delimitadores do poder de punir; c) identificar o objeto da lesão jurídica, como pressuposto da incriminação; [...] f) definir os fundamentos pelos quais possam ser excluídos da atuação punitiva os fatos penalmente irrelevantes [...]

A doutrina busca incansavelmente esse componente do conceito material de crime, essa substância que legitimará a criminalização, quando presente, e que a fulminará, se estiver ausente. Afinal, “não reuniria o mínimo de racionalidade republicana a pretensão de que o poder punitivo se formalize sem que a ação gere um conflito [...] afetando por lesão ou por perigo e de forma importante um bem jurídico alheio”.²⁰⁷ Isso não respeitaria o postulado básico de que, em uma democracia, às pessoas se garante o máximo espaço possível de liberdade para a fruição da vida e para o desenvolvimento, desde que não se prejudiquem injustamente umas às outras.

Uma vasta gama de teorias se lança à procura daquilo que possa funcionar como **referência material do delito**, ou seja, como critério apto a limitar a intervenção penal pela invalidação de determinadas incriminações consideradas abusivas ou desnecessárias. Fala-se em interesses, em direitos, em valores, em expectativas normativas e, majoritariamente, em bens jurídicos. No fundo, o que se procura é uma maneira de racionalizar a decisão de criminalizar e os impactos que ela produz na liberdade das pessoas, destinatárias da norma.

Passaremos a analisar alguns dos principais posicionamentos teóricos sobre esse elemento central do conceito material de crime: a(s) teoria(s) do bem jurídico e o *harm principle*.

²⁰⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alii*. **Derecho Penal: Parte General**. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 377: “No reuniría el mínimo de racionalidad republicana la pretensión de que el poder punitivo se formalice sin que la acción genere un conflicto [...] afectando por lesión o por peligro y en forma importante un bien jurídico ajeno”. Tradução nossa.

3. O “BEM JURÍDICO” E O “DANO” COMO ELEMENTOS CENTRAIS DO CONCEITO MATERIAL DE CRIME

3.1. Sucinta exposição do percurso da dogmática penal “clássica” em busca de uma referência material para o poder de criminalizar condutas. 3.2. Hans Welzel e os valores ético-sociais. 3.3. Winfried Hassemer e o bem jurídico pessoal. 3.4. Claus Roxin e a constitucionalização do bem jurídico. 3.5. Günther Jakobs e a manutenção das expectativas normativas como cerne das criminalizações. 3.6. Outras contribuições importantes para a teoria do bem jurídico. 3.7. O “princípio do dano” (*harm principle*) como núcleo do conceito material de crime.

3.1. SUCINTA EXPOSIÇÃO DO PERCURSO DA DOGMÁTICA PENAL “CLÁSSICA” EM BUSCA DE UMA REFERÊNCIA MATERIAL PARA O PODER DE CRIMINALIZAR CONDUTAS

É possível que sobre os temas das funções do Direito Penal e da lesão ao bem jurídico como aspecto central do conceito material de crime tenha sido escrita a maior quantidade de linhas por parte da dogmática penal.

Há inúmeros estudos extremamente competentes e a maioria deles se ocupa de um aprofundado apanhado do caminho percorrido pela teoria do bem jurídico ao longo da história. Não seguiremos essa linha. O tempo e o espaço que se requerem demandam uma dedicação exclusiva, e o nosso intuito é o de apresentar as ideias principais sobre a proteção de bens jurídicos para que se possa fazer uma análise de seus rendimentos à luz da filosofia retórica.

A imensa maioria das obras que se ocupa do tema parte da tradicional exposição das posições de Beccaria, Feuerbach, Birnbaum, Binding e von Liszt, passando pelos neokantistas e chegando aos celebrados posicionamentos de Welzel, Roxin, Jakobs, Hassemer outros penalistas alemães de destaque. É evidente que nos será útil uma abordagem dessas visões, ainda que sucinta, para que se estabeleça um panorama capaz de revelar o fio condutor em comum dessas construções teóricas e as expectativas de resultados que elas trazem. Não se inclui entre os objetivos do trabalho, no entanto, um autêntico estudo sobre a história das teorias do bem jurídico ou o detalhamento de cada uma das muitas vertentes que se foram construindo. Trataremos de algumas, as principais, com o fim de demonstrar – adiantando um pouco a conclusão – que nenhuma das propostas possui o condão de oferecer uma solução que se considere segura para os problemas da legitimação das normas penais incriminadoras e da limitação do poder estatal de criminalizar condutas.

Antes de prosseguirmos, um esclarecimento. Aludimos, no título desse item, à dogmática penal “clássica” sobre a referência material dos delitos, e é importante explicar o critério que empregamos para chegar a essa delimitação. A expressão “clássica” é muito porosa e, embora seja predominantemente associada ao que provém das antigas culturas helênica e romana, comporta acepções variadas que gozam de idêntico prestígio pragmático. Podemos dizer que são músicas clássicas a Nona Sinfonia de Beethoven e a “Ária na corda de sol” (Air on G String), de Bach, mas também “Back in Black” (AC/DC), “Iron Man” (Led Zeppelin), “Gimme Shelter” (Rolling Stones) e “Yesterday” (Beatles). Muitos escritores contemporâneos de Kafka ou de Julio Verne publicaram suas obras, mas bem poucos deles serão chamados de clássicos. Costumamos denominar “clássico” algo que se destacou e se consagrou na história, raramente se podendo usar esse atributo para coisas atuais exatamente porque a permanência da condição de referência ao longo do tempo geralmente é elemento decisivo do conceito. O nosso corte para as posições clássicas da dogmática penal que persegue a referência material das normas incriminadoras é esse: os autores e escolas do giro liberal iluminista da dogmática penal até a Segunda Guerra Mundial, são denominados clássicos. Em nossa exposição, estão compreendidos Beccaria, Feuerbach, Birnbaum, Binding, Von Liszt, os neokantianos e as escolas de Marburgo e de Kiel. Daí em diante, no período que compreende o giro liberal iniciado no pós-Segunda Guerra, até os dias atuais, aludimos à “dogmática contemporânea” da busca da referência material. A exposição começa com a posição de Welzel, passa por Hassemer, Roxin e chega a outros penalistas alemães contemporâneos de destaque, como Jakobs e Schünemann, dentre outros. Chamamos esse agrupamento de “dogmática contemporânea” porque tomamos como último evento efetivamente modificador de paradigma a Segunda Guerra Mundial, podendo-se enxergar de seu final em diante uma configuração jurídica e política em que predominam muito mais convergências do que dissidências e em que a marca principal é o constitucionalismo.

De início, é fundamental uma contextualização. Costuma-se apontar o momento de nascimento das teorias do bem jurídico como sendo o período iluminista. O que se teria, assim, é uma insurreição contra o terror estatal e seu característico uso despótico do Direito Penal, marcado por desmedidas interferências arbitrárias nas vidas das pessoas, pela superstição, pela aleatoriedade e pela crueldade de suas sanções.

Uma das primeiras vozes que se ergueram foi a de Cesare Beccaria. “Toda pena que não derive da absoluta necessidade, diz o grande Montesquieu, é tirânica”. Com essa fala, Beccaria, ao vincular a legitimidade das leis penais à sua necessidade, evidencia, a um só tempo, que Direito

Penal não apenas deve ter seu uso excepcional, mas, também, que somente pode ser empregado caso se constate uma “necessidade” – e a questão que se segue é: “necessidade para quê?” Beccaria responde a questão ao apontar aquele que considera como o único fim legítimo da pena: não é outro senão o “de impedir o réu de produzir novos danos aos seus concidadãos e de demover os outros de fazer o mesmo”. Surge mais claramente, a partir disso, uma noção bem mais clara do delito como sendo expressão de um **dano**. Mais precisamente, na linguagem do autor, a única e verdadeira medida do delito é o “dano à nação”; o “dano à sociedade” ou o “dano público”.²⁰⁸

Não se discute que as ideias de “dano público” e “dano à nação” são extremante vagas. É difícil exercer um controle preciso sobre o que possa ser considerado como danoso a objetos tão abstratos. Primeiro, se interpretarmos de modo mais literal, “nação” e “sociedade” não existem empiricamente como entes autônomos. São figuras conceituais e, como tais, não podem sofrer danos gerados por condutas executadas no plano empírico.

Em segundo lugar, ainda que façamos uso de uma interpretação mais sofisticada, considerando que o “dano à nação” significa, na verdade, o dano aos interesses da nação, teremos problemas. Os tais “interesses” da nação são muitos e sobre eles nem sempre há consenso. A nação certamente tem entre seus interesses a sensação de segurança interna, mas tudo o que for capaz de perturbar minimamente essa sensação pode ser alvo de uma pena? O mesmo se diga sobre o interesse na honestidade como um padrão comportamental, especialmente em relação aos representantes do governo, gestores das coisas públicas. Que tipo de prejuízo se pode exigir que seja apurado para que se possa criminalizar um comportamento? A desonestidade vai desde contar uma simples mentira, ou encerrar injustificadamente mais cedo o expediente, até o recebimento de vantagem indevida para a prática de ato de ofício contra as disposições legais.

A grande questão é: do mesmo modo que se deve demonstrar a danosidade da conduta, deve-se delimitar o objeto em relação ao qual ela é danosa. Afinal, não se concebe uma “danosidade generalizada” – o que acabaria sendo confundido com imoralidade –, senão danosidade para algum objeto específico. Esse objeto específico não desponta nos escritos de Beccaria. Mas,

²⁰⁸ “Ogni pena che non derivi dall’assoluta necessità, dice il grande Montesquieu, è tirannica”. BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**. Milão: Letteratura italiana Einaudi, 1973, p. 8. Na sequência: “[...] d’impedire il reo dal far i nuovi danni ai suoi cittadini e di rimuovere gli altri dal farne uguali”, p. 31. Quanto às menções ao “dano à nação”, ao “dano à sociedade” e ao “dano público”, aparecem, respectivamente, nas páginas 20; 22; 55 e 94.

justiça seja feita, não se pode negar a contribuição por ele dada para uma primeira delimitação, ainda que negativa, daquilo que pode vir a ser o objeto de punição. Está fora do alcance do Direito Penal o comportamento que não possa ser caracterizado como danoso.

Evidentemente, se a ideia de Beccaria era a de desacreditar as incriminações e as punições irracionais – afastando, por exemplo, as noções de crime, de pecado e de mera desobediência – seria preciso qualificar sua fala limitadora com a inclusão de uma exigência: seria necessário indagar, a respeito de cada norma penal incriminadora, que tipo de dano pode ser causado a que tipo de objeto pela conduta ali descrita.

Deu-se início a um longo percurso no sentido do aprimoramento da ideia exposta por Beccaria. A primeira contribuição de destaque que se costuma apontar, na sequência, é a de Anselm von Feuerbach, que diligenciou no sentido de especificar o que seria o objeto da lesão da conduta proibida, e, conseqüentemente, qual seria o objeto de proteção da norma penal incriminadora.

Feuerbach imprimiu em suas teorias as máximas iluministas de modo bastante claro, sendo apontado como o autor do que viria a se tornar uma primeira versão do **conceito material de crime**. O pensamento antropocêntrico impõe a estruturação de todo um sistema de garantias que assegure um tratamento digno para o destinatário da norma penal, o que fora rudimentarmente iniciado com Beccaria. Na visão de Feuerbach, o mundo jurídico, em vez de traduzir um mero apanhado de proibições, consagra direitos e liberdades individuais, e o crime deve ser algo que se volte contra essas liberdades, ou seja, um atentado contra direitos que pertencem, às pessoas. Eis o requisito para a configuração de qualquer crime e a condição de legitimação das normas penais: a lesão a um **direito subjetivo**.²⁰⁹

A primeira brecha que se poderia apontar, de início, liga-se às condutas que causam grave perturbação da ordem ou que atingem interesses que são coletivos, deixando de recair sobre pessoas ofendidas em específico. A corrupção de um servidor público ou a criação de um incêndio em área de uso comum não atinge, pelo menos de modo primário, nenhum direito individual. Para manter a higidez de sua teoria, no entanto, Feuerbach defendeu que os crimes não necessariamente se voltam contra direitos subjetivos dos cidadãos, mas, também, contra direitos subjetivos cujo titular é o próprio Estado.

²⁰⁹ BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico-penal supraindividual**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 26.

Já se pode questionar se não seria essa uma primeira deformação de seu próprio projeto liberal originário, que, em tese, restringiria a noção de crime ao dano a um interesse pertencente a alguma pessoa concreta, o que representaria um critério de controle bem mais rigoroso. Decerto, os direitos subjetivos, enquanto ligados a interesses pessoais concretos, parecem comportar delimitações e especificações muito mais precisas. Na medida em que se abre o escopo para “interesses públicos”, “interesses coletivos” ou, ainda que em menor proporção, “interesses do Estado”, a fórmula perde bastante em termos de segurança. Direitos e interesses do Estado são muito mais abrangentes e contam com elevado grau de abstração, funcionando quase como “metalinguagem”: tudo o que puder, de alguma forma, contribuir para a realização dos interesses individuais, ainda que remotamente, pode-se presumir como objeto do interesse público. As possibilidades de legitimação das normas penais se ampliam significativamente.

É fato que não se podem deixar de reconhecer os méritos da contribuição liberal de Feuerbach e, especialmente, de sua sugestão quanto à exigência de uma dimensão material para todo e qualquer delito, habitada em seu núcleo pela ideia de **lesão**, “com força suficiente para, caso necessário, representar um bastião frente à arbitrariedade do legislador”.²¹⁰ Tão só por rechaçar a velha ideia do delito como uma pura violação do dever de obediência, a tese já tem seu valor.

Uma breve reflexão sobre o tratamento conferido por Feuerbach a determinados comportamentos visivelmente desprovidos de potencialidade lesiva para interesses individuais quaisquer fragiliza imensamente sua teoria, ressaltando incoerências de difícil superação. Feuerbach sequer questionou a vigência de vários dispositivos penais absurdos, como o art. 116 da *Constitutio Criminalis Carolina*, que cominava à sodomia a pena de morte na fogueira.²¹¹ Além disso, condutas como embriagar-se, amaldiçoar publicamente, dedicar-se à prostituição, manter concubinato ou ter relação incestuosa, embora não devam ser tratadas como crimes, podem configurar “delitos de polícia”. Essa categoria de infração – uma espécie de “crime em sentido amplo” – somente pode ser entendida como um ponto de escape de Feuerbach para, mantendo sua tese, fundamentar a proibição de condutas reprovadas por uma ampla maioria das pessoas da sociedade, mas que, de forma alguma, atentam contra um direito subjetivo. Com razão quem

²¹⁰ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al Derecho penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989, p. 106. Tradução nossa.

²¹¹ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Trad. Luís Greco (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 97

entende, como Hassemer e Muñoz Conde, que se trata de burla que conduz à eliminação da utilidade da importante limitação material inicialmente concebida por Feuerbach. É uma brecha intencional tão grave quanto restringir as limitações do princípio da legalidade penal aos delitos, deixando de fora as contravenções penais.

A certa altura, então, percebeu-se que, a partir de uma rígida aplicação da teoria de Feuerbach, predominantemente orientada por visão individualista, determinados comportamentos desviantes e indesejados não poderiam ser criminalizados. Soava mais franca uma construção que abertamente permitisse o etiquetamento de alguns comportamentos que, embora não agridam diretos individuais, são causadores de transtornos para a coletividade. Ou que, simplesmente, são tidos como altamente imorais e desaprovados por uma maioria imensa.

Com Birnbaum surge a primeira menção à noção de “bem”. Sua ideia foi desenvolvida a partir da percepção de que a tese de Feuerbach encerrava uma incoerência que começa na própria terminologia, mas a ultrapassa. Era impossível conciliar, propriamente, os conceitos de “direitos subjetivos” e de “dano”, esse último, central em qualquer das teorias sobre um referencial material para as criminalizações. Os direitos se extraem de normas e, situados no plano deontológico, não podem ser verdadeiramente atingidos por condutas do mundo empírico. Determinadas condutas desagradáveis podem até deixar de reconhecer um direito, ou mesmo negá-lo expressamente, mas não serão capazes de causar-lhe um efetivo dano, isto é, de produzir sua eliminação ou diminuição. Isso pode acontecer com “coisas” do plano sensível, do mundo empírico. Um direito desrespeitado não desaparece.²¹² A lesão a um direito é uma abstração, uma noção artificial de dano. Os danos, em sentido natural, causados por ações e omissões da realidade empírica, atingem “coisas” – na denominação de Birnbaum, “bens”.

A posição de Feuerbach, para Birnbaum, contraria a natureza das coisas, uma vez que, diferentemente da lesão, do perigo e do bem, os direitos não são realidades do mundo exterior. Por isso, os direitos não são passíveis de lesão ou de ameaça, mas os bens, que são os objetos dos direitos, sim. Com efeito, o crime afeta o bem, mas mantém inalterável o direito [...].²¹³

²¹² É claro que, no que tange ao crime de homicídio, pela definitividade do impedimento do exercício do direito à vida, a afirmação pode ser questionada. Mas, como regra, um direito atingido não deixa de existir. Alguém que seja alvo de estupro não perde ou tem eliminado seu direito ao livre exercício da sexualidade; esse direito se mantém íntegro e total, embora sua fruição reste momentaneamente prejudicada.

²¹³ BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico supraindividual**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 30.

Além dessa preocupação, que seria de ordem mais filosófica, parece que havia algo de mais prático a consternar Birnbaum. O que fazer com condutas altamente indesejáveis, reprovadas pela maioria, que comprometiam “a manutenção das instituições formadoras da sociedade, do campo da religião e da moral”? Surge com Birnbaum o conceito de “bens coletivos”, uma espécie de “soma das representações morais e religiosas, que sempre poderá ser vista como um **bem comum** do povo, colocado sob uma garantia geral”.²¹⁴

Birnbaum apontou como falhas críticas da teoria de Feuerbach algumas situações em que não se conciliam, com especial clareza, os conceitos de lesão e direitos subjetivos. Isso se daria nos casos de crimes de perigo, das hipóteses de crimes tentados e na já denunciada brecha deixada pelos “delitos de polícia”, em que se punia, no fundo, a mera infidelidade à norma ou a mera desobediência. Assim, embora Birnbaum tenha ampliado bastante a área da legitimidade das normas penais incriminadoras a partir da inclusão de bens exclusivamente ligados à moral e à religião, contribuiu para uma melhor delimitação daquele que seria o referencial material do crime. Sua tese provocou algumas dissidências de opiniões. Alguns enxergam em seu aporte uma continuidade da linha liberal deflagrada por Beccaria e outros iluministas, como é o caso de Schünemann e, entre nós, Ana Elisa Bechara, que além de divisar importantes contribuições evolutivas para a teoria do delito (oferecendo distinção fundamentada entre consumação e tentativa, lesão e perigo, bens individuais e coletivos), o aponta como verdadeiro precursor da ideia de subsidiariedade do Direito Penal.²¹⁵

Não obstante, de fato, possam notar-se acréscimos teóricos relevantes para a teoria do delito, parece que, de fato, como observou Juarez Tavares, o propósito de Birnbaum não foi o de estabelecer o “bem” como um autêntico marco de legitimação para toda e qualquer decisão de criminalizar, mas o de “adequar a teoria jurídica do delito às normas do direito penal vigente, que conflitavam com a ideia de violação de direito subjetivo, principalmente nos chamados delitos contra a religião, contra o Estado ou contra a comunidade”. Assim, a partir da melhor delimitação daquele que seria o referencial material do delito, embora “se ganhasse em clareza, quanto à incriminação das respectivas condutas, se perdia [...] a vinculação dessa incriminação

²¹⁴ JAKOBS, Günther. **Proteção de bens jurídicos?** Sobre a legitimação do Direito Penal. Trad. Pablo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 33.

²¹⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 97-98.

aos seus pressupostos de legitimidade, que estavam, de qualquer modo, presentes na estrutura idealizada por Feuerbach”.²¹⁶

Pode-se perceber que, apesar de a busca de uma referência material para o delito seguir adiante, aprimorando-se no que respeita a uma melhor delimitação do objeto da lesão causada pela conduta proibida, há indisfarçável retrocesso quanto à função crítica original, voltada à limitação da área legítima das normas penais incriminadoras. Na mesma medida em que se ganha com a maior adequação da noção de “bem”, em contraposição à de “direito subjetivo”, arca-se com o prejuízo da inclusão de interesses altamente abstratos e questionáveis como objetos de proteção das normas penais, na qualidade de “bens coletivos”.

A fase seguinte na jornada em busca da referência material do crime se submete a uma predominância do pensamento positivista. Apontam-se Binding e Von Liszt como os principais representantes. A Binding se costuma atribuir a primeira utilização da expressão “bem jurídico”, que adicionou ao conceito anterior, de Birnbaum, um filtro normativo que restringe o objeto de proteção das normas penais incriminadoras aos bens que se possam deduzir da ordem jurídica positivada. “O bem jurídico se reduz, aqui, a um elemento da própria norma, que tanto pode ser sua finalidade quanto a *ratio* de seu sistema”.²¹⁷ Nesse ponto, a questão central não parece ser sobre “o que é o bem jurídico”, mas, sim, “o que pode funcionar como bem jurídico” ou, ainda, “de onde se extraem os objetos que formarão o catálogo de bens jurídicos”. E as respostas, com todas as críticas que elas atraem, circundam as próprias normas penais. Significa, em suma, que no que tange à delimitação de quais seriam os bens jurídicos, “a atividade do legislador seria a palavra final sobre a matéria”.²¹⁸

Lembra Tatiana Badaró²¹⁹ que, na visão de Binding, os bens jurídicos seriam as coisas que, embora nem sempre constituindo algum direito, são avaliadas pelo Poder Legislativo como condições importantes para uma vida saudável em comunidade. Continua a autora enfatizando que Binding, com seu formato de bem jurídico, retoma uma aproximação entre as noções de crime e de desobediência à vontade do Estado, que seria um elemento essencial de qualquer

²¹⁶ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3.ed.rev.ampl. Belo Horizonte: 2003, p. 184-185.

²¹⁷ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3.ed.rev.ampl. Belo Horizonte: 2003, p. 187.

²¹⁸ PELARIN, Evandro. **Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização**. São Paulo: IBCCrim, 2018, p. 68.

²¹⁹ BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico supraindividual**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 39.

delito. “O delito constitui, então, uma infração ao dever de obediência do cidadão frente ao Estado como titular de um direito subjetivo público, vale dizer, o poder de exigir tal obediência”, sintetiza Ana Elisa Bechara. A autora segue com áspers críticas ao que ela identifica como um sentido meramente formal, positivado, de bem jurídico. Em uma última análise, “não importa, portanto, o real interesse social em sua proteção, e sim a mera escolha do legislador, que pode ser, inclusive, aleatória e arbitrária”. E mais: uma noção assim, formal e vazia de conteúdo, tem reduzido a zero o seu potencial crítico, de modo que “o indivíduo vê-se isolado frente ao Estado, não podendo recorrer nem ao direito natural, nem à vida ou às ciências naturais”, estabelecendo-se uma “política criminal estritamente estatal [...] frente à qual o cidadão não possui alternativa, senão obedecer”. Esse modelo de bem jurídico, longe de limitar o poder punitivo estatal pode, no máximo, orientar a interpretação dos tipos, “permitindo uma operação dentro das próprias fronteiras estabelecidas de forma vinculante pelo Estado”.²²⁰

A mesma crítica é oposta por Paulo César Busato²²¹, que denuncia a absoluta perda de capacidade crítica e de qualquer caráter limitador da noção de bem jurídico, se estabelecida conforme a proposta de Binding. “Norma e bem jurídico são termos inseparáveis”, porque toda decisão de criminalização, por pressuposição, se esteia em algum bem a cuja proteção se dispôs o Estado. Assim, “no fundo, não há mais limites à proibição além daqueles que impõe o próprio Estado”. A posição muito se afasta da proposta original do liberalismo que encontramos em Beccaria e Feuerbach.

Importante lembrar que um dos traços mais peculiares da tese de Binding reside no deslocamento do foco dos interesses do indivíduo para os interesses da coletividade. Tatiana Badaró observa que Binding assume “postura monista coletivista” ao atribuir “a titularidade de todos os bens, inclusive aqueles essencialmente individuais, à coletividade”. É a leitura feita por Jakobs, que anota que, para Binding, todo bem jurídico é coletivo, ainda que pareça ser individual.²²² É o que mais alarma na tese de Binding: essas noções de “bem comum”, “interesse geral”, “supremacia do interesse público”, extremamente perigosas, sempre serviram para agigantar o Estado ao

²²⁰ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 100-102.

²²¹ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal democrático**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 47.

²²² JAKOBS, Günther. **Proteção de bens jurídicos?** Sobre a legitimação do Direito Penal. Trad. Pablo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 37.

mesmo tempo em que se apequena a pessoa, uma peça de tabuleiro de pequeníssimo valor individual.

Se analisada a partir de seu potencial de rendimento crítico ou como barreira de contenção dos abusos do poder punitivo, a teoria de Binding não oferecerá contribuições significativas no que tange à identificação de uma referência material para a decisão de criminalizar. Em suma, como a cada norma incriminadora corresponde um bem jurídico, mas, como as decisões de criminalizar podem ser tomadas livremente pelo Estado, é ele quem define, com critérios pouco claros e fora do alcance de qualquer controle, quais seriam os bens jurídicos dignos de proteção e quais seriam as condutas consideradas ofensivas e merecedoras de punição. Aspecto mais preocupante no posicionamento de Binding, no entanto, reside numa absoluta “coletivização” de todos os bens jurídicos, o que conduz a uma profunda desvalorização dos interesses pessoais, sempre deixados em segundo plano em face dos interesses coletivos. A diminuição da pessoa e a inversa superestima do coletivo são perigosas características típicas de governos autoritários.

Ainda dentro de um espectro positivista, cita-se a perspectiva de Von Liszt, que apresenta uma versão “socialmente orientada” do Direito Penal. Sua posição excede a identificação do crime com a mera desobediência e ele defende que se identifique uma dimensão material em cada delito, “devendo constituir uma lesão ou perigo a um bem jurídico”. Se, de um lado, ele parte de uma visão social para conceituar o bem jurídico, identificando-o com “interesses que expressam as condições de vida”, de outro, não se ocupa de delimitar quais interesses podem ou precisam ser protegidos pelo Estado, ou qual o critério adequado para embasar essa decisão.²²³ É uma das principais críticas que lhe são dirigidas: embora ele considere que os interesses que são protegidos antecedem e extrapolam a ordem jurídica, situando-se na própria vida, é o Direito que os alça à condição de bens jurídicos, e o autor jamais apontou que critérios podem ser usados para embasar as escolhas feitas pelo legislador.²²⁴ Novamente, o Estado tem um cheque em branco para criminalizar as condutas que, segundo sua percepção, atentam contra interesses relevantes, sejam eles quais forem.

²²³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 104-105.

²²⁴ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal democrático**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 47.

O ponto de partida de Von Liszt guarda consonância com a mentalidade emancipatória dos penalistas do Iluminismo. Em sua visão, todo direito se dá no interesse do homem e visa à preservação da vida humana. Mas seu programa, nesse específico tópico do bem jurídico, ficou inacabado na medida em que não forneceu balizas segundo as quais se possa operar um exame da legitimidade da decisão de criminalizar. Embora sua lógica da “juridificação” seja muito interessante – o Direito não fabrica os bens, mas os retira da vida e do mundo empírico, o que confere concretude ao objeto que é alvo da ofensa gerada pela conduta delituosa –, a referência material do crime segue posta à inteira mercê do legislador. Como sintetizou Jakobs, “sua teoria desemboca de forma mais ou menos exata na de Binding. [...] o Estado legiferante decide; em outras palavras, a determinação do injusto é confiada ao direito positivo”.²²⁵

A noção de que bens existem no mundo empírico e são “juridificados” é muito interessante e produtiva, contribuindo para a sedimentação do princípio de que, em regra, as condutas consideradas criminosas, muito mais do que expressar um desvio ou mera desobediência, devem produzir algum tipo de prejuízo efetivo. Parece, no entanto, que a tese de Von Liszt não chegou a ser plenamente desenvolvida e, em termos práticos, acaba não ultrapassando muito aquela oferecida por Binding, como observou Jakobs. Tudo aponta para um potencial crítico maior, mas que não chegou a ser desenvolvido porque Von Liszt não elucidou com base em que critérios se daria esse processo de apreensão, pelo Direito, dos bens da vida, deixando essa decisão como algo livre à mercê do legislador.

A maioria dos autores segue expondo a trajetória das teorias do bem jurídico com a fase do neokantismo. O traço mais frequentemente apontado como marcante, nessa fase, corresponde à substituição da noção de bem como uma coisa existente no mundo empírico pela de um **valor**. Define-se o que é o bem a partir de um juízo puramente normativo, “aparentemente neutro, mas em geral de perfil autoritário, que obtém seu coroamento com a definitiva substituição da noção material de bem pela noção de [...] um hipotético valor cultural”.

Diz-se, também, que se passa a sustentar uma “concepção metodológica” de bem jurídico: trata-se de um conceito meramente classificatório, que serve para organizar e aglutinar os tipos na Parte Especial do Código Penal conforme aquilo que se aponta como sendo o alvo da conduta

²²⁵ JAKOBS, Günther. **Proteção de bens jurídicos?** Sobre a legitimação do Direito Penal. Trad. Pablo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 37.

proibida, ou seja, aquilo que, supostamente, a norma pretende proteger. A utilidade é, no máximo, a de orientar a interpretação dos tipos segundo os fins das normas incriminadoras que os estabelecem – fins que coincidem com a conservação daqueles “bens” ali referidos. Embora definitivamente não se questione a importância da consideração do bem quando da interpretação de qualquer tipo penal, no modelo neokantiano, pela dispensabilidade de correspondência entre um dano ou perigo empiricamente concebido a algo do mundo natural, há uma conferência meramente redundante. Todo tipo penal incriminador tem um bem jurídico como base, mas se esse bem jurídico deveria ali figurar, ou se a conduta descrita realmente o ofende, não se chega a perquirir. “Essa metodologia garante a aplicação da norma incriminadora sem nenhum questionamento acerca de sua legitimidade, valendo o bem jurídico como mero exercício retórico ou marco de referência classificatório”.²²⁶

Denuncia-se um esvaziamento do conteúdo do bem jurídico e, apesar de manter-se “intacto o princípio de que todo delito pressupõe a lesão de um bem jurídico, seu núcleo deixou de possuir sentido por si mesmo”. Na medida em que se trabalha com valores, resta obstada “a análise do delito como efetiva perturbação danosa da vida social”, o que “acaba levando à criação de catálogos axiológicos, deixando-se de ver a necessária ofensividade do comportamento delitivo concreto”.²²⁷

O receio é o de que, com a substituição da noção de bem enquanto algo de concreto existente no mundo empírico pela de valor, a exigência de lesão seria conduzida por um caminho de abstração e inverificabilidade. Isso supostamente flexibilizaria as barreiras para a entrada de um “Direito Penal do ânimo”, em que se censura a pessoa a partir de concepções e atitudes meramente internas ou se pune a mera “infidelidade” a valores que são circunstancialmente predominantes e sacralizados pelos representantes políticos sem critérios muito claros. A tutela penal de valores, de fato, provoca suas suspeitas e desconfianças, e não sem razão. No item 6.5.3.2, no entanto, demonstraremos como ela pode ser perfeitamente compatibilizada com o Direito Penal de um Estado democrático de Direito.

É chegado o contexto histórico em que vigora o regime nacional-socialista na Alemanha. A dogmática penal sofreu impactos de todas as ordens e em praticamente todas as áreas. “No

²²⁶ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3.ed.rev.ampl. Belo Horizonte: 2003, p. 190.

²²⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 108.

período nacional-socialista, não era a teoria do bem jurídico que estava em primeiro plano, mas sim a teoria do delito como violação do dever, e, na verdade, do dever em face do povo, da comunidade, e não em face de outras pessoas lesadas”.²²⁸ Mesmo quando se falava em bem jurídico, era indisfarçável sua impregnação pelo autoritarismo. O estupro não violava a liberdade sexual, mas a moralidade pública e os bons costumes, por exemplo. A partir de certa altura, até essa referência deformada foi abandonada, e a pena “não funcionava como prevenção nem era vingança, mas simples segregação daqueles que atacavam a integridade do povo alemão”. Por isso se puniam criminalmente, sem compromisso com qualquer possibilidade de fundamentação, as relações sexuais entre arianos e não arianos.²²⁹

Evidentemente, a manipulação da noção de bem jurídico, tornando-o um objeto ajustado à ideologia e aos propósitos do nazismo, ou mesmo sua completa negação, eram providências esperáveis de alguns autores. Assistiu-se um combate entre duas linhas de pensamento.

A Escola de Marburgo sustentava a importância da manutenção do conceito de bem jurídico, embora sugerisse sua total reformulação a partir do abandono das cores liberais e supostamente individualistas em favor de uma orientação para o público, o coletivo e o estatal. A condição da persistência do bem jurídico como categoria dogmática era seu esvaziamento e a perda completa do potencial crítico ou de limitação. Nenhuma conduta proibida subsistiria sem um bem “fabricado” sob encomenda, para o fim da legitimação, ainda que fosse “a manutenção do respeito, pelo menos externamente, ao ‘soberano’”.²³⁰ Chegou-se ao cúmulo de posicionar “a pureza da raça alemã” como bem jurídico merecedor da tutela penal.²³¹

De outro lado, a Escola de Kiel não poupou esforços no sentido de banir o bem jurídico, para eliminar de vez a possibilidade de se colocar sob suspeita a legitimidade das normas penais a partir de qualquer critério material. A partir da ressurreição de categorias autoritárias como a mera “violação do dever”, “a função da norma não seria mais apenas preservar determinados bens materiais, mas impulsionar a nova moralidade nacional-socialista, por meio da repressão

²²⁸ JAKOBS, Günther. **Proteção de bens jurídicos?** Sobre a legitimação do Direito Penal. Trad. Pablo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 49.

²²⁹ PELARIN, Evandro. **Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização.** São Paulo: IBCCrim, 2018, p. 74-75.

²³⁰ JAKOBS, Günther. **Proteção de bens jurídicos?** Sobre a legitimação do Direito Penal. Trad. Pablo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 50-51.

²³¹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal.** São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 113.

dos sintomas da vontade infiel”. Crime não pressupõe lesão, mas, somente, “a manifestação da vontade rebelde” ou a “violação do dever de fidelidade ao Estado ético, personalizado no Führer”.²³² A partir daí se podem punir todos os tipos de comportamentos indesejados pelos detentores do poder, desde os mais inócuos ou inofensivos até aqueles que, embora socialmente construtivos, desagradassem a cúpula, como as atitudes críticas ou desprestigiadoras da ideologia nazista. O ponto máximo do autoritarismo se alcança quando, eliminadas todas as referências materiais ou indagações acerca da legitimidade, “não existem mais limites à intervenção do Estado no Direito penal do que a simples vontade do ditador”.²³³

É claro que, nessas condições extremas, desaparecem em absoluto os princípios e as condições de racionalidade mais basilares de qualquer sistema penal minimamente dogmatizado. Chegou-se a um ponto, na Alemanha nazista, em que nem mesmo o princípio da legalidade penal, em seu aspecto puramente formal, se fazia valer. Uma Lei vigente a partir de 28 de junho de 1935 estabelecia a regularidade da analogia *in malam partem* como *standard* judicial ou interpretativo. Seria castigado todo aquele que houvesse praticado uma ação que a lei considerasse punível “ou que merecesse punição segundo os princípios fundamentais da lei penal e o **são sentimento do povo**”.²³⁴ Ferem-se as vertentes da *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* (pela analogia criminalizadora) e da *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* (pela absoluta ausência de definição possível para a expressão “sadio sentimento do povo”). Um Estado sem legalidade penal é, em síntese, um agente terrorista imbuído do poder punitivo irrestrito.

Trata-se de um período de verdadeira descontinuidade na busca de referências materiais limitadoras do poder punitivo. De um lado, sugere-se o puro e simples abandono da noção de bem jurídico, diretamente substituído pela vontade do Führer. De outro, apesar de se defender a permanência do constructo, ele é inteiramente despojado de seu conteúdo material e empírico. Ele é instrumentalizado a partir dos ideais nacional-socialistas. Esse constructo eminentemente liberal foi deformado a ponto de servir como elemento de legitimação de toda e qualquer decisão de criminalizar, por mais invasiva e absurda que fosse. Dá-se uma “fabricação” de bens jurídicos legitimadores ideologizada segundo os destrutivos propósitos nazistas. Não é preciso dizer mais

²³² BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico supraindividual**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 55-56.

²³³ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal democrático**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 48.

²³⁴ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 111. Grifo nosso.

sobre um período em que o Direito Penal involui para o papel de instrumento de terror, e isso com todo um suporte dogmático.

Esse uso pernicioso do bem jurídico aconteceu, em parte, porque de Beccaria ao pós-nazismo, não surgiu um conceito que pudesse ser usado em sentido verdadeiramente crítico. Verdade seja dita, no entanto, com ou sem um bom conceito de bem jurídico o fato é que o nazismo imporia suas normas penais terroristas da mesma forma. Mas não deixa de ser desalentador, para os que anseiam por uma teoria crítica do bem jurídico, reconhecer que esse conceito pode ser usado em sentido diametralmente oposto àquele para o qual foi cunhado.

Crítica do "período clássico" das teorias do bem jurídico

O mais básico exame retórico-analítico do período clássico revela a falha estrondosa da busca de um conceito material de crime com apoio no bem jurídico. De constructo liberal bem-intencionado e referência material do delito, o bem jurídico passou a instrumento de validação do terror estatal, o que expõe, mais do que uma utilidade escassa, uma dose de perigo ineliminável na adoção dessa categoria. Por isso, Roxin²³⁵ bem observou que nenhuma das construções históricas (“clássicas”) do bem jurídico serviu como fundamento para uma teoria limitativa das intervenções penais.

3.2. Hans Welzel e os valores ético-sociais

A passada seguinte no sinuoso caminho percorrido em busca de uma referência material para as normas penais incriminadoras, como era de se esperar, também se concilia com o momento histórico do pós-segunda guerra. É preciso lembrar, como fizemos no capítulo anterior, que a superação das agruras da primeira metade do século passado conduziu a uma reformulação geral do Direito europeu, e seus efeitos se espalharam mundo afora.

São tônicas do período o reforço dos ideais humanistas, a consagração axiológica da dignidade da pessoa humana, a adoção de modelos políticos democráticos participativos e, enfim, a valorização de princípios liberais a funcionarem como filtros de legitimidade das regras jurídicas.

²³⁵ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 181.

Não somente a dogmática, mas a própria práxis jurídica passa a ser permeada por pressupostos filosóficos e morais voltados a propiciar correções éticas e de justiça em todas as normas de Direito. Temos o que se pode considerar como um novo giro jusnaturalista.

Há, a essa altura, uma característica marcante para a(s) teoria(s) do bem jurídico, pelo menos se levarmos em conta o surgimento do embrião da “teoria do bem jurídico”, com Beccaria e Feuerbach: esse percurso foi deflagrado por uma mentalidade liberal. Especialmente após os horrores legalmente amparados da Segunda Guerra, conhecidos muito mais de perto por vários autores alemães, acentuou-se a busca por um mecanismo (infalível?) de contenção do poder punitivo estatal. O que é, ou o que pode ser, o objeto de proteção da norma? O que é o “bem jurídico” e como esse conceito pode impedir criminalizações abusivas?

Logo no início desse período desponta a posição de Hans Welzel, que não representa, propriamente, uma continuidade para a(s) teoria(s) do bem jurídico, embora certamente seja o resultado da mesma busca por uma referência material para os tipos penais incriminadores. Por conta disso, em praticamente todas as obras em que se tratar do tema “bem jurídico”, serão encontradas linhas destinadas a apresentar a ideia de Welzel. Ele, de fato, afirmou que o Direito Penal “quer proteger antes de mais nada determinados bens vitais da comunidade (valores materiais), como por exemplo, a integridade do Estado, a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc. (os chamados bens jurídicos)”, o que poderia indicar um tradicional alinhamento com os defensores da teoria do bem jurídico. Ocorre, porém, que ele, mais adiante, tece minúcias, explicando que

Sem embargo, a missão primária do Direito Penal não é a proteção atual de bens jurídicos, isto é, a proteção da pessoa individual, de sua propriedade, etc. Pois, quando entra efetivamente em ação, em geral já é demasiadamente tarde. Mais essencial que a proteção de determinados bens jurídicos concretos é a missão de assegurar a real vigência (observância) dos valores da consciência jurídica; eles constituem o fundamento mais sólido que sustenta o Estado e a sociedade. A mera proteção de bens jurídicos tem só um fim preventivo, de caráter policial e negativo. Pelo contrário, a missão mais profunda do Direito Penal é de natureza ético-social e de caráter positivo. Ao proscrever e castigar a inobservância efetiva dos valores fundamentais da consciência jurídica, revela, da forma mais concludente à disposição do Estado, a vigência inquebrantável desses valores positivos, enquanto dá forma ao juízo ético-social dos cidadãos e fortalece sua consciência de permanente fidelidade jurídica.²³⁶

²³⁶ WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán**. Trad. Juan Bustos-Ramírez *et al.* 4.ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 2-3. Tradução nossa. No Brasil, uma posição semelhante à de Welzel, e claramente nela inspirada, é a de Francisco de Assis Toledo: "bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões

Welzel é criticado, principalmente, por três razões. A primeira é: quando se fala de valores, em detrimento de bens, abre-se espaço para uma temida “espiritualização” do conteúdo material do delito. Observa-se que valores, pertencentes ao campo axiológico, podem designar preferências, escolhas.²³⁷ Como não necessariamente encontram correspondências em elementos do mundo empírico, proteger valores via punição pode representar a criminalização de condutas inócuas, inofensivas, conduzindo à configuração de delitos sem lesão. O que se castiga, teoricamente, pode ser um mero desvio comportamental, independentemente da percepção de prejuízo para qualquer interesse real das pessoas ou da sociedade.

Pode-se dizer que essa crítica é, na melhor das hipóteses, parcialmente correta. Para começar, porque ela parte da premissa simplista de que valores não podem ser objeto de lesão, e, conforme demonstraremos no item 6.5.3.2, eles são passíveis de **violação**.

O segundo defeito dessa crítica é que ela enxerga um fantasma: vê diferença, em termos de concretude e demonstrabilidade da lesão, entre bens jurídicos altamente abstratos e valores. Essa diferença simplesmente não existe. A mesma “artificialidade” que se quiser enxergar na violação de valores, haverá de ser enxergada na lesão a bens altamente abstratos, como “fé pública”. Chamar a fé pública de bem ou de valor não altera em nada o elevado nível de abstração a que se tem que chegar para que se demonstre a existência de uma lesão ou de um perigo concreto.

Por fim, quando se identifica o bem jurídico com o valor, de fato, opera-se uma abstração tal que o próprio conceito de “bem”, enquanto objeto pertencente ao plano empírico, se desfaz. Daí falar-se em “espiritualização”. Mas em que ponto estaria o terceiro desacerto da crítica?

Welzel não promove uma “espiritualização do bem jurídico”. Espiritualização ocorre quando se apontam como objetos de proteção itens como a “fé pública” ou a “paz pública”, e se lança sobre eles o rótulo de “bens jurídicos”. O que Welzel faz, bem diferente disso, é afastar a missão da tutela dos bens jurídicos do cerne do Direito Penal, colocando-a em segundo plano, e alçando ao

efetivas”. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

²³⁷ Essa é a principal crítica de Jürgen Habermas à posição de Robert Alexy, plasmada em um conhecido debate que rendeu belos escritos científicos de ambos os lados. Uma síntese das críticas, com as respectivas respostas, estão disponíveis em ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3.ed. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 108-116.

posto de tarefa principal a proteção dos valores ético-sociais. A rigor, então, o que se tem, na doutrina de Welzel, é a **substituição** do bem jurídico pelo valor. Isso pode até ser criticado, mas sob outro viés e por outras razões. Talvez por isso, conforme pontuamos na abertura do presente item, os escritos de Welzel sequer devam ser incluídos entre os que compõem as teorias do bem jurídico. Sua contribuição pode representar não uma continuidade, mas uma ruptura com essa ideia.

A segunda crítica frequente diz respeito a uma suposta pretensão de controle do pensamento. Se a ideia é a de inculcar valores, levando os destinatários das normas a assimilar a positividade de certos padrões éticos e a negatividade de outros, os efeitos perseguidos pela pena se assemelhariam aos de uma lavagem cerebral. Isso seria inadmissível, na medida em que importa ao Direito o controle comportamental, e não o controle do pensamento. Moldar padrões éticos individuais à semelhança dos *standards* coletivos eleitos pode representar uma invasão absurda na intimidade, pois, desde que a pessoa se abstenha de praticar comportamentos geradores de lesões, pouco importa o que vai em sua mente ou seu coração. Se ela não incorre em transgressão, está fora do alcance das normas penais, por maior que seja a inversão de valores que traga consigo, em comparação com os padrões sociais juridificados.

Realmente, não compete ao Direito, tampouco ao Direito Penal, em específico, doutrinar as pessoas de modo a fazê-las abraçar determinadas convicções éticas. Isso pertence a um espaço existencial inviolável. E, na prática, independentemente do que sinta ou pense o indivíduo, ele só passa a estar na mira do Estado, e da intervenção penal, se causar um dano ou perigo. Isso, por si, já revela que os valores ético-sociais carregados pelo agente são irrelevantes. Se um homem muito misógino trata bem as mulheres por comodidade ou medo da sanção, está fora do campo de ação do Direito Penal. Em contrapartida, a pessoa com o histórico mais gentil e cavalheiresco do mundo, se agredir injustificadamente uma mulher, haverá de ser punida, sendo irrelevante a positividade ética de suas convicções. Se o misantropo que se contém escapa do Direito Penal, mas o filantropo que irrompe em agressão a ele se sujeita, o que importa é a exteriorização, ou, melhor, a produção de um prejuízo para algo ou alguém existente no mundo empírico.

Do mesmo jeito que Welzel pondera que, com a missão de proteger bens jurídicos, o Direito Penal estará fadado ao eterno fracasso, pois sua aplicação se dá sempre tardiamente (após a lesão), pode-se afirmar que, se sua tarefa for a de inculcar valores ético-sociais na psique das

pessoas, seus resultados serão peremptoriamente inverificáveis. A maior parte da sociedade pode estar se contendo e evitando comportamentos danosos por medo da punição, o que levaria a um estado de coisas bastante produtivo e altamente desejável, ainda que, em seu íntimo, todos nutrissem o maior desprezo pelos valores que se cristalizaram nas normas. A missão do Direito Penal estaria sendo estranhamente descumprida, a despeito dos excelentes resultados práticos observados para a convivência interpessoal.

Essa “lavagem cerebral”, no entanto, jamais parece ter sido o objetivo de Welzel, que nunca insinuou uma punição da cogitação, do pensamento ou do *animus* que se pudesse processar sem a evidente materialização de uma conduta (ação ou omissão) danosa ou perigosa para os objetos jurídicos a que se referem os valores. Não há crime na declaração da intenção de matar, mas, apenas, na execução de uma conduta capaz de tirar a vida de alguém. Essa exigência, um tanto óbvia, de dano ou de perigo, jamais foi suavizada. O que Welzel fez foi afirmar que essa proteção do bem contra os ataques é, apenas, um fim auxiliar, imediato, posicionado como condição para o alcance do fim último e principal, que é a sedimentação dos valores ético-sociais. Por isso, Roxin²³⁸ pondera que frequentemente, e sem razão, condena-se a concepção de Welzel sob a acusação de que ela “se distancia do Direito penal do fato e conduz a um Direito penal da atitude interna”. Realmente, Welzel “não pretende impor quaisquer atitudes internas ‘positivas’ por meio do Direito penal, senão somente o respeito dos bens jurídicos protegidos no Código Penal e o reconhecimento das normas”. O problema do sistema de Welzel, a seu ver, é outro: ele confundiria meios e fins. O respeito à vida e à propriedade não são fins perseguidos em si mesmos, mas exatamente os meios para que se evitem as lesões aos bens jurídicos, que é o que interessa.

É possível que a falha de Welzel se deva não a uma pretensão subterrânea de deixar frestas para a entrada espúria de ideologias no Direito Penal²³⁹, mas, ao contrário, à ingenuidade da posição ontológica de onde partem suas falas. Por acreditar que há uma verdade eterna e imutável sobre os valores, o penalista de Bonn tentou substituir aquilo que seria uma missão mais “destrutiva”

²³⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Fundamentos: La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón-Peña *et alii*. Madri: Civitas, 1997, p. 69. “[...] se aparta del Derecho penal del hecho y conduce a un Derecho penal de la actitud interna”; [...] Welzel no pretende imponer cualesquiera actitudes internas ‘positivas’ por medio del Derecho penal, sino sólo el respeto de los bienes jurídicos protegidos en el Código Penal y el reconocimiento de las normas”. Tradução nossa.

²³⁹ Contrariando algumas críticas, Roxin expressamente se refere à doutrina da ação finalista, por exemplo, como uma teoria “ideologicamente neutra”. ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.57.

ou "demolidora" do Direito Penal, que é a resposta punitiva diante da violação de bens, por uma outra aparentemente mais "construtiva", que seria ligada à pedagogia dos valores e à profilaxia.

A terceira crítica que se esgrime contra Welzel refere-se à possibilidade de seu sistema, por centrar a fundamentação da intervenção em valores, permitir uma "ideologização" do Direito Penal. Presenciara-se, há pouco, o escancarado uso nazista do Direito Penal com o fim de inculcar os mais nefastos valores. Tutelaram-se, no período, objetos como "a pureza da raça alemã" e "o sadio sentimento do povo", e o receio de que uma ideologização perversa pudesse voltar a dominar o sistema penal não era infundado.

"Ideologização do Direito Penal" e "tutela penal de valores" são dois tópicos muito mais complexos do que parecem. Para evitar repetições, faremos aqui algumas afirmações que se encontram melhor detalhadas em outros pontos do trabalho. Sobre a relação indissociável entre a moral e o Direito, assim como sobre uma impossível depuração absoluta das ideologias, *vide* itens 2.6 e 6.2.2.

Toda norma jurídica que tenha a pretensão de controlar comportamentos é fruto de uma escolha moral que se quis consagrar como padrão comportamental desejável. Pode-se dizer que o Direito é, em pouca palavras, ética "juridificada" (procedimentalizada). Todas as decisões políticas que culminam com a edição de leis penais partem de referências morais e estão, irremediavelmente, impregnadas de ideologia. Essa preocupação com a "ideologização" ou com a "moralização" do Direito Penal é, portanto, até mesmo ilógica. Ela deve converter-se, em melhor análise, em uma preocupação com a dominação desse ramo do ordenamento **por uma certa** ideologia ou moral que se considere espúria ou nefasta. E mais: que se considere "espúria" ou "nefasta" **segundo nosso código preferencial** de valores liberais, nosso "relato vencedor" antropocêntrico, que não é, necessariamente, a pura expressão atemporal e imutável do bom, do belo e do justo.

Absolutamente nenhuma segurança se ganha, no que tange a essa preocupação com a "ideologização", quando se condena a tutela penal de valores em favor de uma proteção penal dos bens jurídicos. A seleção dos bens jurídicos que serão tutelados e a forma de se realizar essa tutela partirão das mesmas bases morais e terão os mesmos lastros ideológicos. Dê-se, então, o nome de bem jurídico ou de valor à "pureza da raça alemã". Tanto faz. Na medida em que ela se torne objeto de proteção, os prejuízos para a humanidade estarão à espreita. E isso não se impede

com um rótulo, uma mera designação, mas apenas com normas de Direito constitucional e maturidade política.

A dominação do Direito Penal pela perversa ideologia nazista se deu por uma razão muito simples, e ela não tem nenhuma relação com a tutela de valores, ao invés de bens: todo o sistema jurídico esteve prostrado diante dos ideais nacional-socialistas e entregue à cúpula do partido, sem qualquer possibilidade de controle de conteúdo. Em um contexto assim, não importa se a doutrina e a jurisprudência firmaram a posição de que a missão do Direito Penal é a “tutela exclusiva dos bens jurídicos mais relevantes”. Todos os discursos políticos e mecanismos jurídicos serão empregados para apagar essa ideia, com violência, ou para burlá-la, mediante engodos e dissimulações. O que queremos dizer é que proscrever a tutela penal de valores definitivamente não é suficiente para prevenir que ele seja usado para realizar as mais destrutivas perseguições e opressões calcadas nas mais nefastas ideologias.

A norma penal é, irremediavelmente, a expressão de uma ideologia vencedora no campo das disputas e dissidências políticas, e a única forma de depuração que se pode conceber se dá a partir da axiologia e da principiologia da ordem constitucional e do Estado democrático de Direito, que serão incompatíveis com normas preconceituosas ou que reduzam inutilmente os espaços de liberdade dos cidadãos.

No item 6.5.3.2 trataremos de demonstrar que uma tutela penal (excepcional) de valores é perfeitamente compatível com o Estado democrático de Direito, desde que esses objetos de proteção se identifiquem, com clareza, com os valores fundamentais desse modelo político-ideológico.

Crítica à tutela de valores ético-sociais ontológicos, de Hans Welzel

O que compromete a visão de Welzel, segundo entendemos, é seu apego ontológico e sua posição filosófica altamente dogmática. Durante todo o primeiro capítulo, expusemos desvantagens da adoção de posturas dogmáticas, seja no campo da gnoseologia ou no da ética. A inexistência de valores objetivos e de verdades absolutas e imutáveis, especialmente na seara da ética, compromete de modo profundo o sistema de Welzel. Sim, porque o Direito Penal, por mais que esteja bem-intencionado (o que é altamente criticável a partir da observação empírica e do mais rápido contato com as ponderações da criminologia crítica), não consagrará “os valores corretos”

e “as verdades éticas definitivas”, pelo simples fato de que eles não existem. Ele sedimentará “alguns valores”, aqueles supostamente tidos como os mais adequados, e somente à luz de uma imensa constelação de circunstâncias e variáveis sempre aptas a se alterarem. Como retóricos, dissemos que valores são construções, produtos, mas, para Welzel, ontólogo (e discípulo de Nicolai Hartmann), eles são dados da natureza que serão captados. Ainda que fosse assim, seria irretorquível a análise de Juarez Tavares: se, no processo desse suposto “descobrimento” dos valores ético-sociais, que ocorre de modo metodologicamente obscuro, houver um erro intuitivo ou um mau uso político, o Direito Penal se transformará num instrumento ideológico extremamente perigoso.

Basta que se imprimam aos valores ético-sociais conteúdos semelhantes ao sadio sentimento do povo, ou à consciência coletiva, ou à vontade geral da nação, ou à moralidade pública, para que se instaure um regime de terror, sem fronteiras e ontologicamente legitimado.²⁴⁰

A preocupação é muito razoável. Se, segundo afirmamos acima, o Direito Penal nunca estará livre de uma impregnação ideológica e da possibilidade de uso perverso, é imensamente mais perigoso que isso se dê com um pretense apoio ontológico e a partir de uma ordem objetiva de valores imutáveis e inquestionáveis.

De qualquer modo, levando em conta a trajetória da busca por uma referência material para o delito, a tese de Welzel representaria uma contribuição, um avanço. Ela “conseguiu, com sucesso, aproximar a dogmática penal da realidade” e trouxe valiosas contribuições como “o descobrimento do desvalor da ação enquanto um elemento constitutivo do injusto penal”.²⁴¹ Quanto ao potencial crítico e a capacidade de limitar concretamente a atuação do legislador, no entanto, os resultados são modestos, principalmente em razão da indeterminação conceitual dos valores ético-sociais e da impossibilidade de que se estabeleça um rol seguro daqueles que seriam legitimamente tuteláveis pelo Direito Penal. Esse quadro, no entanto, não se alteraria se o foco da tutela fosse deslocado para o bem jurídico.

²⁴⁰ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3.ed.rev.ampl. Belo Horizonte: 2003, p. 194.

²⁴¹ Afirmações, respectivamente, extraídas de ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 27; ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 59.

3.3. Winfried Hassemer e o bem jurídico pessoal

Winfried Hassemer²⁴² parece ser um dos penalistas mais fiéis às raízes liberais da teoria do bem jurídico. Em sua concepção, todas as medidas penais de um Estado de Direito somente se sustentam a partir da noção do contrato social e dos ideais iluministas, que afirmaram a igualdade entre as pessoas e explicitaram o potencial que as intervenções têm de ferir os direitos humanos.

Fixada como premissa iluminista a máxima liberdade individual possível, somente é legítima a sua limitação a partir do reconhecimento da igualdade, ou seja, da percepção de que a liberdade de uma pessoa se esgota nas fronteiras que demarcam as liberdades dos seus semelhantes. É por isso que uma intervenção penal, que sempre traduz uma limitação severa da liberdade (seja retirando do campo das possibilidades de condutas lícitas determinadas ações ou omissões, já a partir da criminalização, seja pela imposição de uma pena, após a transgressão da norma instituída), somente se justifica quando restar caracterizado o prejuízo causado por uma pessoa aos direitos e liberdades de outra. Em toda criminalização em que não se comprove uma lesão a algo importante para a existência ou o desenvolvimento de outra pessoa, temos uma intervenção inútil na liberdade humana, sem que o Estado se ocupe de justificar com qual fim legítimo a leva adiante. Ou, bem mais sinteticamente, “uma proibição de uma conduta sob ameaça penal que não pudesse se remeter a um bem jurídico seria terror estatal”.²⁴³

Então, a norma penal deve ter um objeto de proteção. Um objeto específico, passível de definição e delimitação, que é a pedra angular de um Direito Penal racional e o suporte de um conceito material de crime, devendo funcionar como “parâmetro negativo e crítico da lei”, a limitar as decisões de criminalização do legislador àqueles casos em que se verifique que a conduta a ser tipificada traduz uma lesão ou um perigo para o “bem jurídico”. Esse elemento precisa ser devidamente conceituado para que possa exercer a contento a missão que lhe foi assinalada: realizar a crítica do sistema e servir como barreira de contenção para os abusos do poder punitivo

²⁴² HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política**. Trad. Adriana Meirelles *et alii*. Porto Alegre: Antonio Sergio Fabris, 2008, p. 37. Mais considerações do autor sobre a importância do contrato social como elemento de legitimação das intervenções estatais em HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Trad. Pablo R. Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 334.

²⁴³ HASSEMER, Winfried. Pueden haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? Trad. Rafael Alcácer Guirao *et alii*. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 99. " [...] una prohibición de una conducta bajo amenaza penal que no pudiera remitirse a un bien jurídico sería terror de Estado." Tradução nossa.

estatal. O problema é que essa tarefa, da conceituação do bem jurídico de modo a torná-lo criticamente útil, é uma promessa não cumprida por parte das teorias.²⁴⁴ Essa pendência, demonstrada pela imprecisão e pelo alto grau de divergência, é a causa da ineficiência da maior parte delas.²⁴⁵

Tudo indica que o rendimento crítico das teorias é atormentado por dois adversários: “o interesse político-criminal numa criminalização abrangente” e o “interesse acadêmico em empregar o conceito de bem jurídico não para criticar, e sim para sistematizar” (aludindo ao virtual consenso de que o bem jurídico é o ponto de apoio da interpretação teleológica das normas penais). No fim, acaba-se percebendo o seguinte: em vez de se buscar um conceito fechado, potencialmente crítico, há certa preferência pela ampliação do conceito de modo a abranger algumas normas que, se ele fosse efetivamente rigoroso, seriam fatalmente deixadas de fora. Feuerbach se permitiu essa concessão, ao admitir as “infrações de polícia” (algo como “crimes em sentido amplo”, ou, mais proximamente à nossa realidade, contravenções penais). Birnbaum também, ao aceitar decisões político-criminais baseadas em sentimentos sociais importantes captados pelo legislador. Essa tendência ainda existe, e vem se agravando.²⁴⁶

Por sua firme vinculação com a gênese antropocêntrica e iluminista dessa busca pela referência material das normas incriminadoras, o foco de Hassemer é posicionado sobre os bens pessoais, ou seja, de natureza individual. Mas, segundo ele, chegamos a um ponto de distanciamento das raízes iluministas da teoria em que os bens jurídicos “universais” (coletivos), geralmente definidos de modo muito vago, passam a constituir a maioria dos objetos de tutela penal. Bens jurídicos dessa estirpe, ligados ao bom funcionamento da Justiça, à saúde do mercado financeiro, à confiabilidade dos documentos e da moeda, são sempre defensáveis, mas reduzem demais o potencial crítico da própria noção de “bem” enquanto elemento de legitimação da criminalização.

²⁴⁴ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política.** Trad. Adriana Meirelles *et alii*. Porto Alegre: Antonio Sergio Fabris, 2008, p. 223.

²⁴⁵ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 19.

²⁴⁶ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal: fundamentos, estrutura, política.** Trad. Adriana Meirelles *et alii*. Porto Alegre: Antonio Sergio Fabris, 2008, p. 223-224.

Hassemer²⁴⁷ expressamente reconhece que “também os bens jurídicos universais são ‘bens jurídicos’ em sentido penal”. Mas adverte: “esses bens jurídicos universais devem funcionalizar-se partindo da pessoa”. A pessoa é o prumo da solução do penalista para a questão da verificação da legitimidade das normas penais incriminadoras.

Esse é, portanto, o elemento mais característico da contribuição de Hassemer: uma criminalização é aceitável diante da demonstração de sua importância para a defesa, ainda que indireta, das pessoas. Não se protegem instituições, funções estatais, hipostasias ou ficções jurídicas (como saúde pública ou economia popular) por si mesmas, como objetos autônomos, mas apenas na medida em que sirvam às pessoas. O Estado e todas as suas funções servem às pessoas, e não o contrário. Assim, embora o Direito Penal deva assimilar as novidades da vida moderna, ajustando-se para contemplar o desenvolvimento das estruturas sociais e os novos problemas identificados, ele não deve se desvincular do foco de **proteção da pessoa**. Afinal, sociedade e Estado devem ser estruturados a partir do indivíduo. A proteção de instituições e de bens coletivos somente tem lugar se ela for “condição da possibilidade de proteção de pessoas humanas”. Uma teoria personalista não recusa tutela a bens coletivos, mas exige uma especial legitimação e impõe “excepcionais imperativos de moderação”. Pois os bens jurídicos coletivos, além de poderem ser mais facilmente “fabricados”, estão mais suscetíveis a “ideologizações” consideradas espúrias. Muitos deles se baseiam em visões de mundo sobre o certo e o errado para vidas produtivas e saudáveis. “Uma teoria pessoal do bem jurídico é mais cética”. Por isso, alerta o penalista, quem aceita com facilidade a tutela dos bens jurídicos coletivos pode acabar acatando o Direito Penal como método adequado para otimizar todas as áreas das relações humanas e das instituições sociais, promovendo-o de *ultima ratio* a *prima ratio* ou até mesmo a *sola ratio legis*.²⁴⁸

O “personalismo” de Hassemer é frequentemente associado a “individualismo”, em uma crítica que não parece muito exata. Segundo Stratenwerth²⁴⁹, tanto o *harm principle* quanto a teoria

²⁴⁷ HASSEMER, Winfried. Pueden haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? Trad. Rafael Alcácer Guirao *et alii*. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 92. “[...] también los bienes jurídicos universales son ‘bienes jurídicos’ en sentido penal; sin embargo, esos bienes jurídicos universales deben funcionalizarse partiendo de la persona.” Tradução nossa.

²⁴⁸ HASSEMER, Winfried. **Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico**. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 21-23.

²⁴⁹ STRATENWERTH, Günther. *La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos*. Trad. Rafael Alcácer Guirao *et alii*. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del**

pessoal do bem jurídico trabalham com um conceito de pessoa importante apenas para si mesma, fechada em seu próprio bem-estar.

Jakobs²⁵⁰ também tece algumas censuras. Segundo ele, é inaceitável que a sociedade e o Estado sejam funcionalizados a partir da pessoa. O correto seria, exatamente, o oposto disso, na medida em que “os sujeitos, caracterizados como pessoas de direito, não nascem como tais, mas sim obtêm seu status no decorrer do processo de socialização, isto é, na sociedade”. É evidente, como veremos pouco adiante, que a posição de Jakobs é decorrente de seu normativismo extremado e seu funcionalismo sistêmico, que submete o próprio conceito de pessoa ao desempenho de um “papel social” que contribua para a manutenção das expectativas normativas. Mas outros autores, menos radicais, tecem críticas ao entendimento de Hassemer (e de Roxin, que o acompanha em boa parte das posições).

Amelung, por exemplo, fala contra a ideia de que somente se possam proteger bens que tenham comprovada importância (ainda que indireta) para as pessoas, e vai mais além, questionando, inclusive, a premissa de que os bens pessoais prevalecem, sempre, sobre os coletivos. Para tanto, apoia-se, principalmente, nas constatações empíricas, citando diversas tipificações (como maus tratos contra animais) em que não se consegue observar dano ou perigo para pessoas de carne e osso. Ele entende exagerada a exigência de que, por trás de todas e cada uma das normas, haja uma “referência específica ao bem jurídico matriz e superior que seria a ‘pessoa’”, arrematando, com apoio na prática, ao dizer que “se não se pode exigir do Direito Penal que ele proteja unicamente bens com um conteúdo especificamente personalista, então o personalismo não serve para fixar limites ao legislador”.²⁵¹

Não se pode desprezar, porém, que Hassemer atenta para a exigência de uma dupla dimensão para o que se possa considerar como um comportamento criminalizável – pessoa e social.²⁵² Não é certo, então, que despreze bens ou interesses coletivos, ou que os rebaixe à condição de

bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2016, p.361.

²⁵⁰ JAKOBS, Günther. **Proteção de bens jurídicos?** Sobre a legitimação do Direito Penal. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 61.

²⁵¹ AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 130.

²⁵² HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal.** Trad. Pablo R. Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 57.

escravos do indivíduo. Sua preocupação é com a completa perda do referencial liberal, que deve formar a base das decisões de criminalizar.

Apesar disso, já se diz, hoje, que existe praticamente uma unanimidade de que uma teoria do bem jurídico, tal como pensada por Hassemer, será incapaz de limitar a atividade estatal de criminalizar. Para que seja crítica e tenha condições de impor limites, não poderá contar só com um bom conceito de bem jurídico, mas precisará de uma ajuda externa – como no caso dos princípios político-criminais.²⁵³

Hassemer ainda conta com muitos aliados de grande prestígio, concordes com os núcleos de sua teoria pessoa. Dentre eles, podem-se destacar Bernd Schünemann²⁵⁴ e Claus Roxin²⁵⁵, cujas posições são comentadas ainda nesse capítulo. Uma diferença, no entanto, é a de que, diferentemente com o que se passa com esses dois estudiosos, que cedem um pouco de espaço e abrem mão do rigor crítico do conceito de bem jurídico em prol de uma modernização do Direito Penal, Hassemer não recua um palmo sequer de sua posição. Não há crime sem ofensa a algo que seja crucial para a existência ou o desenvolvimento da pessoa.

É por isso que Seher²⁵⁶ observa que a concepção de Hassemer, considerada radical, possui inquestionável força crítico-limitadora da legislação penal. Mas é esse mesmo radicalismo que, segundo o autor, torna-a alvo de uma “avalanche de críticas”, por sua inadequação às modernas formas de delinquência e às necessidades características das complexas sociedades contemporâneas.

²⁵³ WOHLERS, Wolfgang. Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico. Trad. Rafael Alcácer Guirao *et alii*. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 393.

²⁵⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, especialmente pp. 31 e 37 em diante.

²⁵⁵ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 181.

²⁵⁶ SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. Trad. Rafael Alcácer Guirao *et alii*. IN: **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 70.

O pensamento de Winfried Hassemer encontra em Juarez Tavares não apenas um apoio, mas um verdadeiro desenvolvimento. Tavares, que expressamente se filia à concepção personalista de bem jurídico, acrescenta elementos consideravelmente inovadores à teoria do penalista de Frankfurt.

Inicia-se o percurso de modo semelhante: com a abordagem da exigência, ao lado das garantias da legalidade formal, de uma dimensão de “danosidade individual e social” para a conduta. Para o autor, um conceito material de injusto penal, segundo o autor, depende da existência de um bem jurídico e da demonstração da sua efetiva lesão ou colocação em risco.²⁵⁷

Ainda na linha de Hassemer, Tavares sustenta que só pode ser bem jurídico o que “possa ser reduzido a um ente próprio da pessoa humana”, pois o objeto de proteção das normas penais, é, sempre, a **pessoa**. Todo o ordenamento jurídico, todas as funções do Estado e todos os bens jurídicos selecionados giram em torno da pessoa e da promoção das condições existenciais a que ela faz jus em um contexto liberal-democrático. Qualquer interesse coletivo é, apenas, uma etapa (secundária) desse projeto. Um objetivo imediato, voltado à consecução de um fim ulterior. Sob essas lentes, a primeira providência sugerida pelo autor é o abandono da costumeira classificação dos bens jurídicos em individuais ou coletivos, devendo-se “trabalhar com a noção de bem jurídico como bem jurídico pessoal”.²⁵⁸

O primeiro traço de verdadeira originalidade das lições da Tavares está no redirecionamento da energia que se deve empregar na busca de um conceito de bem jurídico crítico-limitativo. O mais importante não é o perfeito arranjo das palavras na definição, por meio da seleção dos mais exatos e precisos signos – que, sabemos, nunca serão cem por cento indicativos e unívocos – mas a delimitação do “**jogo de linguagem**” (Wittgenstein). O valor do conceito de bem jurídico não está na soma das palavras, não se prende à sua logicidade, “mas, sim, ao contexto de garantia e de limitação de poder de um Estado democrático”.²⁵⁹

Talvez estejamos indo um pouco mais além do que ensinou o penalista, mas parece possível inferir que, qualquer que seja o conceito de bem jurídico a se elaborar, ele conterà falhas,

²⁵⁷ TAVAREZ, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3.ed.rev.atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 120; 198-199.

²⁵⁸ TAVAREZ, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3.ed.rev.atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 199; 216-217.

²⁵⁹ TAVAREZ, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3.ed.rev.atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 219-220.

aberturas, imprecisões, e não poderá, por si só, exercer o papel crítico-limitativo. A correção dessa irremediável imperfeição deve acontecer pela redução das lentes interpretativas àquelas especificamente fornecidas pelo contexto do Estado democrático de Direito.

O outro ponto de originalidade tem feição mais prática e, por isso mesmo, tem valor diferenciado. Tavares introduz, ao lado dos conceitos de “lesão” (como dano ou perigo concreto) e “bem jurídico”, a noção de “demonstrabilidade”. É uma contribuição especialmente interessante para o enfrentamento dos problemas da “espiritualização dos bens jurídicos”, ou daquilo que podemos chamar de sua “fabricação sob encomenda”, para uma rápida legitimação de tipos penais altamente questionáveis quanto a seu pretense objeto de proteção.

Só será caracterizado como bem jurídico aquilo que possa ser concretamente lesado ou posto em perigo, mas de tal modo que a afirmação dessa lesão ou desse perigo seja suscetível de contestação. [...] É preciso que esse valor apresente, ademais, substancialidade, de forma a fundamentar um procedimento de demonstração de que tenha sido lesado ou posto em perigo.²⁶⁰

Se levada a sério, a ideia colabora imensamente para as discussões em que estão envolvidos pontos sensíveis da legislação penal, tais como os crimes de perigo abstrato, a tutela de bens coletivos que só parecem ser afetados diante de acumulação de lesões e a proteção de sentimentos e preferências morais inofensivas.

Imagine-se a exigência da demonstração de que o agente que porta uma arma de fogo sem permissão, ou que dirige embriagado, cria perigo para a segurança pública ou para a segurança do trânsito. Do mesmo modo, a demonstração de que o porte de drogas para consumo pessoal põe em risco a saúde pública. Ou, ainda, a exigência de uma verificação concreta sobre se incitar publicamente à prática de crimes realmente atinge a paz pública, bem como sobre se a incitação à prática do racismo contribui para a específica deterioração de sentimentos e valores de igualdade que fundamentam nossa ordem democrática. O teste, para essas e para outras incriminações, é o mesmo: são aceitáveis na medida em que se possa exigir, do Estado-acusador, uma demonstração de prejuízo, e na medida em que se possa oportunizar para o acusado uma chance de refutação.

²⁶⁰ TAVAREZ, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3.ed.rev.atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 221.

Atualmente, nos crimes de perigo abstrato, todo o “devido processo legal” é uma encenação infantil. Não há o respeito aos princípios processuais penais da ampla defesa e do contraditório, já que a única tese defensiva que se oportuniza para o agente é a da negativa de autoria. Uma vez que se prove que a conduta foi praticada – que o agente dirigia embriagado, ou que trazia uma arma de fogo – deduz-se todo o restante da acusação e a instrução se torna um teatro. Subtrai-se do acusado o direito de demonstrar que sua punição é injusta, ou que não há motivos racionais para que ela seja levada adiante. Abre-se, conscientemente, margem para a imposição de penas para condutas inócuas, absolutamente inofensivas, empiricamente falando. Nos crimes de perigo abstrato, trabalha-se com uma presunção absoluta, inabalável e incontestável. Mais do que mera inversão do ônus da prova (já seria melhor), o que se tem é a eliminação do direito à prova.

A exigência da “demonstrabilidade” da lesão ou do perigo para o bem jurídico pode ser vista como um passo a mais na teoria pessoal do bem jurídico. Algo capaz de lhe conferir sobrevida, evitando-se os extremos do completo abandono, em nome da “modernização do Direito Penal”, ou da definitiva proscrição de alguns tipos de crimes de perigo ou cujo objeto de proteção da norma que os institui tem por sujeito passivo uma coletividade.

Santiago Mir Puig²⁶¹ trilha um caminho semelhante: ao Direito Penal do Estado social e democrático de Direito, “importam os interesses coletivos **na medida** em que condicionem a vida dos indivíduos. A razão é óbvia: trata-se de que o sistema social se ponha a serviço do indivíduo, não de que o indivíduo esteja a serviço do sistema”. Trata-se de algo próximo do que pensou Hassemer, com sua “funcionalização a partir da pessoa”. Mas Mir Puig contribui com uma sugestão mais concreta para a operacionalização do raciocínio. O caminho a se investigar é esse: a relevância penal de um interesse coletivo “exigirá a comprovação do dano que cause a cada indivíduo sua vulneração”.

E são dois, os filtros, em suas lições. Embora o autor não desenvolva categorias ou denominações, extrai-se um primeiro, que seria binário e se refere à existência, ou não, de um dano para cada indivíduo. E há um segundo, qualitativo, que indaga acerca do porte ou da profundidade desse dano, que não pode ser diluído a ponto de tornar-se ínfimo. Não importa,

²⁶¹ MIR PUIG, Santiago. **Estado, pena y delito**. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 91 e seguintes. “[...] más indiscutidos, los que han calado más hondo em la consciencia social y que han perdurado a lo largo de los siglos [...]”. “[...]importan los intereses colectivos **en la medida** en que condicionen la vida de los individuos. La razón es obvia: se trata de que el sistema social se ponga al servicio del individuo, no de que el individuo esté al servicio del sistema”. “[...]exigirá la comprobación del daño que cause a cada individuo su vulneración”. Tradução nossa.

abstratamente, a relevância do bem. O autor lembra que saúde pública é bem indiscutivelmente valioso, de primeira grandeza. Em tempos de COVID-19, em que todas as estruturas sociais, políticas e econômicas se curvaram diante da saúde pública, isso fica ainda mais claro. Mas nem por isso qualquer conduta que atinja a saúde pública merecerá repressão penal. É certo que a intensidade da lesão pode ser verificada por outras vias, como o princípio da ofensividade ou seu corolário, o da insignificância. Mas a proposta é de já recusar “dignidade penal” a certos tipos de lesão, conduzindo não à sua verificação posterior, pelo juiz, mas sim brecando a criminalização, já no plano legislativo.

Paulo César Busato²⁶², à semelhança de Claus Roxin, sustenta que a missão do Direito Penal é a de “proteger bens jurídicos de possíveis lesões ou perigos”. O autor alerta que as transformações pelas quais passa a sociedade conduzem à chegada de um “novo” Direito Penal, em que se protegem determinadas realidades que, há alguns anos, não se contavam entre os bens jurídicos. É exatamente por isso que é preciso que se faça um bom trabalho de delimitação do conceito de bem jurídico, pois, se não se precisam bem quais características ele deve ter para que se mostre merecedor da proteção penal, então, “dizer que a missão do Direito penal é a proteção de bens jurídicos não significa dizer muito”. Conquanto reconheça a importância da teoria do bem jurídico e a siga sustentando como a melhor opção disponível, é cético quanto ao seu suposto poder de delimitar aquilo que pode ser legitimamente criminalizável. Mas é viável que se proceda a uma “delimitação negativa”, ou seja, que se possa “excluir o que não pode interessar ao âmbito de proteção da norma penal”.

Busato não se prende à clássica disputa entre as correntes constitucionalistas e sociológicas do bem jurídico. Prefere, outrossim, recorrer à ideia mais recente que posiciona os direitos fundamentais como os objetos de proteção aceitáveis. Fiel à sua ideia de “delimitação negativa”, diz que somente pode ser digno de tutela penal o que contribuir para a promoção das “garantias de igualdade e liberdade cidadãs”. Opta, outrossim, pela versão personalista, no estilo de Hassemer, sustentando que a tutela do bem coletivo deve ocorrer “só na medida em que serve ao desenvolvimento pessoal do indivíduo”. E sua conclusão é enfática: “desde o ponto de vista penal, a primazia do interesse individual diante do coletivo é hoje mais importante que nunca”.

²⁶² BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito penal democrático**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 35; 39.

²⁶³ O autor visivelmente alude à expansão do Direito Penal e ao avanço do pensamento punitivista que corrói os direitos e garantias fundamentais, convertendo-os, de instrumentos de proteção da liberdade individual em meros mecanismos de impunidade. A aproximação do tema pela via dos direitos fundamentais confere maior concretude àquilo que pode ser objeto da tutela penal.

Juarez Cirino dos Santos²⁶⁴, sempre começando pela conhecida distinção entre objetivos reais e objetivos declarados do Direito Penal, característica da criminologia crítica, identifica os últimos com a proteção dos bens jurídicos, concebidos como “valores relevantes para a vida humana individual ou coletiva” que são selecionados por critérios político-criminais ditados pela Constituição. Os bens jurídicos desempenham duplice papel, destarte: identificando-se com o núcleo duro dos direitos fundamentais, que devem ser preservados, são os únicos objetos de proteção válidos para as normas penais. E, por isso mesmo, eles atuam no papel crítico-limitador tão apologizado pelas vertentes liberais clássicas das teorias do bem jurídico: são critérios de criminalização de que depende a legitimidade da intervenção penal. Por isso, conclui o penalista, com visão bastante restritiva, que restam excluídos do âmbito do criminalizável a mera “vontade de poder” (ligada à realidade de dominação socioeconômica dos países de realidade periférica), os “papéis sistêmicos” (ligados à noção de “papéis sociais” e seus deveres), o perigo abstrato e os interesses difusos que decorrem de “complexos funcionais” como a economia e o sistema tributário, por exemplo. A ênfase de Juarez Cirino na pessoa o deixa próximo de Hassemer e Roxin. Considerando seu rechaço dos tipos penais de perigo abstrato, revela-se uma maior afinidade com o primeiro.

Crítica à teoria personalista do bem jurídico, de Winfried Hassemer

A teoria de Hassemer, inteligente e sensível aos direitos fundamentais, contará com adesão cada vez menor dos estudiosos e, especialmente, dos legisladores e aplicadores da lei. Em uma época em que impera o pensamento punitivista e a visão do Direito Penal como *prima ratio legis*, concepções que restrinjam tanto a liberdade estatal de criminalizar não serão bem-vindas. E não se diga que a teoria se enfraquece, apenas, por seu “romantismo”. Ela tem algumas fragilidades que são facilmente denunciadas pelo mais breve recurso à práxis. A tese de Hassemer pode até

²⁶³ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito penal democrático**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 54; 59.

²⁶⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 8.ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 5; 17-18.

servir para fundamentar alguns danos (ou perigos concretos) ambientais mais severos, na medida em que eles certamente acabam interferido nos bens e direitos de pessoas de carne e osso. Também pode compreender a decisão de punir o juiz que, por ter recebido vantagem indevida, dá ganho de causa ao corruptor, em detrimento da parte adversária, concretamente prejudicada com a sentença. Até mesmo serve à justificação da punição do falso testemunho, quando ele conduzir à condenação de um inocente, por exemplo. Mas não se pode enxergar, na teoria personalista do bem jurídico de Hassemer, cobertura para criminalizações consagradas de modo muito estável, como a posse ilegal de armas de fogo. Menos, ainda, para os polêmicos maus tratos contra animais, ou, em específico, para a conduta do policial que deixa de multar um condutor infrator por haver sido subornado.

Hefendehl²⁶⁵ provoca, dizendo que as teorias pessoais escolhem adversários “pesos-leves”. São ótimas para crimes clássicos como homicídio, roubo, lesões corporais. Mas o rendimento não é o mesmo quando examinamos tipos mais polêmicos como maus tratos contra animais, vilipêndio a cadáver, “exibicionismo” (um tipo semelhante ao nosso “ato obsceno”, do art. 233, CP - e que, em nossa opinião, realmente configura uma criminalização ilegítima).

Exigir o dano, ou, pelo menos, o perigo concreto para algo efetivamente valioso para uma pessoa determinada, parece ser uma boa medida, em geral. Mas deixa impunes as condutas de portar um fuzil automático M27 pelas ruas da cidade. Quais são as pessoas de carne e osso, direta ou indiretamente, prejudicadas por esse comportamento? Quem são os reais sujeitos passivos das condutas de sonegar riquezas para o Fisco, fraudar a previdência social para recebimento de aposentadoria, dirigir perigosamente sob o efeito de álcool? Qual é o bem jurídico, e quem são seus titulares, nos crimes de tráfico de drogas e incitação ou apologia ao racismo? A solução que deixa fora do alcance do legislador todas essas criminalizações é corajosa, é bem-intencionada, mas não é muito realista.

É evidente que o penalista não supõe que as intervenções penais tenham que ser obstadas em todos os casos de lesão ou periclitção dos bens cuja importância da preservação tem uma abrangência coletiva. Ou, ainda, que tudo o que se puder subsumir à rubrica de “criminalidade contemporânea” deva ser extirpada dos domínios do Direito Penal. É exatamente nesse ponto

²⁶⁵ HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 58.

que se situa o maior dos desafios do Direito Penal dos nossos tempos: compatibilizar a modernização dos instrumentos de controle e intervenção com os direitos e garantias individuais que constituem a base filosófica do Estado de Direito.²⁶⁶

Entendemos que a teoria personalista fornece um formidável ponto de partida, ou, melhor, um proveitoso *set* de premissas. É impossível, no entanto, em nosso contexto social contemporâneo, adotá-la sem uma série de adaptações e desvinculada de medidas complementares, como o desenvolvimento de princípios político-criminais liberais.

3.4. Claus Roxin e a constitucionalização do bem jurídico

A busca por uma referência material para a decisão de criminalizar sofre as influências da intensa transformação operada no contexto político e filosófico do pós-segunda guerra. Como vimos no capítulo anterior, os traumas desse período culminaram com uma tomada de posição no sentido da afirmação “universal” da dignidade da pessoa humana e da positividade dos modelos democráticos. A magnitude dos eventos que se passaram na primeira metade do século XX conduziu a uma repactuação liberal tão forte quanto a que se deu como ápice do Iluminismo e das revoluções americana e francesa.²⁶⁷ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, como documento que sintetiza e “petrifica” os direitos e garantias irrecusáveis para os seres humanos, teve seu sucedâneo na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. A ideologia que se reafirma é a de que Estado algum, tampouco lei qualquer, pode oprimir e escravizar as pessoas.

Especialmente após a experiência do nazismo, percebeu-se que decisões políticas com apoio popular amplamente majoritário e medidas inteiramente sustentadas por previsão legal podem instituir a barbárie. É preciso limitar o Estado, as leis e todas as formas de intervenção nas liberdades individuais.

Como construir esses limites intransponíveis? De onde se podem extrair os referenciais seguros e como se podem erguer as barreiras práticas de contenção dos abusos? Obviamente, a primeira

²⁶⁶ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal**: fundamentos, estrutura, política. Trad. Adriana Meirelles *et alii*. Porto Alegre: Antonio Sergio Fabris, 2008, p. 45.

²⁶⁷ PELARIN, Evandro. **Bem jurídico-penal**: um discurso sobre descriminalização. São Paulo: IBCCrim, 2002, p. 96.

das opções, repetindo o percurso das revoluções liberais e seus vistosos frutos humanitários, seria a de recorrer à doutrina do direito natural. Mas, embora suas contribuições filosóficas e ideológicas sejam de valor inestimável, ficou absolutamente claro, com os horrores das décadas de 30 e 40 do século passado, que não é possível conter os excessos e arbitrariedades apenas hasteando uma bandeira jusnaturalista. Até porque Hitler e sua cartilha ideológica eram jusnaturalistas, embora se possa considerar o conteúdo desse jusnaturalismo como uma perversão total daquele que orientou a filosofia e as revoluções do século XVIII. Conforme lembra Ingeborg Maus²⁶⁸, aludindo a documentos (“cartas” ou “circulares”) do alto escalão nazista dirigidas a juízes da época, a orientação era a de “libertar-se da escravidão da literalidade do direito positivo” e de “não utilizar-se servilmente das muletas da lei”.

Era preciso mais do que dizer, ou seja, mais do que atuar no plano discursivo. A busca por um repositório seguro de direitos indiscutíveis e por ferramentas concretas de limitação das arbitrariedades governamentais, assim como das investidas tirânicas eventualmente deflagradas por casuísmos e circunstâncias, resultou no **constitucionalismo** (ou, como visto anteriormente, como preferem alguns, no “neoconstitucionalismo”). Trata-se de um período de “constitucionalização do Direito”, isto é, de um processo de “constitucionalização de tudo” ou de transformação da Constituição em “metonímia do Direito”²⁶⁹.

A Constituição, como expressão máxima dos valores e expectativas de um povo, é dotada de uma estabilidade incomparavelmente maior do que as leis. Se a existência de uma Constituição liberal não impede, na prática, que um tirano megalomaniaco tome de assalto o poder, fazendo uso de armas, pelo menos se limita a essa hipótese a superação do paradigma humanitário que se decidiu instaurar. Não é possível recusar direitos ligados à existência e ao livre desenvolvimento das pessoas dentro da própria ordem jurídica. Só é possível fazê-lo por meio da ruptura, do golpe, do recurso às armas, o que parece ser significativamente dificultado pelo nível de sedimentação das diretrizes liberais e democráticas pactuadas na Constituição. Para fazer uma parábola, a ordem jurídica liberal se equipararia a uma árvore. Não é fácil arrancá-la, ou cortá-la. Mas, se alguém conseguir reunir as máquinas e instrumentos de força necessários para a tarefa, não há

²⁶⁸ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. IN: **Revista Novos Estudos**. São Paulo: CEBRAP, n. 58, p. 199. Nov. 2000.

²⁶⁹ CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. **Teoria Constitucional e exceção permanente**: uma categoria para a teoria constitucional no século XXI. Curitiba: Juruá, 2009, p. 50-55.

nada de “jurídico” que se possa fazer. A resistência será prática, também por meio de armas. Juridicamente, só o que se pode fazer é plantar uma árvore mais robusta, com um tronco portentoso e raízes mais profundas. Essa árvore seria a Constituição.

E quais seriam os impactos dessa forma de pensar o Direito na penosa busca da referência material do poder de criminalizar? Originaram-se diferentes concepções de bens jurídicos, ou, mais precisamente dizendo, conceberam-se diferentes maneiras de preencher o conteúdo desses bens jurídicos. Por uma via, a Constituição funcionaria como repositório exclusivo daquilo que poderia ser considerado como um bem jurídico e, portanto, daquilo que poderia ser legitimamente protegido por uma norma penal incriminadora. De outro lado, ofereceu-se como alternativa a tese de que a Constituição não esgota o conteúdo dos bens jurídicos penalmente tuteláveis, mas, apenas, funciona como “limite negativo”, impondo barreiras que não dizem o que pode ser criminalizado, mas, sim, o que não se pode criminalizar.

Embora se possam citar muitas contribuições teóricas sobre uma ou ambas as linhas da “constitucionalização do bem jurídico-penal”, limitamo-nos, nessa breve síntese do percurso histórico, a expor as ideias centrais do modelo de Claus Roxin.

Antes mesmo de seguir adiante, é importante frisar que as contribuições de Claus Roxin para uma dogmática penal de cunho liberal e comedido são tão valiosas que se podem apontar como as próprias bases do “minimalismo penal”, uma forma de pensar o Direito Penal político-criminalmente orientado segundo fins constitucionalmente amparados e limitado por direitos fundamentais verdadeiramente constritores das hipóteses e dos métodos de intervenção.

Pode-se dizer que se a teoria do bem jurídico, após tantas idas e vindas, e apesar de tantas indefinições, ainda é a mais prestigiada para delimitar o que pode servir como referência material para a decisão de criminalizar, muito disso se deve aos escritos de Claus Roxin.

Não há espaço, aqui, para uma imersão nos detalhes do funcionalismo teleológico de Roxin, tampouco para uma dedicada demonstração de suas diferenças para o funcionalismo sistêmico de Jakobs.

Roxin – corretamente, a nosso ver – sustenta que “as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal”. Tudo o que se situar fora

dessa função estará desprovido de legitimidade. Dessa maneira, segue-se que “em um Estado democrático de Direito, modelo teórico que tomo por base, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos”.²⁷⁰

Há, destarte, um limite de conteúdo para o legislador, um ponto de apoio material para a legitimidade dos tipos penais incriminadores. Mas ele não é estático, imutável, pertencente ao mundo natural ou a um plano axiológico superior. Ele está submetido “às mudanças dos fundamentos jurídico-constitucionais e das relações sociais”.²⁷¹ Por isso, sua premissa é a de que “a única restrição previamente dada para o legislador se encontra nos princípios da Constituição” e em suas diretrizes em prol da liberdade das pessoas. Ou seja, o bem jurídico é “previamente dado ao legislador penal, mas não é prévio à Constituição”.²⁷² Com isso, Roxin claramente se afasta da posição jusnaturalista extremada. Mas não abraça, ainda, seu antagonista – o positivismo extremado. Isso fica claro quando afirma que, por causa dos desafios conceituais, não parece muito produtivo cristalizar uma concepção estática, soando “mais promissor fundamentar um conceito moderno de bem jurídico em ideias básicas da teoria do Estado do Iluminismo”²⁷³, fundamentos histórico-culturais que, segundo ele, embasam a Lei Fundamental alemã e a maioria das constituições europeias.

A posição de Claus Roxin, em razão da alusão à cristalização da ideologia liberal e antropocêntrica do Iluminismo através dos séculos e no bojo das constituições, mantém alguma proximidade com a ideia das “invariantes axiológicas”, de Miguel Reale, expostas no capítulo anterior. Não se sustentam, como parâmetros de criação e interpretação das leis, valores em si e verdades éticas absolutas ou imutáveis, mas consensos histórico-culturais extremamente consolidados. É a posição que entendemos mais ajustada à realidade empírica, capaz de trazer

²⁷⁰ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari *et alii*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 16-17.

²⁷¹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari *et alii*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 36.

²⁷² ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Fundamentos: La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón-Peña *et alii*. Madri: Civitas, 1997, p. 55-56. “[...] previamente dado al legislador penal, pero no es previo a la Constitución [...]”

²⁷³ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate e torno do bem jurídico. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 183.

alguma segurança em relação às conquistas humanitárias, mas consciente acerca da precariedade e mutabilidade de todas as verdades éticas e valores morais.

Há importantes críticas à concepção constitucionalista. Mir Puig²⁷⁴ censura aquilo que considera como uma exagerada confiança na Constituição, que não constitui a “varinha mágica em que alguns creem”. A razão é simples: a Constituição não é elaborada com esse específico fim, apenas entregando pistas e diretrizes gerais que não podem esquemematizar todo um sistema de proteção.

Além disso, diz-se que as constituições nem sempre exprimem os desejos do povo ou consagram os bens jurídicos verdadeiramente essenciais. Constituições podem, antes, ser “outorgadas a fórceps como no Brasil ou no Peru” ou expressar ideologias opressoras como o nazismo e o stalinismo, tendo em vista que a Alemanha e a União Soviética desse período histórico eram Estados constitucionais. Com razão Paulo Cesar Busato em tais ponderações. Por mais que se trate de uma tradição a partir do pós-1945, o fato de se ter uma Constituição em vigor não garante que as normas nela plasmadas sejam humanitárias ou emancipatórias. É, ainda, questionável seu papel de “repositório exclusivo” de bens jurídicos. Entende-se que alguns dos bens jurídicos que ela traz não necessariamente devem ser objeto de tutela penal, ao passo que outros que nela não aparecem de modo expreso podem se revelar merecedores dessa proteção. Por isso, é mais seguro tratar a Constituição como “limite negativo” ao poder de criminalizar, isto é, como parâmetro para uma operação de exclusão do campo do penalmente tutelável daqueles bens desprovidos de dignidade constitucional.²⁷⁵

Seguindo, a missão do Direito Penal, para Roxin, é a de proteger subsidiariamente os bens jurídicos mais importantes, somente sendo legítima a intervenção do Estado, pela gravosa via do Direito Penal, quando os outros ramos do ordenamento se mostrarem incapazes de realizar uma tutela suficiente. Só o que se pode punir, então, é o comportamento lesivo para algum bem jurídico. Eis os centros gravitacionais do conceito material de crime escolhido por Roxin: a lesão e o bem jurídico. A sua ideia de “lesão” corresponde, em alguma medida, ao conceito anglo-

²⁷⁴ MIR PUIG, Santiago. **Estado, Pena y Delito**. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 89.

²⁷⁵ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal democrático**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 52. Sobre a exigência de dignidade constitucional para os bens jurídicos penalmente tuteláveis, *vide* D’ÁVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 53.

saxônico de *harm*, remetendo-nos à noção de “prejuízo” para algo que pertence a outrem.²⁷⁶ Quanto aos conceitos de bens jurídicos, em seus textos, há variação. Já foram “circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social global estruturado [...]”; “dados que são pressupostos de um convívio pacífico entre os homens, fundado na sua liberdade e na igualdade”; e “condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante [...] mas também as instituições estatais adequadas para este fim”.²⁷⁷

Pelo filtro sugerido por Roxin²⁷⁸, no contexto de um Estado democrático de Direito, não se proíbem as meras imoralidades, nem se punem os meros desvios, mesmo que se considerem acentuados e sejam socialmente reprovados. É que “a emissão de proibições penais não está à plena disposição do legislador, que [...] não pode penalizar um comportamento pelo simples fato de ser ele indesejado”. Rejeitam-se fundamentações exclusivamente calcadas em determinada ética, tradição ou religião, o que, conseqüentemente, limita a liberdade Estatal de criminalizar.

Ficam fora do alcance do legislador, então, as normas “unicamente motivadas ideologicamente” ou que “atentam contra direitos fundamentais”, tornando-se impossível, por exemplo, punir as críticas públicas ao governo, ou casamento entre pessoas de raças ou etnias diferentes. Também não pode haver a regulação de tabus e a proibição de condutas consideradas simplesmente imorais segundo uma perspectiva dominante (relações homossexuais, trocas de casais, sexo com animais, incesto). Tipos incriminadores puramente simbólicos, que não cuidam de lesões a bens jurídicos, mas apenas pretendem “ensinar um valor”, também não são aceitáveis (o exemplo referido é o da punição negação discursiva do holocausto). Não legítimas, ainda, a punição da autolesão e as condutas supostamente lesivas a bens jurídicos “de abstração impalpável” (como a “paz pública”).²⁷⁹

²⁷⁶ Uma aproximação ao *harm principle* em ROXIN, Claus. Sobre o recente debate e torno do bem jurídico, Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 180; uma abordagem conservadora alusiva a “dano social” em ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 35.

²⁷⁷ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Fundamentos: La estructura de la teoria del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón-Peña *et alii*. Madri: Civitas, 1997, p. 56. ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 35. ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari *et alii*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 17-18.

²⁷⁸ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31; 34.

²⁷⁹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari *et alii*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 20-25. ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 36-52. ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I.

Pode-se dizer que a concepção de Roxin sobre os bens jurídicos, além de constitucionalista, é **personalista**. Não se confunda, porém, essa visão com aquela acentuadamente individualista, presente no pensamento liberal clássico de Feuerbach por exemplo. Roxin abertamente se pronuncia em favor dos bens jurídicos coletivos (“bens jurídicos da comunidade”), sustentando, para o próprio funcionamento do Estado democrático, a necessidade de uma “Justiça que funciona”, uma “estrutura de funcionários públicos livre de corrupção”, “uma moeda intacta” e “um meio ambiente não destruído”. Nenhum desses itens desejáveis, no entanto, tem valor por si mesmo. Só são protegidos porque “têm importância essencial para as possibilidades de desenvolvimento do indivíduo na sociedade”. Com isso, expressamente se declara alinhado a Hassemer e sua teoria do bem jurídico pessoal.²⁸⁰ Só se reconhece a legitimidade da proteção de um objeto qualquer, pelo Direito Penal, se sua lesão repercutir de modo concreto na esfera dos direitos e das necessidades das **pessoas**.²⁸¹ A administração da justiça, por exemplo, não é protegida como um valor abstrato, mas como algo necessário para que as pessoas tenham acesso a uma via judicial hígida para buscar soluções para seus problemas da vida e do dia a dia.

Diz, ainda, Roxin, que o conceito de bem jurídico deve ser crítico, jamais se restringindo ao papel de mera baliza para a interpretação teleológica, posição que muito se aproximaria da escola neokantiana e de sua versão metodológica, desprovida de caráter indagativo e incapaz de exercer qualquer função limitadora do poder punitivo estatal.²⁸²

O próprio penalista, no entanto, reconhece que, por mais que se procure aprimorar teoria do bem jurídico, ela terá suas limitações. “Até agora não se logrou precisar o conceito de ‘bem jurídico’ de modo a poder oferecer uma delimitação juridicamente fundada e satisfatória por seu conteúdo”. Por isso, não se devem esperar soluções definitivas ou a limitação do poder punitivo estatal *a priori*, mas, apenas, que se estabeleça um parâmetro de investigação que pode surtir

Fundamentos: La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón-Peña *et alii*. Madri: Civitas, 1997, p. 56-57.

²⁸⁰ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate e torno do bem jurídico. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 196; 181.

²⁸¹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari *et alii*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 19.

²⁸² ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari *et alii*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 15-20. ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 37.

efeitos práticos na análise de cada tipo penal em concreto, dentro do estudo da Parte Especial do Código Penal.²⁸³

A partir desse ponto, já se podem apontar diversas fragilidades na teoria do bem jurídico, mesmo nos textos de Roxin, seu declarado defensor. Primeiramente, são características esperáveis de uma teoria a sua generalização. Na medida em que se reconhece a insuficiência do bem jurídico, como instituto-diretriz, e se passa a exigir uma análise caso a caso dos tipos penais incriminadores, resta evidenciada a restrita utilidade prática desse constructo.

Mais importante ainda: Roxin abertamente expõe que da teoria do bem jurídico se extraem propostas de diretrizes político-criminais que, embora devam ser levadas em conta pelo legislador, não são vinculantes.²⁸⁴ A nosso ver, aqui já se tem um formidável enfraquecimento da crença na capacidade crítica e limitadora do conceito de bem jurídico, que se esvai ainda mais na medida em que se diz que seu conceito é “por um lado, problematicamente elástico, e por outro demasiado estreito para compreender todos os comportamentos merecedores de pena”.²⁸⁵

O golpe mais sofrido, no entanto, vem da admissão de que o Direito Penal moderno deve superar os limites da proteção do bem jurídico pessoal, de modo que a exigência da sua identificação não se aplica a todos os tipos penais. Roxin aceita a tutela “da base vital das gerações futuras”, referindo-se a uma intervenção penal que visa a assegurar o equilíbrio ambiental para pessoas que sequer existem. Defende, também, a criminalização da crueldade contra os animais, apesar de não relacionar à pessoa, mas ao bem-estar dos próprios animais (que ele chama de nossos “irmãos distantes”), a racionalidade da tipificação. Pois “há casos em que a preservação de certas espécies de animal ou de planta não pode ser mais explicada com referência a necessidades humanas, mas apenas com base na finalidade de preservar a natureza por ela mesma”. Os dois casos são tratados pelo autor ora como “ampliações” do conceito de bem jurídico (extensas a

²⁸³ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Fundamentos: La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón-Peña *et alii*. Madri: Civitas, 1997, p. 54; 58. “[...] hasta ahora no se ha logrado precisar el concepto de 'bien jurídico' de modo que pudiera ofrecer una delimitación jurídicamente fundada y satisfactoria por su contenido.”

²⁸⁴ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate e torno do bem jurídico. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 194.

²⁸⁵ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate e torno do bem jurídico. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 201.

ponto de comprometer qualquer segurança em seu manuseio), ora como verdadeiras “exceções”, ou seja, hipóteses em que a indicação precisa dos bens jurídicos é dispensável.²⁸⁶ Neles, supera-se o limite liberal do conceito de bem jurídico, marcadamente antropocêntrico, para acatar-se a validade da tutela penal mesmo sem que isso implique em qualquer utilidade para a existência ou o desenvolvimento da pessoa. Em suma, “estar-se-ia, em referidas hipóteses, diante de normas penais incriminando condutas sem o referencial do bem jurídico”.²⁸⁷

A verdade é que, se há duas exceções, podem existir vinte, ou duzentas, desde que se encontre um discurso simpático para justificá-las.

Aliás, Ana Elisa Bechara²⁸⁸ lembra daquela que seria uma tímida terceira exceção: em crimes contra a Administração Pública – especificamente nos casos da corrupção e do falso testemunho – não seria preciso constatar verdadeira diminuição da confiança no desempenho íntegro das funções públicas ou um perigo para o alcance da verdade em um processo, de modo que “o desvalor da ação por si só fundamenta a punibilidade”. Dispensa-se dano ou perigo para bens jurídicos individualizados.

Para a maioria da doutrina, o saldo da contribuição teórica de Roxin para a obtenção de um conceito material de crime calcado na ideia de lesão a bem jurídico é positivo. Juarez Tavares²⁸⁹ avalia que o conceito de Roxin pode ser questionado, principalmente, por seu normativismo – o que parece artificializar o bem jurídico, distanciando-o daquela noção segundo a qual ele corresponde a um bem do mundo empírico. Ainda assim, tem o mérito de apontar para a construção de um sistema de garantias que limita o poder punitivo estatal, subtraindo de seu alcance a criminalização de condutas meramente imorais e a proteção de fins exclusivamente ideológicos ou discriminatórios.

²⁸⁶ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate e torno do bem jurídico. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 209.

²⁸⁷ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 258.

²⁸⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 155.

²⁸⁹ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3.ed.rev.ampl. Belo Horizonte: 2003, p. 197

Em âmbito nacional, Luiz Luisi²⁹⁰, embora não o diga expressamente, é um dos que parece adotar a teoria do bem jurídico em vertente próxima da de Roxin. "O buscar nas constituições os bens a tutelar e a sujeição das criminalizações aos limites impostos pelas constituições tem um sentido bem profundo. Constituem uma garantia de que é possível, e far-se-á um Direito Penal respeitoso da dignidade humana". Luiz Regis Prado²⁹¹ também abraça a teoria constitucionalista do bem jurídico e advoga que o Direito Penal se submete a um princípio da "tutela exclusiva de bens jurídicos", para deixar fora de seu alcance as puras imoralidades, as meras tradições e os costumes. Na mesma linha, Cezar Roberto Bitencourt²⁹², que embora teça elogios à concepção de Schünemann (abaixo), expressamente se filia à construção de Roxin.

Percebe-se um alinhamento, também, por parte de João Paulo Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem²⁹³, que ensinam que o bem jurídico deve ser prestigiado sob dupla perspectiva: dogmática, enquanto critério de interpretação teleológica dos tipos, e político-criminal, "que se traduz em limitar o poder de definição do Estado sobre as condutas que serão incriminadas, impedindo-o de proteger sentimentos ou valores éticos ou morais". Também optam por uma teoria constitucionalista, na medida em que afirmam que "o bem jurídico deve estar inserido no sistema jurídico-constitucional". Nilo Batista²⁹⁴, embora igualmente frisando a importância dos papéis dogmático e político-criminal (crítico), confia à Constituição apenas a tarefa da limitação negativa dos bens jurídicos penalmente tuteláveis.

Crítica à teoria constitucionalista do bem jurídico, de Claus Roxin

As brechas deixadas por Roxin contaminam a higidez de sua proposta e não passaram despercebidas. Segundo Tatiana Badaró²⁹⁵, "a aceitação de crimes sem bem jurídico por parte de dois dos mais importantes defensores da teoria (Roxin e Hefendehl), ainda que em caráter

²⁹⁰ LUISI, Luís. **Os princípios constitucionais penais**. 2.ed.rev.aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 177.

²⁹¹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 11.ed. São Paulo: RT, 2011, p. 168 e ss. Vol. 1.

²⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 42-46; 61 e ss. Vol. 1.

²⁹³ MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições Fundamentais de Direito Penal: Parte Geral**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 117-118.

²⁹⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 8.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 96-97.

²⁹⁵ BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico supraindividual**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 153.

excepcional, deu novo fôlego às vozes críticas[...]”. De fato, se alguns dos principais expoentes dessa “noção de crime como fato típico ofensivo a bens jurídicos concordam com a relativização desse conceito, nada impede que se proponha a revisão do conteúdo material do crime a partir de parâmetros distintos dos fornecidos pela teoria do bem jurídico”.

Provavelmente sem que seja de sua intenção, Roxin acaba repetindo, em evidente escala reduzida, equívoco de antecessores que tentaram conformar a teoria à configuração da Parte Especial e a algumas criminalizações que contam com forte amparo na tradição e na cultura, como Feuerbach.

Eduardo Pelarin²⁹⁶, apoiando-se em Gerardo Castillo, Carlos Arturo Pavajeau e Figueiredo Dias, assevera que embora Roxin invoque os bens jurídicos, no fundo, não limita a intervenção penal a esses bens da vida, admitindo um programa de criminalização que excede àquilo que seria estritamente vital para as pessoas e se mostra bastante flexível, além de continuar à mercê do legislador. Chega-se a dizer que nada de novo há em sua teoria, que institui um Direito Penal que se mostra “promocional”, ou seja, que não se limita a proteger bens jurídicos, mas a contribuir para a otimização de prestações e a cristalização de ideologias, algo incompatível com o pluralismo dos ambientes democráticos.

A abertura de exceções à teoria do bem jurídico para reconhecer a legitimidade da proteção das gerações futuras, da criminalização dos maus tratos a animais e da punição da corrupção passiva custaram caro a Roxin. Apesar disso, a crítica acima promove, a nosso ver, uma generalização indevida. Não se pode desprezar a contribuição liberal e crítica da doutrina de Roxin para, atendo-se à inegável falha das flexibilizações, tomá-la como um projeto panfletário ou uma contribuição para a contaminação das normas penais por ideologias espúrias, estranhas ao Estado democrático de Direito. O erro de Roxin não está em admitir a legitimidade de algumas criminalizações que emergem da complexidade das relações sociais contemporâneas, mas em fazê-lo sem se desprender de sua teoria, reconhecidamente incapaz de fundamentá-las.

²⁹⁶ PELARIN, Evandro. **Bem jurídico-penal**: um debate sobre a descriminalização. São Paulo: IBCCrim, 2018, p. 136.

3.5. Günther Jakobs e a manutenção das expectativas normativas como cerne das criminalizações

A busca pelo que se pode posicionar como referência material do crime, ou núcleo do conceito material de crime, em outras palavras, sofre acentuado desvio em sua trajetória com a teoria de Günther Jakobs. Para que se possa compreender melhor seu raciocínio, é preciso revisitar alguns dos fundamentos de seu modelo funcional-sistemático de Direito Penal, o que faremos sem qualquer pretensão de esgotamento e, com a brevidade que a oportunidade requer.

Em síntese, Jakobs parte da premissa de que comportamentos traduzem comunicações. Da mesma forma, a resposta estatal dada aos comportamentos são comunicações. O agente, com sua conduta, “fala” no sentido de recusar vigência à norma, e isso perturba as expectativas normativas, gerando desconfiança dos demais destinatários e desestabilizando as relações sociais. O Estado, por meio da pena, “nega” a “fala” do criminoso, demonstrando que seu discurso de negação da norma não é o correto, e a prova disso é a sua submissão à reprimenda. Com isso, restabelece a confiança que as pessoas devem poder ter nas normas jurídicas para que tenham uma convivência suportável. A imposição da pena mantém vivas as expectativas normativas; sua omissão, em um caso de negação da norma pelo crime, produz exatamente o oposto, permitindo que se instaure dúvida sobre se o discurso do criminoso, prevalente nos casos de impunidade, não seria realmente o correto.²⁹⁷

O crime, pelo menos até esse ponto, não é uma conduta que ofende um bem jurídico ou qualquer outro objeto de proteção que corresponda a algo pertencente ao mundo empírico e ligado ao bem-estar das pessoas. O crime é um fenômeno jurídico que expressa um discurso de enfrentamento e negação das normas, e ele precisa ser igualmente negado (punido) para que não se subverta toda a ordem em que se fundam as expectativas de segurança desenvolvidas pelas pessoas a partir da instauração da ordem jurídica. “O direito penal protege a vigência da norma, e só de modo mediato e parcial também os bens”.²⁹⁸

²⁹⁷ JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 41 e ss.

²⁹⁸ JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 51;56.

A finalidade do Direito Penal, para Jakobs, é a de assegurar a identidade normativa e garantir a constituição de uma sociedade.²⁹⁹ A essa afirmação já se podem opor críticas: e se a constituição da sociedade se firmar sobre bases altamente preconceituosas e racistas, por exemplo? A pergunta não constrange o autor, que parte de premissas teóricas muito semelhantes às que orientam os sistemas pensados por Niklas Luhmann³⁰⁰ e Hans Kelsen, para quem o direito é autopoietico, autorreferente jamais subserviente a quaisquer limitações impostas pelos mundos empírico ou axiológico.

Absolutamente nenhum conceito jurídico é predeterminado por concepções oriundas de outras áreas, como seria o caso da filosofia ou da sociologia. O próprio conceito de “pessoa”, um dos pontos de partida da maioria dos sistemas jurídicos democráticos, é tomado em sentido normativo, em nada se confundindo com seu sentido filosófico ou mesmo biológico. “Pessoa”, juridicamente, é o indivíduo sujeito a direitos e deveres que oferece algum nível de “segurança cognitiva”, ou seja, alguém de quem se podem esperar determinados comportamentos de fidelidade às normas e, mais ainda, de quem se pode esperar a renúncia a comportamentos altamente destrutivos que delas se apartam acentuadamente. “Quando a expectativa do comportamento pessoal é frustrada de modo duradouro, desvanece a disposição para tratar o criminoso como pessoa”, disse Jakobs, completando que isso se passa com aqueles que “desviaram-se do Direito de modo supostamente duradouro, ou, pelo menos, decisivo, *i.e.*, que não fornecem a garantia cognitiva mínima necessária para que sejam tratados como pessoas”. Nesses casos, o Estado não apenas “pode” deixar de tratá-lo como pessoa, mas, sim, está obrigado a deixar de fazê-lo, em nome da segurança que prometeu às pessoas.³⁰¹ Esse é o “inimigo”, que, na visão de Jakobs, pode passar a ser tratado como mera “fonte de perigo” e, portanto, deve ser “inoucuizado”.³⁰²

²⁹⁹ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa: teoria de um Direito Penal funcional**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 1.

³⁰⁰ Embora Jakobs costumeiramente não aluda às suas fontes inspiradoras, é possível identificar, em sua posição quanto aos fins da pena, a grande influência de Hegel, e em sua visão sobre as funções do Direito Penal, a influência da teoria dos sistemas de Luhmann. *Vide*, nesse sentido, apenas como exemplo, SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. Trad. Rafael Alcácer Guirao *et alii*. IN: **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 67-68.

³⁰¹ JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Org. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; MOREIRA, Luiz. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 12;17.

³⁰² JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Org. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; MOREIRA, Luiz. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 57. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 50.

De modo ainda mais enfático:

A pessoa, no direito, isto é, a titular de deveres e direitos, só pode ser tratada como pessoa na medida em que no fundamental se conduza conforme a norma; se se comporta permanentemente como um diabo, converte-se em um inimigo, é dizer, em uma não-pessoa.³⁰³

Essa visão normativista radical de Jakobs confere às normas penais uma liberdade de conteúdo praticamente irrestrita. Geralmente se opõe ao pensamento de Jakobs a crítica cabível a todos os sistemas de Direito que contam com limites única e exclusivamente formais ou procedimentais: eles podem ser funcionalizados a partir de interesses nefastos e de modo indisfarçavelmente opressivo para as pessoas. A finalidade do Direito Penal é a de manter ativas as “expectativas normativas”, ou seja, a sensação de confiança quanto à firme vigência das normas que asseguram a identidade cultural de um povo.³⁰⁴ Como Jakobs nada diz sobre o teor ou o conteúdo das normas que o Direito Penal se presta a assegurar, fica sempre latente a possibilidade de que ele seja usado como instrumento de dominação, segregação e até imposição do terror estatal. O próprio autor não nega isso.³⁰⁵ Mas ocorre que a ideologia jurídica nazista se desenvolveu, exatamente, a partir desses dois conceitos que aparecem claramente em Jakobs: a funcionalização da pessoa a partir do Estado, e não o contrário; e a desumanização de determinadas pessoas, que por alguma razão (no nacional-socialismo, pela etnia; para Jakobs, pelo grau de infidelidade às normas) “decaem” da condição de pessoas para tonarem-se inimigas, que, como fontes de perigo, podem (devem) ser eliminadas.

Não se trata, aqui, de mera elucubração sobre que tipo de norma se poderia chegar a ter em determinadas sociedades. Jakobs dá a resposta e virtualmente elimina todos os limites. “Toda sociedade escravagista protege as normas de escravização; se não fosse assim, não seria ela mesma, mas outra”. E não há obstáculos a que se possa considerar um escravo, não como uma

³⁰³ JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 46: “la persona en el derecho, esto es, la titular de deberes y derechos, sólo puede ser tratada como persona en la medida en que en lo fundamental se conduzca de manera conforme a la norma; si se comporta permanentemente como un diablo, se convierte en un enemigo, es decir, en una no-persona”. Tradução nossa.

³⁰⁴ JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 41 e ss.

³⁰⁵ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa: teoria de um Direito Penal funcional**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 19-21.

pessoa – que é um conceito estritamente jurídico, ligado a direitos e deveres sistematicamente estabelecidos –, mas como uma coisa ou um item da propriedade de alguém. Tudo depende das normas que configuram internamente essa sociedade.³⁰⁶ Do mesmo modo, nada impediu, nas décadas de 1930 e 1940, que se considerasse o judeu como *Unperson* e, assim, como coisa matável pelo Estado nazista.

Diz-se que, para Jakobs, qualquer discussão sobre limitações materiais ao poder de criminalizar seria não-científica³⁰⁷. Ele, de fato, sinaliza exatamente esse caminho: “A decisão acerca de se se trata de um processo de criminalização excessivo ou desnecessário, ou, pelo contrário, da necessária defesa do nuclear, é puramente política, mas não jurídico-penal”. Tudo queda à mercê do legislador, que enfrenta como limite, única e exclusivamente, a Lei Fundamental (no caso da Alemanha, por óbvio).³⁰⁸

O que é, para Jakobs, então, o objeto de proteção do Direito Penal – e, se é que isso é possível, o que poderia funcionar como núcleo de um conceito material de crime? O “dano social”, para Jakobs, ocupa essa posição central (e não deixa de ser interessante notar que a expressão adotada – “dano social” – é a mesma empregada por Beccaria, há mais de duzentos anos, o que revela a circularidade desses conceitos). Decerto o dano deve recair “sobre algo”, e esse seria o objeto de proteção. Pois, em Jakobs, é a “vigência da norma, orientadora, que realmente é alvo de ataque”, independentemente de se tratar de delitos contra a pessoa ou que prejudiquem mais diretamente “A” ou “B”. É que a vigência da norma pode efetivamente ser defendida e restaurada pela pena, mas nunca o bem jurídico afetado.³⁰⁹

Em um ponto, tem razão Jakobs³¹⁰, embora se trate de algo cujo reconhecimento não é nada agradável: “nada garante que em toda a eternidade todos os homens vão se entender

³⁰⁶ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa: teoria de um Direito Penal funcional**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 21.

³⁰⁷ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari *et alii*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 34.

³⁰⁸ JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal: Teria do injusto penal e culpabilidade**. Trad. Gercélia B. de O. Mendes *et al.* Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 61. Conferir, também, JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa: teoria de um Direito Penal funcional**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 13.

³⁰⁹ JAKOBS, Günther. **Proteção de bens jurídicos? Sobre a legitimação do Direito Penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 64.

³¹⁰ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa: teoria de um Direito Penal funcional**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 47.

reciprocamente como pessoas”. Partindo de uma visão cética, como a que expusemos no primeiro capítulo, não se pode reprochar essa ideia. As limitações ontológicas não existem, quer na gnoseologia, quer na ética. As verdades são precárias e, mesmo as mais consolidadas, não deixam de ser mutáveis. Não há como ter certeza de que a dignidade da pessoa humana e a igualdade continuarão a ser valores fundamentais dominantes nos campos jurídico e filosófico daqui a dois séculos. O máximo de segurança que podemos alcançar vem do reconhecimento das multitudes “invariantes axiológicas” (Miguel Reale), que correspondem a “verdades” histórico-culturalmente sedimentadas de um modo muito robusto a ponto de exigir, para seu abandono ou eliminação, um esforço retórico que é descomunal ou praticamente inexecutável. Essas invariantes axiológicas certamente exercem influência na criação das Constituições, na interpretação das normas e na construção de diretrizes político-criminais que correspondem aos princípios de Direito Penal em um Estado democrático.

Roxin, além das costumeiras críticas em face dos “perigos” materializados na teoria de Jakobs, aponta diversas incongruências dogmáticas acerca do núcleo do conceito material de crime. Seria, por exemplo, um absurdo negar a teoria do bem jurídico e definir, como faz Jakobs, a consumação como a lesão de um **objeto** de proteção da norma (note-se, não a norma, em si, mas seu objeto de proteção, o que, na visão de Roxin, seria o bem jurídico). Ainda partindo desse raciocínio, caso se abandone, para escapar da incoerência, a definição de consumação adotada, permanecerá incoerência no que tange à distinção entre consumação e tentativa, impossível se considerarmos o crime como mero descumprimento de dever de fidelidade à norma. Da mesma forma, não se fundamenta a existência de uma figura como a do crime impossível, que deveria ser sempre punido, tendo em vista que o comportamento, embora não resulte e não possa resultar em dano, expressa o mesmo grau de desrespeito pela norma.³¹¹

Claus Roxin³¹², a certa altura de seus escritos, observa que a teoria de Jakobs “só elimina a ideia de proteção de bens jurídicos em aparência”, contrariando a orientação dominante a partir da constatação de que, nem mesmo para Jakobs, as normas são garantidas por si mesmas, sem

³¹¹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari *et alii*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 56; 58; 59.

³¹² ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **Sobre o recente debate em torno do bem jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 205. No Brasil, a posição é sustentada por ARAÚJO, Antonio. **Direito Penal do Pós Bem Jurídico: a superação do bem jurídico como referência-base do injusto penal e a descriminalização constitucional no Brasil**. São Paulo: LEUD, 2014, p. 38.

qualquer finalidade ulterior, mas sempre como meio para outro fim. Esse outro fim se identificaria, ainda que Jakobs não o declare expressamente, com a conservação das coisas e situações da vida necessárias para a manutenção das relações sociais, o que se pode identificar com bens jurídicos. Juarez Tavares concorda, em termos, ao reconhecer que Jakobs não procedeu ao descarte total da teoria, embora se sirva de um conceito que é meramente tautológico³¹³ – “à norma penal só interessa assegurar a expectativa de uma conduta correta” e “a conduta correta seria aquela que não implicasse uma decepção das expectativas”.³¹⁴

A ambos, seguramente Jakobs³¹⁵ responderia que, se há um bem jurídico, ele é a “**vigência da norma**”, e que aquilo que normalmente se considera “bem jurídico” nada mais é do que um motivo para a existência da norma. Apesar de se apropriar da expressão “bens jurídicos”, Jakobs dá-lhe um sentido absolutamente diverso, incapaz de chegar minimamente próximo dos resultados que o conceito liberal, preferido pela doutrina, supostamente alcançaria. “Pode-se definir como bem a ser protegido pelo Direito Penal a solidez das expectativas normativas essenciais frente à decepção”.³¹⁶ Ou, em outro momento: “O bem se manifesta juridico-penalmente tão só como a pretensão do titular de que os demais respeitem o bem”.³¹⁷

Tanto Jakobs quanto Roxin partem dessa limitação do Direito Penal pela Constituição. Qual a diferença fundamental entre as duas posições? De início, ambos recusam critérios suprajurídicos ou pré-constitucionais. Mas, em dado momento, Roxin, embora sem abraçar o jusnaturalismo, admite que há diretrizes histórico-culturais ligadas ao liberalismo e à noção de contrato social que estão consolidadas de modo a formar um paradigma político-ideológico supraconstitucional que pode servir como fonte de fundamentação para o Direito Penal.³¹⁸ Mas a principal diferença

³¹³ Assim também considerado por SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 29.

³¹⁴ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3.ed.rev.ampl. Belo Horizonte: 2003, p. 196.

³¹⁵ JAKOBS, Günther. **Proteção de bens jurídicos?** Sobre a legitimação do Direito Penal. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 47.

³¹⁶ JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal: Teria do injusto penal e culpabilidade**. Trad. Gercélia B. de O. Mendes *et al.* Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 61.

³¹⁷ JAKOBS Günther. O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação ao poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 161.

³¹⁸ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 183.

entre Jakobs e Roxin está em que, esse último, como Hassemer, funcionaliza o Direito a partir da pessoa, de seus interesses e dos direitos e garantias historicamente consagrados. Jakobs trilha caminho oposto, funcionalizando a pessoa a partir dos interesses do Direito, enquanto produto do Estado. Com isso, as decisões do legislador, mesmo do constitucional, são livres, sofrendo apenas pequenas “irritações” pelas vozes da filosofia, da sociologia, das ciências naturais e da sociedade, que podem ser levadas em conta, ou não, quando da produção das normas jurídicas.

Como vimos, a busca de um conceito material de crime é deflagrada por preocupações com os abusos do poder Estatal, mas contou com avanços e recuos, ora liberais, ora punitivistas, durante o período tratado acima como “clássico”. Com Jakobs, a teoria volta a se distanciar da tradição liberal que se consolidava desde o pós-Segunda Guerra, não apenas alicerçando a fundamentação das decisões de criminalizar em outros referenciais, mas desacreditando por completo o “bem jurídico” como instituto dogmaticamente útil para fins de crítica do sistema penal. “O resultado da teoria da proteção de bens jurídicos não se baseia em uma diretriz fixa, mas sim em sua multiformidade camaleônica: ‘proteção de bens jurídicos’ – ‘direito’, ‘bem’ e ‘proteção’ – quem se oporia a isso?”³¹⁹ A solução soa politicamente correta e, por isso, angaria simpatizantes, na visão de Jakobs.

A teoria de Günter Jakobs, embora contemple em algum momento a noção de bem jurídico, esvazia-o por completo de significado criticamente útil. No fundo, Jakobs desacredita, por completo, a utilidade do bem jurídico como elemento de limitação do poder punitivo estatal, o que o torna até um opositor dessa forma liberal de pensar o conceito material de crime. Sua conclusão: “O Direito Penal ode, se assim se quiser, vender-se como proteção de bens jurídicos, mais isso só de um modo um tanto forçado”.³²⁰

Isso, porque, “Muitos conteúdos normativos do Direito vigente não podem ser explicados buscando-se a finalidade da norma apenas na proteção do bem jurídico”. Segundo Jakobs – e, em alguns pontos, com muita razão –, a ideia de lesão ao bem jurídico como núcleo do conceito de crime não se adéqua “aquelas normas que devem proteger a paz social sem intermediação,

³¹⁹ JAKOBS, Günther. **Proteção de bens jurídicos?** Sobre a legitimação do Direito Penal. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 38.

³²⁰ JAKOBS Günther. O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs.). **O bem jurídico como limitação ao poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 177.

sem passar pela proteção de bens”, como a proibição dos maus tratos contra animais, o ultraje às confissões religiosas, o incesto, o exibicionismo e a provocação do escândalo público. Nesses casos, podem-se empreender esforços no sentido de “explicar” as criminalizações com base em bens jurídicos, mas as respostas dadas certamente serão tão artificiais quanto justificar a “penalização da violação dos bons costumes à mesa” como “proteção abstrata contra a barbárie”.

321

Crítica à tese da vigência da norma como objeto de tutela, de Günther Jakobs

Dentre as várias linhas teóricas de destaque, é possível que a de Jakobs seja a que mais atrai críticas. Em primeiro lugar, ela é considerada tautológica³²²: o objeto de proteção da norma é o que a norma eleger como objeto de proteção. Outra preocupação de extrema relevância se liga à vacuidade de um conceito como de Jakobs, que seria perfeitamente aplicável para a proteção da vigência de normas terroristas, opressoras e preconceituosas, e, destarte, contribuiria para a manutenção de um estado de coisas ultrajante para a dignidade da pessoa humana e nocivo para os direitos fundamentais. Essa é uma crítica tipicamente dirigida aos positivistas e normativistas radicais. Tudo estaria ao dispor do legislador, que teria o poder sobre a vida e a morte dos destinatários das normas, sem quaisquer compromissos histórico-culturais ligados às conquistas humanitárias e emancipatórias. Jakobs não se acanha, já que entende que o próprio conceito de “pessoa” é normativo e que, se uma sociedade se configurasse a partir do valor da escravidão, esse valor seria espelhado nas normas e elas seriam protegidas, como quaisquer outras, como parte da preservação da identidade normativa e da manutenção das expectativas normativas.³²³

Definitivamente, não é preciso ser um jusnaturalista radical para recusar com veemência o modelo de Jakobs. Um sistema assim, de normas que protegem normas, não é apenas extremamente perigoso. De plano, já não se concilia com um Estado democrático. A crítica de Mir Puig é precisa:

³²¹ JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal: Teria do injusto penal e culpabilidade**. Trad. Gercélia B. de O. Mendes *et al.* Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 71; 73; 74.

³²² STRATENWERTH, Günther. Sobre o conceito de bem jurídico. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 107.

³²³ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa: teoria de um Direito Penal funcional**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 21.

As normas jurídicas são manifestação de poder e limitam a liberdade de seus destinatários. Erigi-las como o objeto final da proteção por parte do Direito penal supõe considerá-las valiosas em si mesmas, isto é, supõe considerar valiosa por si mesma a restrição à liberdade que elas implicam. Isso não pode ser aceito desde uma perspectiva democrática. [...] As normas jurídicas não são bens em si mesmas, que sirvam para justificar a intervenção penal, senão o contrário, um mal necessitado de justificação.³²⁴

Em síntese, se estamos a discutir a viabilidade de um conceito de bem jurídico que tenha o mínimo potencial crítico-limitativo do poder estatal de criminalizar, a última das opções será aquela pensada por Jakobs. Por meio dela, não só é zerada a chance de se limitar o poder do Estado, como se faz exatamente o oposto: repristina-se uma visão marcadamente medieval de um Estado absoluto e inquestionável, em que o valor do indivíduo se dissolve e em que o crime pode ser, na maioria dos casos, identificado como a lesão do dever de obediência cega a essa autoridade suprema.

3.6. Outras contribuições importantes para a teoria do bem jurídico

Não se pode deixar de conferir destaque aos escritos de Bernd Schünemann³²⁵ em defesa da teoria do bem jurídico. O habilidoso defensor provoca os críticos dizendo que “os que têm anunciada a iminência da morte são os que mais tempo vivem”, insinuando que a teoria do bem jurídico ainda contará com prestígio por muito tempo.

Na visão de Schünemann³²⁶, a teoria, com sua orientação liberal, é immanentemente crítica e proscreeve “limitações desnecessárias nas liberdades civis”, abrindo pontos de fuga na lei para a introdução de “ideias básicas liberais representantes de uma dimensão constitucional” e “tornando os princípios fundamentais do Direito Penal fecundos para a interpretação”. Dá-se, aqui, algo parecido com o que vemos nos escritos de Ronald Dworkin, em que os princípios integram o ordenamento jurídico como a importante missão de operar pontuais correções morais e de justiça material sobre as regras.

³²⁴ MIR PUIG, Santiago. **Estado, pena y delito**. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 340-341. “Las normas jurídicas son manifestación del poder y limitan la libertad de sus destinatários. Erigirlas en el objeto último de protección por parte del Derecho penal supone considerarlas valiosas en sí mismas, esto es, supone considerar valiosa por sí misma la restricción de la libertad que implican. Ello no puede aceptarse desde una perspectiva democrática. [...] Las normas jurídicas no son un bien en sí mismas que sirva para justificar la intervención penal, sino, al contrario, un mal necesitado de justificación.”

³²⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Trad. Luís Greco (Coord.) et alii. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 39.

³²⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Trad. Luís Greco (Coord.) et alii. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 41.

A apologia do autor se firma sobre os mesmos pressupostos liberais clássicos que orientam a maioria dos defensores – os ideais iluministas e a alegoria do contrato social. Por meio deles, assenta-se que o Estado deve intervir o mínimo possível nas liberdades das pessoas, assegurando a possibilidade de um livre desenvolvimento do indivíduo. O que se pode proteger é o que é **necessário** para a existência ou o desenvolvimento do indivíduo e os bens compartilhados que representem “um interesse urgente da convivência pacífica”. De outro lado, excluem-se do alcance do legislador as meras inconveniências que incomodem as pessoas e as imperfeições da organização social.³²⁷

A respeito de onde se podem extrair os limites concretos para a atividade de criminalizar, Schünemann adota postura ligeiramente mais arrojada do que a de Roxin, falando de “condições fundamentais suprapositivas” de um poder estatal legítimo que se “tornam premissas tácitas do Estado democrático de Direito, ainda que não estejam expressamente consagradas na Constituição”.³²⁸ Não fazemos de Schünemann, por essa fala, um jusnaturalista radical. Parece bem mais adequado considerá-lo como “neoconstitucionalista”, na mencionada linha Dworkin-Alexy, por seu apelo aos princípios, ainda que tácitos, como *standards* interpretativos e como filtros de legitimidade das normas penais.

Tão vigorosa quanto a defesa à teoria do bem jurídico é a crítica relativa à subserviência ao legislador: “na época do nacional-socialismo, esse respeito ao legislador foi, em especial, vergonhoso, pois o Direito Penal foi brutalmente abusado pela ditadura de Hitler para realizar valores inversos aos do Estado de Direito liberal, tal como não se deu em nenhum outro ramo do Direito”.³²⁹ A preocupação não é apenas com o legislador malicioso, como o nacional-socialista, mas até mesmo com “os aleatórios objetivos políticos da maioria parlamentar que por acaso dominar os órgãos legislativos”.³³⁰

³²⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Trad. Luís Greco (Coord.) *et alii*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 50.

³²⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Trad. Luís Greco (Coord.) *et alii*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 72.

³²⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 38.

³³⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Trad. Luís Greco (Coord.) *et alii*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 56.

Seus reproches também alcançam o Tribunal Constitucional alemão, que frequentemente não emprega em suas decisões os filtros sugeridos pela teoria do bem jurídico – a exemplo do que fez na conhecida decisão que reafirmou a questionável legitimidade do tipo penal que criminaliza o incesto. Schünemann afirma que sua postura “fez a teoria do Direito Penal retroceder a um nível pré-iluminista”.³³¹

A indisfarçável inconsistência do conceito de bem jurídico não é suficiente para demover Bernd Schünemann da crença de que ele tem o potencial “para a restrição da discricionariedade legislativa”.³³² E sua conclusão é enfática: “não só se deve insistir na posição central do conceito de bem jurídico para a dogmática jurídico-penal, como também de que a teoria do bem jurídico ainda está por ser verdadeiramente construída”.³³³ O otimismo salta aos olhos, mas parece bem pouco realista. Se em aproximadamente 250 anos essa teoria não foi “desenvolvida”, em que se pode confiar para dizer que será?

Outro importante defensor da teoria do bem jurídico é Roland Hefendehl. Segundo pensa, a teoria do bem jurídico tem elevado grau de utilidade para a dogmática penal, embora seja “impossível criar uma formulação substancial e precisa do conceito de bem jurídico que torne desnecessária qualquer ulterior reflexão sobre as características de um determinado tipo”. A questão central da discussão acaba sendo, então, o que se pode esperar do bem jurídico enquanto fundamento do conceito material de crime. Algum grau de delimitação daquilo que se possa considerar legitimamente criminalizável, sim. O problema é que há tempos “se vem torturando o bem jurídico em seu leito de morte, exigindo-se dele aquilo que ele não tem como cumprir”.³³⁴

³³¹ SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 41-42.

³³² SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** Trad. Luís Greco (Coord.) et alii. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 50.

³³³ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** Trad. Luís Greco (Coord.) et alii. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 67.

³³⁴ HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 57.

A posição de Hefendehl soa bem mais realista ao manter em níveis mais amenos a exigência de resultados práticos para o bem jurídico enquanto “pedra angular da norma penal”. Se a fala mais moderada, de início, em contraposição às decepções geradas pelas teses mais otimistas, contribui para a acreditação do instituto, as exceções abertamente reconhecidas ferem de modo grave a imagem do bem jurídico. Como vimos linhas acima, Claus Roxin contribuiu para a fragilização do instituto ao falar de “ampliação conceitual” para o bem jurídico de modo a abranger criminalizações para as quais, definitivamente, não se pode apontar um objeto concreto de proteção (maus tratos contra animais, por exemplo). Que dizer de Hefendehl, que expressamente abraçou “a tese de que, em casos excepcionais estritamente delimitados, um tipo não precisa proteger um bem jurídico, para não ser considerado ilegítimo de uma perspectiva constitucional ou político-criminal”? Para o autor, a ilegitimidade só se desenha quando se pune a “mera violação de dever”, e não quando ela atinge atos considerados como “violações não danosas de padrões valorativos ou de comportamentos enraizados na sociedade”.³³⁵ É claro que o autor não se arrisca a apontar quais seriam os critérios válidos para identificar essas exceções. Tudo indica, porém, que elas provavelmente recairão sobre aquelas condutas desviantes cuja descriminalização soa antipática demais aos olhos da maioria do corpo social, como em alguns casos de perigo abstrato ou que envolvam interesses coletivos.

Assim, embora Hefendehl³³⁶ siga afirmando que o bem jurídico é a pedra angular substancial de uma norma, ele recua ao reconhecer que “o decisivo é, isso sim, a combinação entre bem jurídico e estrutura do delito”, o que nos transmite uma ideia bem próxima daquela de Claus Roxin, que criticamos acima, segundo a qual o problema do bem jurídico se resolve a partir do casuísmo da Parte Especial. Que utilidade teria uma teoria que, sem precisão conceitual e sem potencial de generalização, deformasse seus próprios fundamentos de acordo com os casuísmos da legislação penal?

Além disso, Hefendehl é um dos mais lembrados responsáveis por aquilo que se pode chamar de “processo de espiritualização do bem jurídico”, a partir do qual os objetos de proteção podem passar a estar completamente desconectados de qualquer correspondência material-empírica.

³³⁵ HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 70.

³³⁶ HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 75.

Isso conduz à aceitação da tutela de objetos questionáveis por sua dificuldade de delimitação, como o pudor, a confiança e a paz. Ele contra-argumenta:

A alternativa a “ideal” não é “material” (físico), senão “real”. E a realidade, por sua vez, não se compõe apenas de objetos físicos, senão de fenômenos psíquico-intelectuais. [...] São circunstâncias que podem ser lesionadas. Tanto os objetos físicos como os espiritualizados são partes integrantes da realidade. A crítica deve dirigir-se contra a idealização do conceito de bem jurídico, não contra sua espiritualização.³³⁷

A real existência de uma diferença entre “idealização” e “espiritualização” do bem jurídico é discutível. Se ela existe, Hefendehl não a explicita muito habilmente. Knut Amelung³³⁸, equiparando as duas noções, não poupa críticas, relacionando toda tendência de “desmaterialização dos bens jurídicos” com “o problema dos bens jurídicos aparentes”. Por meio da identificação dos bens jurídicos com valores, ideias ou coisas similares, põe-se “em perigo a ideia do Direito penal como instrumento de proteção”, posto que, “se não pertencem ao universo espaço-temporal das coisas, pessoas e suas ações, senão a um mundo de valores espirituais e ideias que flutuam acima daquele, então os bens jurídicos não parecem ser suscetíveis de lesão”. Essa é uma crítica que também encontramos em Michael Kahlo³³⁹: “bens jurídicos não são valores. Como poderia lesionar-se ou pôr-se em perigo um valor?”

Dentre os muitos defensores da teoria do bem jurídico, Knut Amelung apresenta uma característica bastante peculiar. A textura aberta e a indeterminação conceitual, atributos do bem jurídico que mais atraem críticas na doutrina penal, são por ele exaltadas como verdadeiras virtudes. Rebatendo as diversas críticas opostas ao conceito positivista pensado por Binding, tido como “vazio” e deixado à mercê do legislador, Amelung registra: “O caráter vazio desse conceito, a absoluta indeterminação do juízo de valor que cria o bem, é ao mesmo tempo a razão de sua riqueza”, pois “está aberto a quase todas as valorações e se converte em ponto de conexão

³³⁷ HEFENDEHL, Roland. Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico. Trad. Rafael Alcácer Guirao *et alii*. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 401.

³³⁸ AMELUNG, Knut. El concepto de bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. Trad. Rafael Alcácer Guirao *et alii*. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 245.

³³⁹ KAHLO, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho Penal. Trad. Rafael Alcácer Guirao *et alii*. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 51.

da política com a dogmática”. A vantagem, segundo ele, é “poder contar com o dinamismo da política sem a necessidade de se abrir mão do dinamismo do sistema jurídico”.³⁴⁰

Como um visível **procedimentalista**, Amelung não se deixa guiar pelas preocupações instigadas pela experiência com passados totalitários e ditaduras. Desde que se tenha um processo legislativo integralmente respeitado, há que se reverenciar as decisões do legislador, em relação a quem a doutrina penal – com muita razão, a nosso ver – nutre elevada dose de desconfiança. Seu ponto de partida é plenamente sustentável por uma visada minimamente cética: em uma sociedade pluralizada e globalizada, não há como obter consensos sobre o bom, o belo e o justo que se possam situar acima da lei. O “bem jurídico preexistente” ou “supralegal” é sempre uma criação de um grupo ideológico, isto é, algo cultuado por alguns e certamente deplorado por outros. Algum nível de arbitrariedade sempre existirá, e é melhor que ele se imponha por meio das leis validamente criadas.

O procedimento legislativo democrático tornou-se necessário também porque o consenso a respeito dos valores suficientes para legitimar intervenções estatais desapareceu sob as condições do pluralismo valorativo, tendo, portanto, de ser obtido através de uma via procedimental.³⁴¹

Amelung reconhece que a confiança na racionalidade e na sinceridade do “procedimento” (aqui entendido como a aprovação democrática das leis) certamente se esvaiu bastante diante dos absurdos ideológicos cristalizados por leis – especialmente penais – no século passado.³⁴² Bem, é por isso que existem as constituições, normas mais rígidas e de hierarquia superior, que prometem o respeito às decisões da maioria sem a chance de supressão das minorias. Sem recorrer a valores “pré” ou “suprajurídicos”, o mais longe que se pode chegar na expectativa de limitar a atuação do Estado passa pela Constituição.

³⁴⁰ AMELUNG, Knut. El concepto de bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. Trad. Rafael Alcácer Guirao *et alii*. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 226. Tradução nossa.

³⁴¹ AMELUNG, Knut. El concepto de bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. Trad. Rafael Alcácer Guirao *et alii*. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 232.

³⁴² AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 131.

Como vimos falando desde o início, em razão da nossa opção pelo ceticismo gnosiológico e ético, concordamos com a suma do pensamento de Amelung, apenas aduzindo, de modo mais claro, que compreendemos a criação (processo legislativo) e a interpretação/aplicação (processo judicial) das leis como atividades subordinadas a princípios não expressamente consagrados pelas constituições, mas consolidados histórico-culturalmente pelo mesmo paradigma dentro do qual elas se originam. Esses princípios se identificam ou se criam a partir das “invariantes axiológicas” (Miguel Reale), abordadas no capítulo anterior. Criam o espaço e orientam a elaboração da Constituição, de modo que vinculam sua interpretação e aplicação. Evidentemente, há uma ligação direta com a noção de paradigma: invariantes axiológicas ligadas à igualdade entre homens e mulheres e laicização do Estado, ambas, caras à democracia, não exercem qualquer peso na formação e na aplicação das constituições de algumas nações fundamentalistas, por exemplo. Normas constitucionais e infraconstitucionais criadas em um contexto liberal-democrático, no entanto, certamente devem ser aplicadas (ou excluídas!) conforme diretrizes que emanam dessa opção político-ideológica, estejam escritas ou não. Isso se prova, inclusive, pelas experiências de países que possuem “constituições magras” (*Thin Constitutions*), econômicas em termos de direitos e garantias fundamentais expressamente previstos, mas que são intransigentes com relação à igualdade, à liberdade e outros direitos civis.

Como defensor da linha positivista, Amelung³⁴³ se opõe de modo ferrenho às expectativas tradicionais quanto à obtenção de uma função crítica do sistema a partir do conceito de bem jurídico. Segundo ele, essa expectativa decorre de “uma série de falácias históricas e de erros, de tal maneira que é em parte difícil continuar sério ao aponta-los”. Na sequência, ele observa que um conceito de bem jurídico com esse “poder” nunca foi efetivamente criado.

Dentre os crédulos nos poderes de limitação da teoria do bem jurídico, Amelung parece ser um dos mais realistas. Posições como a sua, que mantenham expectativas mais modestas, podem, por um lado, conduzir a um aparente enfraquecimento da importância do “bem jurídico”, mas, de outro, fortalecem a teoria na medida em que contribuem para a demonstração de uma verdadeira viabilidade prática. Quanto mais simples os ganhos que a teoria pode oferecer, mais plausibilidade lhe será reconhecida; quanto mais miraculosos seus resultados prometidos, maior a desconfiança que gerará. Amelung, quando habilmente faz a defesa da teoria, consegue

³⁴³ AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 124-126.

sintetizar de modo bem mais palpável seu alcance prático: “é um instrumento multifuncional de argumentação no Direito Penal”. É um postulado que exige que a utilidade de uma norma vá além da manutenção de sua própria vigência e sirva para proteger “algo por trás dela”, mas que, segundo ele, embora possa “deslegitimar normas inúteis”, não serve para dizer ao legislador o que ele deve considerar útil, de modo que não subtrai de suas mãos o poder de escolher o que é digno de proteção.

Deveras, apenas pelo fato de se ter um objeto de proteção como exigência para cada norma incriminadora, já se tem algum conteúdo liberal. Não se pode esperar muito mais do que isso, no entanto, apenas cabendo como expectativa realista para o bem jurídico uma “contribuição racionalizadora” para a atividade legislativa de criminalizar, forçando os legisladores a refletirem sobre o que será efetivamente protegido pela lei e qual a sua utilidade prática.³⁴⁴

No fim das contas, qual pode ser a relevância de uma teoria que apenas sugere ao legislador que “faça uma reflexão”? O que se espera de um conceito material de crime? Indubitavelmente, algum tipo de proteção liberal. Caso contrário, por que não sossegar com um conceito puramente formal, que identifica o crime com a descrição legal da conduta proibida sob a ameaça de uma pena? Ora, se a teoria não retira dos legisladores o poder de “dizer o que é útil” e de “apontar o que deve ser digno de proteção”, sua utilidade deve ser bem limitada.

A teoria do bem jurídico encontra em Detlev Sternberg-Lieben um valoroso apoiador. No que tange ao papel da teoria do bem jurídico, e também quanto ao tipo de resultado que ela pode oferecer, temos sua posição como uma das mais proficientes. Seu ponto de partida é o de que compete ao Estado, primariamente, prover a segurança das pessoas.

Um parêntese para nossa opinião, que se alinha em boa medida com a do penalista alemão. O Estado provê segurança de duas maneiras: mediante a prestação e a abstenção. De um lado, o Estado se compromete a prestar serviços que promovam os direitos e garantias fundamentais e a atuar ativamente no sentido de sua proteção, coibindo as lesões e exposições a perigo. De outro, compromete-se a deixar em paz o indivíduo, abstendo-se de interferir em sua vida a menos que

³⁴⁴ AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 124-126.

isso seja estritamente necessário para a realização da outra tarefa, da proteção dos bens jurídicos contra lesões e perigos.

Sternberg-Lieben deriva os limites ao poder de criminalizar condutas dessas específicas tarefas de proteção e das limitações diretamente decorrentes da opção político ideológica que define o modelo de Estado. A "cláusula do Estado de Direito, em conjunção com os direitos fundamentais, põe limites ao poder estatal de limitar a liberdade mediante a definição de certas condutas como delito". Como a atividade do Estado somente se legitima pela sua finalidade de proteção do indivíduo e direitos fundamentais, suas intervenções penais devem seguir esse parâmetro teleológico, "inexistindo qualquer espaço para a persecução de interesses públicos por completo alheios aos dos cidadãos". Sobre o vínculo entre os bens jurídicos e a Constituição, tão marcante em Roxin, Sternberg-Lieben se mostra mais realista. Não se espere de uma Constituição as diretrizes específicas para a solução de casos duvidosos, mas, sim, "princípios gerais".³⁴⁵

Os fundamentos políticos, bem como seu efeito na criação e na aplicação dos tipos penais, são identificados por Sternberg-Lieben de modo irretocável. É muito claro, na Lei Fundamental alemã, o posicionamento da dignidade da pessoa humana como o valor mais alto, e a eleição da pessoa e de seus direitos fundamentais como núcleo em torno do qual se há de configurar todo o sistema (e o mesmo raciocínio se aplica à Constituição brasileira, conforme se extrai dos arts. 1º a 5º, mencionados em específico mais adiante). A partir disso, a legitimidade do Direito penal está vinculada à observância da diretriz superior do respeito e da promoção do desenvolvimento pessoal dos indivíduos.

Adepto da versão personalista do bem jurídico, assim o conceitua: "uma situação real e suscetível de ser lesionada que em um momento histórico concreto aparece como condição e requisito do desenvolvimento pessoal", deixando claro que, nos casos de bens "coletivos" ou "supraindividuais", só se admite a tutela penal quando "puder inferir-se a partir de interesses individuais". Não se inserem no âmbito do conceito personalista de bem jurídico apenas os bens

³⁴⁵ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. Trad. Rafael Alcácer Guirao *et alii*. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 102-103. "Así, la cláusula de Estado de Derecho, en conjunción con los derechos fundamentales, sienta límites a la potestad estatal de limitar la libertad mediante la definición de ciertas conductas como delito. [...] [...] no existe espacio alguno para la prosecución de intereses públicos por completo ajenos a los de los ciudadanos [...]". Tradução nossa.

individuais "clássicos", como vida, integridade física e patrimônio; há interesses sociais que se formam a partir das expectativas pessoais e das relações mantidas entre os indivíduos (confiabilidade dos documentos - fé pública; higidez do funcionamento da Justiça - administração da Justiça).³⁴⁶

O penalista também acerta em sua diagnose sobre os pontos de fragilidade da teoria e sobre os limitados resultados que dela são esperáveis. Assim como qualquer outro conceito de bem jurídico de que se espere uma função crítica, a versão personalista encontra na prática legislativa seu principal adversário. Ela não é compatível com muitas das criminalizações que estão em pleno vigor e devem assim permanecer, o que coloca sob sérias dúvidas que tenha alguma capacidade de limitação exercível sobre a atividade de legislar. Por isso, sua real missão, e o que dela se pode racionalmente esperar, é que funcione como *topos* do discurso jurídico e padrão argumentativo no sentido de orientar as atividades de criar e de aplicar as leis penais, sugerindo uma exigência da verificação de "uma lesão comprovável das condições de desenvolvimento da pessoa" como condição de validade dos projetos de criminalização. Já reconhecendo a vagueza como um problema, Sternberg-Lieben indica uma ponderação capaz de fornecer um pouco mais de concretude para o manuseio prático da teoria. Quanto mais importante para o desenvolvimento da pessoa o objeto de proteção for, menor o ônus argumentativo no sentido de legitimar a norma penal; quanto menos importante for para o indivíduo e seu desenvolvimento, maior será o esforço argumentativo exigido para a legitimação.³⁴⁷

Até o momento em que reconhece que a concepção pessoal de bem jurídico "não será um remédio milagroso para questões duvidosas", não vemos, na contribuição de Sternberg-Lieben, uma perda total de capacidade crítica. Digamos que a observação, por enquanto, é realista. Muito da utilidade prática se esvai, no entanto, quando passa a sustentar que as questões devem ser resolvidas ao sabor de uma "concreção complementadora em cada caso" que ele não especifica. Pior fica quando, à semelhança do que vimos acontecer com outros autores, o penalista estabelece o conceito pessoal de bem jurídico como uma espécie de "recomendação" para o

³⁴⁶ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. Trad. Rafael Alcácer Guirao *et alii*. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 105-107.

³⁴⁷ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. Trad. Rafael Alcácer Guirao *et alii*. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 105; 107; 109.

legislador, e não como uma barreira ou algo que o vincule. Essas "diretrizes" (facultativas?) do conceito pessoal de bem jurídico "não se podem considerar mais do que *desideratas* da política legislativa penal, e não disposições vinculantes suscetíveis de ser revisadas em cada decisão parlamentar".³⁴⁸ No fundo, a decisão permanece nas mãos do legislador, que pode levar em conta as "recomendações" que emanam do conceito pessoal de bem jurídico, ou não. A utilidade disso, especialmente em países acometidos de populismo punitivista, é zero. Lembremos que o **conceito material de crime** surge como um projeto de limitação dos abusos historicamente comprovados por parte do poder punitivo estatal. Sternberg-Lieben devolve ao legislativo esse poder praticamente ilimitado (o autor exclui casos "absurdos", mas esses são os fáceis e dispensam construções teóricas mais rebuscadas). Certo, a busca pelo conceito material começa (sem esse nome, ou esse título) durante os regimes absolutistas, e a confiança que Sternberg-Lieben deposita não é no monarca, mas no parlamento democraticamente eleito. Há grande diferença. Mas, pelas considerações que tecemos no capítulo anterior, há razões de sobra para que não tenhamos apenas ditadores sanguinários. Leis democraticamente aprovadas podem ser usadas para atormentar e escravizar seres humanos. É a tirania da maioria ou a seletividade imposta por classes políticas economicamente dominantes.

Apesar de ofertar linhas tão ricas na busca de um parâmetro para a construção do conceito de bem jurídico mais ajustado ao Estado democrático de Direito, é frustrante constatar a redução da esperada função crítica a níveis tão irrisórios. É como se o conceito de bem jurídico nos servisse para reprovar moralmente as más decisões legislativas, mas não nos permitisse adotar qualquer providência prática diante disso. "A política criminal há de fazer-se pelo Parlamento democraticamente chamado para isso, e não por meio de decisões do Tribunal Constitucional, carentes de legitimação constitucional nessa matéria." Quanto às "recomendações" do conceito de bem jurídico, "[...] deve evitar-se a tentação de subtrair da discussão as demandas próprias de caráter político-criminal, elevando-as à categoria de postulados constitucionais vinculantes".³⁴⁹ Estranho. Se são postulados constitucionais, são vinculantes, por óbvio. Se são postulados

³⁴⁸ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. Trad. Rafael Alcácer Guirao *et alii*. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 116. [...] no puedan considerarse más que *desiderata* de la política legislativa penal, y no disposiciones vinculantes susceptibles de ser revisadas en cada decisión parlamentaria". Tradução nossa.

³⁴⁹ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. Trad. Rafael Alcácer Guirao *et alii*. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 120. "[...] debe evitarse la tentación de sustraer a la discusión las demandas propias de carácter meramente político-criminalelevándolas a la categoría de postulados constitucionales vinculantes". Tradução nossa.

meramente teóricos, sem base constitucional, não são úteis, exatamente porque não vinculam. Podem ser interessantes como pontos de partida para o desenvolvimento de princípios político-criminais. Mas, para a elaboração de um conceito material de crime, em si, não são relevantes.

Não se pode criticar a adoção de uma postura *in dubio pro legis*. De fato, em homenagem a premissas democráticas basilares e à estrutura da separação de poderes, a invalidação de um produto legislativo pelo Poder Judiciário deve ser excepcional. Afinal, a legitimidade democrática primária, decorrente das escolhas eleitorais, reveste a lei, e não a decisão judicial, que a desautorizaria. E a posição adotada por Sternberg-Lieben certamente é induzida pela postura ultraconservadora da Corte Constitucional alemã. Algo semelhante se passa com Otto Lagodny³⁵⁰, que lembra que a Corte Constitucional expressamente concedeu ao legislador penal uma “prerrogativa de avaliação” muito ampla, conferindo-lhe liberdade de decidir sobre o que pode ser protegido pela lei, e, também, se é pela via penal que isso deve acontecer. “Apenas uma finalidade como a persecução de metas racistas é inconstitucional *per se*”.

Quanto a esse nível de reverência, havemos de discordar. Falaremos um pouco mais disso, no capítulo seguinte, quando abordarmos pontos polêmicos da legislação penal, configuradores de *hard cases*. Ali veremos a decisão do STF que deixou de afastar a tipicidade material do crime de “casa de prostituição” exatamente por “lavar as mãos”, deixando a cargo do Legislativo (de modo aparentemente integral) a decisão sobre o que pode constituir objeto de tutela de normas penais. Se a dogmática penal reconhece sua própria impotência diante das mais questionáveis decisões legislativas (como vimos em capítulo anterior, a cominação de pena de morte por realização de sodomia; ou de pena de prisão em razão da tentativa de suicídio), e se o Judiciário não pode exercer o controle de constitucionalidade a não ser nos casos mais escandalosos, toda a busca por um conceito material de crime é em vão. Torna o crime a se identificar com o produto da pura inventividade legislativa. Com ou sem efetiva representatividade democrática; guiada por fins nobres declarados ou fins perversos velados.

Em um ambiente democrático, o crime deve, sim, contar com uma dimensão material. Como construí-la do modo mais eficiente no sentido da contenção dos abusos é uma segunda questão;

³⁵⁰ LAGODNY, OTTO. El Derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional. Trad. Rafael Alcácer Guirao *et alii*. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 125-126. "Solo una finalidad como la prosecución de metas racistas es inconstitucional *per se*." Tradução nossa.

se essa contenção pode chegar a ser cem por cento eficaz, é uma terceira. E esse conceito, perfeito ou não, tem um fim prático, ditado desde o início pelos matizes liberais que inspiraram a tortuosa jornada de sua persecução: exigir, como verdadeira condição de legitimidade, uma certa característica sem a qual um comportamento não possa ser considerado delituoso. Ora, essa “condição de legitimidade” não pode se identificar com a mera “aprovação” da doutrina ou da Corte Constitucional. Se é legítima a criminalização, aplausos; se não o é, vaias. Essa verificação de legitimidade só faz sentido se tiver, ao menos, a possibilidade de surtir efeito prático. O efeito prático de conduzir à invalidação da norma, tarefa sugerida pela doutrina crítica e levada adiante pela Corte Constitucional – ou, preferencialmente, pelo próprio Poder Legislativo, se estiver atento às contribuições dos juristas.

A conclusão a que chega Lagodny, se levada a sério como expressão do máximo que se pode alcançar como critério de limitação da intervenção penal, ou como requisito de sua legitimidade, levaria a um reconhecimento do fracasso do conceito material de crime. “Pode dizer-se de forma geral que, quanto mais importante seja o ‘interesse geral’ no estabelecimento de uma forma de conduta, tanto antes poderá recorrer-se a uma reprovação jurídico-penal”. E é uma fala prestigiada – inclusive, expressamente esposada por outros penalistas (veja-se Martin Böse³⁵¹, por exemplo). Embora aqui se diga mais sobre o aspecto da subsidiariedade do Direito Penal do que, propriamente, sobre eventual condição de validade de uma criminalização, as referências empregadas são infelizes.

“Muito interesse coletivo” legitima a intervenção penal. *A contrario sensu*, pouco interesse coletivo não legitimaria. Além de o “fiel da balança” ser o mais precário possível – o interesse coletivo –, verifica-se um grande potencial suicida da concepção. Não só porque repristina uma arcaica noção de supremacia do interesse público sobre o privado, mas, também, porque esse “interesse coletivo” consegue superar, em muito, o “bem jurídico” em termos de imprecisão e vagueza. De certo modo, ele se torna duplamente perigoso: se confundido com o “apoio popular”, medidas penais das mais absurdas poderiam ser adotadas, em tempos de punitivismo (além do que, em contrapartida, algumas normas definitivamente desprovidas dessa aprovação direta se desfariam indevidamente, como as que se referem à cobrança de impostos e ao Direito Penal

³⁵¹ BÖSE, Martin. Derechos fundamentales y Derecho Penal como “derecho coactivo”. Trad. Rafael Alcácer Guirao. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 132.

tributário). Há perigo, ainda, se esse interesse coletivo desprezar por completo a opinião pública, não só pela frustração das expectativas de representatividade material, como também pela danosidade da seletividade penal típica das realidades periféricas.

A imediata resignação de alguns autores em relação às decisões legislativas incomoda tanto quanto a que se refere às posturas acríticas e pouco claras da jurisprudência. “O Tribunal Constitucional cifra a tarefa do Direito penal na proteção dos interesses comuns essenciais”³⁵² é uma observação que, a nosso ver, reclama a seu lado, na sequência, uma crítica. Ela definitivamente não deve funcionar como premissa ou conclusão para as discussões que orbitam em torno dos requisitos de legitimidade das normas penais. Os julgados da Corte Constitucional alemã quando do exame da constitucionalidade da criminalização do incesto e do porte de droga para consumo pessoal (abordados no capítulo seguinte) são verdadeiramente desanimadores se observados sob a ótica de uma dogmática penal que busca um ponto de apoio substancial para as decisões de criminalização.

3.7. O “PRINCÍPIO DO DANO” (*HARM PRINCIPLE*) COMO NÚCLEO DO CONCEITO MATERIAL DE CRIME

Como demonstraremos com maiores detalhes um pouco adiante, há muitos pontos de convergência entre a teoria do bem jurídico e o *harm principle*. Isso se deve a uma grande proximidade entre seus fundamentos (a ideologia liberal e antropocêntrica do Iluminismo) e seus fins (a limitação da intervenção punitiva estatal nas vidas dos indivíduos³⁵³).

Como bem observou Michael Kahlo³⁵⁴, a pergunta central que se desenvolve nos estudos sobre o “princípio do dano” é exatamente a mesma que importuna a doutrina alemã que investiga o “bem jurídico”: que condutas está o Estado legitimado a criminalizar?

³⁵²BÖSE, Martin. Derechos fundamentales y Derecho Penal como “derecho coactivo”. Trad. Rafael Alcácer Guirao. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 133. “El Tribunal Constitucional cifra la tarea del Derecho penal en la protección de los intereses comunes esenciales.” Tradução nossa.

³⁵³ SEELMAN, Kurt. El concepto de bien jurídico, el *harm principle* y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena. Trad. Rafael Alcácer Guirao. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 365

³⁵⁴ KAHLO, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho Penal. Trad. Rafael Alcácer Guirao. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La**

Claus Roxin³⁵⁵ tem percepção semelhante. Para ele, as ideias e as consequências das duas teorias coincidem em todas as suas implicações. E, de certo modo, o próprio renascimento da concepção de “bem jurídico” na Alemanha acabou sendo facilitado pelo advento do “princípio do dano”, de Stuart Mill (1859).

Bernd Schünemann³⁵⁶ é outro que expõe a grande proximidade entre o *harm principle* e a teoria do bem jurídico – pelo menos, na versão original de Stuart Mill – embora se possa considerar o primeiro ainda “mais estreito”.

Obviamente, não se pode supor que John Stuart Mill tenha “inventado” a constatação do dano como exigência para legitimação das normas punitivas. Essa noção de dano, como vimos, é muito anterior, e já aparece, minimamente delineada, em Beccaria e Hommel, ainda no século XVIII. Mill desenvolveu a ideia e organizou argumentos, aplicando-os de modo mais específico a pontos polêmicos da legislação e, com isso, deixando mais clara a sua efetiva utilidade prática. Hoje, analisando *ex post*, atribuímos a Beccaria e a Stuart Mill as respectivas paternidades da teoria do bem jurídico e do princípio do dano, mas nenhum dos dois, a seu tempo, fez mais do que escrever linhas sobre o terror estatal, o valor da liberdade e a necessidade de que existissem freios para o primeiro e garantias de asseguarção do segundo. Entender suas ideias, assim como identificar pontos de conexão, é bem simples se as contextualizamos historicamente.

Mill, dedicado defensor da liberdade, observou que com o passar do tempo, as pessoas desenvolveram um medo de que os poderes do soberano, considerados necessários, pudessem ser usados contra elas, e não apenas contra os inimigos externos. Daí vem a formação desse desejo de limitação do poder do soberano, e o espaço posto fora do seu alcance, esse sim, passou a exprimir o verdadeiro espaço de liberdade, nessa nova configuração.³⁵⁷ Liberdade já não é mais fazer o que se quiser, inconcebível na medida em que todos estão submetidos a uma

teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 55.

³⁵⁵ ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **Sobre o recente debate em torno do bem jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 180.

³⁵⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Trad. Luís Greco (Coord.) *et alii*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 97.

³⁵⁷ MILL, Stuart. **On liberty**. E-book Kindle, pos. 21; 28.

autoridade, mas usufruir de um espaço existencial posto fora dos domínios desse poder que, conforme mostrou a história, é tão propenso a cometer abusos.

As vozes iluministas, no século XVIII, e também Mill, na segunda metade do século seguinte, induzidas pela fartura de exemplos empíricos, ergueram-se em um contexto dentro do qual a tendência era a de se considerar o Estado como um vilão ou inimigo em potencial. Suas atrocidades sempre foram percebidas de modo mais grotesco quando recaíam sobre a individualidade, o que se observava com indesejável frequência. Penas pública e espetacularmente aplicadas com requintes de crueldade e aparente sadismo, confissões obtidas em meio a inescrupulosas torturas e uma pernicioso confusão entre crime, pecado e imoralidade atormentaram as pessoas por um longo período no continente europeu. Esse Estado monstruoso, gigantesco, sanguinário, sempre apequenou as pessoas, e o (novo) giro antropocêntrico do Iluminismo claramente uma reação às suas práticas.

Em Stuart Mill, a liberdade e a autodeterminação individuais são os pressupostos e os fios condutores de todos os direitos e conquistas, inclusive aqueles que possam ser coletivos. “Lá, onde não o caráter da pessoa, mas as tradições ou costumes dos outros são as regras de conduta, está faltando um dos principais ingredientes da felicidade humana, e o mais importante ingrediente do progresso individual e social”. São tantos e tão produtivos os aforismas de Mill que vale a pena a citação de alguns, nessa mesma linha: “Ninguém tem uma ideia de excelência no agir de que as pessoas não devem fazer nada senão copiar umas às outras”, pois, quem deixa o mundo ou os outros decidirem tudo por si “não precisa de nenhuma outra habilidade a não ser a da imitação, que até os primatas têm”. Ou: “Aquele cujos desejos e impulsos não são seus não tem caráter, pelo menos, não mais caráter do que um motor a vapor”.³⁵⁸

A autodeterminação e as liberdades de pensar, de se expressar e de agir são prerrogativas verdadeiramente invioláveis do indivíduo, somente se admitindo uma interferência que as impeça ou restrinja em casos muito bem fundamentados. E essa invasão desnecessária, quando ocorre, é a atitude mais intolerável que um Estado pode adotar. “Nem o despotismo produz seus

³⁵⁸MILL, Stuart. **On liberty**. E-book Kindle, pos. 947; 966; 987; 1014, na sequência dos trechos sob aspas. “Where, not the person’s own character, but the traditions or customs of other people are the rule of conduct, there is wanting one of the principal ingredients of human happiness, and quite the chief ingredient of individual and social progress”. “No one’s idea of excellence in conduct is that people should do absolutely nothing but copy one another.” “[...] has no need of any other faculty than the ape-like one of imitation.” “One whose desires and impulses are not his own, has no character, no more than a steam-engine has a charcater.” Tradução nossa.

piores efeitos se a individualidade existe sob seu domínio. O que quer que esmague a individualidade é despotismo”.³⁵⁹

É preciso, destarte, estabelecer critérios legitimadores dessa interferência na esfera da individualidade. E Mill, durante a maior porção de seu belo livro (*On Liberty*), é bastante rigoroso: a única justificativa para a interferência na liberdade e o controle de uma conduta é a identificação de sua chance de causar um mal a outra pessoa. Naquilo que concerne a si próprio, e que não afeta aos outros, a liberdade do indivíduo é absoluta.³⁶⁰ Desse pensamento nasce o requisito inexorável para a legitimação da intervenção estatal na liberdade individual, que veio a consolidar-se, ao longo dos anos, como o *harm principle*: “O único propósito para o qual o poder pode ser corretamente exercido sobre um membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é o de prevenir o dano a outros”³⁶¹

Um importante parêntese, já adiantando algo que nos será caro mais tarde, quando da abordagem de nossas conclusões. A expressão que é mais frequentemente usada por Mill é “*harm*”, e a tradução que mais frequentemente lhe é dada é a de “dano”. Manteremos, por ora, essa tradição, embora a consideremos questionável e entendamos mais proveitosa a sua substituição por uma outra palavra, mais compreensiva e menos problemática para a dogmática penal. Detalhes mais adiante.

Mill segue afirmando que a ideia é a de assegurar liberdade de gostos e de projetos de vida ditados por nosso próprio caráter, e, de modo geral, a liberdade de fazermos o que quisermos, sujeitando-nos às consequências disso, sem qualquer impedimento dos nossos semelhantes, desde que não lhes causemos prejuízos. E isso, ainda que eles considerem nosso comportamento idiota, perverso ou errado. Uma sociedade em que as liberdades de ação não forem absolutas, à exceção das hipóteses em que causem danos a outros, não será livre. “A única liberdade que merece esse nome é aquela em que perseguimos nosso próprio bem e do nosso próprio modo,

³⁵⁹ MILL, Stuart. **On liberty**. E-book Kindle, pos. 1075. “Even despotism does not produce its worst effects, so long as individuality exists under it; and whatever crushes individuality is despotism [...]” Tradução nossa.

³⁶⁰ MILL, Stuart. **On liberty**. E-book Kindle, pos. 160.

³⁶¹ MILL, Stuart. **On liberty**. E-book Kindle, pos. 157. “The only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others.” Tradução nossa.

contanto que não tentemos privar os demais disso, ou impeçamos seus esforços para obter o mesmo”.³⁶²

A certa altura, sem, obviamente, jamais fazer menção à rubrica jurídica, Mill dá indícios de qual seria o conceito material de crime extraível de suas ideias. Toda conduta é livre, mas aquela que causar um “dano definido” (*definite damage*) ou um “risco de dano” (*definite risk of damage*) está sujeita à lei. No mais, “a inconveniência é algo que a sociedade consegue suportar, pelo bem maior da liberdade humana”.³⁶³ Notam-se, aqui, valorosas linhas em favor da tolerância, essa grande virtude que exaustivamente exaltamos sempre que abordamos a pluralidade ética ao longo do trabalho.

Como diz o filósofo, “há um limite para a interferência legítima da opinião coletiva na independência individual”, e achar esse limite é indispensável para a salubridade das relações humanas e para a segurança contra o despotismo. Mas ele mesmo demonstra consciência de que seus estudos não conduzem a uma fórmula ou a um princípio acabado, mas apenas abrem caminho para algo a se realizar por meio de diretrizes mais específicas: “Mas apesar dessa proposição não parecer contestável em termos gerais, as questões práticas, onde estabelecer o limite, como fazer o ajuste de entre independência individual e controle social – é um assunto em que praticamente tudo ainda está por ser feito”.³⁶⁴

A ideia de Stuart Mill é verdadeiramente formidável. Talvez não seja muito justo compará-las com as contribuições de Beccaria, já que entre as duas se passaram mais de oitenta anos e um Feuerbach. Mas, ainda assim, é notável o ganho de capacidade crítica que os escritos de Mill proporcionam, com essa noção de “*harm to others*”, em relação ao “dano social” presente na obra do marquês italiano. Ou mesmo em relação ao “direito subjetivo, de Feuerbach”. Aliás, entendemos seguro afirmar que, embora aparentemente não exista qualquer diálogo entre as várias contribuições em questão, de todo o período “clássico” (desde Beccaria até o nacional-

³⁶² MILL, Stuart. **On liberty**. E-book Kindle, pos. 208- 213. “The only freedom which deserves the name, is that of pursuing our own good in our own way, so long as we do not attempt to deprive others of theirs, or impede their efforts to obtain it.” Tradução nossa.

³⁶³ MILL, Stuart. **On liberty**. E-book Kindle, pos. 1388-1393. “[...] the inconvenience is one which society can afford to bear, for the sake of greater good of human freedom.” Tradução nossa.

³⁶⁴ MILL, Stuart. **On liberty**. E-book Kindle, pos. 77. “There is a limit to then legitimate interference of collective opinion with individual Independence... But though this proposition is not likely to be contested in general terms, the practical questions, where to place the limit, how to make the fitting adjustment between individual Independence and social control – is a subject on which nearly everything remains to be done.” Tradução nossa.

socialismo), a maior das contribuições para a obtenção de um conceito material de crime veio de John Stuart Mill. Em alguns trechos, seu livro muito bem se passaria por um competente tratado de Direito Penal (citem-se, como exemplo, suas considerações sobre a excepcional punibilidade das condutas omissivas e sobre os riscos ínsitos à festejada finalidade da prevenção geral).³⁶⁵ Mas, como era de se esperar, não é perfeita e apresenta falhas eminentemente conceituais. E, nesse ponto, sofre de modo bem parecido o drama da teoria do bem jurídico.

Uma primeira bateria de questões difíceis: o que é o “dano”? Qual a diferença entre “dano” e “ofensa”? O conceito de “perigo” está compreendido pelo de “dano”? Tanto o perigo “concreto” quanto o “abstrato”?

Suponhamos que se respondam a contento essas indagações. Abrem-se, de imediato, muitas outras. O conceito de dano é, necessariamente, relacional: o dano é, sempre, **dano a algo**. O mesmo se passa com o perigo, que é **perigo para algo**. Dano e perigo necessariamente têm um “objeto” ou uma “coisa” sobre o qual recaem. Não se diga nada, ainda, sobre se é empírico ou normativo, outra questão complexa. O “objeto” do dano, o seu “alvo”, é algo que inescapavelmente corresponde em alguma medida ao núcleo da teoria alemã, ou seja, ao objeto de proteção da norma penal – o “direito subjetivo”, o “interesse”, o “valor ético-social”, a “expectativa normativa” ou, como prefere a maioria, o “bem jurídico”. Indisfarçável, então, a proximidade entre as doutrinas anglo-americana, do *harm principle*, e alemã, da teoria do bem jurídico. Do mesmo modo que o conceito de dano, por si só, é insuficiente, demandando uma reflexão sobre seu objeto ou seu alvo, de nada serve uma teoria do que conceitue eximamente aquilo que seria o objeto de proteção da norma penal, mas sem dedicar qualquer atenção ao elemento correlato do dano ou do perigo, que são tão condição para a imposição da sanção penal quanto a própria identificação do bem jurídico, em si.

Isso é importante e precisa ser enfatizado. A teoria do bem jurídico, embora centralize seus questionamentos (e seus problemas) no bem jurídico (conceituação, critérios de validade da eleição como objeto de proteção, origem constitucional ou suprajurídica, contemplação de puras moralidades ou sentimentos etc.), definitivamente não dispensa a exigência da noção complementar da “**lesão**” (dano ou perigo). Concebe-se o crime, materialmente, como o comportamento que ofende/lesiona/agride/coloca em perigo um bem jurídico, de modo que de

³⁶⁵ MILL, Stuart. **On liberty**. E-book Kindle, respectivamente posições 188; 1631.

nada adianta o esgotamento das questões ligadas ao conceito e aos critérios de seleção dos bens tuteláveis se não se desenvolverem orientações a respeito dos prejuízos a eles produzidos. Intentamos dizer que, para a teoria do bem jurídico, ao lado desse que seria o objeto de proteção da norma, situa-se, como igual requisito de imputação, o resultado desvalioso da conduta que o desrespeita ou menospreza. Ocorre, apenas, que as discussões sobre esse outro aspecto não são tão sofisticadas quanto as que se operam sobre o “bem jurídico”, em si. Se bem que, no que diz respeito ao que seria a “qualidade” ou “intensidade” da lesão, muito há o que se esclarecer. A divisão clássica dos crimes como sendo de dano, de perigo concreto e de perigo abstrato é altamente polêmica, assim como a legitimidade da intervenção penal nos casos que se enquadram nessa última categoria. Em suma, se a função mais aceita para o Direito Penal é a de **proteger** os bens jurídicos, está-se admitindo, ainda que implicitamente, a imprescindibilidade de que o crime se traduza em um “dano” para eles (só se “protege” de algo que seja “nocivo”).

Em síntese, do mesmo modo que o conceito de *Rechtsgut*, para a teoria do bem jurídico, é inútil se desvinculado do dano (crime é o comportamento que “ofende” o bem jurídico, seja ele o que for), o conceito de *harm* é imprestável, se isolado de um objeto relacional sobre o qual recaia. Crime é o **dano a algo**, para as duas doutrinas, embora certamente a partir daí sigam-se caminhos absolutamente apartados, registrando-se divergências profundas sobre o que seria “o dano” e o que seria “esse algo”, sobre o que ele recai.

Para a dogmática penal, parte do problema encontrado na doutrina de Stuart Mill está na tradução usualmente escolhida. Traduz-se “*harm*” como “dano”. Em nossa opinião, além de não se tratar da melhor escolha, é especialmente improdutiva se considerada no âmbito das ciências penais, em que já se lida com os conceitos de “dano”, “perigo concreto” e “perigo abstrato” como resultados jurídicos da conduta típica. “Perigo abstrato” é uma categoria inteiramente diferente – e distante – da de “dano”. Seria o perigo abstrato, um dano segundo a ótica do *harm principle*? Ou, invertendo-se a questão: a noção de “dano”, da construção anglo-americana, compreende as ideias de “perigo concreto” e “perigo abstrato”? O linguajar tradicional da dogmática penal só acentua o problema. São sinônimas as palavras dano, lesão, ofensa e violação?

Para que se tenha uma exata noção da dimensão das dificuldades terminológicas, é preciso lembrar que, para a maior referência contemporânea no estudo do *harm principle*, Joel Feinberg, *harm* e *offense* são coisas completamente distintas. Não à toa Feinberg desenvolveu, ao lado do *harm principle*, um *offense principle*, que, para piorar, nenhuma relação guarda com o “princípio

da ofensividade” (ou “princípio da lesividade”), com o qual nossa dogmática está acostumada. Falaremos em detalhes pouco adiante.

Logo de início, entendemos que a tradução mais precisa para “*harm*” não seja “dano”. “Dano” seria “*damage*”, e o melhor correspondente para “*harm*” é “**prejuízo**”. “*Harmful*” é “prejudicial”, “nocivo”. Isso nos permitiria tratar “*harm*” como uma categoria geral superior (gênero) e “*damage*” e “*risk*” como derivações (espécies). De plano, essa tradução já se mostra mais compatível com a tripartição juridicamente relevante do dano, do perigo concreto e do perigo abstrato.

Os escritos de Mill dão suporte a essa interpretação. Embora use muito mais vezes o termo “*harm*”, há trechos em que emprega “*damage*”, e o faz em momentos tão peculiares quanto cruciais: naqueles em que se dedica a uma maior definição.

Sempre que, em poucas palavras, exista um determinado **dano**, ou um determinado **risco de dano**, tanto para um indivíduo quanto para o público, o caso é retirado do campo da Liberdade, e posicionado no campo da moralidade ou da lei.³⁶⁶

Está bastante claro que, de um modo geral, Mill se refere ao *harm to others* como requisito da intromissão na esfera da individualidade do agente. Mas, quando se ocupou de uma maior especificação prática do que seria esse *harm*, utilizou-se das expressões bem mais precisas “*damage*” e “*risk of damage*”. A primeira, visivelmente, corresponde ao **dano**, e a segunda, ao **perigo**. Se esse perigo é necessariamente concreto, ou se pode ser abstrato, não se diz diretamente, é claro. Trata-se de minúcia estritamente jurídica. Mas, considerando-se que o filósofo é bastante rigoroso, em regra, com sua ideia de *harm to others* (daí a observação de Schünemann, transcrita acima), e trazendo à cena o trecho a seguir, diríamos que não está legitimada a intervenção com base no perigo abstrato:

A função preventiva do governo, no entanto, é muito mais suscetível de ser abusada, em prejuízo para a liberdade, do que a função punitiva; pois dificilmente há qualquer parte da legítima liberdade de ação de um ser humano que não admita ser representada, e com justiça, como incrementadora de uma forma ou outra de delinquência.³⁶⁷

³⁶⁶ MILL, Stuart. **On liberty**. E-book Kindle, pos. 1383-1393. “Whenever, in short, there is a definite **damage**, or a definite **risk of damage**, either to an individual or to the public, the case is taken out of the province of liberty, and placed in that of morality or law.” Tradução nossa.

³⁶⁷ MILL, Stuart. **On liberty**. E-book Kindle, pos. 1631. “The preventive function of government, however, is far more liable to be abused, to the prejudice of liberty, than the punitive function; for there is hardly any part of the

Se não se exclui, de plano, o perigo abstrato, fecham-se as portas, ao menos, para a maioria das hipóteses de “antecipação da tutela penal”, um dos habitats preferidos dos tipos penais de perigo abstrato. Por “antecipação da tutela penal” entenda-se a técnica legislativa a partir da qual se criminaliza uma conduta que, isoladamente considerada, ainda não é nociva, mas que, por tratar-se, usualmente, de uma etapa preparatória ou que antecede o ingresso na execução de algum crime, acaba sendo destacada da posição de mera preparação impunível e convertida em uma ação típica autônoma. E, geralmente, de perigo abstrato. É o caso da posse e do porte ilegal de armas de fogo (arts. 12 e 14 da Lei 10.826/03), e da associação criminosa (art. 288 do CP), por exemplo.

Muito compreensível a preocupação de Mill. Uma coisa é antecipar a tutela penal criminalizando o atuar desviante que concretamente coloca em perigo o objeto protegido pela norma. O perigo concreto já é um resultado desvalioso e altamente indesejável, facilmente visto como desafio à norma e como menoscabo de seu objeto de proteção. A tutela de um objeto qualquer, para que se possa considerar eficiente, não se dá apenas contra o dano, mas, também, em seu estágio imediatamente anterior, o perigo concreto. Se deixarmos de lado as amarras jurídicas categoriais que nos prendem, tranquilamente veremos que a punição da forma tentada de um crime de dano nada mais é da que a punição de um crime de perigo concreto.³⁶⁸ A construção de figuras típicas de perigo abstrato, no entanto, é assunto muito distinto. As “barreiras de imputação” (Paulo César Busato) sofrem nova antecipação. Já não se espera o dano, para que haja punição. Já não se espera nem mesmo o perigo concreto, seu antecedente, para que haja imposição de pena. Presume-se perigoso um comportamento e se aplica a sanção penal, sem qualquer compromisso com a demonstração de qualquer potencial lesivo – ou, já nos valendo da terminologia que sugerimos para o manuseio argumentativo do *harm principle*, sem a demonstração de **nocividade** na conduta.

legitimate freedom of action of a human being which would not admit of being represented, and fairly too, as increasing the facilities for some form or other of delinquency.” Tradução nossa.

³⁶⁸ É óbvio que, em linguagem dogmática, o crime de homicídio é qualificado como sendo de dano, pois seu resultado jurídico característico é a eliminação do objeto de proteção “vida”. O homicídio consumado é crime de dano, e o tentado, também (aliás, diz-se “tentado” exatamente porque o resultado perseguido, que caracterizaria a forma consumada, não se produziu). Mas, se considerarmos que no crime de homicídio tentado não há efetiva lesão, mas apenas perigo (que deve ser concreto, para que não se fale de “crime impossível” – art. 17, CP), na prática, o que se está punindo é um comportamento causador de perigo concreto.

De fato, especialmente na sociedade industrializada, complexa e tecnológica, quase qualquer coisa que uma pessoa fizer pode ser entendida como idônea para “causar algum mal”. Esse grau de abstração do perigo, presumido sem qualquer lastro empírico, é fruto de um movimento altamente punitivista, de expansão do Direito Penal, e tende, se manuseado sem parcimônia, a tornar insuportável a vida. De outro lado, com mínima dose de realismo, não é possível uma política criminal que opte pela absoluta irrelevância penal de condutas que, se realizadas em larga escala, também podem inviabilizar a convivência social, como o porte ilegal de armas de fogo de grande poder destrutivo, alguns crimes de trânsito etc. Esse aspecto será detidamente abordado no item 4.4.

Entendemos que o “princípio do dano”, ou, na formulação que sugerimos, o “**princípio da nocividade**”, contribui de modo significativo para que se alcance um conceito material de crime. Sabe-se, a partir dele, que o crime não é, apenas, o que o Estado disser que é, ou o que a lei definir como tal. Esse é o grau zero, o ponto de partida. Mas há um segundo filtro: crime é um comportamento **nocivo para os outros**. A expressão, assim como cada uma de suas palavras, não é unívoca, mas, como todo signo, polissêmico, poroso, ambíguo. Mas essa é uma característica de todas as palavras. É uma característica da própria linguagem, de todas as formas de comunicação. Cabe a nós a aceitação dessa limitação, assim como o esforço para encontrar as palavras (ou a expressão) mais adequadas para a tarefa – aquelas que permitirem uma comunicação mais fluida, com limites interpretativos mais definidos e, enfim, que conte com um maior nível de compreensão e adesão intersubjetiva. Nesse ponto, cremos muito mais vantajoso para o conceito material de crime o contributo do “princípio da nocividade” do que o da teoria do bem jurídico. É interessante, aliás, pensar em termos de **sinergia**. As ideologias são afins; os objetivos são os mesmos; tudo conflui para que se possam somar os ganhos da teoria do bem jurídico aos do *harm principle*.

Apesar de todo o rigor de Stuart Mill, idealizador de uma teoria bastante restritiva da área legítima da intervenção estatal (opinião compartilhada por Schönemann, como transcrito acima), pode-se observar algo que, à primeira vista, assemelha-se a um grave deslize em sentido antiliberal.

[...] há muitos atos que, sendo injuriosos apenas para os próprios agentes, não devem ser legalmente interditados, mas que, se praticados em público, são uma violação das

boas maneiras e, entrando na categoria das ofensas aos outros, podem ser corretamente proibidas. Desse tipo são as ofensas contra a decência.³⁶⁹

Estaria Mill, aqui, agindo como Roxin ao admitir exceções à teoria do bem jurídico? Roxin adéqua seu pensamento à realidade do ordenamento, que prevê algumas figuras típicas cuja descriminalização soaria muito antipática, para dizer pouco (a exemplo dos maus tratos contra animais). Essa abertura de exceções, justamente pelos maiores ícones das respectivas teorias, tem um enorme peso deletério para a confiabilidade de suas diretrizes. O pensador britânico, ao admitir a interferência estatal nas “ofensas contra a decência” e as “violações das boas maneiras”, deixa uma brecha que expõe sua teoria às mais corrosivas críticas. É, aliás, a partir de falas como essa que Feinberg, mais festejado dos defensores contemporâneos do *harm principle*, inseriu no campo do legitimamente criminalizável algumas “ofensas” reconhecidamente destituídas de efetivo potencial de dano a terceiros.

É preciso destacar, no entanto, que Mill jamais especificou que essa interferência, admitida nas “violações das boas maneiras” e nas “ofensas à decência”, possa se dar pela específica via do Direito Penal. Certo, pela elasticidade – ou, sem eufemismos – pela absoluta indeterminabilidade e manipulabilidade de elementos como “boas maneiras” e “decência”, conceitos puramente morais e que deveriam pertencer à área daquilo que, segundo ele próprio, deve ser tolerado pela sociedade em nome do bem maior da liberdade, é uma contradição admitir seu controle estatal. Mas essa falha não compromete os ganhos possíveis do *harm principle* para o Direito Penal. Pode-se admitir, tranquilamente, que o Estado está legitimado a interferir nesses casos por vias subsidiárias (Direito Administrativo, por exemplo), e não por meio do Direito Penal. Definitivamente, isso não consta na teoria de Mill, que não se preocupou com essas distinções quanto aos ramos do Direito que estariam autorizados a entrar em ação em cada caso. Mas é como ele mesmo disse: as regras específicas e os exatos limites das interferências estão por ser desenvolvidos. Sua ideia é um ponto de partida. E um ponto de partida muito valioso, especialmente se levado em conta juntamente com princípios político-criminais desenvolvidos para delimitar a legitimidade das intervenções penais dentro do paradigma do Estado democrático de Direito. Algo próximo disso foi pensado por Gerhard Seher.

³⁶⁹ MILL, Stuart. **On liberty**. E-book Kindle, pos. 1670. “Again, there are many acts which, being directly injurious only to the agents themselves, ought not be legally interdicted, but which, if done publicly, are a violation of good manners and coming thus within the category of offences against others may rightfully be prohibited. Of this kind are offences against decency.” Tradução nossa.

Seher é um penalista que, embora se possa considerar defensor da teoria do bem jurídico, é extremamente consciente em relação às suas limitações e inconsistências. Deixamos de situá-lo entre os representantes da teoria do bem jurídico exatamente porque ele se destaca mais pelas críticas do que em função dos elogios. Além do mais, parece que a maior contribuição por ele dada para a investigação que tange ao elemento central do conceito material de crime se dá a partir de um entrelace de alguns dos preceitos da teoria do bem jurídico com alguns dos produtos do *harm principle* (o que volta a reforçar, à semelhança do que fizeram os autores que citamos acima, a imensa afinidade entre os construtos teóricos em questão). A síntese é essa: o que a maioria dos defensores da teoria do bem jurídico quer alcançar a partir do próprio conceito de “bem jurídico”, Seher se dedica a buscar pela via do *harm principle*: um instrumento crítico e de limitação do poder punitivo estatal. Claro, as pretensões desse autor não são ousadas como as de Hassemer, por exemplo. Não encontram em seus estudos promessas infalíveis de filtragem das normas penais. Ele apenas oferece uma contribuição para esse processo de depuração por meio de ferramentas que entende mais ajustadas para a tarefa. Como um conceito perfeito de bem jurídico é inalcançável, a solução deve dar-se pela aplicação de **princípios** (que ele não denomina “político-criminais”, mas que assim serão facilmente entendidos ao longo de sua exposição).

Após perceber que os defensores da teoria do bem jurídico seguem por linhas tão acentuadamente distintas, ele concluiu que “do conceito de bem jurídico se exige mais do que ele pode abarcar: ele não pode servir de suporte simultâneo para argumentos tão diversos”.³⁷⁰ O projeto de encontrar a fórmula perfeita para o “bem jurídico” e, com isso, garantir uma legislação penal livre de abusos e exageros, não é exequível. Mas pode ser muito otimizado por uma “ajuda externa”, que viria, em seu dizer, dos argumentos manejados em torno do *harm principle*.

É de sua opinião que o *harm principle* pode contribuir para o estabelecimento de filtros de legitimidade para as normas penais, e de que, “frente à notória vagueza inerente ao conceito de bem jurídico, a discussão ganha em precisão”.³⁷¹

³⁷⁰ SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. Trad. Rafael Alcácer Guirao. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 73. “[...] al concepto de bien jurídico se le exige más de lo que puede abarcar: este no puede servir de soporte simultáneo para argumentos tan diversos”. Tradução nossa.

³⁷¹ SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. Trad. Rafael Alcácer Guirao. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 74. “[...] frente a la notoria vaguedad inherente al concepto de bien jurídico, la discusión gana en precisión”. Tradução nossa.

Seher conclui observando que a visão tradicional que se tem do bem jurídico o trata como “algo definido”, manejando-se o instrumental crítico no sentido de apurar se as normas penais efetivamente prestam o serviço de protegê-lo. Em sua opinião, no entanto, o percurso deveria ser distinto: desde que se decida pela proteção penal de algo (interesse, recurso, valor etc.), a primeira discussão deve ser sobre se isso realmente merece essa proteção. É por isso que, submetendo a teoria do bem jurídico ao prisma principiológico anglo-americano do *harm principle*, “pode-se entender por ‘bem jurídico’ todo fato (interesse, recurso ou valor) que é reconhecido legitimamente como merecedor de proteção penal a partir de uma discussão baseada em princípios”.³⁷²

É válida a contribuição de Seher, a partir de sua sugestão de harmonização entre as ideias da teoria do bem jurídico e do *harm principle*, mas não deixam de ser frustrantes os resultados a que ele chega. Leia-se, em entrelinhas, que “bem jurídico é aquilo que se considere merecedor de proteção”. O pensamento é tautológico (bem jurídico é o que merece ser protegido e o que merece ser protegido é o bem jurídico) e incapaz de contribuir de modo prático para qualquer limitação do poder punitivo. Esse “merecimento de proteção” afrouxa toda e qualquer restrição técnica que poderia ser imposta às decisões de criminalizar. Quem diz o que merece ser penalmente protegido? As vozes da sociedade? Estaríamos perdidos em um espiral de populismo punitivista que sancionaria estilos e filosofias de vida diferentes e reprovados pela maioria – homossexualidade, ateísmo, vadiagem, mendicância, prostituição e, nesses tempos de polarização, até críticas políticas poderiam entrar no escopo do punível. Se dissermos que a escolha está inteiramente à mercê dos políticos, podemos muito bem descartar qualquer pretensão de alcançar um conceito material de crime e nos conformar com o tradicional conceito formal: crime é o que a lei disser que é, e ela assim o diz porque o comportamento “é merecedor de pena” (sem eufemismos, essa explicação corresponde àquela do “objeto merecedor de proteção”, pois os conceitos são igualmente ociosos e manipuláveis).

³⁷² SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. Trad. Rafael Alcácer Guirao. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 87. “[...] puede entenderse por 'bien jurídico' todo hecho (interés, recurso o valor) que es reconocido legitimamente como merecedor de protección penal a partir de una discusión basada en principios”. Tradução nossa.

Andrew von Hirsch³⁷³ também se dedicou a explorar os efeitos da aplicação de argumentos característicos da doutrina do *harm principle* à teoria do bem jurídico, ressaltando, desde logo, que cada uma é aplicada, em seu respectivo domínio geográfico, como “instrumento para delimitar o âmbito de aplicação legítimo das normas penais”.

Hirsch³⁷⁴ observa que, sob os pressupostos colocados por Stuart Mill, não são criminalizáveis comportamentos autolesivos ou que sejam puramente imorais segundo um setor majoritário ou dominante da sociedade. E essa é a base da discussão anglo-americana para a proibição do consumo de drogas, da prostituição e da homossexualidade. A base do princípio do dano, em termos bastante diretos, se constrói sobre a premissa de que “cada cidadão tem plena liberdade para perseguir seus desejos e fins enquanto não cause dano aos demais”.

Na linha do que expusemos acima, Hirsch³⁷⁵ anota que o *harm principle* e a teoria do bem jurídico pressupõem tarefas conceituais muito semelhantes.

Se o conceito de dano, central para o *harm principle*, se define como o menoscabo de um recurso sobre o qual uma pessoa tem uma pretensão ou um direito, estão-se incluindo nessa definição, se não me engano, os distintos aspectos da discussão alemã acerca do conceito fundamental “bem jurídico”. Em consequência disso, pode-se afirmar que a partir do *harm principle* se pode construir algo parecido com o bem jurídico.

O penalista segue explicando que, na Alemanha, a prevalência da noção de bem jurídico se dá pela maior facilidade de ampliação conceitual em relação ao *harm to others*, já que, em seu país, há notória tendência a estender a tutela penal a objetos que não se relacionam com interesses individuais. Mas, a despeito dessa tendência e respeitadas as preferências de cada cultura

³⁷³ VON HIRSCH, Andrew. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”.. Trad. Rafael Alcácer Guirao. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 34. “[...] instrumento para delimitar e limitar el ámbito de aplicación legítimo de las normas penales.” Tradução nossa.

³⁷⁴ VON HIRSCH, Andrew. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”.. Trad. Rafael Alcácer Guirao. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 34-35. “[...] cada ciudadano tiene plena libertad para perseguir sus deseos y fines mientras no dañe a los demás.”

³⁷⁵ VON HIRSCH, Andrew. El concepto de bien jurídico y el ‘principio del daño’. Trad. Rafael Alcácer Guirao. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 39. “Si el concepto de daño, central para el *harm principle*, se define como el menoscabo de un recurso con respeto al que una persona tiene una pretensión o un derecho, se están incluyendo en esa definición, si no me equivoco, los distintos aspectos de la discusión alemana acerca del concepto fundamental 'bien jurídico'. En consecuencia, podría afirmarse que a partir del *harm principle* puede construirse algo parecido a un bien jurídico. Tradução nossa.

jurídica, insiste que da junção do *harm principle* com a teoria do bem jurídico se podem extrair importantes lições, especialmente úteis para essa última.

Sugere-se uma abordagem de feição individual para a definição do “dano”. Entendido como “menoscabo dos interesses de outra pessoa”, refere-se a prejuízos causados para “pessoas de carne e osso”. É visível a aproximação em relação à versão personalista do bem jurídico de Hassemer. A diferença é que, de um modo geral, compreendem-se os “bens coletivos” como ficções correspondentes à mera somatória dos bens individuais, e isso não é necessário para o *harm principle*. Segundo sua ótica, podem-se reconhecer e punir lesões a interesses coletivos, desde eu se demonstre bem que a *ratio* se finca na expectativa de assegurar condições e qualidades de vida das pessoas. Fica claro, assim, “que o prioritário são os interesses pessoais”. Como consequência desse raciocínio integrador, “se não existe um *harm to others*, a teoria do bem jurídico não pode legitimar a criminalização de uma conduta”. A conclusão deixa claro que o reconhecimento da dignidade do bem certamente não é mais importante, como critério de legitimação, do que a identificação de um *harm* (em nossa sugestão, “**nocividade**” ou “**prejudicialidade**”) para algo que pertença a outrem.³⁷⁶

O rigor do até então coeso raciocínio exposto por Hirsch não se mantém quando se abordam algumas decisões de criminalização especialmente polêmicas.

Na verdade, se há algo que o estudo do percurso histórico em busca do conceito material de crime nos ensina é que a maioria dos autores abre espaço, em suas teorias, para acomodar algumas figuras típicas cuja irrelevância penal não se admite defender – se em razão de convicções pessoais ou da provável antipatia da opinião pública, não se pode afirmar. As teorias vão bem até certo ponto, quando confrontadas com tipos penais que asseguram a proteção de dados genéticos, punem a crueldade contra os animais ou protegem o sentimento de respeito aos mortos, por exemplo.

Como dito, Stuart Mill “baixou a guarda” quando admitiu a interferência estatal nas “violações da decência” praticadas em público. Mas não desenvolveu, em paralelo, um *offense principle*,

³⁷⁶ VON HIRSCH, Andrew. El concepto de bien jurídico y el ‘principio del daño’. Trad. Rafael Alcácer Guirao. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 40-41.

muito menos especificou se essa interferência, no caso das “ofensas menores”, poderia se realizar pelo Direito Penal. Pois é o que fez Hirsch, reconhecidamente inspirado por Feinberg. Admite-se que há comportamentos que simplesmente não produzem dano algum. Em vez de excluir-se a possibilidade de que sejam criminalizados, invoca-se um “*offense principle*”, dizendo-se que eles “despertam nas outras pessoas uma série de sentimentos indesejados” e que quando eles são “suficientemente intensos e extensos”, além de serem dificilmente ignoráveis pelos outros, “implicam uma falta de respeito ou de consideração” diante deles. É o fundamento da criminalização. “Se é um fundamento suficiente, é outra questão”, pondera Hirsch.³⁷⁷ Para enfrentá-la, ele propõe que se desenvolvam “princípios intermediadores” para determinar que tipos de “*offenses*” podem ser legitimamente criminalizados, em função de sua intensidade, extensão e dificuldade de evitação pelas outras pessoas. Ou seja, no fundo, admite crime sem “*harm*”, o que subtrai do *harm principle* algo de sua capacidade crítico-limitativa.

Quando se fala de *harm principle*, é provável que o segundo nome mais lembrado, superado apenas pelo de Stuart Mill, seja o de Joel Feinberg. Com uma produção colossal sobre o assunto, Feinberg se dedicou a conceituações, distinções e categorizações de um modo sem precedentes em relação ao assunto. Enfrentou questões específicas (omissão, relação de causalidade, insignificância etc.) com uma profundidade incomparavelmente maior e dedicou-se à elaboração de um verdadeiro sistema de diretrizes que tenham aplicabilidade prática na atividade legislativa político-criminal. Não há, portanto, como percorrer toda a extensão de sua obra nesse trabalho. Vamos nos ater ao mesmo ponto sobre o qual nos detivemos em relação aos teóricos do bem jurídico: a conceituação no que se pode apontar como núcleo de um conceito material de crime (embora a nomenclatura não tenha sido usada pelo autor).

Os elementos centrais para que se possa compreender a teoria de Feinberg são *harm to others* e *offense to others*. Desde logo se percebe que o autor parte do mesmo princípio liberal que John Stuart Mill. Reconhecendo, no entanto, sua insuficiência para legitimar muitos dos casos em que a intervenção estatal nas vidas dos indivíduos é necessária, remove algumas barreiras originais e expande a área legítima das criminalizações a partir do *offense principle*.

³⁷⁷ VON HIRSCH, Andrew. El concepto de bien jurídico y el ‘principio del daño’. Trad. Rafael Alcácer Guirao. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 44-45. Tradução nossa.

O ponto de partida é uma conceituação de *harm* enquanto substantivo, que, à medida que o trabalho avança, sofisticar-se a partir da adição de vários elementos filosóficos e político-criminais. *Harm*, reconhece o autor, é uma palavra vaga e ambígua, com três acepções iniciais:

a) Uma de uso derivativo, cotidiano, no sentido de destruir ou prejudicar alguma coisa. Os objetos podem ser danificados, quebrados, estragados, apodrecidos, despedaçados, dilacerados, esmagados, queimados, rachados, explodidos etc. (*damaged, broken, spoiled, rotten, torn, slashed, smashed, burned, cracked, burst*). O *harm*, no entanto, sempre se refere à pessoa. Quando se fala em *harm* para coisas, está sendo feito um uso elíptico. Se a coisa é quebrada, ela não é *harmed*, mas *damaged*; quem é *harmed* é a pessoa para que ela tem um valor. b) *Harm* como forma de frustrar, atrasar, derrotar, violar, invadir, limitar ou condenar (*violate, invade, impair, set back, defeat, thwart, impede, doom*) um interesse (*interest*). Só há *harm* em sentido jurídico quando o interesse de uma pessoa é frustrado, bloqueado ou derrotado por outra (terremotos e maremotos causam *damage*, mas não *harm*). Para saber se houve *harm*, é preciso saber em que condição a pessoa estava em relação aos seus interesses antes e depois da interferência alheia. Se, depois da invasão, as condições ficaram piores do que as anteriores, houve *harm*. Isso também pode ser observado se as chances de obter acesso a um direito foram dificultadas ou diminuíram. c) *Harm* também pode ser usado já em um sentido de injustiça (*wrongdoing*). É importante que isso se incorpore ao conceito de *harm principle* porque uma interferência justificada não deveria ser considerada um *harm* em sentido normativo. O sentido de *harm* que é juridicamente útil e pode ser usado no *harm principle* funde as letras “b” e “c”. “Apenas empecilhos que são injustos, e injustiças que são empecilhos para interesses, devem contar como *harm* [nocividade, prejuízo] em sentido apropriado.”³⁷⁸

O *harm*, para Feinberg³⁷⁹, é sempre um mal que se produz em relação a outra pessoa – *harm to others*. O *harm to self*, correspondente à autolesão, está completamente fora do âmbito da punição. As autolesões, assim como as lesões alheias produzidas a partir de um consentimento válido, não são injustas (*wrongful*).

³⁷⁸ FEINBERG, Joel. **Harm to others:** The moral limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 1987, Cap. 1, p. 3-13; 47. “Only setbacks that are wrongs, and wrongs that are setbacks to interests, are to count as harm in the appropriate sense”. Tradução nossa.

³⁷⁹ FEINBERG, Joel. **Harm to others:** The moral limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 1987, Cap1. p. 11; Cap. 2, p. 21.

Continuando com as especificações, Feinberg³⁸⁰ exige, para o reconhecimento do *harm*, que o ato praticado seja "moralmente indefensável" (*morally indefensible*). "Transgressões que são justificadas ou escusáveis definitivamente não são transgressões, e sem a transgressão não há 'nocividade', por mais severo que seja o prejuízo que possa ter resultado". É interessante anotar, nesse ponto, uma relevante conexão da noção de *harm* com a de injusto penal, que é estranha à cultura jurídica anglo-saxônica. Isso deixa claro que o sentido de *harm* é normativo e em muito excede o do mero dano naturalístico.

Entendemos que, de fato, é interessante que se agregue ao conceito material de crime um elemento normativo, que se ligue ao desvalor da conduta. A maioria das estruturações analíticas do conceito de crime nele incorporam, além da antijuridicidade, correspondente à ausência de causas de justificação, a culpabilidade, com seus respectivos componentes (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa). Isso será abordado com mais detalhes no Capítulo 6.

O objeto sobre o qual recai o *harm*, na teoria de Feinberg³⁸¹, é o interesse. E o autor faz uma detida análise sobre os tipos de interesses que podem ser mantidos pelas pessoas, assim como sobre como podem ser prejudicados. Para aquilo que mais nos importa, podemos dividir dois grandes grupos de interesses. Há os *welfare interests* (interesses de bem-estar) e os *ultimate interests* (interesses finais). Os interesses finais são complexos. São como projetos de vida e de realização pessoal e sua satisfação depende do alcance de incontáveis metas e objetivos ao longo de um percurso. Alcançar determinada condição de riqueza, formar uma família, exercer certa profissão, ocupar um cargo público etc. Cada pessoa, normalmente, tem vários interesses finais, e eles podem mudar com o tempo, ganhando ou perdendo prestígio da escala de prioridades das pessoas.

Os *welfare interests*, de seu lado, são interesses um pouco mais simples, mais imediatos, e nutridos por praticamente todas as pessoas. Ligam-se à satisfação de necessidades básicas e à manutenção de condições de qualidade de vida ligadas à existência e ao desenvolvimento da

³⁸⁰ FEINBERG, Joel. **Harm to others:** The moral limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 1987, Cap. 3, p. 6 e seguintes. "Excused or justified wrongdoing is not wrongdoing at all, and without wrongdoing there is no 'harming', however severe the harm that might have resulted".

³⁸¹ FEINBERG, Joel. **Harm to others:** The moral limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 1987, Cap. 1, p. 15-16; 60; Cap. 3, p. 16.

pessoa. Saúde, liberdade em suas várias formas, propriedade e diversos outros objetos que, em nosso linguajar constitucionalista, corresponderiam ao "mínimo existencial" ou ao núcleo dos direitos fundamentais individuais. São tratados como instrumentais, porque dificilmente são concebidos pelas pessoas como metas ou planos de vida, mas como condições necessárias para o alcance de quase qualquer dos objetivos finais. Mas, de modo algum, isso reduz sua importância. Na medida em que se ligam a necessidades básicas de todas as pessoas, seu valor é até mais alto. Inclusive porque se posicionam como verdadeiros requisitos para a satisfação da maioria dos interesses finais. É por isso que, segundo Feinberg, os casos em que se pode melhor visualizar o *harm* são aqueles em que são prejudicados os interesses de bem-estar, condições de possibilidade existencial e de realização dos interesses finais. Afinal, como diz, é pouco provável que uma pessoa viver apenas do pão; mas, se faltar o pão, não haverá vida para viver.

Feinberg reconhece, no entanto, que o controle comportamental exercido pelo Direito Penal não pode se restringir ao *harm to others*. Há muitos comportamentos que, embora não se encaixem nesse estreito sentido de "nocividade" para os interesses alheios, causam transtornos e perturbações relevantes e que não podem ficar inteiramente à margem da justiça criminal. É nesse ponto que se inicia uma distinção crucial para o Pensamento de Feinberg, mas que só será devidamente aprofundada no segundo volume de sua obra sobre "os limites morais da lei penal", intitulado *Offense to Others*.

Feinberg³⁸² destaca que nem tudo o que detestamos ou que seja desagradável é *harmful*. Muitas experiências podem ser irritantes, dolorosas, estressantes, sem prejudicar nossos interesses. Passado o momento, nossos interesses não ficam em uma condição pior do que antes. Se essas experiências forem intensas ou duradouras demais, podem converter-se em um *harm*. Um barulho irritante, durante a madrugada inteira, pode impedir o trabalho pela manhã. O ano inteiro, pode quase zerar a produtividade e levar à demissão. Experiências infelizes, mas não *harmful*, podem ser divididas em duas categorias. A que doem (*hurt*) e as que ofendem (*offend*). As dores e desconforto físicos entram na categoria de *hurt*, e os desconfortos psíquicos podem ser considerados *offenses*. Essa distinção é visivelmente arbitrária e baseada em analogias e rotulações, reconhece o próprio autor. Há, então, esses dois grupos de comportamentos: *harmful* (em nossa tradução "nocivos") e *disliked but not harmful* (desagradáveis, mas não nocivos). Esse

³⁸² FEINBERG, Joel. **Harm to others**: The moral limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 1987, Cap. 1, p. 33-40.

último se subdivide em *hurts*, *offenses* e *others* (miscelâneas, que podem envolver vergonha, desapontamento, tédio, tristeza, constrangimento, ansiedade e outros estados mentais). O mais importante, orienta Feinberg, não é traçar a exata diferença entre essas três categorias, mas separar os dois primeiros universos - *harmful* e *disliked but not harmful*.

Como ofensas (*offenses*) e *hurts* (dores) não causam, necessariamente, um *harm to others*, no sentido de prejudicar, impedir, atrasar ou derrotar interesses, sua criminalização não é autorizada pelo *harm principle*. Mas, ainda assim, elas têm um claro sentido maligno (*evil*) que lhes é próprio, de modo que não devem ser inteiramente excluídas do espaço legítimo de intervenção estatal. Por isso é preciso desenvolver o *offense principle*, para autorizar a coação legal para prevenir ofensas no sentido mais amplo do termo, que engloba: *proper offenses* (ofensas propriamente ditas, como repulsa e nojo causados por dizeres racistas); *hurts* (dores físicas e mentais); e *others* (sentimentos desconfortáveis como vergonha e constrangimento).³⁸³

É evidente que Feinberg, que parte de premissas liberais, não admitiria que tudo aquilo que trouxesse dissabores para as pessoas pudesse ser submetido a um tratamento jurídico-penal. Deve haver suficiente relevância na ofensa, para que ela possa ser criminalizada. Importante anotar, aliás, que embora jamais aluda à denominação "princípio da insignificância", Feinberg postula sua normatividade na medida em que invoca o clássico brocardo "*de minimis non curat lex*" para dizer que, mesmo aquilo que chegue a ultrapassar a barreira da *offense* para constituir-se um *harm to others*, se ficar logo acima do "sarrafo", não deve suscitar a aplicação da lei penal. A punição das banalidades não é apenas injusta, por ser desnecessária; ela traz mais ônus do que ônus para a sociedade, que seria imersa em um ambiente de constante policiamento dos menores desvios. Isso teria grande potencial para envenenar de vez as relações sociais.³⁸⁴

A ideia de relevância, bem se sabe, é completamente aberta e gera incertezas, e é preciso estabelecer parâmetros. O parâmetro de Feinberg é o *standard person*, uma figura obviamente fictícia que corresponderia a um secularmente criticado *homo medius* em nossa cultura jurídico-penal. Em defesa de Feinberg, no entanto, podem-se dizer duas coisas: primeiro, aludir a um "homem médio" em uma sociedade como a estadunidense certamente gera menos alarme do que

³⁸³ FEINBERG, Joel. **Harm to others**: The moral limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 1987, Cap. 1, p. 40-41.

³⁸⁴ FEINBERG, Joel. **Harm to others**: The moral limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 1987, Cap. 5, p. 4-5.

fazê-lo em ambientes periféricos extremamente injustos, desiguais e desagregados como o Brasileiro. O risco de que se imponham reflexos de seletividade sempre existe, mas, com os abismos de desigualdade e exclusão que experimentamos, ele é consideravelmente mais alto. Em segundo lugar, Feinberg usa essa figura de um modo até mesmo "garantístico", para que se estabeleça um limite mínimo para a intervenção penal e, em contrapartida, para que se tenha clara a ideia de que deve ser conservado um espaço inviolável em nome da tolerância. O uso da *standard person* não exprime a finalidade de se estabelecer um verdadeiro padrão, mas, sim, de delimitar as ofensas puníveis de acordo com os interesses alimentados pela maioria das pessoas, excluindo aqueles que pertença, apenas a indivíduos **hipersensíveis**, que se ofendam de modo muito fácil, a partir de banalidades e coisas que devam ser toleradas.³⁸⁵

O autor norte-americano lembra que algumas pessoas podem apresentar uma sensibilidade moral tamanha que se sintam ofendidas só por saber que certas práticas julgadas repugnantes e imorais estão sendo praticadas por outros em ambiente privado. Isso pode levá-las a um estado de grande perturbação mental, capaz, até, de caracterizar um *harm*. Mas, nesse caso, diz Feinberg, é como se ter um espirro que quebra uma janela. É mais fácil compreender o dano a partir da fraqueza da janela do que da força do espirro. Não se pode admitir a punição.³⁸⁶

Hirsch³⁸⁷, fazendo leitura sobre as aproximações e distanciamentos entre Mill e Feinberg, sintetiza que o ponto de partida é o mesmo, e que em ambos se proscvem o paternalismo penal e a proteção de tradições morais pela via da incriminação. A diferença se localiza, basicamente, na extensão dos limites do legitimamente criminalizável, levada adiante pelo segundo, por meio do *offense principle*, para além das situações de prejuízo, exigidas por Mill.

De fato, por não trabalhar com bens jurídicos, mas com interesses, fica difícil conceber como *harmful* (nocivas, prejudiciais) condutas como a da calúnia, da difamação ou das ofensas raciais, cuja ofensividade (*offensiveness*) dificilmente se poderá negar. O ponto mais difícil, e mais vulnerável da teoria de Feinberg é o que se refere à zona de penumbra existente entre as condutas

³⁸⁵ FEINBERG, Joel. **Harm to others**: The moral limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 1987, Cap. 5, p. 3 e seguintes.

³⁸⁶ FEINBERG, Joel. **Harm to others**: The moral limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 1987, Cap. 1, p. 43-44.

³⁸⁷ VON HIRSCH, Andrew. El concepto de bien jurídico y el 'principio del daño'. Trad. Rafael Alcácer Guirao. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 35.

meramente desagradáveis (*disliked*), que devem permanecer penalmente irrelevantes, e as efetivamente ofensivas (*offensive*), que poderão ser objeto de criminalização.

A ofensa (*offense*) é uma expressão de adequabilidade duvidosa para muitos tipos penais relevantes. Vilipendiar um objeto de culto religioso, fazer sexo em local público, violar uma sepultura ou destruir os restos mortais de alguém, que nem são criminalizações efetivamente indispensáveis em um Estado democrático, podem ser comportamentos considerados ofensivos (*offensive*) para algumas pessoas. Mas e atentar contra a ordem constitucional ou as estruturas democráticas, determinando a dissolução do parlamento ou a substituição de Governadores eleitos por homens do Presidente? E deixar de aplicar uma multa de trânsito por haver sido subornado? Ou levar uma arma de fogo consigo, junto ao corpo, de modo não ostensivo e sem a menor pretensão de usá-la? É adequado chamar essas condutas de ofensivas?

O fato de trabalhar com o foco nos interesses, deixando de lado aquilo que seria seu objeto afetivo, a coisa sobre a qual o interesse é mantido causa alguns problemas bem indigestos.

O exemplo da tortura, usado pelo autor, mostra como as categorias não são diretamente subsumíveis à nossa dogmática. Uma pessoa é torturada por um tempo e o algoz, ao final do procedimento, dá uma pílula que faz a vítima esquecer. Ela não fica com prejuízos físicos, nem mentais ou emocionais. Não há *harm*, diz Feinberg, na medida em que não há *set back to interests*, ou seja, nenhum dos interesses é efetivamente derrotado ou atrasado, senão muito momentaneamente. É por meio do *offense principle*, bem mais abrangente, que se pode fundamentar a punição. Note-se que o que foi atingido pelo agente da tortura é a integridade física e mental da vítima, bens individuais de alto valor em nossa cultura. Nada importa que a vida da vítima não tenha sido impactada de modo definitivo ou duradouro em relação ao alcance de seus interesses. A conduta que representa um ataque com alcance de destruição ou diminuição desses **bens** é lesiva. No Brasil, a tortura é tratada como crime de dano. É um *harm* na medida em que atinge um bem que é positivamente valorado pelo seu titular independentemente de sua utilidade para outros fins. Integridade física e mental são componentes da dignidade humana e sofrem lesão mesmo que não subsistam danos duradouros ou permanentes.³⁸⁸

³⁸⁸ FEINBERG, Joel. **Harm to others**: The moral limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 1987, Cap. 1, p. 41-42.

Vê-se que o interesse não supre a noção de “bem” ou de “direito” em todos os casos, e a prova disso é que o autor gasta um número considerável de páginas refletindo sobre se a causação da morte pode ser considerada um *harm*.³⁸⁹ No Brasil, essa discussão pareceria até ridícula. A vida é um bem de alto valor – possivelmente, o mais valioso, como condição de existência e fruição de todos os demais – e um atentado contra ela será visto como algo nocivo de modo bastante objetivo. A vida não é valiosa apenas instrumentalmente, mas valiosa em si (embora o valor não seja inato, inerente, mas atribuído pelas pessoas).

Pode-se, no fim, reconhecer que algumas das dificuldades de manuseio que o *harm principle* oferece, e que podem reduzir seu potencial crítico-limitativo para nós, estão conectadas com o fato de ter sido ele pensado a partir de uma cultura jurídica inteiramente diferente. Não há uma preocupação com conceito analítico de crime e com categorias e classificações como “delito formal” ou “crime de perigo abstrato”³⁹⁰. Na versão original, de Stuart Mill, ele parece ser exageradamente restrito, impedindo qualquer chance de legitimação de algumas criminalizações sem as quais é quase inviável uma política criminal do século XXI. Com a contribuição de Feinberg, torna-se mais adequado ao contexto atual, e, embora não forneça as tão sonhadas balizas mágicas para um conceito material de crime (a cujo alcance, não se dedicou o autor, aliás), constitui uma contribuição formidável no sentido de condicionar a criação e a aplicação das leis a premissas liberais. A extensão *offense principle*, levada adiante por Feinberg, adiciona alguns elementos de instabilidade desnecessários. Não só se insere uma zona de penumbra entre o que se classifica como ofensivo (*offensive*) e o meramente desagradável (*disliked*), como se geram suspeitas sobre se a maior parte dos crimes de perigo abstrato se encaixariam em qualquer dos conceitos, de dano ou de ofensa.

Apesar disso, discursivamente, ou seja, como ferramenta de argumentação jurídica, cremos que o *harm principle* tenha a contribuir até mais do que as próprias teorias do bem jurídico. Embora os contornos do *harm to others* não seja tão preciso quanto algumas definições arriscadas pelas linhas mais críticas do bem jurídico, a maior parte dos elementos discursivos está à disposição

³⁸⁹ FEINBERG, Joel. **Harm to others: The moral limits of the criminal law**. New York: Oxford University Press, 1987, Cap. 2, p. 33 e seguintes.

³⁹⁰ Algo próximo disso, no linguajar da dogmática penal norte americana, seria *blanket prohibitions*, uma espécie de “proibição às cegas”, em que muitas pessoas são tolhidas de praticar condutas inofensivas porque várias outras, ao realizá-las, teriam grande chance de causar danos.

do utente com uma forte carga liberal, expressa na ideia de que não há crime sem nocividade para algo que seja importante para outra pessoa.

4. O “BEM JURÍDICO” E O “*HARM PRINCIPLE*” COMO BARREIRAS INFALÍVEIS DE CONTENÇÃO DOS ABUSOS DO PODER PUNITIVO ESTATAL: UM PROJETO INEXEQUÍVEL

4.1. Síntese crítica da(s) teoria(s) do bem jurídico e do *harm principle*. 4.2. Explicando a falha no plano teórico: a filosofia retórica e a precariedade dos conceitos. 4.3. Explicando a falha no plano prático: o conceito material de crime como meio e os parâmetros empíricos do projeto. 4.4. Criminalizações indispensáveis: exemplos condutores de tipos penais não referidos a bens jurídicos. 4.4.1. A tutela penal dos valores. 4.4.1.1. A corrupção passiva. 4.4.1.2. O racismo. 4.4.1.3. Os maus tratos contra animais. 4.4.2. Normas penais que tutelam ficções juridicamente necessárias. 4.4.2.1. A falsificação de moeda. 4.4.2.2. A ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado democrático. 4.4.3. A tutela penal de bens “hipostasiados” ou “espiritualizados” (supostos bens coletivos). 4.4.3.1. O porte ilegal de armas de fogo. 4.4.3.2. O tráfico ilícito de drogas e o terrorismo. 4.4.3.3. A perigosidade no trânsito.

4.1. SÍNTESE CRÍTICA DA(S) TEORIA(S) DO BEM JURÍDICO E DO *HARM PRINCIPLE*

Os problemas enfrentados pelo *harm principle*, à semelhança do que se passa com as teorias do bem jurídico, são predominantemente conceituais. Os desafios, assim, são praticamente os mesmos. Do mesmo modo que não se logrou definir o exato alcance que se deve dar ao bem jurídico, “tampouco o *harm principle* é capaz de designar de forma concludente os pressupostos básicos do bem-estar cuja lesão pode justificar a pena”.³⁹¹

Quando se parte para o exame da específica capacidade de rendimento do *harm principle*, as críticas quanto ao alcance dos resultados assumem uma forma mais amena do que as que se podem observar em relação às teorias do bem jurídico. É assim porque as duas principais referências que se têm sobre esse princípio, John Stuart Mill e Joel Feinberg, não anunciaram seus produtos como métodos milagrosos de cura para os problemas ligados à legitimação das normas penais incriminadoras. Mill, aliás, sequer se dedicou à elaboração de uma teoria jurídico-penal. O que fez foi estabelecer uma premissa liberal sobre a qual se podem construir muitas estruturas dogmáticas. O efetivo desenvolvimento de um sistema incumbiu mais a Feinberg, que desde logo, abertamente, reconhece que nenhum dos dois princípios (*harm principle* ou *offense principle*) poderia dar conta da complexa tarefa de dizer precisamente o que o Estado pode ou não criminalizar. Desde os primeiros momentos, Feinberg³⁹² deixa claro que o *harm principle*

³⁹¹ SEELMAN, Kurt. El concepto de bien jurídico, el *harm principle* y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 366. “Tampoco el *harm principle* es capaz de designar de forma concluyente los presupuestos básicos del bienestar cuya lesión puede justificar la pena”. Tradução nossa.

³⁹² FEINBERG, Joel. **Harm to others: The moral limits of the criminal law.** New York: Oxford University Press, 1987, Cap. 1, p. 11.

não poderá ser adequadamente aplicado a problemas legislativos reais se não for suplementado por “máximas mediadoras” (*mediating maxims*) e “princípios de justiça” (*principles of justice*). Esses princípios, em nossa visão, são político-criminais e devem ser extraídos basicamente de nosso texto Constitucional, ainda que implicitamente (discorreremos sobre isso no capítulo seguinte). É importante frisar, ainda, que qualquer leitura que se faça da teoria de Joel Feinberg deve ser precedida pela lembrança de que os paradigmas dogmáticos que constituem seus lugares de fala são inteiramente diversos. Não há uma estrutura analítica de delito e não existem algumas das específicas categorias e classificações em torno das quais costumamos construir nosso raciocínio, como o próprio bem jurídico. Diante disso, não deve haver expectativa de que se possa extrair de seus escritos um conceito material de crime imediatamente aplicável a nosso sistema jurídico.

Feita a ressalva, torna-se possível reconhecer no *harm principle* um grande potencial crítico-limitativo. Não por meio de um conceito fechado ou, mesmo, a partir de critérios objetivos. Mas não há dúvidas de que o núcleo de um conceito material de crime deve ser erigido a partir dessa síntese: trata-se de um comportamento nocivo para os outros, ou seja, que destrói ou diminui algo valioso para alguém ou que impede ou dificulta que essa pessoa exerça seus direitos. Se, analiticamente falando, muito há a ser fazer, a relevância dessa fórmula para o discurso jurídico-penal em geral é imensa.

No que tange ao bem jurídico, para a maioria da doutrina, não há dúvida de que ele desempenha, hoje, um papel dogmático relevante, considerado até "imane" ao próprio sistema penal. O instituto atua como parâmetro para a necessária interpretação teleológica, que é a que mais proporciona ganhos para a norma penal em termos de racionalidade. Quanto à função crítica, apesar de seguir sendo majoritariamente aceita, "está sendo contemplada ultimamente com certo ceticismo"³⁹³ porque "não pôde cumprir o objetivo que ela mesma se impôs, de colocar nas mãos do legislador penal um critério plausível e utilizável para suas decisões e desenvolver, ao mesmo tempo, uma balança para o exame externo da justiça dessas decisões".³⁹⁴

³⁹³ VON HIRSCH, Andrew. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”.. Trad. Rafael Alcácer Guirao. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 34.

³⁹⁴ VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. IN: **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 279. "[...] hasta ahora la teoría del bien jurídico crítica al sistema no ha podido cumplir el objetivo que se había fijado a sí misma de 'poner en manos del legislador

Wohlens³⁹⁵ é bastante enfático ao afirmar que, atualmente, existe uma opinião praticamente unânime de que uma teoria como a de Hassemer não será capaz de alcançar o que pretende. A crítica e a limitação desejadas somente se podem obter por meio de balizas externas, como princípios político-criminais e alterações das percepções sociais a respeito da necessidade das respectivas criminalizações, e não por meio de um conceito inexoravelmente pessoal de bem jurídico. De fato, dificilmente uma teoria qualquer seria levada a sério a ponto de serem banidas criminalizações consagradas como as que se referem ao porte e à posse ilegal de armas de fogo, aos danos ambientais, ou à condução sob efeito da embriaguez, à corrupção passiva, à falsificação de moeda, para citar apenas algumas. E é exatamente para essas decisões de criminalização "mais polêmicas" que servem as teorias críticas, e não para os tipos da chamada "delinquência clássica" (homicídio, roubo, estupro), que realmente recai, predominantemente, sobre bens jurídicos individuais. Por isso, já se acusou a teoria personalista de enfrentar apenas os adversários "pesos-leves"³⁹⁶, deixando sem resposta os *hard cases*.

Até mesmo os penalistas mais críticos e genuinamente garantistas acabam por reconhecer que não é viável restringir os objetos de proteção das normas penais a itens de valor pessoal. Zaffaroni³⁹⁷, quanto à definição do bem jurídico, expressamente rechaça a teoria personalista, por admitir uma evidente existência de bens "não humanos" e "pré-pessoais", que seriam os objetos de lesão dos maus tratos contra animais e de certos crimes ambientais capazes de prejudicar gerações futuras.

De certa forma, a teoria personalista se vê contra a parede: ou admite a criminalização do perigo abstrato e algum nível de "coletivização" ou "espiritualização" do bem jurídico, excepcionando a "pessoalidade", ou se mantém coesa e arca com a descriminalização de condutas cuja irrelevância penal é atualmente insuportável.

penal un criterio plausible y utilizable para sus decisiones y desarrollar, al mismo tiempo, un baremo para el examen externo de la justicia de dichas decisiones". Tradução nossa.

³⁹⁵ WOHLERS, Wolfgang. Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico. Trad. Rafael Alcácer Guirao *et alii*. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 393-394.

³⁹⁶ HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 58.

³⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alii*. **Derecho Penal: Parte General**. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 493.

Por entender que a recondução da lesão à pessoa restringe de modo atualmente inaceitável a área de atuação do Direito Penal, parte da doutrina decidiu partir para outro critério de limitação. A referência direta passa a ser a Constituição.

A maioria dos penalistas não supõe que se possa usar a Constituição como repositório exclusivo de bens jurídicos, ou que a partir de seus dispositivos se possa desenvolver todo um programa político-criminal. Primeiro, porque a dicção constitucional é marcadamente vaga. As normas constitucionais têm textura especialmente aberta, o que dificulta, em alguns casos, identificar com exatidão os limites que deve ter a proteção de determinado bem. Além disso, também em razão da vagueza, torna-se muito fácil construir um nexos de lesividade entre condutas desviantes quaisquer e os bens jurídicos constitucionais. Mais: o fato de um bem figurar na Constituição realmente significa que seja portador de um valor. Sendo até mais ousados, podemos dizer que significa, inclusive, que ele deve ser objeto de proteção. Mas daí não se pode concluir que essa proteção tenha que ser pelo Direito Penal. A Constituição certamente também não fornece parâmetros para a delimitação tipológica das hipóteses de intervenção, tampouco relativamente à sua intensidade. Assegura-se o patrimônio. Mas isso significa que todas as lesões patrimoniais devem ser objeto de reprovação penal? Da extorsão até o atraso no pagamento de prestações em operação de compra e venda? Do roubo majorado pelo emprego de arma ao dano culposo? Em síntese, a constituição, na melhor das hipóteses, elenca bens, mas não fornece balizas para exatamente quando (em que tipos de lesão, e com qual intensidade) e como (com quais penas) pode uma intervenção de natureza penal ocorrer.

Diante dessas dificuldades, já se pode observar que a maioria da doutrina pende para a adoção de uma linha constitucionalista mais comedida. Não se pode extrair da Constituição mais do que **limites negativos**, de modo que ela não serve como parâmetro para que se diga o que pode ser criminalizado, mas unicamente, para apontar o que **não** pode sê-lo. Seguramente, não se podem criminalizar a emissão de opinião crítica sobre o governo, a reunião de pessoas com fim pacífico, a profissão de certo credo ou a adoração de determinada divindade. Criminalizações assim ferem pressupostos de liberdade e igualdade e que são basilares em um Estado democrático de Direito. Mas, muito além disso, agrediriam frontalmente direitos fundamentais assegurados pela Constituição.

Ao fim dessas constatações, acaba sendo lógica e legítima a indagação: o quão útil é uma teoria do bem jurídico de índole constitucional-limitativa, se tudo o que ela faz é afirmar que o legislador infraconstitucional não pode legislar contra a Constituição?³⁹⁸ Parece que um bom livro de alguma das disciplinas propedêuticas (introdução ao estudo do Direito, teoria do Estado, teoria da Constituição) realizaria bem essa tarefa.

Limitar a intervenção penal aos casos de violações de direitos e garantias fundamentais, identificando-os com os únicos bens jurídicos legitimamente tuteláveis, não soluciona o problema da abertura deixada pelas correntes constitucionalistas. Primeiro, porque, como dito, há o problema dos danos e perigos reflexos ou indiretos, que multiplicam as hipóteses de intervenção em uma furiosa progressão geométrica. Além disso, se lembrarmos que a Constituição seguramente agasalha direitos fundamentais coletivos, qualquer pretensão séria de limitação se desfaz. Acabaríamos preferindo retornar para os direitos e fundamentais individuais, e, com isso, voltando a abraçar a teoria personalista. Muito bem-intencionada, mas, em sua versão radical (e essa é a única versão realmente personalista), insuficiente.

Hassemer³⁹⁹ já observou que a única chance de o conceito de bem jurídico ter algum efeito crítico-limitativo está ligada a uma precisa descrição dos objetos de proteção das normas. “A imprecisão do conceito de bem jurídico e a ineficácia das teorias do bem jurídico andam de mãos dadas”, conclui. Se o sucesso das teorias depende de um conceito de alta qualidade, está explicado seu fracasso como instrumento crítico-limitativo.

Pode-se começar dizendo que é muito difícil conceber um único conceito de bem jurídico que seja aplicável a todas as categorias de crimes – de dano, de perigo concreto, de perigo abstrato, contra bens pessoais, contra bens coletivos etc. Como já se disse, ou o conceito de “bem jurídico” é o clássico e, portanto, extremamente restrito, incompatível com os novos conflitos e as formas de criminalidade da vida contemporânea, ou se adapta a esses, e passa a apresentar uma amplitude tal que o priva de qualquer poder de limitação da intervenção penal.⁴⁰⁰

³⁹⁸ BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico supraindividual**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 93.

³⁹⁹ HASSEMER, Winfried. **Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico**. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 19.

⁴⁰⁰ SEHER, Gerhard. *La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico*. Trad. Rafael Alcácer Guirao (Coord.). IN: **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 66.

Os conceitos confeccionados para o bem jurídico não são apenas muito distintos, mas, na realidade, frequentemente vazios ou antagônicos. Esses graus de abstração e vagueza conduzem ao reconhecimento de que, na prática, o bem jurídico é qualquer coisa socialmente qualificada como merecedora de proteção, e “Não há nada que um tal conceito não possa enquadrar”.⁴⁰¹ Jakobs alude ao conto de Friedrich Schiller, protagonizado por Wilhelm Tell, para observar que “Mesmo no caso do dever de se inclinar ao passar pelo chapéu colocado no topo de uma vara, não faltava um bem, qual seja a manutenção do respeito, pelo menos externamente, perante o ‘soberano’”. No conto, o tirano Gessler determina que se coloque um chapéu em uma vara na praça da cidade, simbolizando sua autoridade, e ordenando a todos os suíços que por ali passarem a se curvarem como sinal de reverência. Seguindo o raciocínio de Jakobs, encontrar um bem, ou fabricá-lo sob encomenda para um tipo penal qualquer, não é tão difícil. O maior desafio seria “fundamentar a legitimidade para exigir o respeito”, em seu dizer. Não há, segundo Jakobs, critérios válidos *a priori* para que recortem os bens penalmente tuteláveis, de modo que se pode considerar até estranho, “devido ao vazio do conceito”, que “mesmo após o final do regime nacional-socialista, até hoje ele experimente um constante renascimento”.⁴⁰²

Some-se a isso um problema prático: é difícil negar a importância de uma legislação penal que cuide da contenção das atividades praticadas por governantes corruptos, por organizações criminosas ou por grupos terroristas, por exemplo. Podemos até questionar algumas decisões políticas, como a criminalização tácita ou expressa dos atos preparatórios.⁴⁰³ Mas abrir mão em definitivo das ferramentas contemporâneas de intervenção (como a criminalização de algumas formas de perigo abstrato) não parece viável. O que se quer aqui estabelecer é que a corrupção, o tráfico de drogas, o porte ilegal de armas e a falsificação de moeda, por exemplo, são condutas que não atingem um bem jurídico concreto, muito menos pessoal, e, por essa razão, ou devem ser descriminalizadas, e preserva-se a teoria do bem jurídico, ou permanecem como decisões de

⁴⁰¹ STRATENWERTH, Günther. Sobre o conceito de bem jurídico. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 107.

⁴⁰² Proteção, 50-52. Segundo Pablo Alflen, tradutor, em nota de rodapé, o autor alude ao conto de Friedrich Schiller, em que o protagonista é Wilhelm Tell. Nessa estória, o tirano Gessler determina que se coloque um chapéu em uma vara na praça da cidade, simbolizando sua autoridade, e ordenando a todos os suíços que por ali passarem a se curvarem como sinal de reverência.

⁴⁰³ Tácita, nos tipos que se referem a pertencer a associação ou organização criminosa, como os tipos dos arts. 288 do Código Penal e 35 da Lei 11.343/06 (associação para o tráfico). Expressa, no caso da punição de atos preparatórios de atentados terroristas (art. 5º, Lei 13.260/16).

criminalização válidas, e dissolve-se a coerência dessa linha de pensamento a partir da abertura de numerosas exceções que contrariam suas premissas mais básicas. Para evitar repetições, não entraremos em detalhes ou aprofundaremos os argumentos nesse momento. Esses crimes serão tratados no item seguinte, como **exemplos condutores** da argumentação que infirma a ideia de lesão a um bem jurídico como requisito inarredável à elaboração de um conceito material de crime.

Não se trata de usar o bem jurídico para legitimar criminalizações, como fez Birnbaum (item 3.1). Cuida-se de enxergar que não é possível seguir sem repensar o papel do bem jurídico na teoria do crime. Ele não é inútil. Longe disso. Mas, simplesmente, não é o único objeto legitimamente tutelável pelo Direito Penal.

É muito sintomático que grandes expoentes das teorias do bem jurídico tenham decidido abrir exceções para admitir a existência de algumas criminalizações não referidas a bens jurídicos (Roxin, 3.4; Hefendehl, 3.6). Não há muita saída: ou esse conceito é dramaticamente deformado, e perde sua credibilidade, ou é visto como algo contingente, que pode estar presente, ou não, o que o torna dispensável.

A procura da doutrina por um conceito de bem jurídico que se aplique a todos os tipos de delitos não obteve êxito e, segundo Stratenwerth, jamais obterá. Discordando de Roxin e Schünemann, o penalista afirma que forjar um conceito dessa estirpe não é uma tarefa ainda a se realizar. É um projeto inexecutável. Um conceito para o objeto de proteção da norma penal que seja suficientemente abrangente a ponto de compreender as demandas da sociedade contemporânea e criticamente útil, no sentido de determinar limites materiais ao poder de criminalizar, “é a quadratura do círculo”.⁴⁰⁴

Como pondera Zaffaroni, o fato de o conceito limitativo de bem jurídico ter sido deturpado “até tornar-se um conceito legitimante, que abre o caminho para uma ilimitada criminalização”, deixa patente sua incapacidade de cercear a criminalização primária. Já se percebeu, ademais, que “toda tentativa de empregar o conceito limitativo como regra para o legislador, o desvirtua e neutraliza”, e isso promove um desencantamento que pode conduzir ao abandono definitivo do

⁴⁰⁴ STRATENWERTH, Günther. Sobre o conceito de bem jurídico. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 113.

instituto. Mas isso, segundo o autor, seria indesejável, pois embora não tenha uma utilidade imediata para o legislador, o conceito de bem jurídico deve continuar funcionando como elemento crítico-limitativo para os juízes. O modo de se evitar essas oscilações entre a decepção total e a fé extremada na capacidade crítica está na redefinição da sua função: ele "só é útil como expressão dogmática do princípio da ofensividade". E, assim, o bem jurídico assume um papel central na "tipicidade conglobante" do penalista argentino. Nesse modelo de tipicidade, exige-se, além da tradicional descrição em lei do comportamento proibido, correspondente à tipicidade formal, e da antinormatividade (em termos bastante redutores, ausência de fomento da conduta pela própria lei ou pelo Estado), uma tipicidade material, que se caracteriza a partir da verificação da lesão ou do perigo de lesão para o bem jurídico.⁴⁰⁵

Como apontado, a desilusão quanto à capacidade crítica do conceito de bem jurídico e seu poder de efetivamente limitar a atividade político-criminal do Estado se torna crônica. Para alguns, como Frisch⁴⁰⁶, ela leva a uma percepção de desimportância do conceito de bem jurídico, pois o que efetivamente importa é a sua "raiz", ou seja, a razão pela qual se considera algo digno de proteção, aludindo o autor as "representações morais básicas profundamente interiorizadas e mais ou menos compartilhadas pela coletividade".

Günther Stratenwerth é um dos penalistas que abertamente admitem normas penais incriminadoras completamente desatreladas de bens jurídicos quaisquer. Aceita a punição de tabus culturais e de alguns tipos de comportamentos indesejáveis que se afastam muito dos padrões sociais. Stratenwerth defende que, no fundo, "não há mais do que delitos de conduta (ou, pelo menos, não deveria haver", para enfatizar que o que legitima uma intervenção penal não é necessariamente o desvalor do resultado, como supõem as teorias do bem jurídico, mas o próprio desvalor da conduta, que contraria fortes consensos culturais que dera, origem às normas.⁴⁰⁷

⁴⁰⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alii*. **Derecho Penal: Parte General**. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 483-487. "La circunstancia de que el concepto limitativo de bien jurídico se haya pervertido hasta derivar en un concepto legitimante, que abre el camino para una ilimitada criminalización, sólo pone de manifiesto la insuficiencia del primero para limitar la criminalización primaria." Adiante: "Toda tentativa de emplear el concepto limitativo como regla para el legislador, lo desvirtúa y neutraliza [...] sólo es útil como expresión dogmática del principio de lesividad". Tradução nossa.

⁴⁰⁶ FRISCH, Wolfgang. Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación em el contexto de la legitimación de la pena estatal. Trad. Rafael Alcácer Guirao. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madri: Marcial Pons, 2016, p. 308.

⁴⁰⁷ STRATENWERTH, Günther. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. Trad. Rafael Alcácer Guirao *et alii*. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del**

Gerhard Seher⁴⁰⁸ dirige a Stratenwerth uma crítica sagaz. Stratenwerth, como se viu, defende que entre os objetos de proteção do Direito Penal estão “normas de conduta elementares”, correspondentes a valores extremamente arraigados e socialmente compartilhados de modo amplo, chegando a tratar-se de “consenso”. Exatamente por esse “consenso”, não se poderia falar de déficit de legitimação de uma norma penal qualquer. Ocorre que o primeiro problema seria o de saber se, de fato, a essa altura do Século XXI, em sociedades plurais, complexas e globalizadas, é efetivamente plausível cogitar-se um consenso. Seher habilmente demonstra que até nos mais impensáveis temas se podem apurar inusitadas divergências. Dificilmente alguém negará a importância da conservação da camada de ozônio ou, mais amplamente, a necessidade de defesa do meio ambiente, seus seres e recursos. Mas é certo que muitos diriam que, mesmo à custa de algum nível de degradação ambiental, é preferível viver em um mundo com industrialização, motorização e tecnologia. E essa seria, ainda, a questão menos relevante, segundo Seher: ainda que se pudessem identificar consensos, resta saber se eles realmente devem ser impostos pelo Direito Penal.

Na mesma linha, Roxin⁴⁰⁹ observa que a visão de Stratenwerth reduz a fundamentação da norma penal a uma espécie de “merecimento de pena”, mas isso é algo absolutamente controverso em sociedades multiculturais, de modo que somente por meio do bem jurídico é que se poderia chegar a decisões efetivamente racionais.

Esse reconhecimento de que conceitos perfeitos e polivalentes são inatingíveis não suprime a relevância das teorias do bem jurídico. Deveria, sim, conduzir a um reajuste das expectativas de rendimento, deixando claro que elas não têm os poderes mágicos que tanto se procuram.⁴¹⁰ Como

bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 360.

⁴⁰⁸ SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. Trad. Rafael Alcácer Guirao (Coord.). IN: **La teoría del bien jurídico:** fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 70-71.

⁴⁰⁹ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 203-204.

⁴¹⁰ WOHLERS, Wolfgang. Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico. Trad. Rafael Alcácer Guirao *et alii*. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico:** fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 395.

contribuições, seu valor liberal é inestimável. O problema é que, há tempos, vem-se “torturando o bem jurídico em seu leito de morte, exigindo-se dele aquilo que ele não tem como cumprir”.⁴¹¹

Uma reflexão orientada pela observação empírica deve ajudar a demonstrar que o verdadeiro projeto liberal, viável e exequível, é o da **racionalização das normas penais**, e não o da sua limitação infalível e *a priori* por meio exclusivo de uma ferramenta de linguagem dotada de precisão ilusória. Essa racionalização se opera, como veremos no Capítulo 5, por meio de várias medidas, e a elaboração de um conceito material de crime é apenas uma delas.

4.2. EXPLICANDO A FALHA NO PLANO TEÓRICO: A FILOSOFIA RETÓRICA E A PRECARIEDADE DOS CONCEITOS

É seguro dizer que, se há algum consenso sobre o complexo tema sob análise, ele não se dá sobre as definições de bem jurídico ou de *harm to others*, mas, sim, sobre a própria indeterminação desses conceitos, bem como sobre o quanto isso dificulta, ou impede, que se obtenha o poder crítico-limitativo que impulsionou seu desenvolvimento teórico ao longo dos anos.

Muitos já reconhecem que, apesar do tempo gasto e dos esforços empreendidos, não se chegou a qualquer resultado satisfatório.⁴¹² As definições obtidas permitem que se caracterize qualquer coisa como bem jurídico e, nos tipos problemáticos, polêmicos, que são aqueles sobre os quais mais se eleva a expectativa de rendimento, nada se resolve a partir do conceito. Opera-se um verdadeiro jogo de palavras, com sucessivas mudanças de nome para o que quer que se queira apontar como objeto de proteção.⁴¹³

O grau de decepção a que se chega quando se examina o percurso histórico das teorias do bem jurídico, no entanto, não é determinado apenas pela constatação de que, após mais de dois

⁴¹¹ HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 57.

⁴¹² BUNZEL, Michael. La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como limite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información. Trad. Rafael Alcácer Guirao. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 141.

⁴¹³ FRISCH, Wolfgang. Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación em el contexto de la legitimación de la pena estatal. Trad. Rafael Alcácer Guirao. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 305-307.

séculos, o conceito está ainda em estado de incipiência; a maior desilusão está na constatação de que, de elemento crítico-limitativo das intervenções penais, ele passou a ser invocado para legitimar as criminalizações, assumindo papel de instituto fundamentador das interferências punitivas do Estado.⁴¹⁴ Isso se dá porque o bem jurídico (ou o *harm to others*) não tem um sentido em si, nem uma função em si. É como uma faca, que pode ser usada de modo heroico, pelo alpinista que corta a própria corda para salvar seu amigo; neutro, passando manteiga no pão; ou muito deplorável, enterrando-se nas costas de uma vítima por motivações patrimoniais.

Como bem se resumiu,

A impressão que a história do bem jurídico deixa é a de um processo em espiral ao longo do qual se sucederam fenômenos de revolução no sentido etimológico (*revolutio*), de retorno ao que se julgava já irrepitivelmente abandonado. Não menos vincada é a impressão de extrema liquidez e mimetismo do conceito, capaz de assumir os conteúdos e desempenhar os papéis aparentemente mais irreconciliáveis e antinômicos.⁴¹⁵

O que passaremos a demonstrar é que, como as expectativas de limitar a intervenção penal se ampararam, de modo quase exclusivo, na aposta em um suposto conceito ideal de bem jurídico ou de *harm to others*, elas sempre estiveram fadadas à frustração.

No primeiro capítulo, definimos, para os fins a que destina essa pesquisa, a filosofia retórica como sendo um sistema de pensamento que se constrói sobre o reconhecimento da falibilidade do ser humano, da precariedade de seus conhecimentos e da artificialidade de suas verdades, sempre transitórias, e resultantes de uma dominância circunstancial de um discurso mais persuasivo. Destacam-se, como características principais, o historicismo, o humanismo, o ceticismo gnoseológico, o ceticismo ético e o papel especialmente relevante e constitutivo da linguagem.

As ontologias clássicas e as filosofias dogmáticas se dedicam à busca da essência do ser, da natureza das coisas, das verdades últimas e definitivas sobre o conhecimento e a ética. A filosofia retórica, em frontal oposição, afirma a inexistência das essências e verdades, que não passam de

⁴¹⁴ HASSEMER, Winfried. **Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico**. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Org.) **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 17.

⁴¹⁵ ANDRADE, Manoel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 76.

impressões e opiniões emanadas de seres falíveis com aparelhos cognitivos limitados. O que se tem como “verdade” corresponde, apenas, ao discurso ou “relato vencedor” (João Maurício Adeodato), que permanece sendo provisório, falseável e revogável. Tratamos de uma opinião ou versão que é acolhida, pela força persuasiva de seus argumentos, ou meramente imposta, a partir do exercício da autoridade, assumindo um *status* de verdade que tem sua durabilidade determinada por uma série de circunstâncias histórico-culturais e temporais.

No campo da gnoseologia, o pensamento cético, característico da filosofia retórica, parte da premissa de que as coisas e fenômenos não possuem uma essência oculta ou características imanentes e imutáveis (ceticismo acadêmico), ou, pelo menos, que se essas propriedades essenciais e verdades existem, elas não podem chegar a ser contempladas em toda a sua extensão e profundidade pelo observador humano, que tem sempre uma visão parcial e precária sobre seus objetos de estudo (ceticismo pirrônico). As incontáveis reviravoltas e rupturas de paradigmas que sucedem ao longo da história desmentem as verdades científicas mais consolidadas e arraigadas, de modo que a mais simples observação empírica fere de morte os pensamentos ontológicos e dogmáticos na área do conhecimento. À medida em que avançam as pesquisas, as tecnologias e os meios de comunicação, novas nuances de cada objeto e de cada fenômeno são percebidas, causando uma remodelação de conceitos e uma alteração das propriedades e características que lhes servem como elementos de definição.

Já se viu o raio como a arma de Zeus e o trovão como o som do martelo de Thor, mas hoje é trivial sua associação com descargas elétricas e interações de partículas subatômicas carregadas de energia presentes em nuvens. O sol girava em torno da Terra, que era plana, e agora essa última, ovalada, translada em torno daquele. Quem examina, a olho nu, uma escova de dentes, talvez não volte a usá-la após submetê-la a um poderoso microscópio. A descoberta dos átomos e da composição das matérias em nível molecular, o estudo dos microrganismos, decodificação do genoma, o exame do DNA, os megacomputadores e, em geral, os avanços da nanotecnologia, de neurociência e da física quântica abrem uma dimensão de compreensão inteiramente nova, jamais imaginada pelos mais criteriosos cientistas do passado. Verdades gnoseológicas têm prazo de validade. Segundo uma visão cética,

A “verdade” de uma teoria científica e, em geral, de qualquer argumentação ou proposição empírica é, sempre, em suma, uma verdade não definitiva senão contingente, não absoluta senão relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levadas a cabo de acordo com as coisas de que se fala: de modo que, sempre, quando se afirma a “verdade” de uma ou várias proposições, a única coisa que se diz é que essas

são (plausivelmente) verdadeiras pelo que sabemos, ou seja, conforme o conjunto dos conhecimentos confirmados que possuímos.⁴¹⁶

Não é outro o destino das verdades éticas. Ontologias clássicas e filosofias dogmáticas creem na existência e perseguem e/ou afirmam que há o sumo bem e o sumo mal. Que há aquilo que é invariavelmente justo ou injusto, bem como os comportamentos essencialmente corretos e incorretos. Em síntese, sustentam que há valores imutáveis, ou seja, que há condutas essenciais e universalmente valiosas ou desvaliosas, em si mesmas, independentemente do resultado de qualquer juízo de valor humano que sobre elas seja lançado. A prática da escravidão, do racismo e da tortura é necessariamente má. Esses comportamentos são essencialmente reprováveis, ainda que muitos discordem, que a maioria discorde, ou que todos os seres humanos do mundo discordem.

Novamente, uma rápida observação empírica e a mais superficial consulta à história revelarão que não há verdades éticas absolutas, atemporais, universalmente válidas para todos os povos e em todas as épocas. “Perdoem-no, pois ele crê que os costumes de sua tribo são as leis da natureza”, diria Bernard Shaw⁴¹⁷, sobre um dogmático convicto de sua razão. Os valores não são dados do mundo, da natureza, que preexistem aos seres humanos e sobreviverão à sua extinção nessa Terra. Valor e desvalor são objetos relacionais. Algo é valioso ou desvalioso para alguém, segundo determinados critérios de avaliação, que se distinguem em variações infinitas e, geralmente, estão conectadas com os graus de prazer ou desprazer que proporcionam para o indivíduo.

Bom e mau, valioso e desvalioso, justo e injusto são rótulos, são imputações que se realizam com base em um código de análise mutante, sempre em constante transformação. As dissidências religiosas, os antagonismos culturais, as polarizações políticas e os extremismos morais fornecem indícios diários, e em escala mundial, de que valores são produtos da mente humana, submetida aos influxos do contexto fático, do tempo, do espaço, da cultura, da tradição e de

⁴¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. 4.ed. Madrid: Ed. Trotta, 2000, p. 50. “La ‘verdad’ de una teoría científica y, más en general, de cualquier argumentación o proposición empírica es siempre, en suma, una verdad no definitiva sino contingente, no absoluta sino relativa al estado de los conocimientos y experiencias llevadas a cabo en orden a las cosas de que se habla: de modo que, siempre, cuando se afirma la ‘verdad’ de una o varias proposiciones, lo único que se dice es que éstas son (plausiblemente) verdaderas por lo que sabemos, o sea, respecto del conjunto de los conocimientos confirmados que poseemos.” Tradução nossa.

⁴¹⁷ SHAW, Bernard *apud* KIROV, Blago. **Bernard Shaw: quotes and facts**. Trad. Krasi Vasileva. Blago Kirov: 2014. E-book Kindle, posição 271. “Forgive him, for he believes that the customs of his tribe are the laws of nature”. Tradução nossa.

incontáveis idiossincrasias. A mesma certeza que se sente para permitir o aborto no Canadá, o consumo de *cannabis*, no Uruguai, ou a eutanásia, na Holanda, é sentida no Brasil para criminalizar as três práticas. E, enquanto em nosso país, o Supremo Tribunal Federal viola o mais elementar dos princípios de um Estado de Direito para criminalizar por via oblíqua “homofobia”, manter relações homossexuais segue sendo crime em quase um terço dos países do mundo. Isso confirma aquilo que foi dito por Zaffaroni⁴¹⁸: simplesmente não há um “delito natural”, ou seja, um tipo de comportamento que, por ser essencialmente mau, deva ser criminalizado em todas as partes do mundo, e em todos os momentos históricos.

A filosofia retórica e os ceticismos demonstram, por meio de argumentos coerentes, confirmados pelo recurso à observação empírica e pelas constatações da antropologia, que de fatos não se podem extrair normas.⁴¹⁹ Normas são criações humanas, são convenções, produzidas pela liberdade de impor a si próprio leis e códigos de condutas. A razão não pode ser compelida, no campo da ética, a aceitar uma única via como sendo aquela que é universalmente correta. Isso explica a existência de culturas tão distintas, o louvor a valores diametralmente opostos e a grande variedade de orientações religiosas, políticas e legislativas que se podem constatar mundo afora. Apesar disso, pode-se dizer que os dogmatismos e as ontologias clássicas continuam a ocupar posições de destaque nos campos da filosofia e do Direito, sendo seguro, inclusive, afirmar ainda exercem papel dominante. E não é difícil compreender o porquê.

Dogmatismos e ontologias, com suas pretensões de alcançar a verdade última sobre as coisas, agradam pela suposta fidelidade ao politicamente correto. Na ética, é bonito e louvável apontar para a única direção certa, assim como execrar, em tom veemente e inquestionável, todo tipo de comportamento universal e definitivamente inaceitável. Isso é útil. Com base em um vergonhoso histórico de opressão do homem pelo homem, repleto de preconceitos, explorações e genocídios, é natural que se queira construir uma barreira de proteção ética, e desejável que ela seja tanto intransponível quanto irrevogável. Não à toa a dignidade da pessoa humana deve ser tratada como uma característica imanente ao ser e os direitos humanos devem ter validade universal,

⁴¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. Vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 134.

⁴¹⁹ Muitos já fizeram essa afirmação, e sequer é preciso ser propriamente cético para sustentá-la. “As manifestações de nobreza e o sentido de justiça nas ações humanas, sentidos visados pela perícia política, envolvem uma grande diferença de opinião e muita margem para erro, tanto que parecem existir apenas por convenção e não por natureza”. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Antônio de Castro Caiero. São Paulo: Atlas, 2009, p. 19. Kant é até mais direto: “Os princípios empíricos jamais servem para que sobre eles sejam fundadas leis morais.” KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 72.

posicionando-se acima das constituições e das culturas, de modo idêntico, em todas as partes do mundo. A democracia, forma de governo compatível com a autonomia e as pretensões de liberdade dos seres humanos, é a única aceitável. As ontologias e dogmatismos fazem sucesso porque suas respostas, sempre certas, seguras e definitivas, servem de conforto às inquietudes humanas.

O mesmo se diga sobre a gnoseologia. O verdadeiro desespero sentido por um ser carente, lançado em um mundo inóspito e incompreendido, impulsiona a busca por um conhecimento que seja libertador. O conhecimento é crucial para a sobrevivência, e é insuportável ter que reconhecer que ele será, fatalmente, precário e revogável. Ou seja: a insegurança será, sempre, parte da vida, e as coisas e fenômenos que nos circundam não serão efetivamente dominados, de um modo perfeito e infalível, jamais.

A filosofia retórica, por ser historicamente associada à sofística e aos discursos vazios ou falaciosos, começa com déficit de credibilidade. Como não admite as verdades eternas, não anestesia a angústia causada pelas incertezas. Antes, acaba por multiplicá-las, razão pela qual é tratada como uma forma de pensar subversiva, nociva, em geral, para os interesses humanos ligados à correção e à justiça. De certo modo, a visão de mundo retórica acaba sofrendo com uma indevida aproximação do mau-caratismo ou, na melhor das hipóteses, de um puro niilismo, desprezando-se exatamente aquilo que ela de mais valioso tem a oferecer para o ser humano, seja no campo do conhecimento ou da ética: a dissolução das ilusões e a afirmação da tolerância como máxima ética. Somos, todos, iguais e, portanto, igualmente falíveis. Nenhum ser humano é o detentor definitivo da razão e o guardião das verdades absolutas. Se não parto da convicção inabalável de que estou cem por cento certo, não há por que impor minhas ideias sobre as dos outros, tampouco subsistem razões para que sejam os valores e pensamentos desses últimos sufocados ou banidos como maus ou equivocados.

São as certezas, e não as dúvidas, que impedem o progresso e a evolução, seja na política, no Direito ou nas ciências. E são as certezas, jamais a tolerância, que levam às guerras, aos genocídios e às perseguições. A certeza é a bola de ferro no tornozelo da ciência e o metal em brasa na carne dos dissidentes; a tolerância é a porta que se deixa aberta para que as ideias entrem e saiam livremente, trazendo consigo as novas “verdades” contextuais e levando embora os cadáveres das convicções, que morreram de velhice.

Um dos piores enganos que se podem cometer em relação à filosofia retórica é o de supor que seus adeptos não tenham convicções próprias, ou que não as possam defender com vigor, sob pena de incorrer em contradição. Retóricos têm suas posições e, de um modo geral, defendem-nas com o mesmo afinco que os dogmáticos. A diferença é que reconhecem a possibilidade ineliminável de que suas convicções sejam falsas e, portanto, mantêm sempre viva a chance de mudar de ideia. Muitas das verdades supremas das ontologias e das filosofias dogmáticas, como os valores da dignidade da pessoa e da igualdade, a preferibilidade da democracia e a necessidade da afirmação e proteção dos direitos humanos, são defendidas pela retórica, embora sem o apelo a recursos linguísticos como “a essência”, o “inerente” e a “natureza”. E, nem por isso, torna-se perigoso abandonar as certezas da dogmática e passar a abordar os temas sensíveis das conquistas humanitárias a partir da visada retórica.

Se, de um lado, a retórica recusa esse selo de “verdade absoluta” aos seus objetos de análise, não se permitindo cultuar ilusões, de outro, reconhece a existência de grande estabilidade para alguns temas. Há convicções arraigadas de modo profundo e compactuadas de modo muito amplo que gozam de um prestígio tamanho que é como se fossem, na prática, verdades imutáveis. A seu respeito, o discurso dominante ou o “relato vencedor” é muito robusto e conta com uma adesão formidável, o que torna muito difícil sua superação. Requer-se um esforço argumentativo hercúleo, associado a uma disposição de ânimo cuja presença, na maioria dos interlocutores, é bem improvável, para que se possam destituir da posição de verdades objetos como os valores da igualdade e da dignidade da pessoa humana, ou o desvalor do racismo e da exploração sexual de crianças e adolescentes. Não falamos, ainda assim, em verdades eternas, mas em verdades circunstanciais, que até podem ser depositas, embora isso seja altamente improvável, à luz do contexto presente e da força demonstrada ao longo da história. Valem, aqui, as considerações sobre as invariantes axiológicas, de Miguel Reale (item 2.2).

A indisfarçável predominância dos pensamentos dogmáticos e ontológicos no Direito repercute, como era de se esperar, no Direito Penal. A doutrina está sempre à procura da essência das coisas para formar conceitos definitivos e institutos jurídicos perfeitos. Foi assim com o conceito de ação, e não é estranhável que a doutrina ontológica do finalismo welzeliano tenha reinado absoluta por muitas décadas. É exatamente o que se passa com as teorias do bem jurídico. A entonação da abordagem realizada pela maioria dos autores é indisfarçável.

A multissecular busca por um conceito definitivo de bem jurídico, aplicável a todos os tipos de crimes e infalível enquanto elemento crítico-limitativo da intervenção penal desnecessária ou abusiva, é resultado visível de uma aposta na ontologia. O equívoco de se perseguir um conceito único de ação, capaz de se conformar às características dos crimes dolosos e culposos, comissivos e omissivos, acaba se repetindo em relação ao bem jurídico. Almeja-se um conceito paradoxalmente adequado para compreender as formas contemporâneas de criminalidade sem abrir mão do conteúdo pessoal e liberal clássico, e que sirva como ponto de apoio material para crimes comissivos e omissivos; de dano, de perigo concreto e de perigo abstrato; e que englobe bens, valores ou interesses individuais e coletivos.

Muitos parecem crer na existência dessa espécie de ontologia do conceito material de crime, que, necessariamente, tem que levar em sua estrutura a lesão ao bem jurídico ou o *harm to others*. Parece que não há vida fora desse paradigma. Embora mais de dois séculos tenham se passado sem que resultados minimamente satisfatórios tenham existido quanto à delimitação conceitual do bem jurídico, a maioria da doutrina insiste nessa busca. É como se, por ser o crime, sob viés material, inexoravelmente uma lesão ao bem jurídico ou uma *nocividade para os outros*, simplesmente não houvesse alternativa senão a procura implacável dos conceitos definitivos de bem jurídico e de *harm*. Para dizer de outro modo, só a admissão da premissa de que é da essência do conceito material de crime a lesão ao bem jurídico ou o *harm to others* justifica que se persista perseguindo, como se elas fossem possíveis, as definições perfeitas do bem jurídico e do *harm*.

A má notícia trazida pela filosofia retórica é que esse projeto é inexecutável. Há, pelo menos, três boas razões a embasar essa afirmação.

a) Bem jurídico e *harm to others* não são elementos da natureza, objetos do mundo empírico, mas criações do discurso jurídico. São invenções humanas que não têm formas e nem conteúdos, senão aqueles que lhes são dados pela mente. Não adianta, então, perquirir a essência do conceito material de crime ou do conceito de bem jurídico. Essa essência simplesmente não existe.

Todas as características que se reconheçam no conceito material de crime, assim como no conceito de bem jurídico ou de *harm to others*, terão sido imputadas, e não descobertas. E como as pessoas são diferentes, com ideologias, princípios e recursos linguísticos diferentes, os processos de imputação serão distintos, e consensos conceituais dificilmente existirão. Por isso,

qualquer conceito que se dê será, apenas, mais um. Pode ser aceito pela maioria, ou não. Tudo é reconduzido a uma questão de preferência, embora certamente influenciada pelo poder de persuasão do discurso que conceitua esses objetos de análise.

Entender que o bem jurídico não existe, que ele é uma criação humana e que ele é instrumental é muito útil. Primeiro, para fazer cessar essa busca de uma versão conceitual definitiva. Como o bem jurídico é, simplesmente, mais um dos literalmente incontáveis produtos da mente humana, e é formado por linguagem, nada a seu respeito será efetivamente conhecido ou descoberto, mas imputado, atribuído. É por isso que, em dois séculos de história da dogmática penal, pouco se avançou em termos de conceito.

Esse pensamento liberta, também, nesse sentido: se não há um único conceito material de crime que seja universalmente válido, não é preciso encontrar esse tipo ideal que sirva igualmente para todos os delitos. Pode haver mais de um bem jurídico, ou até mais de um tipo de objeto de proteção das normas penais. O bem jurídico pode ser um deles, mas talvez não o único. E tipos diferentes podem estar referidos a bens jurídicos que têm propriedades diferentes. Se, de fato, disso não se extrai a segurança crítico-limitativa que as teorias liberais esperam obter de um conceito de bem jurídico, é porque isso é simplesmente impossível. Pelo menos, em termos absolutos.

b) Se o bem jurídico e o *harm to others* existissem no plano sensível, ou eles não teriam essência, ou essa essência não seria apreensível pelos aparelhos cognitivos humanos.

Não só a obtenção de um conceito perfeito para o bem jurídico ou o *harm to others* é um projeto impossível de se levar adiante. Qualquer pretensão de se alcançar uma conceituação perfeita para qualquer objeto resultará em frustração.

A coisa em si, que corresponderia à verdade, é inapreensível. Fazemos escolhas arbitrárias das características que conseguimos divisar ou que julgamos importantes para conceituar. Acreditamos que sabemos sobre as coisas quando delas falamos, mas, no fim, somente fazemos uso de metáforas, que não correspondem, em definitivo, aos entes originais, às coisas em si.⁴²⁰

⁴²⁰ NIETZSCHE, Friedrich. On truth and lies in a nonmoral sense. Trad. Daniel Breazele. IN: **Philosophy and truth: selections of Nietzsche's notebook of the early 1870's**. New Jersey: Humanities Press, p. 82-83.

Como dito, conceituar com exatidão seria “acertar na mosca” em relação a todas as características “reais” do objeto, o que importa, desde logo, admitir que elas existem. Ou seja: só se pode conceber essa busca dentro dos esquemas da ontologia. Segundo a retórica, “Um ente pronto e acabado, independente de nós, mas passível de ser por nós conhecido – tal realidade não existe nem pode existir... O mundo não é apenas **representação**, mas sim **nossa** representação”.⁴²¹ Assim, lançado um olhar cético, ou as propriedades inerentes ao ser não existem (ceticismo acadêmico), ou, ainda que existam, provavelmente não serão alcançadas em sua essência, com toda a extensão e a profundidade, pelas limitadas ferramentas cognitivas de que dispõem os seres humanos (ceticismo pirrônico). Segundo qualquer das duas linhas céticas, conceitos não são mais do que opiniões, baseadas em impressões, captadas por ferramentas limitadas, e transformados em símbolos linguísticos com sentidos móveis e dinâmicos. As convenções de linguagem não são produtos do conhecimento, isto é, da contemplação da verdade. As coisas e seus conceitos não coincidem.⁴²²

Conceitos, portanto, não são seguros. Nesse sentido, tem razão Stratenwerth, citado no item anterior: muitos penalistas estão à procura da quadratura do círculo.

c) A pretensão de obter um conceito unívoco, definitivo e perfeito é incompatível com as próprias características da linguagem.

A linguagem é, sempre, constitutiva da realidade. Conceitos não são descrições. São construções. Conceituar, se não sou fiel às propriedades do ser – pela sua inexistência ou pela minha incapacidade de captá-las – é criar. Fatalmente, então, é ser arbitrário. É imputar, atribuir. É dizer o que penso, limitar as os atributos da coisa ao que consigo observar ou de acordo com os propósitos que eu quero que a definição tenha. Nesse sentido, toda conceituação é instrumental, porque a própria linguagem é instrumental. Não se trata de uma fotografia ou de um puro relato do que se vê, mas da comunicação de ideias que se faz sobre um objeto por meio de palavras. Some-se a isso tudo o fato de que elas são, irremediavelmente, porosas, imprecisas, polissêmicas e dinâmicas, e a atividade de conceituar mais se aproximará de um jogo ou uma brincadeira.

⁴²¹ LANGE, F.A., *apud* ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 60.

⁴²² NIETZSCHE, Friedrich. On truth and lies in a nonmoral sense. Trad. Daniel Breazele. IN: **Philosophy and truth: selections of Nietzsche's notebook of the early 1870's**. New Jersey: Humanities Press, p. 84.

Por ser instrumental, não há como impedir que a conceituação seja usada para os mais diversos fins. O maior e mais decepcionante exemplo a pesar contra as teorias otimistas quanto ao rendimento crítico-limitativo máximo do bem jurídico é do Direito Penal nazista. Nesse ponto, tem razão Jakobs: “a concepção da proteção de bens jurídicos de nenhum modo é só restritiva”. Segundo o autor, em determinados contextos políticos, a ideologia pode invadir completamente o mundo jurídico por essa brecha. Pode-se “proclamar como bem jurídico também a manutenção de um determinado partido político, ou a pureza de uma raça humana, ou outros objetos, como sucedeu de fato na Alemanha da época nacional-socialista”. A defesa diante de tais “degenerações” é exclusivamente política, e não se alcança por meio de conceitos dogmáticos como “bens jurídicos”.⁴²³

Dizer que seja alcançável um conceito de bem jurídico (ou de *harm to others*) que não permita o seu próprio uso para fins antiliberais é, mais uma vez, fruto de uma crença na essência positiva e crítico-limitativa do conceito de bem jurídico. O bem jurídico é, ontologicamente, um instituto do bem, existente para proteger direitos humanos (a cúpula nazista diria o mesmo). Não pode haver convicção mais ingênua do que aquela que se refere à possibilidade de que um objeto qualquer do mundo somente possa ser usado para um único e específico fim.

Os fins a que se destinam as coisas são incontáveis. Certamente não está entre as utilidades mais comumente pensadas para um *smartphone* funcionar como um peso de papel, mas ele pode desempenhar muito bem essa função. Também não foi idealizado como um objeto contundente, mas experimente dizer isso a alguém que tenha tido arremessado contra seu rosto, com toda a força, um telefone celular. Os fabricantes do aparelho provavelmente não o criaram para que o agiota extorquisse seu devedor por meio de uma ligação; ou para que eventual pedófilo registrasse em *full HD* a pornografia infanto-juvenil.

Os medicamentos constituem formidável exemplo. Uma droga que foi produzida para regular a pressão arterial pode ser extremamente eficiente para causar a morte dolosa de alguém, a partir da produção de um acidente vascular cerebral. Embora não tenha sido criada para esse fim, mas para o oposto (terapia), o fato é que ela o desempenha tão bem que não seria estranhável se um

⁴²³ JAKOBS, Günther. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 59. Tradução nossa.

mesmo comprimido recebesse, com base em suas propriedades bioquímicas, a dupla qualificação como remédio e como veneno.

Tudo o que o homem cria, por mais que tenha sido desenvolvido para um fim específico, sempre pode receber outro uso. E assim se passa com as palavras. Elas não carregam um conteúdo próprio, imanente, imutável, estático, imediatamente identificável por qualquer interlocutor que seja, capaz de remetê-lo com exatidão ao específico objeto a que se referem. Seu sentido é sempre dinâmico e está à mercê dos utentes e interlocutores, no plano pragmático, variando sempre em função do contexto. Palavras são veículos precários para transportar sentido; são ferramentas rudimentares para expressar ideias e sentimentos suscitados em nossa mente pelo contato limitado de nossos aparelhos cognitivos com coisas e eventos do mundo.

Como diz Nietzsche, todo conceito é falho só pelo fato de se construir, paradoxalmente, a partir da equiparação de objetos desiguais. “Assim como é certo que uma folha nunca é a mesma que outra, é certo que o conceito de ‘folha’ é formado pelo descarte arbitrário dessas diferenças individuais e pelo esquecimento dos aspectos de distinção”.⁴²⁴

Essa ideia não é nova, tampouco desconhecida entre os penalistas alemães. Um conceito pode ser, no máximo, uma “moldura rudimentar das facetas da linguagem viva”, diria Hassemer. Há, segundo ele, uma “margem semântica” que simplesmente não pode ser eliminada. Essa realidade, para os juristas, especialmente para a linguagem da lei, é um tanto pior, já que se busca unir as características contraditórias da precisão e da flexibilidade – a primeira, para não abarcar com a norma comportamentos para os quais ela não foi pensada, e a segunda, para não deixar de fora aqueles para os quais ela o foi.⁴²⁵

Como toda palavra tem uma margem semântica, todo julgador tem alguma liberdade semântica, simplesmente não se podendo crer em um tipo penal que seja absolutamente imune às

⁴²⁴ NIETZSCHE, Friedrich. On truth and lies in a nonmoral sense. Trad. Daniel Breazele. IN: **Philosophy and truth: selections of Nietzsche's notebook of the early 1870's**. New Jersey: Humanities Press, p. 83. “Just as it is certain that one leaf is never totally the same as another, so it is certain that the concept ‘leaf’ is formed by arbitrarily discarding these individual differences and by forgetting the distinguishing aspects”. Tradução nossa.

⁴²⁵ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Trad. Pablo R. Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 246-248.

inseguranças da interpretação.⁴²⁶ O mesmo, por óbvio, há que se dizer sobre o conceito dogmático de bem jurídico, bem como sobre qualquer conceito.

Apesar disso, uma análise do percurso histórico da dogmática penal revela o quanto o ser humano é apaixonado pelos conceitos, reduções e simplificações “pacificadoras” das angústias e das inseguranças. Vimos, de início, uma sucessão de núcleos do conceito material de crime excessivamente lacunosos, como o dano à nação, ou exageradamente restritos, como o direito subjetivo. Chegou-se, enfim, à noção de bem jurídico, dali em diante preferida pela doutrina. Com o passar do tempo se percebeu que ela não possui um conteúdo semântico claro, definido, e que lhe podem ser atribuídos ao mais diversos sentidos, inclusive, antiliberais. Constatou-se que “bem jurídico” é um **invólucro**. Seu conteúdo pode ser preenchido livremente. De instrumento de limitação do poder punitivo, pode ser transformado em elemento de legitimação das intervenções penais mais escabrosas, a exemplo do que se viu acontecer com “a pureza da raça” e o nacional-socialismo alemão.

O que a doutrina parece querer é encontrar o “Santo Graal” dos conceitos jurídicos. Aquele conceito absolutamente claro e unívoco, com um conteúdo semântico petrificado, impossível de se manipular discursivamente, e capaz de indicar exatamente a qual objeto se refere, em sua perfeita extensão, sem que se exclua a menor das nuances e, ao mesmo tempo, sem que se incluam quaisquer caracteres estranhos ao sentido original de fábrica. Simplesmente impossível, porque a linguagem não é assim. Imprecisão, vagueza, ambiguidade, polissemia e porosidade são características de todas as palavras e expressões, de modo que as incertezas e manipulabilidades simplesmente nunca deixarão de existir.

É por isso que Nietzsche chega a zombar da atividade de conceituar. É tão sincera e científica quanto esconder algo atrás de um arbusto e se gabar, diante dos outros, por haver encontrado o objeto. É tão tautológico e vazio quanto criar a versão definitiva do que seria um mamífero e, depois, olhando para o camelo, chamá-lo de mamífero. Não há nisso a mínima dose de verdade sobre a “coisa em si”, ou qualquer conhecimento válido além do homem e de sua relação com aquele objeto.⁴²⁷

⁴²⁶ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Trad. Pablo R. Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 265.

⁴²⁷ NIETZSCHE, Friedrich. On truth and lies in a nonmoral sense. Trad. Daniel Breazele. IN: **Philosophy and truth: selections of Nietzsche's notebook of the early 1870's**. New Jersey: Humanities Press, p. 85.

A linguagem é um verdadeiro instrumento de sobrevivência para ser o humano. Ela é sua maior habilidade. E é tão útil quanto necessária, no sentido de ser imprescindível para que o homem, esse ser carente, circundado por um mundo inóspito, comunique-se com os demais e estabeleça condições de existência viáveis. Só não pode haver engano quanto às suas funções e capacidades. É infantil a esperança de que se encontrem palavras perfeitas para designar qualquer objeto, seja no sentido de espelhar, com exatidão, suas propriedades, ou no sentido de conduzir o interlocutor à exata compreensão daquilo a que se quer comunicar, sem deixar margens para interpretações que reduzam ou ampliem seu alcance pretendido.

É exatamente por isso que, como lembra Nietzsche, não se deve dar à linguagem um poder que ela não tem. Por muito tempo, o homem acreditou nos seus conceitos e nos nomes que deu às coisas como “verdades eternas”, o que o tornou orgulhoso e prepotente; somente mais tarde “os homens começam a ver que, em sua crença na linguagem, propagaram um erro monstruoso”.⁴²⁸

Pelas características que ela tem, não se pode seguir crendo na possibilidade de que a linguagem possa ser usada para que se cunhe um conceito único de bem jurídico ou de *harm to others* que seja preciso a ponto de suscitar verdadeiro consenso quanto ao objeto de proteção de todos os tipos de normas penais, sejam elas referentes aos crimes de dano, de perigo concreto e de perigo abstrato; sejam elas destinadas a tutelar itens (bens, valores ou interesses) pessoais ou coletivos. É inviável, a partir de um jogo de palavras – é isso o que a conceituação é –, criar esse “super-instituto” dogmático, por meio do qual, a um só tempo, conduzem-se elementos tão distintos a uma definição única, restritiva a ponto de funcionar como barreira de contenção dos abusos punitivos, mas ampla o suficiente para não deixar de fora os *hard cases* da contemporaneidade, a respeito dos quais se torna cada vez menos aceitável a ideia de descriminalização (porte ilegal de armas pesadas, tráfico de determinadas drogas ilícitas, alguns crimes contra a administração pública ou contra a fé pública, maus tratos contra animais etc.).

Note-se bem: não se pode pretender desprezar o valor das palavras ou negar a imprescindibilidade da comunicação. Maior incoerência não pode haver do que a de usar as palavras para fazer uma censura a elas próprias. A linguagem é nosso maior recurso, nossa maior

⁴²⁸ NIETZSCHE, Friedrich. **Ecce homo**. Marcelo Backes. E-book Kindle. Brasil: L&PM, 2018, verbete “a linguagem como suposta ciência”.

invenção, e só por meio dela deixamos de ser ilhas de existência individual e nos conectamos com o mundo, com os outros seres e objetos. Mas é preciso deixar claro que, por mais vital e preciosa que seja a linguagem, ela não é um “instrumento do bem” – pelo menos, não se a visão de “bem” se referir a algum valor ético específico. Não há palavras boas ou más, construtivas ou destrutivas em si mesmas, mas apenas segundo critérios de avaliação contextual bastante pontuais.

O “rapazola” curioso, de Goethe, diz a Mefistófeles que “as palavras as [das Escrituras] devem ter sentido”. E ouve, como resposta irônica:

Deverão, deverão; mas não é caso para tanto ralar, porque onde falta ideia que se intenda, acode um texto que vem de molde, e calafeta o rombo. O palavrório é tudo. Com palavras se esgrime, contra ou pró, nas magnas teses. Com palavras arranja-se um sistema. As palavras têm fé. De uma palavra não se cerceia um til.⁴²⁹

As palavras da Bíblia, do Alcorão ou de qualquer outro livro sagrado, com as nuances que se alteram a partir de cada tradução, estão cristalizadas no papel, há milênios. Cada uma dessas palavras, segundo suas respectivas doutrinas, foi escrita com o fim de trazer uma mensagem, passar um ensinamento, revelar uma verdade. É curioso que elas tenham dado origem a uma infinidade de dissidências e denominações religiosas, e que sejam usadas, por todos os lados, como comandos de guerra, de cruzadas, de genocídios e terrorismos.

A linguagem é uma coisa “boa” por nos permitir a comunicação, mas nada impede que, por meio dessa comunicação, se operem as maiores atrocidades e injustiças. Pela linguagem, há confissão e mentira; expressa-se o amor ou o ódio; declara-se a guerra ou a paz. As mesmas palavras são empregadas para elogiar e acalentar, ou para ofender e difamar. A depender das circunstâncias, e de quem as profere e as escuta, as mesmas palavras assumem coloração completamente diversa. E até mesmo os impropérios mais raivosos podem ser entendidos como apologias, se dirigidos pelo facínora contra quem lhe oferece resistência. O “sim” que se diz para algo normalmente encerra o “não” para diversas outras coisas, e vice-versa. As mesmas exatas palavras, em contextos diversos, assumem sentido diametralmente oposto, mostrando que a linguagem, uma vez desconectada de seu usuário, assume vida própria, e será recebida pelo destinatário de uma forma sempre imprevisível. É característica da linguagem humana que, uma vez lançada a

⁴²⁹ GOETHE, Johann Wolfgang von. **Fausto**. Trad. António Feliciano de Castilho. Quadro V, Cena III.

mensagem, ela se desprenda do emitente e ganhe vida própria, perdendo o falante o controle sobre seu sentido.⁴³⁰

E outra: por mais que seja desenvolvida, a linguagem nunca contará com o grau de precisão que alguns dela esperam. Aliás, é exatamente por seu grau de evolução que as palavras não se prendem a sentidos específicos, mas podem ser usadas das mais infinitas maneiras, nas mais diversas ocasiões, e sempre com uma vasta gama de sentidos possíveis. A eterna contradição da linguagem: se o grau de evolução é perceptível pela capacidade de adaptação a praticamente qualquer contexto, pela multifuncionalidade, pela polivalência, enfim, pela própria polissemia, nela reside a eterna precariedade, que torna a linguagem algo sempre instável, inseguro, indeterminado.

Palavras não se ligam a objetos, por mais que as tenhamos criado pensando neles. Palavras não se ligam, nem mesmo, às acepções que lhes damos em dicionários e enciclopédias, que apenas trazem os sentidos mais comumente compartilhados entre os falantes de uma mesma língua. Por sua porosidade, a palavra pode secar-se do sentido original e encharcar-se de qualquer outro a qualquer tempo, passando esse último a se apresentar como aquele que seria o único ou o principal a partir de dado momento ou contexto. E cem mil outras vezes esse processo pode se repetir, revogando-se, recuperando-se ou reinventando-se o sentido a cada uso. Com as acepções do dicionário, passa-se algo semelhante ao que ocorre com as cores, no disco de Newton. Enquanto não há movimento, estão todas ali, bem visíveis e distinguíveis, tanto as cores quanto as acepções. Basta, no entanto, que surja a dinâmica, o uso, a comunicação, para que todas as cores e significados se fundam e se percam no branco, um tom que é neutro apenas em aparência.

As palavras, essas minúsculas partículas da linguagem, são seres que criamos e tentamos domesticar. Mas nosso controle nunca será total. Uma vez soltas no ar ou deitadas no papel, as palavras sofrem a ação do tempo, do espaço, do contexto fático, da cultura e de tantas outras influências ambientais, alterando-se o conteúdo que, em algum momento, quisemos lhes dar. E se, por milagre, conseguirem chegar ao destinatário seu sentido original intacto, nada garante que, ao passar pelos filtros de seus aparelhos cognitivos, conhecimentos e experiências, não

⁴³⁰ ADEODATO, João Maurício. Retórica realista e decisão jurídica. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória: Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória. Vol. 18, n. 1, p. 18. Jan-abr 2017.

venham a ser interpretadas de um modo inteiramente diverso. É por tudo isso que, se levarmos a sério as características da linguagem, a atividade de conceituar não passará de um jogo.

Mas, em se tratando de um labor tão ilusório, e com resultados tão precários, como se poderia explicar a ânsia dos seres humanos por conceituar e qualificar? Ela vem de um dever imposto pela sociedade para que ela própria possa existir. É o dever de usar metáforas pactuadas, de mentir segundo uma convenção linguística estável, de modo a permitir as identificações e comunicações.⁴³¹

Conceituar é preciso, e, já que nenhum conceito será preciso, como indica a própria repetição de palavra desse parágrafo, incumbe-nos um trabalho que é sisífico. Vamos continuar a busca das melhores definições possíveis, mas já cientes de que o cume da perfeição nunca será alcançado. A cada dia, pelo dinamismo do mundo e da linguagem, o labor se renovará.

4.3. EXPLICANDO A FALHA NO PLANO PRÁTICO: O CONCEITO MATERIAL DE CRIME COMO MEIO E OS PARÂMETROS EMPÍRICOS DO PROJETO

A vasta experiência com leis penais preconceituosas, seletivas, opressoras, sancionadoras de condições existenciais ou meros estilos de vida inofensivos para as outras pessoas, conduziu à formação da ideia de que o legislador não pode ser absolutamente livre para criminalizar condutas, e que, para que uma conduta seja legitimamente considerada como criminosa, ela deve ter determinadas características danosas.

A busca dos filósofos e dos estudiosos do Direito Penal por um conceito de crime que pudesse funcionar como filtro de legitimidade das normas penais incriminadoras e, portanto, como mecanismo crítico-limitativo do poder estatal de criminalizar, apoiou-se predominantemente sobre os elementos do “bem jurídico” e do “*harm to others*”. A definição material do crime como a “lesão a um bem jurídico” ou como um “*harm to others*” nunca chegou a desempenhar, de modo seguro, essa tarefa, em razão da indeterminação e da instabilidade desses objetos, a respeito dos quais, em mais de duzentos anos de evolução teórica, jamais se chegou a algo próximo de um consenso. Ao contrário, confirmando as características da linguagem apontadas pela filosofia

⁴³¹ NIETZSCHE, Friedrich. On truth and lies in a nonmoral sense. Trad. Daniel Breazele. IN: **Philosophy and truth: selections of Nietzsche's notebook of the early 1870's**. New Jersey: Humanities Press, p. 84.

retórica, testemunhou-se a utilização desses conceitos com sentidos absolutamente diversos e para fins diametralmente opostos.

Apesar da importância que as teorias do bem jurídico e o *harm principle* têm para a construção de uma dogmática crítica e fiel aos valores liberais do Iluminismo, é indisfarçável seu fracasso quanto à missão de estabelecer uma barreira intransponível para as intervenções penais abusivas, que muitas e muitas vezes foram observadas como uma tendência natural dos Estados autoritários ao longo da história. Nenhuma medida, isoladamente considerada, poderá desempenhar essa complexa e importante função com a segurança total de não deixar fora do alcance da lei penal as condutas consideradas lesivas e, ao mesmo tempo, não permitir a inclusão daquelas que sejam inofensivas ou inócuas. A expectativa mais realista que se pode ter é a da racionalização das normas penais, submetendo-as não a um critério único de legitimidade, mas a um conjunto de medidas depuradoras das criminalizações consideradas mais flagrantemente ilegítimas.

Essa racionalização passa pelo desenvolvimento de princípios político-criminais de feição liberal e pela adoção de uma postura integradora dos saberes criminais, além de crítica em relação aos produtos legislativos e da jurisprudência. O desenvolvimento de um conceito material de crime, inclusive com sua previsão expressa no texto constitucional, ao lado da exigência de procedimento diferenciado para a elaboração de leis penais, completa o ciclo dessas medidas crítico-limitativas das intervenções estatais.

Embora seja impossível “o” conceito material de crime definitivo, isso não significa que não seja viável “um” conceito material de crime; e se a sua infalibilidade como barreira de contenção dos abusos legislativos não é realista, isso não quer dizer que sua capacidade crítico-limitativa seja inexistente. É um conceito assim que passaremos a sugerir: sabidamente precário, mas ainda assim crítico, e com boas possibilidades de rendimento se manuseado em conjunto com as medidas dogmáticas, político-criminais e legislativas de que tratamos acima e, com maiores detalhes, no capítulo anterior.

Antes de prosseguirmos, é preciso lembrar que o conceito material de crime é um produto do pensamento liberal, cuja preocupação principal (não exclusiva) se identifica com a proteção dos direitos individuais. Não se trata de uma afirmação ontológica, mas, antes, puramente lógica. Para os punitivistas extremados, para os legalistas exegéticos mais subservientes e, de um modo

geral, para os que não se incomodam com a possibilidade de que o Estado arbitrariamente atormente as pessoas por meio de leis penais que limitem suas liberdades desnecessariamente, a mera previsão por uma lei validamente elaborada deve ser a única característica obrigatória para que uma conduta possa ser legitimamente criminalizada (o princípio da legalidade penal, como vimos nos Capítulos 2 e 5, é afirmado até mesmo pelos Estados fundamentalistas mais radicais). Para doutrinas antiliberais, é plenamente suficiente o conceito formal de crime, tornando-se um conceito material algo inútil ou, quiçá, até prejudicial para o bom funcionamento de um sistema penal.

Quem, de uma posição antiliberal, punitivista ou positivista radical, ocupa-se de um conceito material de crime, não está à procura de normas penais abusivas para infirmá-las, mas para justificá-las.

Define-se como irracional o plano de ação que se serve de meios absolutamente incapazes de atingir o fim proposto. Será irracional a escolha dos meios inócuos, ineficazes para conduzir à realização do fim, e, com maior evidência, a seleção dos meios que produzam o efeito contrário, dificultando ou mesmo impedindo que se alcancem as metas. Por uma questão de lógica, então, os fins condicionam os meios. Primeiro se estabelecem os fins, depois, selecionam-se os meios, de acordo com o conhecimento que se tenha sobre a sua idoneidade para atingi-los. Quem inverte essa sequência e, antes de estabelecer os fins, escolhe os meios, fica limitado quanto ao que pode realizar. Selecionar os meios sem ter em mente os fins é embarcar em um navio sem velas, sem leme e sem motor, que vaga à deriva. Pode seguir vagando, indeterminadamente. Pode chegar a qualquer destino aleatório. Pode, também, simplesmente soçobrar – o que, com o tempo, é o mais provável que aconteça.

É claro que, por escassez ou restrição de recursos, posso não ter acesso a todos os meios necessários à realização dos fins. Será preciso rever meu plano de ação e, se ao final, não estiverem ao meu alcance os meios adequados, as metas serão consideradas inatingíveis. Pelo menos, momentaneamente. Posso manter os fins e insistir na busca dos meios, e aqueles continuarão inalcançáveis enquanto esses últimos não forem obtidos. Às vezes, essa insistência é importante, pois ela conduz a um progresso lento, aproximando-nos sempre um pouco da meta proposta. Não se pode olvidar, porém, que a obsessão por determinados fins que já se provaram de difícil realização pode nos enclausurar dentro de determinados paradigmas, levando à

estagnação e prevenindo avanços que seriam obtidos em outras direções, com ganhos talvez até maiores. Por isso, é sempre bom reavaliar os fins e considerar alternativas.

Parte da doutrina perdeu de vista que o conceito material de crime não é um fim em si mesmo. A não ser que se trate de um puro capricho teórico, ele não pode ser. O que se quer e o que se pode ter com um conceito material de crime? A ideia é criá-lo, e pronto? Fim de jogo? Nenhuma preocupação com utilidade? Na melhor das hipóteses, o conceito material de crime é um fim intermediário, um objetivo primário a ser alcançado para que se chegue a algo ou a algum lugar. Se a ideia for a de ornamentar a teoria do delito com um lindo conceito material de crime, sem qualquer preocupação com seus efeitos práticos, o caminho que se vem seguindo não está equivocado. Mas é questionável que um conceito dogmático jurídico-penal deva desempenhar o mesmo papel que um verso de poesia ou uma estrofe de música, que causam prazer a quem o lê ou a escuta. Como instrumento jurídico, o esperável é que um conceito tenha uma utilidade e possa repercutir de modo prático na criação, na interpretação ou na aplicação das normas. Afinal, é uma atividade que se desenvolve no campo das ciências jurídicas, e elas, até onde se sabe, estão orientadas para contribuir nesse sentido.

Então, o conceito material de crime é um meio para que se alcance um fim. E o fim é claro: é o de estabelecer limites ao poder estatal de criminalizar, prevenindo as restrições abusivas da liberdade individual.

O problema, no entanto, é complexo e soluções apressadas ou irrefletidas podem causar efeitos colaterais insuportáveis. Dissolver o Estado e voltar à condição de natureza e autotutela não parece uma saída adequada. De fato, acabam-se os abusos estatais, mas sacrificam-se coisas importantes e a relação custo-benefício não parece atrativa. Precisamos insistir no Estado, precisamos insistir no Direito Penal, mas é crucial limitá-lo. E limitá-lo de um modo que ele não seja tornado absolutamente figurativo e ineficiente. Por exemplo: se dissermos que crime é o comportamento que destrói a vida humana, teremos um conceito conciso, muito bem delimitado, de alta aplicabilidade e extremamente eficiente na função de limitar. Mas teremos que arcar com o peso da convivência com a irrelevância penal dos estupros, dos roubos e das torturas, por exemplo. Sente-se a necessidade de uma ampliação do escopo de incidência das normas penais e, portanto, de ampliação conceitual.

Vejamus um conceito ainda bem restrito, mas já incomparavelmente mais abrangente que o anterior: crime é o comportamento que produz um dano a um bem de titularidade pessoal. Inserimos, no conceito, com segurança, muitos objetos a mais (propriedade privada, liberdade de locomoção, integridade física), mas deixamos de fora outros tantos (administração pública, fé pública, vigência da ordem democrática). E já surge a primeira “zona cinzenta” ou “área de penumbra”, repleta de dúvidas. O “dano”, mencionado, abrange o perigo? Pode considerar-se titularidade individual indireta ou compartilhada? O bem deve ter natureza corpórea? Em termos práticos, legitimamos a criminalização do roubo, do cárcere privado e da lesão corporal. Deslegitimamos a da corrupção, da falsificação de moeda, a da ação de grupos armados contra o Estado constitucional. E instauramos a incerteza quanto às depredações ambientais, a calúnia, o porte ilegal de armas de fogo e tantas outras condutas.

O “cobertor conceitual” é curto. E, pela complexidade da vida contemporânea, a noite é fria.

Diante dessas considerações, vemos com clareza a bifurcação que há adiante. Podemos voltar à torre do castelo e consultar pergaminhos empoeirados em busca do mais esteticamente agradável conceito material de crime que a linguagem nos pode oferecer. Ou podemos assentar-nos em um banco da praça e, olhando para os problemas do mundo contemporâneo, tomar notas daquilo que está ao nosso alcance fazer para corrigi-los. No topo da lista, é claro, estão as necessidades das pessoas, fins do Estado, fins do Direito e fins em si mesmas. Primeiramente, as necessidades biológicas e existenciais. Depois, aquelas que condicionam uma qualidade de vida compatível com seu *status* de dignidade histórico-culturalmente adquirido. E, à medida em que formos avançando, começaremos a contemplar alguns objetos que não estão diretamente conectados aos seus interesses e às suas necessidades básicas, como indivíduo, mas que são importantes para que o ambiente em que ele vive tenha um mínimo de organização capaz de viabilizar uma convivência tolerável com as outras pessoas. Quando menos esperarmos, estaremos anotando itens como “meio ambiente”, “vigência da ordem constitucional e do Estado democrático” e “probidade da administração pública”.

Esse é o ponto crítico, o ponto da decisão a respeito do plano de ação: olhando para o mundo empírico, que tipos de comportamentos estamos dispostos a considerar como penalmente irrelevantes? A nossa afirmação é que um conceito material de crime não pode ser cunhado sem essa reflexão.

Creemos que não precisamos nos deter muito nessa parte. Pouca discordância deve haver sobre a necessidade de criminalização das condutas correspondentes ao homicídio, ao estupro e ao latrocínio. Normalmente, as divergências se concentram nos temas da criminalização do perigo abstrato, da tutela penal de bens coletivos e da proteção penal de valores. Quem se posiciona de modo irreduzível em relação à ilegitimidade dessas linhas político-criminais, acaba tendo que conviver com a irrelevância penal de alguma dessas condutas: a) solicitar vantagem indevida, em razão da função pública, para praticar ou deixar de praticar um ato de ofício; b) transitar pelas ruas portando uma metralhadora antiaérea calibre .50 (até 500 tiros por minuto, com alcance de quase 7 km); c) devastar 10 quilômetros quadrados de floresta tropical nativa para fazer móveis; d) instalar uma bomba em uma igreja, com a intenção de detoná-la remotamente durante o culto; e) discursar publicamente no sentido de convencer comerciantes brancos a não permitir a entrada de pessoas negras em seus estabelecimentos; f) discursar publicamente, como representante político, concitando todas as pessoas do povo a empunharem armas para invadir o prédio do Supremo Tribunal Federal e forçar sua dissolução.

Particularmente, entendemos que a vida em sociedade seria especialmente dificultosa com a absoluta atipicidade dos comportamentos acima. Só por isso, já sabemos que um conceito material de crime viável tem que contemplar a tutela de bens coletivos e de valores, além da proibição do perigo abstrato. Isso não quer dizer que se deva tolerar uma banalização de criminalizações dessas espécies. Pelo contrário, elas devem ser excepcionais, especialmente justificadas e, a seu respeito, devem-se elevar muito os níveis de exigência de qualidade para as formulações típicas.

Obviamente, do mesmo jeito que um conceito material de crime não deve extirpar praticamente todo o conteúdo do Direito Penal, deixando apenas aquilo que se conecte de modo imediato com as necessidades humanas mais vitais, não é prestável um conceito material que se forme para agasalhar todas as criminalizações com as quais nós “concordamos”. Viu-se, no item 3.1, que Feuerbach, apesar de suas notáveis intenções liberais, recebeu duras e merecidas críticas porque recuou diante da admissão de criminalizações escancaradamente abusivas, que ele tentou contornar a partir de seu rebaixamento para a condição de “infrações de polícia”. Assim se tem um conceito material de crime apenas pretensamente liberal, mas que pode acabar sendo usado para legitimar as criminalizações, ao invés de infirmá-las. Trata-se, então de achar a justa medida, um desafio constante que não será vencido, isoladamente, nem pelo mais habilidosamente construído conceito material de crime. O que se pode e se deve fazer é consultar os parâmetros

constitucionais e, na medida em que se mostrem insuficientes, as invariantes axiológicas (item 2.2), esses relatos histórico-culturais liberais altamente estáveis em função do poder de persuasão que têm e do grau de consenso que suscitam.

Seguindo esse plano de ação, fixamos algumas premissas a partir da principiologia e da teleologia da Constituição, e assim como dos valores liberais em que ela se apoia:

A) todo ser humano é digno e tem o direito de usufruir da liberdade na máxima medida possível.

B) As pessoas são iguais e devem ser respeitadas em suas individualidades, visões de mundo e estilos de vida, desde que não prejudiquem injustamente as outras.

C) A intromissão na intimidade e na esfera da existência individual para impor estilos de vida é a perfeita expressão do despotismo e do totalitarismo.

D) O Estado está a serviço da pessoa, e seus fins se conectam com a implementação das condições adequadas para que ela seja respeitada e tenha uma vida digna.

E) o Direito Penal deve manter-se fiel a esses fins, limitando-se a intervir apenas quando estritamente necessário para a sua consecução e diante da insuficiência dos outros ramos do Direito para contribuir nesse sentido (intervenção mínima, fragmentariedade e subsidiariedade, princípios estudados no capítulo seguinte).

O desafio é compatibilizar as criminalizações de algumas condutas cuja irrelevância penal parece ser insuportável com essas diretrizes. Algo trabalhoso, mas que deve ser feito. Abaixo, veremos mais a respeito disso, apontando condutas que, em uma sociedade complexa contemporânea, dificilmente podem ser mantidas fora do alcance do Direito Penal, mas, também, algumas maneiras de ajustar as criminalizações ao paradigma acima apontado.

É papel do estudioso do Direito Penal a investigação minuciosa dos institutos dogmáticos e político-criminais, assim como a elaboração das mais rebuscadas teorias *de lege ferenda* para aperfeiçoá-los, ainda que em nível de pequenos detalhes. Não se deve olvidar, no entanto, que teorias têm na aplicabilidade prática e, no condão de interferir na realidade social, seu maior valor. Em pesquisas jurídicas, ainda que eminentemente teóricas - como é o caso desse trabalho

- não se podem desprezar as normas positivadas e não se devem omitir as propostas *de lege lata*. Podemos, sim, buscar teorias logicamente impecáveis e coesas em um nível quase utópico, opondo-as à legislação e sugerindo que essa última se altere diante das conclusões cogentes da primeira. Mas também é importante que reconheçamos que a existência de normas constitucionais a respeito de determinado assunto deve impactar nos rumos das pesquisas e, conseqüentemente, na confecção das teorias - de novo, se houver pretensão de oferecer uma contribuição mais palpável e imediatamente útil.

Frisch⁴³² observa algo interessante: alguns penalistas questionam até mesmo as mais consolidadas decisões legislativas, colocando em dúvida, por exemplo, a legitimidade da tutela penal do meio ambiente apesar de ela ter previsão constitucional. No Brasil, temos um problema a ser resolvido por todas as teorias do bem jurídico que tenham uma pretensão de conferir a esse instituto um poder crítico-limitativo. Um desafio de elevado nível de dificuldade, que se impõe, aliás, igualmente parta o *harm principle*. Há mandados constitucionais expressos de criminalizações a respeito das quais nem mesmo com boa vontade se podem enxergar um bem jurídico delimitável, diretamente referido à pessoa ou pertencente ao plano empírico (ou seja, tem-se um objeto espiritualizado ou abstrato a ponto de não comportar “lesão” empiricamente constatável).

Nossa Constituição Federal, no art. 5º, diz expressa e claramente que:

- a) "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei" (inciso XLII);
- b) "constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático" (inciso XLIV);
- c) "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes

⁴³² FRISCH, Wolfgang. Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación em el contexto de la legitimación de la pena estatal. Trad. Rafael Alcácer Guirao. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teria del bien jurídico**: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madri: Marcial Pons, 2016, p. 310.

hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem" (inciso XLIII).

A Constituição ordena não apenas que se criminalizem o racismo, a ação armada contra a ordem democrática e o tráfico de drogas. Ela determina que sejam considerados delitos graves e exige um tratamento jurídico-penal severo, ao mencionar rigores como a pena de reclusão, a inafiançabilidade e a imprescritibilidade.

Jorge Figueiredo Dias sustenta que, não diante de uma axiologia da qual se possa extrair um comando implícito, mas, sim, diante de uma previsão constitucional expressa, a questão da legitimidade estará resolvida.⁴³³ Só por conta disso, então, pelo menos no ordenamento brasileiro, teremos crimes que não atingem bens jurídicos ou que recaem sobre abstrações ou idealizações juridicamente necessárias que se quer chamar de bens jurídicos em nome de uma pretendida higidez teórica. A questão é: por causa da previsão constitucional, ou, a despeito dela, porque há efetiva necessidade de se criminalizarem algumas condutas assim, teorias e conceitos materiais de crime já devem ser construídos de modo a contemplá-las. O reconhecimento de que há comportamentos cuja absoluta irrelevância penal é insustentável em nossa sociedade, de um lado; e de que alguns deles não ofendem bens jurídicos, de outro, pode nos conduzir por dois caminhos: prestigiamos a preservação da teoria, com seus formatos originais, e arcamos com o ônus da irrelevância penal desses comportamentos, ou adaptamos a teoria, para que passe a ser aplicável a casos dessa natureza, ainda que com a ressalva da excepcionalidade e da especial necessidade de justificação.

“Bem jurídico, portanto, é o bem ideal que se incorpora no objeto concreto do ataque; e é lesionável apenas danificando os respectivos objetos individuais da ação”. Se partirmos dessa festejada definição de Claus Roxin⁴³⁴, veremos que a quantidade de normas em não ocorre algo sequer próximo disso é bem vasta. Qual “objeto de ataque” é atingido no tráfico de drogas, ao qual se acoplaria a “saúde pública” como bem jurídico? No crime de corrupção passiva, o bem

⁴³³ DIAS, Jorge Figueiredo. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico à luz da jurisprudência constitucional portuguesa. IN: GRECO, Luís; MARTINS, Antônio. **Direito Penal como crítica da pena**: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 7º aniversário. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 260.

⁴³⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña *et alii*. Madrid: Civitas, 1997, p. 63. “Bien jurídico, por tanto, es el bien ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque; y es lesionable sólo dañando los respectivos objetos individuales de la acción”.

jurídico só é lesionável se atingirmos seu correspondente empírico, ao qual se conecta... e qual seria ele?

4.4. CRIMINALIZAÇÕES INDISPENSÁVEIS: EXEMPLOS CONDUTORES DE TIPOS PENAIIS NÃO REFERIDOS A BENS JURÍDICOS

4.4.1. A tutela penal dos valores

4.4.1.1. A corrupção passiva

Grande parte das condições necessárias para que uma pessoa sobreviva e se desenvolva de modo saudável e digno, nas sociedades contemporâneas, passa pelo Estado. Não é preciso invocar a figura do clássico *welfare state* ou de algum novo modelo de Estado assistencialista para que a informação se valide. Uma imensa parte da própria organização social depende de um Estado eficiente, independentemente de quaisquer ações e programas sociais específicos para reduzir desigualdades. Resolução judicial de conflitos, legislação, políticas públicas de segurança, saúde, educação, saneamento, trânsito, registro e fiscalização de propriedades privadas e atividades comerciais, obras públicas, controle das relações de consumo e prestação de uma infinidade de serviços burocráticos são apenas exemplos de uma variada gama de atuações que mostram o quanto o Estado se faz presente nas vidas das pessoas. Claro, se pensarmos em um indivíduo miserável e desabrigado, sua dependência do Estado se torna literalmente vital. Em um país minimamente evoluído, essa pessoa se serviria do auxílio do Estado para saciar suas necessidades mais básicas como morar e se alimentar (em um abrigo, por exemplo). Em qualquer das situações, sejam em países ricos ou pobres, seja para o assistencialismo ou para a organização da vida social, o quão importante é uma hígida e eficiente atuação do Estado?

Se optamos por nos submeter a esse poder central que se denomina Estado, entregando-lhe parte da nossa liberdade, esperamos que ele tenha uma atuação de qualidade na gestão dos interesses individuais e compartilhados. Exigem-se, primordialmente, lisura e honestidade na condução das atividades, de modo que é inaceitável o uso do poder para a obtenção de ganhos e vantagens pessoais. Para além desse pressuposto, há, também, uma óbvia expectativa de eficiência. Se alguém enriquece à custa do dinheiro e das propriedades públicas, ou se o poder é mal exercido e não cumpre seus objetivos, isso impacta de modo considerável, apesar de indireto, as vidas de muitas pessoas.

Entendemos desnecessárias maiores considerações sobre a relevância de uma boa atuação do Estado e sobre a nocividade das más práticas governamentais. E, conseqüentemente, igualmente dispensável toda uma fundamentação sobre a necessidade de criminalização de **algumas** das malversações e abusos do poder Estatal que sejam cometidas pelos que estejam tomando parte em seu exercício. Para objetivar a discussão, basta-nos uma pergunta: é possível, na complexa sociedade contemporânea, conviver com a absoluta irrelevância penal de todo e qualquer tipo de infração dos deveres funcionais por parte dos servidores públicos?

Mais: se a pena prevista para o gestor que lucra R\$ 10 milhões por participar de esquema fraudulento de licitação em obra superfaturada for apenas a perda do cargo e a devolução do dinheiro, não haverá suficiente desestímulo para que os mais desonestos e gananciosos tentem a sua sorte. Se a pena de prisão em momento algum entra em jogo, na pior das hipóteses o infrator fica com o empate.

É evidente que não será minimalista, mas altamente intervencionista um Estado que pretenda punir todos os tipos de desvios funcionais, dos dolosos aos imprudentes, e dos mais leves aos mais graves. Mas é inconcebível, ao mesmo tempo, que deixe de punir todos. Trabalhem com a figura da corrupção passiva (art. 317, CP), normalmente, a mais grave das infrações funcionais em muitos ordenamentos jurídicos⁴³⁵ e um transtorno especialmente nocivo para países menos desenvolvidos social e politicamente, como é o caso do Brasil. Aqui, temos uma corrupção que é, na proficiente síntese em uma palavra, "metastática"⁴³⁶, ou seja, orgânica, destrutiva, sorrateira e espalhada.

Vamos deslocar o foco da análise, agora, para a fundamentação mais técnica da intervenção penal. Qual é o bem jurídico atingido no crime de corrupção passiva? Quem são os titulares desse bem jurídico? Como se demonstra o *harm to others*?

⁴³⁵ O Código Penal italiano traz, em seu art. 319, punição consideravelmente mais rigorosa para a específica corrupção passiva dos magistrados. Na mesma linha segue o CP alemão, que comina à corrupção própria de magistrados (em que o ato funcional negociado é ilícito) a mais elevada das penas dos crimes contra a administração pública (§ 332).

⁴³⁶ HOUAISS, Antonio; AMARAL, Roberto. **A Modernidade no Brasil**: conciliação ou ruptura? Petrópolis: Vozes, 1995, p. 47.

Segundo lições clássicas, quase unânimes na doutrina, o bem jurídico é, simplesmente, a administração pública, definida, em linhas gerais, como "a atividade do Estado em busca do bem comum"⁴³⁷. Outros definem o bem jurídico não como uma atividade, mas como um "interesse de normalidade funcional, probidade, prestígio, incolumidade e decoro da Administração Pública"⁴³⁸. Outros ainda, como uma condição ou *status*: "o andamento regular da Administração Pública"⁴³⁹. Em todas essas explicações, o titular do bem, sujeito passivo primário da infração, é o Estado.

Entendemos que essa visão é insuficiente e inaceitável. A confusão é tal que, em alguns casos, o Estado é identificado com a própria administração pública, tornando-se sujeito passivo o bem jurídico, ou vice-versa.⁴⁴⁰

Afinal, a administração pública é uma atividade de administrar, uma entidade que administra ou ambas as coisas, simultaneamente? E como o Estado, um ser puramente fictício, uma abstração jurídica, que simplesmente não existe no mundo empírico, pode ser titular de bens jurídicos e destinatário de proteção de uma norma penal? Com base nessa explicação tradicional, o tipo penal da corrupção passiva, ao lado de outras tipificações funcionais, protege os interesses de um fantasma.

Se há algo que já devia estar bastante claro é que, como ensina Paulo César Busato⁴⁴¹, e como exporemos com maiores detalhes no item 6.5.1, o Estado não é titular de bens jurídicos ou direitos quaisquer. Se o bem jurídico é esse objeto amorfo a que chamamos de administração pública, ele não pertence ao Estado ou a qualquer pessoa física ou jurídica, e nem à sociedade (outro ente tão fictício quanto o próprio Estado). Na melhor e mais otimista das hipóteses, seus

⁴³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Especial, v. 5. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-reader Saraiva (Biblioteca Digital). Em sentido semelhante: MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 2062. DELMANTO JUNIOR *et alii*. **Código Penal Comentado**. 7.ed. Rio de Janeiro, 2007, p. 794. MASSON, Cléber. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Método, 2013, p. 1108; 1111. COSTA, Álvaro Mayrink. **Direito Penal**: Parte Especial. Injustos contra a administração pública. vol. 7. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 94-95.

⁴³⁸ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. IX. Arts. 250 a 361. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 313. Na mesma linha: MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 2062.

⁴³⁹ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 296.

⁴⁴⁰ STOCO, Rui. Corrupção passiva. IN: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coords.) **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**: Parte Especial. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 3867.

⁴⁴¹ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Especial, v. 3. São Paulo: Atlas, 2016, p. 438.

titulares continuariam sendo as pessoas, senhoras do Estado e tomadoras de seus serviços, e individualmente, embora em condição de compartilhamento.

Muito criticamos a obstinada busca pelo conceito ideal de bem jurídico, dizendo que não há como estabelecer contornos que sejam definitivos. Não vamos, por isso, afirmar taxativamente que a administração pública não pode ser um bem jurídico. Mas, sobre algo, há que se convir: se ela pode ser introduzida nessa categoria de bem jurídico, juntamente com a vida, a liberdade sexual e a honra, por exemplo, então o conceito de bem jurídico realmente é elástico a ponto de admitir a inclusão de qualquer objeto. E, só por isso, já não há muita utilidade crítica.

No fundo, não parece ser possível fazer uma grande distinção, em termos de comprometimento da segurança, entre admitir uma criminalização sem bem jurídico e aceitar as que têm bens jurídicos tão artificiais, abstratos, espiritualizados. Se o bem jurídico deixa de ser uma coisa pertencente ao mundo empírico e passa a ser algo puramente conceitual, já não há muita diferença, por exemplo, entre tutelar bens ou valores, pela íntima relação mantida entre esses objetos.

Não é só porque vida e integridade física se conectam de modo muito mais direto à pessoa, ou porque administração pública é um conceito artificial, criado pelo próprio Direito. O principal problema que vemos na consideração da administração pública como um bem jurídico é esse: os bens são coisas valiosas pela sua necessidade para a existência e o desenvolvimento da pessoa e pelo prazer ou bem-estar que lhe proporcionam. A administração pública não é um bem, mas uma maneira de se proteger bens e realizar direitos. Ela não tem valor direto para a pessoa. Só tem valor na medida em que se considera importante, na sociedade contemporânea, para a preservação dos bens mediante prestações de segurança pública, saúde pública, transporte etc. Se admitirmos que a administração pública é um bem, ela deveria estar numa categoria de "bem mediato" ou "indireto". Diferentemente da vida, da liberdade, da propriedade, da honra, à administração não se atribui um valor próprio; ela só tem valor como método de proteção e realização das coisas que têm valor imediato para a pessoa.

Mas, é como dito: conceitos são criações humanas, e não há limites para a atividade de conceituar. Pode ser que a administração pública seja considerada um bem jurídico, mas isso **não é necessário** para que seja legítima a criminalização da corrupção passiva. Esse é o ponto central.

A legitimidade da criminalização da corrupção passiva vem da **nocividade** dessa conduta e da necessidade de contê-la para que não atrapalhe as vidas das pessoas. Trata-se de uma justificação racional da criminalização ou, em outras palavras, de uma exigência de racionalidade para a intervenção penal. Essa é a principal meta de qualquer teoria, constructo ou princípio crítico-limitativo: expurgar as normas irracionais, dentre as quais, como veremos no capítulo seguinte, incluem-se as abusivas e as desnecessárias.

É preciso destarte, fundamentar a nocividade da conduta, o que passa pelo apontamento de seu objeto relacional, ou seja, daquilo em relação a que a conduta é nociva. Isso é indispensável. Só o que estamos dizendo é que não é preciso que se trate de um bem jurídico.

Uma posição interessante é aquela que diz que o objeto de proteção das normas que proíbem a corrupção é o "direito fundamental à boa administração pública (*good governance*)". É a posição de Gustavo Senna⁴⁴², baseada em jurisprudência da Corte Europeia de Justiça, na Carta de Nice e nas lições de Juarez de Freitas. Segundo o autor,

a boa administração pública é um direito fundamental que realmente precisa ser realmente levado a sério, pois [...] sem esse Norte a guiar todos os agentes públicos dificilmente será possível assegurar [...] uma proteção eficiente dos direitos fundamentais.

Embora o posicionamento da administração pública como um direito fundamental resolvesse bem, do ponto de vista metodológico, a questão do objeto de proteção da norma, não concordamos com a visão pelas razões expostas pouco acima. A administração não é um fim e não encerra um valor próprio. Ela não passa de meio para que se realize algo ou se proteja alguma coisa. Isso, inclusive, fica claro na fala do autor, que associa, corretamente, a boa administração à proteção dos direitos fundamentais. Mas cremos que os objetos de tutela sejam esses últimos, e que a administração pública seja uma ficção juridicamente necessária, tanto quanto o Direito Penal, embora por uma variedade maior de vias, para que se realizem a promoção e a proteção de direitos. Ela não é um direito. É um método pensado, criado artificialmente, para realizar direitos das pessoas de carne e osso, os verdadeiros objetos de proteção.

⁴⁴² SENNA, Gustavo. **Combate à má governança e à corrupção**: uma questão de direitos fundamentais e de direitos humanos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 47.

Em continuação ao raciocínio anterior, a nocividade da conduta que configura a corrupção passiva recai sobre o ambiente jurídico em que está inserida a pessoa. Do mesmo jeito que, para que sobreviva com um mínimo de qualidade, é preciso que disponha de um ambiente natural saudável, com água potável e ar despoluído, é indispensável, nas sociedades contemporâneas, que tenha a seu dispor instituições jurídicas híidas e operantes para proteger e realizar seus direitos fundamentais, muitos dos quais simplesmente não poderão ser exercidos sem a atuação estatal.

O objeto mais adequado para figurar como alvo de proteção da norma é um valor, em nossa opinião. Trata-se do valor da **probidade administrativa**. Sabemos que causa grande desconforto a colocação de valores como objetos de proteção das normas penais. Vamos fundamentar essa posição mais à frente, a partir do item 6.5.3.2. Mas, por ora, já deixamos a provocação: qual a diferença, em termos de segurança ou de rendimento crítico-limitativo, entre tutelar um bem jurídico artificial, etéreo, altamente abstrato e espiritualizado, e tutelar um valor?

Apesar de não ser possível apontar diferenças práticas, a tutela de valores - que deve ser muito bem fundamentada - segue causando receios. Nos crimes contra a administração pública, raramente é vista na doutrina.⁴⁴³ Mas, quando lemos detalhamentos sobre o que é a administração pública, tratada enquanto bem jurídico, vemos o reforço da ideia de que ela não é o objeto de proteção das normas, mas o meio de realização da proteção pretendida pelas normas. Paulo César Busato⁴⁴⁴ posiciona a administração pública como bem jurídico e a define como "a regular prestação do serviço público", arrematando, na sequência, "que é um dever dos agentes públicos". Segundo entendemos, o objeto de proteção não parece ser "a regular prestação do serviço público". Esse é o **efeito** que se quer obter, o resultado pretendido. Eu não tutelo as boas práticas. Pela proibição e punição das más práticas, eu quero que sejam adotadas como *standards* as boas práticas. Diferentemente da vida, que é um bem "pronto" e preexistente, as boas práticas são coisas por se realizar. Não preexistem e devem ser conservadas. As incumbências e atos funcionais estão ali, mas sua execução pertence ao futuro. O que se pretende é que, quando ela acontecer, isso se dê de modo fiel aos ditames da probidade. Eu, portanto, não protejo as práticas, mas protejo o valor que assegurará que elas sejam íntegras.

⁴⁴³ Uma exceção em CUNHA, Rogério Sanches. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 4.ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 758.

⁴⁴⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Especial**. v. 3. São Paulo: Atlas, 2016, p. 505.

Reafirmamos que o que se protege é o valor da moralidade administrativa, indisfarçavelmente insculpido na palavra "boa" como qualificativa da administração ou prestação do serviço. E mais: volta a se evidenciar que a tutela penal é um valor na continuação. Façamos uma operação lógica simples. O bem jurídico (BJ) é a administração pública (AP). Administração pública (AP) é regular prestação do serviço (RPS). E regular prestação do serviço (RPS) é um dever dos agentes públicos (DAP), **logo**, o bem jurídico (BJ) é o dever dos agentes públicos (DAP).

Bem jurídico (BJ) = administração pública (AP);

Administração pública (AP) = regular prestação do serviço (RPS);

Regular prestação do serviço (RPS) = dever dos agentes públicos (DAP);

Logo, o bem jurídico (BJ) = dever dos agentes públicos (DAP).

O dever dos agentes públicos (DAP) mencionado é o dever de probidade, de observância aos ditames da moralidade administrativa. No fundo, quando se pune a corrupção passiva, está-se castigando a violação desse dever de moralidade, algo inescapavelmente ligado ao plano axiológico, na medida em que o dever de respeito somente se forma diante de algum objeto considerado valioso.

Note-se como é complexa a questão do objeto de proteção da corrupção passiva. Schünemann⁴⁴⁵ escreve que "trata-se, isso sim, de garantir que o exercício do poder estatal ocorra segundo os princípios do estado de direito, o que é um bem jurídico coletivo certamente legítimo." Qual é o específico alvo da tutela? Dissemos, linhas acima, que o "adequado exercício do poder estatal" não é o objeto de proteção, mas o que se quer alcançar quando se proíbem as más práticas. Na fala de Schünemann, fica parecendo que o bem jurídico é, à semelhança do que estabeleceu Paulo César Busato, o dever de observância dos princípios do Estado de Direito, que, em nosso caso, vêm dispostos no art. 37 da CF e têm em seu núcleo o valor da probidade administrativa. Em última análise, portanto, o que se pune é a atuação contrária a esse valor, que o nega, que enfraquece seu prestígio no ambiente social ao recusá-lo como paradigma axiológico. E isso tem efeitos deletérios, ainda que indiretos, bastante significativos para a pessoa.

⁴⁴⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Trad. Luís Greco (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013.

Não há problema na aceitação da tutela do valor da moralidade administrativa, porque ele não é uma preferência pessoal ou uma investida ideológica de um partido qualquer. Ele é um valor muito claramente proclamado pela Constituição e, inclusive, detalhado em seu texto (art. 37, como dito acima). O grande receio da tutela de valores, bem se sabe, é a ideologização do Direito Penal, o emprego desse ramo do Direito para fazer as lavagens cerebrais, a intervenção penal no campo das ideias, convicções etc. É pelo medo de que voltem a ser tutelados valores como "a pureza da raça alemã" que se teme a aceitação dos valores como objetos de proteção da norma penal. Mas, como detalharemos adiante (6.2.2 e seguintes), toda norma é inelutavelmente uma expressão de uma visão ética e, portanto, ideológica. O que se deve fazer é limitar a ideologia que inspira a criação das normas àquela que possa ser deduzida da Constituição e das invariantes axiológicas liberais.

O raciocínio explica por que há uma grande diferença das penas de reclusão entre peculato-apropriação (art. 312, caput, 1ª parte, CP - 2 a 12 anos) e apropriação indébita (art. 168, CP - 1 a 4 anos), ou peculato-furto (art. 312, § 1º, CP - 2 a 12 anos) e furto (art. 155, CP - 1 a 4 anos de reclusão). Embora as condutas se processem no mundo empírico de modo semelhante, e possam causar os mesmos resultados naturalísticos, expressos em prejuízos financeiros, o objeto de proteção é diverso. E a pena é mais alta nos crimes funcionais, exatamente, porque se atribuiu maior gravidade à violação da moralidade administrativa.

A última confirmação de que o objeto de tutela da norma que descreve a corrupção passiva (art. 317, CP) é um valor, vem da observação de que não se exige qualquer tipo de revés econômico e, em verdade, nenhum tipo de prejuízo empiricamente quantificável - ou, sequer, constatável - para a consumação do delito. Se um magistrado recebe dinheiro do marido rico e inadimplente contumaz da pensão alimentícia e, por causa disso, reduz a prestação devida ao infante que dela retira seu sustento, vemos um ato de notável injustiça sendo praticado contra uma pessoa especialmente vulnerável. A percepção de dano se forma facilmente. Como veremos em detalhes no Capítulo 6, há na hipótese desvalor da conduta e desvalor do resultado (ou, em uma simplificação coloquial, uma conduta eticamente muito negativa com um prejuízo muito grave e visível). Mas troquemos de exemplo. Vejamos qual seria o bem jurídico e quem são as pessoas prejudicadas com uma conduta como essa, narrada a seguir.

Um juiz de Direito solicita ao acusado, que está preso, R\$ 50 mil para colocá-lo em condição de liberdade, substituindo a medida cautelar da prisão preventiva por outra menos gravosa em um

caso em que isso não seria cabível (por exemplo, porque esse réu esteve intimidando testemunhas e destruindo provas do processo). O réu, que não dispõe de condições financeiras para pagar, recusa o pedido. O juiz, então, simplesmente segue com o processo, mantendo a situação de prisão que, desde o início, era devida. Alguém se favoreceu indevidamente? Não. O réu, que deveria realmente continuar preso, assim foi mantido. O juiz não recebeu um único centavo a título de vantagem indevida. Aliás, concretamente falando, nunca teve chance de receber, já que o acusado é pessoa de condição financeira precária. E prejuízo? Alguém saiu prejudicado? Também não. O réu nunca deveria ter sido solto. Ele só deixou de ser indevidamente beneficiado. Nem mesmo a vítima, a família da vítima ou "a sociedade" (comum e incompreensivelmente colocada como vítima nas capas de autos processuais) sofreu qualquer prejuízo, porque, como dito, não se deu a injusta soltura do acusado. A pergunta, a essa altura, deve ser outra. Qual é a relevância empírica desse episódio? Zero, nenhuma. O mundo não sofreu qualquer transformação. Nenhum ganho, nenhum prejuízo. A vida de ninguém melhorou, nem piorou. Juridicamente, no entanto, a análise é outra.

Há um **sentido** jurídico nesse comportamento, e ele é altamente desvalioso. Perceba-se: estamos sugerindo que se puna essa conduta, desprovida de resultados empíricos quaisquer, exclusivamente porque ela tem um sentido jurídico negativo. Nesse ponto, já nem faz diferença se aceitarmos a administração pública como bem jurídico, ou o Estado como seu titular. Continuaremos tendo uma conduta sem resultado danoso ou perigoso para ninguém. A administração pública não sofreu diminuições patrimoniais, funcionais, ou de desempenho. O Estado não perdeu absolutamente nada. Nem mesmo sua imagem foi atingida, porque, se o caso veio à tona e foi punido, isso mostra, exatamente ao contrário, intolerância quanto às más práticas. Ainda assim, é preciso refletir: é viável a convivência com a absoluta irrelevância penal dessa conduta?

Não. Um sistema de justiça penal que não puna a corrupção dos magistrados é uma aberração lógica sem precedentes. Imagine-se: o juiz que usa o poder de decidir a vida de uma pessoa acusada de cometer um delito para, sob promessa de favorecê-la ou prejudicá-la, negociar vantagens indevidas, não comete crime algum?

Temos, com a corrupção passiva narrada, um exemplo de criminalização verdadeiramente indispensável em que a conduta tipificada não traduz dano ou perigo para um bem jurídico, seja ele individual ou coletivo. A menos que, como visto, se queira entender o próprio valor como

um bem jurídico, o que torna dispensável essa dicotomia de categorias. Ou, ainda, que se admita um conceito de bem jurídico tão amplo a ponto de acomodar, sob essa mesma denominação ou categoria, objetos acentuadamente diferentes como a vida, a liberdade e a administração pública enquanto "atividade de bem administrar os interesses públicos". E nesse caso, frise-se, esvai-se qualquer pretensão de segurança que se queira obter a partir de um conceito crítico-limitativo de bem jurídico.

Quanto à nocividade, requisito fundamental do conceito material de crime, entendemos que esteja presente. Há o *harm to others*, na medida em que a violação desse valor da moralidade administrativa **reduz as condições ambientais** jurídicas necessárias para que a pessoa exerça ou tenha realizados os seus direitos. “O suborno de um funcionário público me prejudica apenas indireta ou remotamente, mas ameaça um prejuízo direto na medida em que coloca em risco as operações dos sistemas de governo, de cujo funcionamento normal e eficiente nós todos dependemos.”⁴⁴⁶

Uma importante lição sobre o objeto de proteção dos tipos penais que descrevem os crimes contra a administração da justiça (e, por óbvio, o raciocínio se aplica aos crimes contra a administração pública em geral) nos é dada por Juarez Tavares⁴⁴⁷. E parece que ela se encaixa no raciocínio que aqui defendemos com justeza. Tavares se refere à administração da justiça como "uma função indeclinável do Estado democrático" e, na sequência explica que, como ela serve, universalmente, a todos, "sua vinculação à própria estrutura do Estado, dá-lhe estabilidade e a converte em bem jurídico, **porque se constitui valor da pessoa humana**". Embora discordemos que a própria administração (em geral ou da justiça) seja um valor, o que se anuncia é, exatamente, que é um valor que se constitui como objeto de proteção.

⁴⁴⁶ FEINBERG, Joel. **Harm to others**: The moral limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 1987, Cap. 1, p.76. “The bribing of a public official harms me only indirectly or remotely, but it threatens direct harm insofar as it endangers the operation of government systems in whose efficient normal functioning we all have a stake”. Tradução nossa. A afirmação de Feinberg permite concluir que ele, se houvesse se ocupado de classificar juridicamente as infrações penais, à moda da dogmática penal influenciada pela cultura jurídica germânica, teria tratado a corrupção passiva como crime de perigo. O fato de a tratarmos como crime de dano (contra o valor da probidade) não altera a utilidade da lição do pensador estadunidense: o prejuízo para a pessoa existe; ele é indireto, e se perfaz pelo comprometimento das condições ambientais.

⁴⁴⁷ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3.ed.rev.ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 212. Grifo nosso.

Não é à toa, aliás, que Roxin⁴⁴⁸ reconheceu que alguns crimes contra a administração pública são punidos só pelo desvalor da conduta. Embora não tenha expressamente incluído a corrupção em sua lista de crimes sem bem jurídico (ou com bem jurídico "estendido", como tenta amenizar), na prática, isso acaba acontecendo, na medida em que virtualmente despreza a exigência de um desvalor do resultado que seja correspondente à lesão a um bem jurídico individualizável. A ação desvaliosa de usar o cargo público para negociar vantagens pessoais indevidas justifica a reprovação e a criminalização.

Em tempo: o leitor encontrará o desenvolvimento da ideia de "condições ambientais necessárias à realização dos direitos da pessoa" no item 6.5.2.

4.4.1.2. O racismo

A punição do racismo é compatível com nosso projeto democrático e nossa ordem constitucional de valores. Nosso Estado declaradamente se funda na igualdade (Preâmbulo), tem como princípio a dignidade da pessoa humana (art. 5º. III) e tem como alguns de seus objetivos "construir uma sociedade livre, justa e solidária" e "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 5º, I e IV, respectivamente).

É racional que se puna, em um Estado assim, o racismo. O fato de a Constituição ter ordenado a criminalização é elucidativo e serve como ênfase da relevância daquilo que se quer proteger ou promover: "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei" (art. 5º, XLII, CF).

A decisão político-criminal de estabelecer o racismo como crime seria legítima independentemente da previsão constitucional expressa, diante da principiologia e das metas declaradas por nosso Estado democrático de Direito. Nem por isso, é claro, seria legítima toda e qualquer decisão do legislador sobre a criminalização do racismo. A previsão constitucional resolve, apenas, uma parte do problema. Como ela não define **o que é racismo**, tampouco diz que tipos de conduta configuram racismo, o legislador infraconstitucional continua a ter uma

⁴⁴⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña *et alii*. Madrid: Civitas, 1997, p.410-411.

margem imensa para elaborar os tipos, e pode cometer centenas de impropriedades que eliminariam o apoio constitucional legitimador.

É claro que não existe um tipo penal que se possa considerar perfeito, na medida em que ele, também, representa um conceito. Um tipo penal é um modelo conceitual de conduta proibida e se serve de ferramentas linguísticas. Tão somente por isso, está fadado a não abranger todas as situações da vida que gostaríamos que fossem ali compreendidas, como também a alcançar algumas que provavelmente ali não deveriam figurar. Mas é claro que é possível alcançar uma segurança maior com tipos penais bem elaborados. Imaginemos um tipo que defina o racismo assim: "Impedir, mediante violência ou grave ameaça, e em razão da cor da pele, que uma pessoa exerça um direito assegurado por lei". Parece uma boa definição, embora, visivelmente, seja bastante restrita. Deixará de fora condutas em que o *modus operandi* não envolva violência ou grave ameaça, assim como todas as motivações preconceituosas que não se refiram à cor da pele. Mas seguramente haverá base constitucional a conferir legitimidade a essa tipificação.

Acontece que, se toda a decisão de criminalização se restringir a essa conduta, parece que aquilo que o comando constitucional intenciona preservar ou assegurar não terá recebido a proteção adequada. Ficarão impunes incontáveis condutas altamente destrutivas para o que quer que seja que a Constituição quer alcançar com esse mandado de criminalização. Por isso, fatalmente surgiriam outros tipos, mencionando outros critérios de definição do racismo, como a etnia ou a origem, por exemplo, ou se criariam tipos penais bem mais abrangentes, capazes de compreender simultaneamente diversas condutas consideradas atentatórias ao objeto de proteção escolhido pela Constituição - que, note-se, não nomeamos, ainda. No hipotético tipo penal de "Impedir, mediante violência ou grave ameaça, e em razão da cor da pele, que uma pessoa exerça um direito assegurado por lei", parece que temos um bem, um interesse ou um valor pessoal em jogo, o que levaria à aprovação do tipo nos testes crítico-limitativos das teorias do bem jurídico. E também do *harm principle*, diga-se de passagem, pelo claro atendimento do critério do *harm to others*. Mas, ainda assim, não é fácil dizer exatamente qual seria esse objeto de proteção. Seria o bem jurídico da liberdade individual? Ou o valor da igualdade perante a lei? Ou o interesse de acesso aos direitos assegurados pela lei? Independentemente de qual seja o nome que se dê ao objeto de proteção, o fato é que alguém de carne e osso está sendo privado de exercer um direito que a lei prevê para todos, em razão de tratar-se de pessoa negra, ou de ter origem judaica ou asiática, por exemplo.

É, por isso, legítima a tipificação constante no art. 6º da Lei 7.716/89: "Recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau", conduta punida com reclusão, de 3 a 5 anos. Há uma afetação direta de uma pessoa determinada, que tem prejudicado o seu acesso à educação, um direito fundamental.

A questão fica mais interessante quando dirigimos a análise para o art. 20 dessa mesma lei, cujo teor é o seguinte: "Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou o preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa."

Deixemos de lado o erro grosseiro da redação do tipo, que alude a "praticar a discriminação" como se exatamente isso já não tivesse sido contemplado por todas as tipificações anteriores (arts. 3º a 14). Mantendo o foco nos núcleos "induzir" e "incitar" o preconceito, temos uma conduta que, diferentemente da maior parte das outras previstas por essa lei (como o citado art. 6º), não é dirigida contra uma pessoa específica. Temos, aqui, a criminalização de um **discurso**. E, como de praxe, nesses casos, geralmente tipificados como crimes **vagos e formais**, o bem jurídico supostamente atingido não pertence ao indivíduo, mas a uma coletividade, além de ser dispensável a produção de qualquer espécie de resultado naturalístico para a sua consumação.

Temos um crime consumado, por exemplo, na conduta do agente que publicamente discursa dizendo que pessoas negras são inferiores e não merecem confiança, por isso deveriam ser banidas dos serviços públicos, das escolas e dos estabelecimentos comerciais de pessoas brancas, por exemplo. Ainda que nenhuma pessoa negra ouça o discurso e se ofenda; ainda que nenhuma das pessoas brancas que ouvem o discurso adotem o comportamento preconceituoso sugerido ou mesmo levem a sério as ideias expostas; ou seja, ainda que absolutamente ninguém seja efetivamente prejudicado, está caracterizado o crime, e em sua forma consumada. Afinal, qual é o bem jurídico atingido, aqui, e onde está o *harm to others*⁴⁴⁹?

Há legitimidade na criminalização de uma conduta assim, que não prejudica qualquer pessoa de carne e osso, e que nem mesmo perigo concreto traz para qualquer indivíduo que seja?

⁴⁴⁹ Como vimos no item 3.7, certamente se falaria, aqui, em defesa da legitimidade da tipificação, em *offense to others*. Mas, com *offense* se passa o mesmo que vimos acontecer com o conceito de bem jurídico, quando defensores como Roxin e Hefendehl começaram a admitir tipificações polêmicas como a dos maus-tratos contra animais. Mais do que uma "extensão" do conceito de *harm*, a *offense*, muitas vezes, é uma exceção ao requisito da nocividade para os outros.

Temos dois caminhos: a) tratamos o crime como sendo um delito de dano; b) tratamos o tipo como incriminador do perigo abstrato.

Se aceitarmos que o crime é de dano, para fugir da celeuma da criminalização do perigo abstrato (um dos principais adversários das teorias mais rigorosas sobre o bem jurídico), estaremos admitindo a legitimidade de uma intervenção penal não referida a um bem jurídico ou, na pior das hipóteses, referida a um bem jurídico extremamente abstrato, espiritualizado, ou até a um valor. Simples: se absolutamente nenhuma pessoa é prejudicada, e se nenhum interesse pertencente à coletividade é prejudicado, mas o crime, que é de dano, está consumado, é porque ele não atenta contra um bem jurídico concreto ou palpável. Ele, alegadamente, atenta contra algum bem jurídico "impessoal", totalmente abstrato, conceitual e vazio como "a política de convivência pacífica entre os diversos grupos humanos".⁴⁵⁰ Um bem jurídico com esse grau de abstração e espiritualização simplesmente não comporta lesão a partir da conduta narrada (talvez, de conduta nenhuma), de modo que é muito mais realista dizer que a norma em questão tutela um valor. O valor da igualdade. A legitimidade da tutela penal de valores será fundamentada no item 6.5.3.2.

Quando se infirma um valor fundamental, como é o da igualdade, criam-se más condições ambientais para que as pessoas realizem seus direitos. É esse o objeto sobre o qual recai a nocividade da conduta da incitação ao racismo: as condições ambientais sociais para que a pessoa possa viver com qualidade compatível com sua dignidade - o que, obviamente, não ocorrerá, se ela se vir sempre como alvo potencial de exclusões, segregações e perseguições em razão de uma característica existencial.

A proibição da incitação do ódio em sentido estrito (§ 130, al. 1 e 2 do StGB), ou seja, em termos gerais de sustentar parte da população como sendo insultosa e não merecedora de proteção, é dirigida contra ataques ao centro sobre o qual toda a sociedade é juridicamente concebida, a saber, a toda e qualquer garantia vigente de reconhecimento do outro como pessoa de direito.⁴⁵¹

⁴⁵⁰ OSÓRIO, Fábio Medina; SCHAFER, Jairo Gilberto. Dos crimes de discriminação e preconceito. **Revista dos Tribunais**, n. 714. São Paulo: RT, abr. 1995, p. 336.

⁴⁵¹ Deve ficar claro que as lições de Jakobs são mencionadas, aqui, com o intuito de mostrar o quanto é efetivamente prejudicial para o ambiente social a incitação ao racismo, mas, sempre, fazendo a ressalva de que, na visão do autor, o objeto de proteção da norma penal que incrimina as práticas racistas não é o valor, como acreditamos, mas a própria vigência dessa norma.

A Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano (Estocolmo, 5-16 de junho de 1972) traz, em seu Princípio 1, os seguintes dizeres, que deixam claro o comprometimento da qualidade **das condições ambientais**⁴⁵² pelo racismo:

O homem tem o direito fundamental à liberdade, igualdade e condições de vida, em um ambiente de qualidade que permita uma vida de dignidade e bem-estar, e ele arca com a solene responsabilidade de proteger e melhorar o ambiente para as gerações presentes e futuras. A esse respeito, políticas promovendo ou perpetuando *apartheid*, segregação racial, discriminação, colonialismo e outras formas de opressão e dominação estrangeira ficam condenadas e devem ser eliminadas.⁴⁵³

A alternativa, lembramos, é tratar o delito como sendo de perigo abstrato, o que implica abrir as comportas para a invasão de um exército de tipos penais dessa estirpe no campo da legitimidade. Aliás, a um só tempo, significa reconhecer a legitimidade da criminalização do perigo abstrato e da tutela de bens coletivos altamente espiritualizados.

A terceira via existe, a bem da verdade, e seria a de declarar a ilegitimidade desse tipo com base na ausência de dano ou perigo concreto referido a uma pessoa determinada ou determinável, ou por estar o comportamento protegido pela liberdade de expressão. Não parece ser a melhor saída. Vamos falar em defesa de uma liberdade de expressão que é quase absoluta. E, apesar disso, fundamentar a legitimidade da criminalização, deixando bem clara essa distinção: é legítimo criminalizar a incitação ao crime e as *fighting words* (palavras de combate), mas é ilegítimo criminalizar o *hate speech* (discurso preconceituoso ou do ódio), se ele se mantém exclusivamente no campo das opiniões, por mais detestáveis que sejam.⁴⁵⁴ Quando se admite que devem existir algumas tipificações dessa estirpe, que tutelam valores, é preciso manter um rigoroso controle para garantir que seja proibido apenas o que é absolutamente crucial.

⁴⁵² O leitor encontrará o desenvolvimento da ideia de "condições ambientais necessárias à realização dos direitos da pessoa" no item 6.5.2.

⁴⁵³ "Man has the fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and well-being, and he bears a solemn responsibility to protect and improve the environment for present and future generations. In this respect, policies promoting or perpetuating *apartheid*, racial segregation, discrimination, colonial and other forms of oppression and foreign domination stand condemned and must be eliminated." Tradução nossa.

⁴⁵⁴ As noções de *fighting words* e *hate speech* são caras ao estudo da liberdade de expressão na cultura jurídica estadunidense. Aponta-se como paradigmático o julgamento do caso "Skokie v. National Socialism Party of America", em que se discutiu a licitude de uma passeata neonazista em cidade de 70 mil habitantes, em que quase 40 mil eram judeus, e 5 mil sobreviventes do holocausto. Admitiu-se que, mesmo nesses casos, a manifestação puramente ideológica é aceitável (*hate speech*), mas que a adoção de um discurso que incita a violência e a prática de crimes (*fighting words*) é inaceitável. Conferir SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*. *Revista de Direito do Estado*, ano 1, n. 4, out./dez. 2006, p. 53-106, p. 105; OMMATI, José Emílio Medauar. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

Por que se deve manter penalmente irrelevante o *hate speech*? Por que deve ser atípica a conduta de professar publicamente uma opinião sobre a inferioridade das mulheres, dos homossexuais, dos negros, dos ateus ou dos judeus? O primeiro passo é lembrar das lições da filosofia retórica e de seu apoio no ceticismo ético. É chegada a hora de responder a pergunta lançada no item 1.4: é preciso tolerar o discurso intolerante?

Trata-se do "paradoxo da tolerância", tema altamente controverso. A questão em tela, como vimos, foi respondida por Karl Popper⁴⁵⁵ negativamente.

John Rawls⁴⁵⁶ e Michael Walzer⁴⁵⁷ adotaram posições menos radicais e, embora cheguem a admitir uma menor tolerância em relação ao discurso intolerante, pelo menos não apregoam sua completa asfixia. Chega a uma conclusão semelhante, no Brasil, com tímido apoio em Ronald Dworkin, Nicole Gonçalves⁴⁵⁸.

A intolerância e a completa exclusão dos discursos intolerantes ou “de ódio” (*hate speech*), parece-nos medida imprudente. Não se deve, por antecipação, retirar da área dos debates qualquer discurso que seja, pelo simples fato de que não se pode determinar, também por antecipação, se se trataria de opinião absolutamente desprovida de fundamento, ou mesmo se não se trataria de ideia a partir da qual se operaria toda uma mudança de paradigmas éticos, religiosos ou científicos. Esse padrão de absoluta intolerância em relação ao discurso intolerante apenas pode partir da premissa de que a verdade plena e absoluta já foi alcançada, tonando-se heresia a permissão do discurso que a conteste ou critique. Como diria Samantha Meyer-Pflug⁴⁵⁹,

[...] não existe, *a priori*, uma verdade absoluta ou incontestável que possa justificar uma limitação à liberdade de expressão do indivíduo [...], pois qualquer fato, tema ou circunstância é passível de discussão. Não há negar-se que uma ideia, por mais absurda que seja, pode ser verdadeira, ou conter uma parcela da verdade.

⁴⁵⁵ POPPER, Karl. **The open society and its enemies: the spell of Plato**. Reino Unido: 1945, p. 50.

⁴⁵⁶ RAWLS, John. **A theory of Justice**. Harvard Press, 1971, p. 220.

⁴⁵⁷ WALZER, Michael. **On toleration**. New Haven: Yale University Press, 1997, p. 80-81.

⁴⁵⁸ GONÇALVES, Nicole Pilagallo da Silva Mäder. O desafio do direito fundamental à liberdade de expressão: potencial, limites e possibilidade no Estado Democrático de Direito brasileiro. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, n. 38, vol. 2, nov. 2010, p. 689.

⁴⁵⁹ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: RT, 2009, p. 100.

Só podemos chegar a uma conclusão: a posição que se adote em relação à admissibilidade, ou não, do discurso do ódio como objeto de proteção da liberdade de expressão está umbilicalmente ligada à orientação filosófica de que se parta. Uma visada ontológica clássica, dogmática, por trabalhar com as ideias da **essência** e do **absoluto**, concebe que a verdade é uma só, estática e imutável. Como vimos, em alguns casos, o ser humano a contempla, a alcança. Em outros, por insuficiência de suas ferramentas cognitivas, não é capaz de vislumbrá-la. Mas o fato é que ela permanece ali, à espera de alguém que a “descubra” ou “revele”. Valores essencialmente positivos, supostamente alcançados, seriam alçados a um patamar de inquestionabilidade. Assim se passaria com a igualdade e com a dignidade da pessoa humana, por exemplo. Tidas como verdades definitivas e irrecusáveis, e ideais produtivos para as realizações pessoais e sociais, devem ser protegidas das ideias detratadoras, das críticas e dos discursos subversivos que as ponham sob contestação.

De fato, para os que adotam essa visão ontológica de mundo a respeito da igualdade e dos direitos e garantias fundamentais, aceitar o *hate speech* não faz muito sentido. Ora, se a verdade está posta, se ela é inquestionável, se não há a menor possibilidade de que seja desbancada ou substituída por outra, o discurso do ódio não passa de um ataque inútil contra valores que são essencial e atemporalmente corretos. Brancos, negros e judeus são essencialmente iguais. Homens e mulheres têm as mesmas capacidades, as mesmas virtudes e, conseqüentemente, os mesmos direitos. Se são dados inelutavelmente verdadeiros, irrecusáveis e irrefutáveis, tudo o que se diga em sentido contrário somente ofende e presta desserviço, abalando ou tentando abalar as bases do ordenamento democrático e do nosso sistema de direitos e garantias fundamentais.

Exatamente por partir dessa visão ontológica clássica, visivelmente predominante no campo das letras jurídicas, boa parte da doutrina especializada sustenta que o ordenamento constitucional brasileiro não agasalha o discurso do ódio como algo abrangido pela liberdade de expressão. E, majoritariamente, festeja-se que assim se trate a matéria.⁴⁶⁰

Para retóricos e céticos, no entanto, apesar de determinados acordos e consensos serem fortes e arraigados, permanecem sendo provisórios, revogáveis e substituíveis. Por isso, é altamente contraditório sufocar discursos que se movam em sentido contrário. Por mais antipáticos,

⁴⁶⁰ Vide, por exemplo, SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*. **Revista de Direito do Estado**, ano 1, n. 4, out./dez. 2006, p. 53-106, p. 105.

“odiosos” e contextualmente censuráveis que sejam algumas falas e opiniões, não se descarta a possibilidade, ainda que bastante remota, de elas acabarem se tornando as “corretas”, as “verdadeiras” ou as “melhores”. Elas sempre podem produzir uma modificação de entendimentos que, ulteriormente, venha a impactar nas noções de verdade, colocando-as à prova, erodindo-as, fazendo-as ruir e levando a adoção de outras posições. Para céticos destarte, a adoção de uma verdade absoluta soa temerária, de modo que o banimento de discursos críticos e contrários, também. Afinal, o que está sendo descartado, hoje, pode ser a verdade, amanhã. O absurdo de agora pode vir a ser o certo, em algum momento.

Não se sustenta um relativismo à moda do “vale-tudo”. Há doses de segurança e de estabilidade. Mas elas não decorrem das características das coisas, em si; da essência, da verdade. Segurança e estabilidade existem e variam conforme o grau de adesão e consolidação dos acordos intersubjetivos. A imanência da dignidade da pessoa humana e a inexorável reprovabilidade do racismo são mitos. Não são reais. Mas são frutos de convenções tão fortes, tão consolidadas, que é como se fossem verdades absolutas, na prática. Para que essa configuração seja desfeita, será preciso um discurso contrário excepcionalmente robusto e sedutor, capaz de anular pactos culturais praticamente inquestionáveis. Para usar linguagem mais informal, para defender a admissibilidade da escravidão e a normalidade do pensamento racista ou machista, por exemplo, seria preciso “reinventar a roda”.

Note-se que não estamos dizendo que, quanto à específica afirmação preconceituosa inferioridade das mulheres, dos afrodescendentes, dos homossexuais, dos judeus ou dos ateus, consideramos a possibilidade de que ela realmente se confirme com o passar do tempo. Nesse ponto, temos convicções bem firmes e arraigadas o sentido da igualdade. Trata-se, no fundo, de uma fidelidade a certas premissas. Se eu decido banir esse discurso porque o considero estúpido, subversivo e pernicioso, meu vizinho pode banir algum outro, porque assim o considera. No fim do dia, teremos um imenso grupo de temas absolutamente indiscutíveis e postos fora do espaço público de debate. Dentre eles já estive a crítica à “dádiva divina”, mito monárquico absolutista segundo o qual os imperadores eram descendentes de Deus e por ele apontados para governar sobre seres inferiores.

Não se pode olvidar, aliás, em homenagem à mais rudimentar das lógicas, que se os discursos considerados odiosos e subversivos pela maioria, ou pelo grupo detentor do poder, fossem completamente banidos, estaríamos admitindo ainda a escravidão; mulheres não teriam direito

ao voto; hereges queimariam nas fogueiras. Em algum momento, todos esses discursos de igualdade foram considerados subversivos ou ofensivos e foram proscritos, até que, à custa de muito esforço, provaram-se os mais alinhados à razão humana.

A pergunta-chave é: quem é o dono da verdade para dizer, de modo seguro e infalível, quais discursos têm que ser sufocados de modo absoluto, e quais podem circular livremente?

Assim, apesar das nossas crenças pessoais e da nossa defesa da igualdade, por motivo de coerência e em razão de premissas estruturais, a asfixia *a priori* de quaisquer discursos é inadmissível, ainda que, hoje, em virtude das configurações éticas, jurídicas, políticas, e religiosas predominantes, sejam os mais detestáveis. Pela simples razão de que tudo sempre pode vir a mudar, e censurar de modo definitivo um discurso é abrir margem à censura de muitos outros. Hoje, censuro uma opinião divergente e detestável; amanhã, é minha ideia que será calada em definitivo.

Mais uma vez: não se trata de defender o “vale-tudo” ou de desprestigiar as conquistas humanitárias e princípios jurídicos basilares como a dignidade da pessoa humana e a igualdade perante a lei. É pura questão de coerência com as premissas do pensamento anti-ontológico, antidogmático.

É preciso, sim, tolerar a intolerância, desde que essa última se atenha ao plano das ideias e do discurso. É da livre circulação da máxima quantidade de ideias, teses e teorias possível que surgirão as melhores posições, os consensos mais estáveis e os acordos mais firmes. Algo mais próximo da “verdade”, então. Tudo deve estar sujeito a questionamento. Todas as ideias e discursos devem encontrar espaço para a análise e a crítica. Devem poder ser ouvidas e consideradas, ainda que sejam completamente rejeitadas. “Todas as censuras existem para impedir qualquer um de desafiar as concepções atuais e as instituições existentes. Todo progresso é iniciado pelo desafio das concepções atuais, e executado pelo suplantamento das instituições

existentes”⁴⁶¹, disse Bernard Shaw. Ou, para lembrar uma de suas mais célebres frases: “Todas as grandes verdades começam como blasfêmias”.⁴⁶²

Em “O nome da Rosa”, de Umberto Eco, a obra proibida, absurda, banida, era de Aristóteles. Não é exagero dizer que os contornos das concepções éticas amplamente prevalentes nas sociedades ocidentais advêm das tintas desse filósofo: a associação da virtude com a moderação e a valoração positiva ou negativa das condutas segundo a nobreza ou vilania de seus fins.

A discussão sobre o “silêncio” ou a “invisibilidade” dos grupos e minorias atingidos não é nova. Sobre o assunto, já se deteve Dworkin⁴⁶³:

[...] não existe contradição nenhuma em insistir em que toda ideia deve ter a possibilidade de ser ouvida, mesmo aquela que tem por consequência fazer com que outras ideias sejam mal compreendidas, desconsideradas ou mesmo silenciadas, na medida em que os que poderiam expressá-las não controlam sua própria identidade pública e portanto não podem ser vistos pelos outros como gostariam de ser. Sem dúvida essas consequências são muito indesejáveis e devem ser combatidas por todos os meios autorizados por nossa Constituição.

Diante do desequilíbrio e do silêncio socialmente imposto ao grupo atingido, podemos repensar a decisão inicial, de permitir o discurso intolerante e o *hate speech*, voltando atrás e passando a puni-lo sob o argumento da indispensabilidade para a devida tutela do discurso da igualdade. Ou podemos continuar a permiti-lo, mas com a concomitante adoção de estratégias para que se criem as condições necessárias para a asseguuração do equilíbrio entre os discursos, conferindo oportunidade e visibilidade à fala do grupo atingido. Isso, obviamente, sem prejuízo da mais importante de todas as medidas: o investimento na educação e na conscientização sobre o valor da igualdade.

Em vez de empreender esforços e gastar descomida energia na punição do discurso intolerante e do *hate speech*, com os efeitos colaterais que apontamos acima, melhor investir em campanhas governamentais e políticas de inclusão e conscientização. Talvez seja mais eficiente para a

⁴⁶¹ SHAW, Bernard. **Mrs. Warren’s Profession**. EUA: David Widger, 2016. E-book, p. 12. “All censorships exist to prevent anyone from challenging current conceptions and existing institutions. All progress is initiated by challenging current concepts, and executed by supplanting existing institutions”. Tradução nossa.

⁴⁶² SHAW, Bernard. **Annajanska, the bolshevik empress**. EUA: David Widger, 2012. E-Book, posição 1. Disponível em < <https://www.gutenberg.org/files/3485/3485-h/3485-h.htm>>. Acesso em 14 jun. 2020.

⁴⁶³ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: uma leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcello Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 359-360.

promoção do respeito e da igualdade pretendida pelos casais homoafetivos a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a possibilidade do casamento entre pessoas do mesmo sexo⁴⁶⁴, do que a outra decisão, que, por analogia, “criminalizou” a “homofobia”, considerando-a “subentendida” no conceito absolutamente diverso de racismo (massacrando o princípio mais básico que se pode citar em qualquer Estado de Direito – o da legalidade penal).⁴⁶⁵

Raramente se cogitam as medidas mais construtivas, expressas sob a forma de atitudes positivas, porque são mais dispendiosas e apresentam resultados mais graduais, exigido longos períodos de tempo para que sejam efetivamente sentidas as diferenças. Muito mais fácil e corriqueiro é o clamor pela aplicação da pena, pelo endurecimento das sanções. Todos querem medidas simples, diretas, rapidamente exequíveis e com resultados imediatos. Mas apostar que a punição possa oferecer as melhores soluções é um amargo equívoco do pensamento punitivista que vem sendo cada vez mais evidenciado nas últimas décadas. Não há ilusão maior do que a que deposita nas penas a expectativa de solucionar conflitos intersubjetivos e promover avanços sociais.

Cabe o alerta:

Toda lei de blasfêmia, toda queima de livros, toda caça às bruxas movida pela direita ou pela esquerda se justifica pelos mesmos motivos: para impedir que certos valores fundamentais sejam profanados. Tome cuidado com princípios em que só você pode confiar se forem aplicados por aqueles que pensam como você.⁴⁶⁶

Algo muito diferente deve ser dito sobre as *fighting words*, ou seja, as palavras de combate que saem do campo das ideias e incitam à destruição. Sua criminalização é devida porque elas se dirigem contra algo pertencente a alguém, ou sejam, vulneram um objeto específico, seja um bem ou um valor, na medida em que o expõem à possibilidade de lesão. Há, aqui, um desvalor que excede a conduta e alcança o resultado (detalhes no item 6.2.2 e seguintes).

Assim, mesmo o discurso que é desagradável ou detestável por negar uma igualdade que hoje se apresenta não só como um relato dominante, mas como o único possível, não deve ser alvo de intervenção penal, se mantiver-se restrito ao campo das afirmações ideológicas. "Homens são

⁴⁶⁴ ADPF 132 e ADC 4277, julgadas em 5 de maio de 2011.

⁴⁶⁵ Mandado de Injunção 4733/DF e ADO 26/DF, julgados em 13 de junho de 2019.

⁴⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: uma leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcello Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 361.

mais inteligentes do que mulheres", "negros são intelectualmente inferiores ou propensos à desonestidade", "homossexuais são promíscuos ou imorais" são frases que estarão sujeitas a duras sanções sociais, mas que devem ser ideologicamente espancadas e desmoralizadas, e não proibidas (a menos que se dirijam a alguém específico, com a intenção de ofender a honra, ainda que reflexamente, caso em que poderia existir a injúria racial, por exemplo, do art. 140, § 3º, CP). De outro lado, "não contrate negros", "vamos expulsar os argentinos", "morte aos gays", por exemplo, são *fighting words* que expõem a algum nível de perigo as pessoas pertencentes a esses grupos, o que reclama uma intervenção penal legítima.

Especificamente em relação ao art. 20 da Lei 7.716/89, ou a algum semelhante, que venha a tomar-lhe o lugar, é preciso deixar claro que o tipo só alcança a incitação à **prática de crimes**, e não a mera profissão de ideias tão odiosas quanto estúpidas segundo os valores hodiernamente dominantes.

A linha divisória é tênue, e sempre o será, nesses temas da liberdade de expressão, da liberdade religiosa etc. As situações da vida não se descomplicam ao sabor dos tipos penais. A passagem da ideologia e do puro discurso para a ofensa e o comando de ataque, assim como a passagem da culpa consciente para o dolo eventual, do *animus injuriandi* para o *animus jocandi* etc. se faz por meio de argumentação, e o máximo que podemos fazer é que exigir que ela tenha qualidade.

4.4.1.3. Os maus tratos contra animais

É possível que, dentre todos os tipos penais incriminadores polêmicos que compõem a "criminalidade contemporânea", os maus tratos contra animais sejam o *hardest case*. Como anota Roxin, "[...] a punibilidade da crueldade com animais [...] sempre foi, como se sabe, usada para refutar a teoria do bem jurídico, diante da qual esse delito fica como corpo estranho, nela não integrável."⁴⁶⁷ Na sequência, o autor se refere à criminalização em questão (§ 17 do CP alemão) como uma exceção legítima à ideia de bem jurídico como exclusivo objeto de proteção das normas penais.

⁴⁶⁷ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 207.

Parte das divergências que se observam em torno desse dispositivo talvez se deva à própria divisão de opiniões quanto à importância da criminalização, algo que dificilmente se verá ocorrer com decisões político-criminais como as que determinam a punição da corrupção passiva.

Historicamente, é muito curiosa a origem da tutela penal do bem-estar animal. "O Direito de Proteção aos Animais vem de um sistema global que desprezava o homem como nenhum outro até então", diz Amelung, lembrando que a primeira lei específica nesse sentido é de lavra dos nacional-socialistas, "que clamavam a que se poupassem os animais, enquanto mandavam seres humanos para a câmara de gás".⁴⁶⁸ A nós, parece que isso dificulta que se compreenda o surgimento de leis desse gênero como fruto de uma preocupação com sentimentos ontológicos, imanes ao homem, de piedade ou compaixão, como se costuma fazer.

Se, obviamente, não há pacificidade, é certo que em nossa sociedade os maus tratos contra animais geram grande comoção, de modo que é seguro supor uma aprovação popular no mínimo consistente para a criminalização. Casos de maus tratos contra cães, por exemplo, geram, literalmente, campanhas de repúdio de dimensão nacional.⁴⁶⁹ Além disso, muitos dos ordenamentos jurídicos de formato *civil law*, em que costumamos nos espelhar, criminalizam esse comportamento.

Em Portugal, há um tipo que descreve "maus tratos a animais de companhia", que pune com prisão de até um ano quem "sem motivo legítimo, infligir dor, sofrimento ou quaisquer outros maus tratos físicos" a esses seres sencientes (art. 387º, CP). Na Itália, o art. 544 *ter*, CP, proscreeve um âmbito de atuação ainda maior, punindo não só quem, por crueldade ou sem necessidade produz uma lesão a um animal, mas, também, quem o expõe a trabalho insuportável segundo suas características. Também há uma figura típica dedicada ao assunto na Espanha (art. 337, CP), cominando pena de prisão a quem, por crueldade ou sem justificativa, maltratar animal doméstico, causando-lhe a morte ou lesões graves. A discussão, no entanto, tem especial relevo

⁴⁶⁸ AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 127.

⁴⁶⁹ Um dos muitos casos paradigmáticos recentes é o de um cachorro que foi morto por um segurança de uma das unidades dos Supermercados Carrefour. O fato desencadeou uma onda nacional de protestos e manifestações de *digital influencers* nas redes sociais. O grupo Carrefour, por meio de um Termo de Ajustamento de Conduta firmado com o Ministério Público Estadual, comprometeu-se a pagar uma indenização no valor de R\$ 1 milhão. <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/03/15/interna-brasil,743312/carrefour-vai-pagar-r-1-milhao-pela-morte-de-cachorro-em-osasco.shtml>.

na Alemanha, diante da existência de uma certa previsão constitucional geralmente invocada para legitimar a criminalização.

A "Lei de proteção aos animais" (*Teirschutzgesetz*) é muito detalhada em termos de deveres de cuidado em relação aos animais. Parte de afirmações genéricas como a proibição de que qualquer pessoa cause dor ou sofrimento injustificado a um animal (§ 1) e estabelece muitas obrigações relativas a cuidados com a alimentação, a locomoção e o alojamento dos animais segundo suas características (§ 2). Em dado ponto (§ 4), estatui uma série de regras para o abate de animais vertebrados ou com "sangue quente", que deve ser feito com eliminação da dor (anestesia). Até mesmo nos casos de caça autorizada, não se admite qualquer sofrimento além do que seja inevitável. E, no § 17, consta o tipo incriminador, que pune com pena privativa da liberdade de até três anos quem matar ou causar a um animal vertebrado sofrimento sem motivação razoável.

No Brasil, o tipo penal que pune maus tratos contra animais está descrito no art. 32 da Lei 9.605/98:

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.

Costuma-se apontar como bem jurídico, para os crimes da Lei 9.605/98, em geral, o "meio ambiente"; mas, especificamente para o art. 32 desse diploma, cita-se

o legítimo sentimento de humanidade (piedade, compaixão ou benevolência) de que é portadora a sociedade diante de atos dessa natureza, tendo em vista que constitui dever de todo ser humano respeitar aos demais seres vivos - *in casu* animais irracionais vertebrados.⁴⁷⁰

Uma coisa que deve estar bastante clara é que o que se pretende proteger **não é** o meio ambiente natural, tampouco o acesso das pessoas atuais ou das gerações futuras a uma diversidade da fauna. Na medida em que não se pune apenas a morte ou a incapacitação para a reprodução, mas, especificamente, os maus tratos e a causação de sofrimento desnecessário (ainda que sem lesões duradouras), o objeto de proteção tem que ser outro.

⁴⁷⁰ PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal do Ambiente**. 6.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 215.

Uma competente avaliação das possibilidades que se abrem para o intérprete da norma nos é trazida por Luís Greco⁴⁷¹. Vamos seguir o raciocínio do autor.

a) Pode-se dizer que o tipo penal não protege bem jurídico algum e, portanto, decretar sua ilegitimidade. Será que isso é viável? Ou, esclarecendo a própria pergunta: será que é viável a convivência com certos comportamentos de crueldade contra animais sencientes (capazes de sentir dor)? Imaginemos um pouco. Um homem tem um canil. Todos os dias, a certo horário, esse homem vai ao portão de sua casa e, do lado de dentro, esquarteja vivo um cachorro que é seu, nascido em seu canil, sem qualquer espécie de sedação e sem nenhum motivo, à exceção do sadismo. Quem quiser se manter cegamente fiel à teoria do bem jurídico deve arcar com a absoluta irrelevância penal dessa conduta.

b) Pode-se, também, estender o conceito de bem jurídico a ponto de cobrir, com sua nova abrangência, o bem-estar do próprio animal ou o sentimento de piedade que em relação a ele se nutre. Qual é a vantagem de se ter um bem jurídico com tal grau de abstração? Que poder crítico se pode alcançar com a aceitação de sentimentos humanos ou direitos/interesses não humanos como bens jurídicos? Se esses tipos de objetos podem funcionar como bens jurídicos, não há limite para que qualquer outro sentimento ou direito inumano também o possa.

c) A terceira via, diz o autor, seria a de seguir a linha de Hefendehl e Roxin, que admitiram exceções à indispensabilidade da colocação do bem jurídico como o único objeto de proteção legítimo (*vide* 3.4 e 3.6). Greco trilha, exatamente, esse último caminho, asseverando que, o que parece ser um enfraquecimento do poder crítico-limitativo da teoria do bem jurídico representa, na verdade, seu fortalecimento. Isso se daria porque evita-se uma "diluição" conceitual que dificultaria a demarcação dos específicos casos em que, efetivamente, **não se está** tutelando um bem jurídico, impondo-se ao legislador um pesado ônus argumentativo em tais hipóteses. A conclusão do autor: "o bem jurídico é, em regra, necessário para legitimar uma incriminação. Mas somente em regra, sendo possíveis exceções: uma delas é o crime de maus tratos a animais, incriminação legítima [...]" a despeito de não se dedicar à proteção direta dos indivíduos ou do sistema social.

⁴⁷¹ GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 91-92.

Luís Greco está certo. Não se tutela um bem jurídico. Pelo menos, não um que seja minimamente individualizável ou delimitável, ou que possa ser reconduzido à mesma categoria que itens de imediata importância para a pessoa, como vida, integridade física e patrimônio. Vamos analisar, então, as possibilidades.

A postura de quem optar pelo primeiro caminho (a) é, no mínimo, arriscada. Parece que, em vez de se observar o mundo, para então teorizar, cria-se uma teoria e espera-se que o mundo se modifique para confirmá-la. É, de fato, crível que nesse momento histórico em que vivemos, e com o estágio de desenvolvimento cultural a que chegamos, possa ser penalmente irrelevante a conduta do esquiteador de animais sencientes vivos? Mesmo considerando que, desde 27 de janeiro de 1978, proclamou-se em Bruxelas uma "Declaração Universal dos Direitos dos Animais"? E que, em 13 de novembro de 1987 assinou-se uma "Convenção Europeia para a proteção dos animais de estimação"? Ou, ainda, que o art. 225, VII, da nossa Constituição Federal determina a proteção da fauna e a salvaguarda dos animais contra atos de crueldade?

O primeiro caminho (a) é, atualmente, e em nosso Estado democrático de Direito, insustentável. É preciso ter em mente que esse, como vimos, não é o único caso em que não se tem um bem jurídico como objeto de proteção, mas, ainda assim, está-se diante de uma criminalização válida. É o que vimos ocorrer com a corrupção passiva e a incitação ao racismo, por exemplo.

Há, no entanto, algo se deve afirmar, de plano e com convicção: a norma que proíbe os maus tratos contra animais deve proteger **alguma coisa**. Que não seja um bem jurídico, é aceitável. Mas, em um Estado democrático de Direito, é certo, em função das premissas em que ele se funda, que a intervenção penal somente se justifica diante da necessidade para que se proteja algo importante, e com uma eficácia que não seria alcançada por outros ramos menos invasivos do Direito. Uma norma penal sem objeto de proteção é desnecessária e representa uma detração inútil e arbitrária da liberdade das pessoas. Por essa razão, uma norma assim é irracional e inadmissível. Muito se dirá sobre isso no capítulo seguinte.

A segunda via (b) não é, sob nenhum aspecto, mais produtiva. Pode-se chamar do que quiser - ampliação, extensão, amplificação -, o fato é que a admissão de uma inclusão de objetos como o sentimento de piedade ou os direitos dos próprios animais como bens jurídicos penalmente tuteláveis conduz a um esgarçamento do conceito que o torna imprestável para desempenhar

qualquer função crítica. Uma teoria que restringe a legitimidade das normas à proteção de bens jurídicos, mas que, ao mesmo tempo, admite que absolutamente qualquer coisa seja um bem jurídico, não tem muito poder de filtragem. Greco observa que essa postura - de distorção conceitual extrema - seria como a de mandar para dentro das muralhas do bem jurídico um cavalo de Troia, o que promoveria uma derrota de dentro para fora. Não temos dúvidas de que essa posição é tão inaceitável quanto a primeira.

Roxin⁴⁷², antes de adotar a corajosa postura de abandonar o bem jurídico em relação ao tipo dos maus contra animais, já havia defendido o objeto de proteção como sendo “uma espécie de solidariedade entre as criaturas”. O legislador, com base nesse reconhecimento, teria considerado os animais “superiores” (em nossa opinião, seriam os sencientes) “como nossos semelhantes” ou como “irmãos diferentes”. Visivelmente, é muito mais produtivo abandonar explicações tão sinuosas e objetos de proteção tão etéreos, em um repensar da estreiteza do paradigma que se impõe diante da indispensabilidade do apontamento de um bem jurídico.

Apesar de ser a mais produtiva, a opção pela terceira possibilidade (c), que corresponde à afirmação da legitimidade da incriminação a despeito da inexistência de um bem jurídico, traz consigo um ônus. É preciso apontar um objeto de proteção, pelas razões expostas no penúltimo parágrafo.

Pode-se partir para a ideia de proteção a sentimentos humanos, de piedade e compaixão, nutridos em relação aos animais sencientes (comprovadamente capazes de sentir dor). Seguramente, não é a melhor opção. Há muitas condutas que podem ser consideradas repulsivas ou repugnantes, e que despertam sentimentos desagradáveis, como angústia ou dor emocional, que encontrariam portas abertas para a legítima criminalização. Professar publicamente adoração a Satanás ou declarar abertamente perversidade do cristianismo podem ser comportamentos que despertem sentimento de repulsa em um grande número de pessoas. Defender publicamente a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal, do aborto e da eutanásia, também serão geradores de incômodo para muitos. A conduta de quem faz juras cínicas de amor eterno, mas, na verdade, mantém um relacionamento baseado em interesses patrimoniais, pode despertar sentimentos de compaixão em terceiros e causar dor emocional, em especial, ao cônjuge iludido.

⁴⁷² ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña *et alii*. Madrid: Civitas, 1997, p. 59.

O mesmo se diga sobre a traição extraconjugal; sobre as frequentes falhas na visitação do filho do primeiro casamento, quando o pai constituiu nova família. Da mesma forma, o beijo na boca dado em público por um casal homoafetivo, ou o modo de se vestir de uma *drag queen*, podem fazer com que várias pessoas se sintam desconfortáveis. A tutela penal de sentimentos é, simplesmente, incompatível com a tolerância requerida dos cidadãos que vivem em um ambiente democrático (*vide* item 1.4 e Capítulo 2). Para usar um exemplo mais ligado ao tipo de crime sob análise, não deve ser difícil encontrar quem sinta muita pena de um passarinho que seja arrancado da infinitude do céu para habitar uma gaiola de dois palmos de largura, independentemente de que se trate de uma espécie ameaçada de extinção ou de um animal capturado diretamente de uma área de preservação ambiental.

Além do mais, se a tutela penal for a do sentimento de piedade ou compaixão, o esquartejamento de cães vivos haverá de ser penalmente irrelevante quando praticado de modo discreto, a portas fechadas.

Outra possibilidade de fundamentação do tipo penal de maus tratos a animais vertebrados está na violação de normas socialmente arraigadas de modo profundo. É, por exemplo, a posição de Stratenwerth⁴⁷³:

Em nossa cultura - mas sabidamente não em todas - existem imperativos de consideração também no que se refere aos animais (superiores). Maltratar um animal é por essa razão reprovável, e não por ofender nossos sentimentos, o que é apenas um reflexo dessa reprovabilidade.

A fundamentação não é adequada. Há dois enfoques críticos possíveis, e ela não resiste a qualquer dos dois. Se pensarmos desde a perspectiva da importância social da norma de cultura, teremos que arcar com a conhecida e temida "tirania da maioria" em muitos outros casos menos simpáticos. E essas normas de cultura arraigadas podem, por exemplo, fundamentar a irrelevância penal da *female genital mutilation* (mutilação genital feminina, geralmente feita com o fim de desestimular o adultério das mulheres em por meio da redução da possibilidade de se obter prazer sexual - mais comentários no Capítulo 2). O grau de adesão a uma norma de cultura,

⁴⁷³ STRATENWERTH, Günther. Sobre o conceito de bem jurídico. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 111.

ainda que ele seja elevado (ou seja, muito majoritário), não deve servir, *per se*, como fundamento de criminalização. O assunto será abordado de modo mais detalhado no capítulo seguinte.

Por outro lado, se tomarmos como fundamento o dever de obediência a uma norma socialmente relevante a ponto de culminar com a criminalização, estaremos reduzindo o objeto de proteção das normas penais... às próprias normas penais. Modelo tautológico, radicalmente positivista e completamente acrítico de Jakobs, como visto no item 3.5. Jakobs, aliás, tem uma posição singular sobre o tema. Entende que o crime de maus tratos contra animais é de perigo abstrato e sua criminalização teria por objetivo principal prevenir uma propagação generalizada de comportamentos cruéis.⁴⁷⁴ É exatamente esse tipo de perigo abstrato que não se pode criminalizar: o que recai nas conjecturas e elucubrações puramente especulativas.

Goza de crescente prestígio a adoção dos direitos do próprio animal como fundamentos de legitimidade da criminalização dos maus tratos. Visões mais tradicionais reprovariam essa guinada. Primeiro, porque a natureza sempre foi vista como algo a serviço do homem, e cuja conservação é importante não como um fim em si mesmo, mas para atender interesses humanos. Segundo, porque há resistência quanto à aceitação de que animais possam ter direitos, sem ter quaisquer deveres.

Lançado um enfoque mais pragmático, porém, fica cada vez mais fácil aceitar a existência de direitos dos animais, diante da afirmação, por parte de constituições e pelos pactos e convenções internacionais, da necessidade da sua proteção contra os abusos e sofrimentos. A Lei Fundamental da Alemanha, embora não aluda diretamente aos maus tratos, faz referência à proteção dos animais em seu artigo 20a⁴⁷⁵ e isso é apontado como fundamento, por vários autores, para a legitimidade da criminalização sob exame.⁴⁷⁶

⁴⁷⁴ JAKOBS, Günther. **Proteção de bens jurídicos?** Sobre a legitimação do Direito Penal. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 68.

⁴⁷⁵ “El Estado protegerá, teniendo en cuenta también su responsabilidad con las generaciones futuras, dentro del marco del orden constitucional, los fundamentos naturales de la vida y los animales a través de la legislación y, de acuerdo con la ley y el Derecho, por medio de los poderes ejecutivo y judicial.”

⁴⁷⁶ Por exemplo, AMELUNG, Knut. El concepto de bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. Trad. Rafael Alcácer Guirao *et alii*. IN: **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 127. ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 207-208.

No Brasil, o texto Constitucional realmente fala a favor da consideração de que a proibição dos maus tratos não decorre de uma pretensão de preservação do meio ambiente para que se alcance uma melhor fruição das pessoas, mas, sim, do reconhecimento de um “bem-estar” dos próprios animais como algo a ser promovido pelos seres humanos. Impõe-se ao Poder Público e à coletividade a tarefa 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” (art. 225, VII).

O banimento da mortandade dos animais, das caças e pescas predatórias e da captura de espécies ameaçadas de extinção para comercialização são expressões de uma preocupação com o meio ambiente e com o acesso das pessoas atuais e das gerações futuras à diversidade da fauna. A penalização dos maus tratos (sem a superveniência da morte, por óbvio) em nada compromete esses interesses, especialmente se pensarmos que a crueldade pode se referir a animais domésticos ou frutos de reprodução e criação em cativeiro. O foco, indisfarçavelmente, é o sofrimento do próprio animal, que reduz ou aniquila seu bem-estar. A questão que permanece, no entanto, é se o bem-estar do animal é um bem do próprio animal, ou se é algo que desperta a atenção dos seres humanos como algo valioso e os faz buscar uma proteção.

Na Convenção Europeia para a Proteção dos Animais de Companhia (Estrasburgo, 13 de novembro de 1987), encontram-se princípios que são elucidativos.

Artigo 3º. Princípios fundamentais para o bem-estar dos animais. 1. Ninguém deve inutilmente causar dor, sofrimento ou angústia a um animal de companhia. 2. Ninguém deve abandonar um animal de companhia.

Artigo 4º. Posse. 1. Qualquer pessoa que possua um animal de companhia ou que tenha aceitado ocupar-se dele deve ser responsável pela sua saúde e pelo seu bem-estar.

O nível de consenso quanto à pertinência de uma criminalização dos maus tratos contra animais é tal que Eugenio Raúl Zaffaroni⁴⁷⁷, sabidamente posicionado entre um minimalismo penal extremo e o próprio abolicionismo, expressamente recomendou o abandono da teoria pessoal do bem jurídico em nome de um reconhecimento da validade da tutela de “bens jurídicos de sujeitos não humanos e pré-pessoais” (referindo-se, nesse último caso, ao feto em formação). Segundo

⁴⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alii*. **Derecho Penal: Parte General**. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 495-496. “[...]“la preservación de la existencia y la conservación de la especie [...] el entendimiento de ciertos delitos ecológicos, además de permitir una interpretación no sofisticada del maltrato de animales y del propio delito de aborto”. Tradução nossa.

ele, o aumento exponencial da atenção sobre as questões ecológicas, especialmente considerados o Congresso de Estocolmo (1972) e diversos documentos internacionais que partem de uma preocupação com a conservação do meio ambiente, conduz à necessidade de um reconhecimento dos humanos futuros como sujeitos de direitos. Quanto aos sujeitos não humanos (animais), os bens jurídicos seriam “a preservação da existência e da conservação da espécie”, e isso facilita “o entendimento de certos crimes ecológicos, além de permitir uma interpretação não sofisticada dos maus tratos a animais e do próprio aborto”. No que tange à necessidade contemporânea de criminalização, a lição é sólida. Quanto ao seu fundamento, é preciso discordar.

O debate que aqui apenas anunciamos é de uma profundidade filosófica formidável. Entendemos que a raiz da reflexão esteja fincada no conceito de dignidade, e, em especial, nas discussões sobre se ela é um *status* exclusivamente humano. Quando tratamos da dignidade da pessoa humana⁴⁷⁸, chegamos à conclusão de que, de um lado, é inviável reconhecer aos animais uma condição de paridade em relação aos seres humanos. Será descomedida hipocrisia alegar uma efetiva igualdade, a menos que estejamos dispostos a abdicar, em definitivo, de criar e comercializar animais; de comer carnes, ovos e derivados do leite; de testar medicamentos em ratos; de ter aquários e viveiros; de empregar animais como montaria ou como auxiliares do trabalho humano. De outro lado, também é impossível deixar de reconhecer **alguma** dignidade aos animais sencientes, na medida em que há uma cultura de valorização da existência e do bem-estar animal que só se fortalece. Os direitos dos animais, ou, pelo menos, o reconhecimento de uma necessidade de proteção de seu bem-estar, visivelmente ultrapassa sua condição de subserviência aos interesses do homem para alcançar algo que pertence ao ser vivo, em si. É exatamente porque o homem se encontra em uma condição mais favorecida, em termos de linguagem e inteligência, para a realização de juízos éticos e para a criação de normas, que lhe incumbe a declaração do dever de respeito a esses seres considerados “inferiores”.⁴⁷⁹

Até esse ponto, não chega a haver uma divergência em relação a Zaffaroni. Mas a concordância acaba aqui: a eleição do direito do não-humano como fundamento da criminalização dos maus tratos a animais cria uma aberração jurídica quase inigualável.

⁴⁷⁸ JORIO, Israel Domingos. **Dignidade da pessoa humana**: conceito, fundamentação e âmbito de proteção. Curitiba: Juruá, 2016, p. 88-89.

⁴⁷⁹ É importante lembrar que essas ditas “superioridade” e “inferioridade” são relativas e condicionadas a alguma perspectiva específica. Os seres que chamamos de irracionais frequentemente possuem instintos, sentidos, força física, agilidade e resistência muito superiores às faculdades humanas para a sobrevivência no meio natural. Tudo passa por aquela consideração antropológica do homem enquanto animal carente, abordada no primeiro capítulo.

Primeiro: se os animais têm um direito ao bem-estar, com que autoridade nós os trancafiemos em jaulas, gaiolas, aquários e canis? Pergunte-se a qualquer pessoa sobre o valor da liberdade de locomoção. Não faria ela parte do bem-estar? Ora, é muito simples: estar preso é uma **pena**. Só enclausuramos seres humanos quando queremos castigá-los (ou tratá-los, hipótese que seria igualmente legítima para os animais).

Segundo: se eles têm um valor próprio, como explicar que possam ser criados em cativeiros com o específico fim do abate para consumo humano? Como filosofar sobre o bem jurídico do boi em um jantar em que se serve um succulento bife *ancho*?

Terceiro: se os animais têm um direito ao bem-estar, como justificar que sejam montados e cavalgados por milhas e milhas? Não importa se o quadrúpede que puxa a carroça ou o arado está sendo alimentado, ou se jamais recebeu uma chibatada. Ele não foi consultado sobre seu interesse em trabalhar; não negociou sua remuneração; não pode parar quando está cansado. Nessas condições, para um ser humano, o nome que está à ponta da língua é “escravidão”.

Quarto: como compatibilizar o valor autônomo do animal senciente com seu emprego em experiências científicas? Pode haver coisificação mais clara? E não é a coisificação, isto é, o uso de algo como meio para a obtenção de algum fim, uma das mais claras formas de indignidade segundo a filosofia kantiana (a preferida para fundamentar a dignidade da pessoa humana, como visto no segundo capítulo)?

Em suma: não é muito cinismo afirmar a existência de um direito ao bem-estar do animal e aprisioná-lo, escravizá-lo e abatê-lo para consumo, apenas exigindo que isso se faça “com o mínimo sofrimento possível”?

Eis o paradoxo. É inegável que cresce a valorização do bem-estar dos animais. Mas é igualmente inolvidável que o ser humano está jogado em mundo natural competitivo e que ele **drena** (retira, com diminuição do conteúdo na fonte) sua sobrevivência da natureza. Se a cultura nos leva a atribuir valor aos animais, a história humana no planeta Terra é marcada pela disputa pelos recursos e pela exploração dos demais seres pelos homens. Seguramente não teríamos chegado ao ponto de evolução científica em que nos encontramos (especialmente na medicina, tão importante para a vida humana qualificada) se não houvéssemos explorado, massacrado e

dissecado animais. O que muda, no atual contexto histórico-cultural, é a disposição do homem em relação ao animal. Exatamente pelo grau de desenvolvimento e pelo compartilhamento de certos valores, espera-se que, cada vez mais, sejam encontradas vias alternativas para a evolução. É o que explica o crescente abandono dos animais como objetos de testes científicos; a diminuição das mutilações estéticas (cortes de orelhas e caudas de determinadas raças caninas); a proliferação das entidades de assistência e adoção; o surgimento de empresas de produtos de beleza que já se apresentam como *pet friendly*, porque se recusam a tê-los como cobaias; enfim, é o que justifica a presença, nos tratados internacionais e nas legislações internas, de dispositivos de repúdio à crueldade contra os animais.

Para desfazer qualquer impressão de contradição, precisamos deixar claro que, filosoficamente, é bastante plausível que se afirme alguma dignidade para os animais, o que levaria ao reconhecimento de vários direitos. Só que, enquanto o desenvolvimento de uma teoria sobre a dignidade e os direitos dos animais sencientes está por acontecer no mundo jurídico, não há base para que se reconheça esse bem **jurídico**. O Direito deve ser capaz de lidar com essa realidade fraturada e complexa, em que se punem os maus tratos contra os animais, ao mesmo tempo em que se permite que sejam meros objetos postos ao absoluto arbítrio do ser humano. Se tomarmos o bem-estar animal como o objeto de proteção da norma, a quantidade de situações corriqueiras e socialmente aceitas em que o reconhecimento do crime restará forçosamente configurado promoverá um colapso do sistema penal. Um colapso do próprio sistema social, a bem da verdade, na medida em que as atividades humanas que envolvem algum nível de sofrimento para os animais são quotidianas. E aqui está o ponto nevrálgico, arquimédico, da questão: na medida em que admitimos esses comportamentos, desde que o sofrimento não seja desnecessário ou evitável, já não estamos nos preocupando com o bem-estar do animal, em si, mas com o desvalor que a conduta tem por ser considerada cruel. Não que concordemos com todas essas práticas. A questão é outra: devem, todas, suscitar uma sanção penal?

Se o objeto da proteção é o valor do respeito pelo animal, a premissa ética de que ele deve poder ter uma existência livre de sofrimento, o fundamento da criminalização repousa predominantemente no desvalor da conduta. Ela é desvaliosa por ser considerada cruel. E é cruel porque inflige dor desnecessária ou inutilmente. Pode-se, assim, manter o cerne das discussões jurídicas não sobre se determinada conduta causa mal-estar ao animal, mas sobre se ela é efetivamente cruel. A respeito do que é cruel e desvalioso, tomam-se em conta comunicações e consensos intersubjetivos do ambiente cultural. Só partindo do valor nós conseguimos explicar

(pelo menos de modo menos deficiente) por que um porco pode ser morto a facadas e sem anestesia, na roça, mas um cão não pode ser adestrado com choques elétricos; por que uma galinha pode ser mantida em um cubículo, com toda a função existencial reduzida à tarefa de fornecer ovos, mas as “rinhas” de galo são inaceitáveis.

Em contrapartida, em sendo alvo da tutela o bem-estar, o fundamento da proibição se assenta predominantemente sobre o desvalor do resultado, o que torna o espaço para as discussões sobre a tipicidade de condutas socialmente aceitas (ou, pelo menos, toleradas) bastante reduzido. Não será fácil sustentar que está sendo preservado o bem-estar de um cavalo forçado a puxar uma carroça ou a transportar seu dono (!) durante horas, sob o calor especialmente extenuante de nosso clima. Dificilmente o cavalo se daria essa tarefa, se pudesse escolher. Nenhum respeito se demonstra pelo bem-estar ou pela vida de um cão que pode ser castrado e mutilado (cauda, cordas vocais e orelhas) segundo as conveniências de seu proprietário (!). Ou do passarinho que é metido entre barras para que não faça, exatamente, aquilo de mais fantástico que suas condições biológicas lhe permitiriam realizar: transformar-se em um pequeno ponto a manchar uma imensa tela azul sem molduras.

Quando estudamos a corrupção passiva (4.4.1.1), vimos que a conduta típica viola o valor da probidade, e, se os servidores e autoridades públicas estão agindo contrariamente aos seus deveres e impulsionados pela ganância, isso compromete as condições ambientais em que vive a pessoa na medida em que se torna mais difícil a realização de seus direitos.

A incitação ao racismo (4.4.1.2) fere o valor da igualdade, e sua conservação é crucial para que o ambiente social em que a pessoa está inserida se mantenha propício ao exercício e à realização de seus direitos. Em um ambiente preconceituoso e segregacionista, alguns grupos de pessoas tendem a ser excluídas e impossibilitadas de usufruir adequadamente de sua liberdade.

No caso dos maus tratos contra animais, também não se protege qualquer sentimento ou bem jurídico, humano ou não-humano. O que é atingido pela conduta criminalizada é o valor do respeito pelos animais sencientes, que deve ser preservado para que eles tenham uma existência livre de sofrimentos desnecessários. Atualmente, pelo menos para uma considerável maioria e para o relato político-ideológico vencedor, conviver com a crueldade contra animais compromete o direito ao meio ambiente equilibrado.

É o que indicam os múltiplos tratados e convenções internacionais. É o que demonstram as mobilizações sociais gigantescas em prol das causas animais. É o que se extrai do art. 225, *caput* e § 1º, VII da CF:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado [...].
 § 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 a sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Se, para assegurar o direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, o poder público deve coibir os maus tratos, é porque esses são uma condição prejudicial para a aquele.

4.4.2. Normas penais que tutelam estruturas ou ficções juridicamente necessárias

4.4.2.1. A falsificação de moeda

Que prejuízo pessoal traz a conduta do agente que tem em sua casa uma pilha de notas falsas? Com extrema criatividade, dizemos que essa conduta, constante no art. 289 do Código Penal⁴⁸⁰, atinge a "fé pública". O que é a fé pública? Quais são os seus titulares?

Segundo posição majoritária na doutrina, a fé pública corresponde à "confiança que deve existir na moeda circulante no País", e o titular desse bem jurídico, em caráter imediato ou primário, seria o Estado.⁴⁸¹ Quanto à possibilidade de ser o Estado o titular de qualquer bem jurídico, já expusemos refutações acima. Interessa refletir sobre a tutela penal "da confiança". Estamos diante a proteção de um sentimento, de uma sensação, de um valor? Difícil especificar. Mas é certo que não se trata de nada que exista fora do mundo jurídico.

Se o falsário acabou de produzir sua primeira leva de notas contrafeitas e as guardou, com a intenção de gastá-las dias depois, quem ou o que se pode dizer que foi atingido por esse comportamento? Seguramente, nenhum efeito, seja de dano ou de efetiva periclitção, foi

⁴⁸⁰ “Art. 289 - Falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro: Pena - reclusão, de três a doze anos, e multa. § 1º - Nas mesmas penas incorre quem, por conta própria ou alheia, importa ou exporta, adquire, vende, troca, cede, empresta, guarda ou introduz na circulação moeda falsa.”

⁴⁸¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial**. vol. 4. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 547.

produzido sobre qualquer direito ou interesse de índole individual. Em verdade, nem mesmo um interesse de ordem coletiva foi prejudicado, até esse ponto.

É claro, se alterarmos o exemplo e o falsário usar as notas falsas para adquirir bens de consumo ou para pagar serviços, terá se beneficiado ilicitamente em prejuízo alheio. Há dano patrimonial, há *harm to others*. Mas vamos um pouco além. Se o fabricante das notas falsas simplesmente leva o dinheiro ao banco e o deposita em sua conta, a quem está prejudicando? Que bem jurídico está atingindo? E onde está o *harm to others*? Pode-se partir da explicação de que, se ele deposita o dinheiro na conta, certamente é porque quer usá-lo para pagar adquirir um bem ou saldar uma dívida, no futuro. Mas isso é conjecturar vagamente sobre o porvir. Fato é que o tipo penal em questão não exige prejuízos para terceiros e, se eles vierem a ocorrer, já há outros tipos penais incumbidos da resposta penal (a exemplo do art. 171, CP, que descreve o estelionato). Só por ter o dinheiro na conta corrente, parado, inclusive sem render juros, o único problema que se pode cogitar é o de criar uma bolha no sistema financeiro, gerando-se uma informação de riqueza sem lastro real em valores contabilizados pelo Estado. E isso afeta pessoas de maneira direta? Isso afeta na melhor das hipóteses, um sistema, do qual dependem atividades econômicas e mercantis, que somente chegariam a ser prejudicadas, acarretando danos para as pessoas, em geral - se houver uma proporção cataclísmica. Nada que R\$ 100 mil em dinheiro falso depositados em uma conta bancária possam ocasionar.

Ainda assim, é questionável a remoção do campo de atuação do Direito Penal a falsificação da moeda. É obviamente desinteressante que essa conduta seja praticada em larga escala, então, acaba devendo ser coibida. Seria suficiente uma intervenção administrativa ou tributária? Que destino se impõe a quem falsificar cédulas de dinheiro? Basta a perda do produto do crime e a imposição de uma multa? Sem consequências penais, o risco poderia ser convidativo para um imenso número de pessoas que, das duas, uma: ou ficariam ricas, da noite para o dia, ou, se pegadas fossem, continuariam, na pior das hipóteses, na mesma situação de antes: sem dinheiro e endividadas. Podemos, então, conviver bem com a livre atividade de fabricar dinheiro?

Há poucos “bens jurídicos” tão enigmáticos quanto a fé pública. A própria nomenclatura, ao aludir a “fé”, reforça a impressão de que se está protegendo uma espécie de sentimento ou sensação de confiança que se espera que as pessoas possam ter em relação ao dinheiro e aos documentos. De fato, sem essa possibilidade de confiar, ou já contando com a chance de que o dinheiro ou os documentos envolvidos tenham sido forjados, os mais corriqueiros negócios

jurídicos e operações comerciais em geral se tornariam atividades extremamente arriscadas. Um desencaixe social é o mínimo que se espera como resultado.

A fé pública não existe no mundo. Talvez seja um dos mais visivelmente artificiais constructos jurídicos já inventados. Trata-se, puramente, de uma ficção juridicamente necessária, sem correspondência no mundo empírico e, definitivamente, incapaz de sofrer efetiva lesão, no sentido usual em que as teorias do bem jurídico usam essa expressão.

Ainda assim, identificamos a conduta como nociva para o ambiente em que habita a pessoa, diante de sua capacidade de causar instabilidades econômicas, financeiras, mercadológicas, e de suscitar um grau de desconfiança bastante prejudicial à realização dos atos e negócios que fazem parte do cotidiano. Não se pode olvidar, ainda, que o custo da irrelevância penal da falsificação de moeda é especialmente elevado diante da expectativa da comunidade internacional de rigorosa repressão dessa prática. Como seriam as relações comerciais do Brasil com os EUA se, em nosso país, fosse penalmente lícita a fabricação de dólares?

Se essa atividade de falsificar moeda tem que ser punida, é curial, em razão de sua abstração e distanciamento das necessidades primárias ou imediatas da pessoa – a verdadeira destinatária da proteção do Direito Penal –, que deva-se exigir o mais alto padrão de qualidade redacional para o tipo penal, cujo alcance deve ser muito bem delimitado, de modo a alcançar, exclusivamente, os comportamentos cuja punição é verdadeiramente imperativa.

É terminantemente impossível, diante disso, que se valide a criminalização da conduta de possuir "petrechos de falsificação", constante no art. 291⁴⁸², CP. O grau de antecipação da tutela penal, aqui, alcança a criminalização do ato preparatório do crime de perigo concreto (perigo do perigo?). Isso, definitivamente, não é compatível com um Estado que tenha política de intervenção penal minimalista, determinada opção política democrática. O passo seguinte é a criminalização da cogitação.

É fundamental, então, já que já estamos tratando de um objeto de tutela tão abstrato - mas, ainda assim, juridicamente necessário - que se limitem as hipóteses de criminalização às situações de

⁴⁸² "Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda: Pena - reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa."

perigo concreto. Dano, aqui, seria difícil. Seria árduo dizer que volume de falsificação seria efetivamente necessário para que se lesionasse a confiança no valor da moeda. Mas sabe-se que, com uma falsificação de qualidade, e, especialmente, em elevada quantidade, esse perigo já fica caracterizado.

Essa percepção de que ao menos se deve exigir a criação do perigo concreto é reconhecida pela doutrina clássica⁴⁸³ há tempos. Felizmente, a própria jurisprudência pátria segue esse entendimento, com relação ao crime do art. 289, CP.⁴⁸⁴ Por uma questão de coerência, o tipo penal do art. 291 deveria ser declarado inconstitucional, mas isso ainda não aconteceu.

4.4.2.2. A ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado democrático

Vejamos o comando do art. 5º, XLIV, CF: “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático” (inciso XLIV);

A Constituição não determina a criminalização de ideias ou de discursos, mas a **ação**. E com várias especificações. A ação individual está excluída, na medida em que o texto menciona “grupos militares ou civis”. E outro atributo fundamental é que a ação seja **armada**, de modo que protestos desarmados, discursos inflamados repletos de palavras de ordem antidemocráticas e pró-ditadura não estão contemplados pelo mandado de criminalização. Não quer dizer é claro, que não possam ser criminalizados, mas sob outro fundamento.

Tomando em conta o específico texto constitucional, que determina a criminalização da “ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático”, vamos pensar o seguinte exemplo: um grupo de pessoas fortemente armadas, composto por civis e militares, faz um cordão humano em frente à entrada do prédio do Supremo Tribunal Federal. Brandindo as armas com uma mão e tomando na outra cartazes com dizeres como “pela volta da ditadura” e “abaixo a Constituição”, entoam palavras de ordem como “vamos fechar o STF”. Nenhum servidor ou Ministro ousa tentar passar e simplesmente não há expediente naquele

⁴⁸³ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. IX. Arts. 250 a 361. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 207.

⁴⁸⁴ Súmula 73, STJ: “A utilização de papel-moeda grosseiramente falsificado constitui, em tese, crime de estelionato, da competência da Justiça Estadual.”

prédio público no dia do protesto. No dia seguinte, porém, um grupo maior e mais fortemente armado de militares dirigiu-se ao local e impediu que a manifestação se repetisse, garantindo que as atividades da Suprema Corte voltassem ao normal.

Qual é o bem jurídico atingido pela conduta em questão? Ele é individual ou coletivo? Exige-se que sofra dano, ou basta o mero perigo abstrato? E como se demonstra o *harm to others*? Existe alguém, individual e especificamente prejudicado pelo comportamento em tela? Seria o Estado? Seria o povo brasileiro? Seriam todas as pessoas que residem em nosso país?

Se ninguém morreu, nem foi ferido, sequestrado ou diretamente ameaçado, não se pode conceber um dano a um bem jurídico pessoal ou um prejuízo qualquer para pessoas determinadas. E o mais interessante é: se alguém tivesse sido morto, espancado, sequestrado ou ameaçado, outros tipos penais seriam invocados para cobrir as lesões a bens jurídicos pessoais (v.g., arts. 121, 129, 148, 146 e 147, CP). A conduta em análise, destinada a forçar uma dissolução do STF, supostamente atinge outra coisa completamente diferente, e que não pertence a qualquer pessoa específica.

Vamos deixar a discussão um pouco mais concreta, aludindo a alguns tipos penais em vigor que cuidam da matéria. Infelizmente, não se criou uma lei posterior à Constituição para tipificar essas formas de transgressão. Acabam sendo usadas normas pré-constitucionais, da Lei 7.170/83, que foi elaborada durante um período de ditadura militar. Ainda que não se trate da condição ideal, é possível, diante da previsão constitucional, entenderem-se como recepcionados alguns de seus dispositivos, ainda que com reparos pela via da "interpretação conforme".

Tomemos em conta dois tipos penais: “tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, o regime vigente ou o Estado de Direito” e “tentar impedir, com emprego de violência ou grave ameaça, o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos Estados” (respectivamente, artigos 17 e 18 da Lei 7.170/83). A criminalização desses comportamentos parece estar legitimada pelo mandado constitucional expresso de criminalização (embora, obviamente os tipos comportem e até mereçam refinamento no que tange à redação e à delimitação do conteúdo, em homenagem ao preceito do *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*, derivado do princípio da legalidade penal).

Logo de início, já se vê que a tutela penal não recai sobre um bem individual. Quais são as opções restantes? a) Ela não recai sobre objeto algum. b) Ela recai sobre um bem jurídico coletivo. c) Ela recai sobre uma norma. d) Ela recai sobre alguma estrutura jurídica ou ficção juridicamente necessária para a manutenção da qualidade de vida no ambiente social.

A nossa resposta está na letra "d". Mas vamos, primeiramente, à eliminação das outras opções.

Se a decisão for pela letra "a", teremos uma norma penal que não protege nada e limita as liberdades das pessoas inutilmente. Veremos, nos dois próximos capítulos, que essa seria uma norma absolutamente ilegítima e inaceitável em um Estado democrático de Direito. Sua condição de validade é que se destine à proteção de algo (e algo **relevante**).

Se nos apoiarmos no texto legal, aceitaremos a opção "b". A própria Lei da Segurança Nacional (7.170/83), embora elaborada em período de ditadura, serve-se de um discurso aparentemente liberal quando limita suas hipóteses de intervenção aos casos de lesão ou de exposição a perigo desses específicos (supostos) bens jurídicos: "I - a integridade territorial e a soberania nacional; II - o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito; III - a pessoa dos chefes dos Poderes da União".⁴⁸⁵

Afirmar que as normas em tela recaem sobre um bem coletivo (b), fatalmente significa dizer que há dano ou perigo para um objeto que é puramente conceitual, que não existe no mundo, que não comporta lesões demonstráveis. Isso importa uma deformação exagerada do conceito de bem jurídico e/ou de dano e perigo. À exceção do que se menciona no inciso III (que, aliás, já conta com proteção pelo Código Penal), a quem pertencem esses "bens"? Ao Estado? A todos os Brasileiros? Inclusive àqueles que defendem, ideologicamente, a separação de um dos territórios ou o retorno da monarquia? Será que se pode chegar a enxergar "o regime representativo e democrático" como um objeto de proteção reconduzível à categoria bem jurídico, tanto quanto a vida, a integridade física e a liberdade de locomoção? A principal pergunta é: que segurança crítico-limitativa se pode obter de um conceito de bem jurídico que admita esse grau de espiritualização e abstração?

⁴⁸⁵ Esses objetos de proteção são elencados no art. 1º, mas a específica menção a "bens jurídicos" vem no artigo seguinte: "Art. 2º - Quando o fato estiver também previsto como crime no Código Penal, no Código Penal Militar ou em leis especiais, levar-se-ão em conta, para a aplicação desta Lei: [...] II - a lesão real ou potencial aos bens jurídicos mencionados no artigo anterior."

Uma outra possibilidade (letra "c") seria a de reconhecer que, com a criminalização do ataque direto à estrutura política democrática do Estado, ainda que de modo absolutamente excepcional, temos tipos penais cujo objeto de proteção é a vigência de uma norma jurídica - a norma que estabelece a estrutura político-ideológica democrática para nosso Estado. Uma ordem política pode ter muitas configurações, e a característica democrática é uma escolha. Uma escolha que se cristaliza em normas jurídicas, como as que mencionamos, da Lei 7.170/83 e da própria Constituição (art. 5º, XLIV⁴⁸⁶). O raciocínio seguiria bem na linha do que disse Kurt Seelman⁴⁸⁷: “partir do conceito de bem jurídico resulta semanticamente enganoso, já que o Direito Penal visivelmente se ocupa da proteção de diversas normas que são apenas configuradoras de uma ordem.”

O principal expoente dessa maneira de pensar, no entanto, é outro, que ostenta posição bem mais radical. Vimos, no capítulo anterior (3.5), que Jakobs tem uma visão segundo a qual o Direito Penal, de fato, tem um objeto de proteção, mas não se trata de nada que seja suprajurídico, e nem que se encerre no mundo empírico. Trata-se da vigência das próprias normas, crucial para que se mantenha a higidez das expectativas normativas, por sua vez, uma verdadeira condição de possibilidade para uma convivência pacífica, especialmente em uma sociedade complexa e plural.

Por ora, registre-se que a tese de Jakobs é inaceitável, por ser tautológica; por esvaziar o conteúdo do objeto de proteção das normas penais; por dispensar toda e qualquer referência material para a decisão de criminalizar; por permitir, com seu caráter exclusivamente formal, a legitimação de qualquer política criminal e a manutenção de todo tipo de sistema penal.

Tratar qualquer norma como um fim é um absurdo completo. Normas jurídicas, por lógica, somente existem como meios em vista de um fim, de se realizar, alcançar, organizar ou controlar

⁴⁸⁶“Constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.

⁴⁸⁷ SEELMAN, Kurt. El concepto de bien jurídico, el *harm principle* y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 366. “[...] partir del concepto 'bien' resulta semánticamente engañoso, por cuanto el Derecho penal también se trata de la protección de numerosas normas configuradoras del orden como tales”. Tradução nossa.

algo. No caso do Direito Penal, a norma só pode existir em função da necessidade de se proteger ou preservar alguma coisa relevante.

A refutação mais aprofundada da possibilidade de que o Direito Penal se ocupe da tutela da vigência das normas jurídicas foi realizada no item 3.5, ao qual remetemos o leitor, para evitar repetições (especial atenção à sagaz crítica de Mir Puig).

Considerando que a norma protege algo, e que não se trata de outra norma, tampouco de uma figura abstrata e disforme que se possa classificar como "bem", fica justificada a nossa opção pela letra "d". As normas penais aqui em questão protegem a estrutura democrática, isto é, a democracia enquanto forma de Estado e de governo. "Democracia" não é um bem jurídico. É uma ideia. É um conceito político e jurídico sobre uma determinada forma de se conduzir a atuação estatal. Não existe no mundo, como alvo potencial de um ataque físico. Mas ataques físicos (ações) podem comprometer a existência e o funcionamento de instituições que são importantes para a sobrevivência dessa opção política. Se ela é suprimida, não há dúvida de que será seriamente comprometida a qualidade do **ambiente social** e dificultada a realização dos direitos das pessoas, eis que essa forma de governo é a que mais prestigia e protege os direitos e garantias fundamentais.

Considerando que, no dia seguinte, os manifestantes armados do nosso exemplo foram impedidos de repetir o ato e o STF funcionou normalmente, a ordem constitucional não foi alterada, de modo que não há dano a qualquer elemento do mundo empírico. Também não se pode dizer que "quase" tenha sido deposta, subvertida ou tomada pelos manifestantes, e ainda assim o crime está consumado. Tem-se, destarte, um crime de perigo abstrato.

Vamos refletir: é viável condicionar a consumação do crime em questão à efetiva subversão da ordem democrática ou à tomada do poder? Tratá-lo como crime de dano não parece ser a melhor opção, por uma questão de lógica: se a ordem foi deposta e os criminosos chegaram ao poder, a ordem desapareceu e eles certamente não serão punidos por essa lei. É exatamente por isso que, nas duas figuras que citamos (arts. 17 e 18 da Lei 7.170/83) o legislador empregou a técnica do "crime de atentado", em que ele equipara a consumação à tentativa. Essa técnica, exatamente por essa indevida equiparação (já que o desvalor do resultado do crime consumado é muito maior do que do crime tentado), é ainda mais questionável do que a do perigo abstrato, em que, apesar de

não se exigir resultado danoso algum, ainda se pode fazer a diferença entre consumação e tentativa de realização da ação.

Se houver alguma pretensão de efetividade para a tutela penal, no entanto, não é razoável, nesse específico caso dos atentados contra a ordem constitucional e o Estado democrático, exigir-se nem mesmo o perigo concreto, empiricamente demonstrável. Imagine-se vincular a consumação do crime à constatação empírica de que a ordem "quase" foi alterada, ou que os infratores "quase tomaram o Estado democrático"? Seria essa norma voltada, apenas, para os grandes golpes de Estado, levados adiante pelas Forças Armadas e as cúpulas do poder político?

A pergunta mais precisa é: é suportável conviver com ações diárias no sentido de minar o Estado democrático e prejudicar o funcionamento de um de seus Poderes, só porque elas são menores e mais localizadas? Se um grupo armado depreda o prédio do Senado Federal com a intenção de intimidar os senadores e impedir o funcionamento da casa legislativa, responde apenas pelo delito de dano (art. 163, CP), de porte ilegal de armas de fogo (art. 14, Lei 10.826/13) e, eventualmente, pelos crimes contra a pessoa que vier a cometer (arts. 121, 129 147, CP, entre outros)?

Independentemente do que se queira classificar o objeto de proteção - norma, valor, bem ou estrutura juridicamente necessária -, o fato é que se trata de uma criminalização necessária. E isso nos permite ver, mais uma vez, a grande fragilidade das teorias do bem jurídico e o quão distante está a formulação de um conceito infalivelmente crítico-limitativo. Abrir mão dessa criminalização, em nome de um conceito crítico-limitativo perfeito, é recusar a possibilidade de que o sistema contenha uma "cláusula de segurança", deixando a democracia exposta a todos os tipos de ataques e desestabilizações causadas por ações violentas.

Nesse tipo de criminalização, que se refere a um perigo abstrato, o padrão de qualidade da redação típica deve ser excepcionalmente elevado, e as hipóteses de intervenção, especialmente restritas. Só essa admissão já nos concita a uma correção minimalista, determinada pelos princípios político-criminais liberais que estudaremos no capítulo seguinte. Não é aceitável, por exemplo, a criminalização dos discursos ideológicos que desmereçam ou escarneçam a democracia e apontem vantagens de uma ditadura, do sistema de voto censitário ou do governo por militares. São ideias desprestigiadas e tidas como tolas, mas que devem ser toleradas em

nome da preservação de pelo menos duas das principais regras do jogo democrático: a pluralidade política e a liberdade de expressão do pensamento.

Dá-se, aqui, portanto, algo semelhante ao que se passa com os crimes de racismo. Legitimar a incriminação da **ação violenta** de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado democrático é fácil. Legitimar a criminalização da pura emissão de ideias antidemocráticas, elitistas ou autoritárias é impossível. Legitimar a criminalização da incitação aos atentados contra a ordem constitucional e o Estado democrático (atualmente, prevista nos arts. 22 e 23 da Lei 7.170/83) é algo que deve ser feito, mas com muito cuidado. Como dito, os limites entre a expressão do pensamento e a incitação pública de crimes é tênue.

Novamente, a diferença está na distinção que devemos realizar entre *hate speech* e *fighting words*. As palavras de comando, que impelem às ações violentas, não se limitam a comunicar uma ideia. Já agridem o objeto de proteção na medida em que o tornam minimamente vulnerável ao perigo criado pela incitação. O perigo de que as ações violentas aconteçam e proliferem, destruindo ou erodindo o valor da democracia e prejudicando que as pessoas tenham seus direitos realizados pelo Estado democrático, principal responsável pela promoção dos direitos fundamentais.

Não é interessante, portanto, que o sistema penal permaneça inteiramente alheio e silente a respeito de uma ordem pública de fechamento do Congresso Nacional emitida pelo Presidente da República. Uma realidade nada absurda, se olharmos para o passado (Ato Institucional nº 5, de 1969), ou até para o presente, em que, estranhamente se multiplicam manifestações públicas em prol da intervenção militar, do retorno da ditadura e da dissolução do Congresso e do Supremo Tribunal Federal – e com a participação do Presidente.⁴⁸⁸ Uma conduta como essa precisa ser criminalizada, pois, permitir o livre ataque à democracia – não com ideias, protegidas pela liberdade de expressão do pensamento, mas com ações violentas – é como ter no sistema um "**botão de autodestruição**".

⁴⁸⁸ Referimo-nos à amplamente divulgada manifestação realizada em frente ao Comando Geral das Forças Armadas, em Brasília, no dia 19 de abril de 2020.

4.4.3. A tutela penal de bens “hipostasiados” ou “espiritualizados” (supostos bens coletivos)

4.4.3.1. O porte ilegal de armas de fogo

Discute-se muito sobre em que medida o Direito Penal deve tomar para si o controle da presença das armas na sociedade. Por uma visão mais rigorosa, a posse de arma de fogo sem autorização, mesmo no estrito âmbito da própria residência, deve constituir crime. De outro lado, sob olhar mais liberal, apenas o porte ilegal (sem autorização) deve ser criminalizado. A terceira possibilidade, que não temos visto ser sustentada atualmente, é a da absoluta irrelevância penal não só da posse doméstica, mas, também, do porte ilegal de armas. O grau de controle penal sobre a presença das armas chegaria a zero. Essa última opção político-criminal, de abstenção total do controle da circulação das armas, é viável em uma sociedade complexa do Século XXI?

Nosso objetivo, aqui, é demonstrar que não. É evidente que há muitas nuances a considerar para que se tenha uma política criminal de controle das armas eficiente na medida certa, já que a ideia é a de não permitir a livre circulação de todas as espécies de armas, de um lado, mas também de não bani-las em definitivo, de outro, eis que são instrumentos úteis para o exercício de defesa pessoal.

Toda a reflexão parte da seguinte pergunta: como seria uma sociedade em que cada um dos cidadãos pode portar livremente armas, sem qualquer restrição de quantidade ou qualidade? Teríamos, em vez de um retorno do *wild west life style*, retratado pelos filmes *western*, uma realidade mais próxima das distopias estilo *Mad Max*, já que as armas contemporâneas não são apenas revólveres, pistolas e espingardas com cadência e alcance limitados. Temos armas automáticas e explosivas simplesmente capazes de causar destruição em massa. Um homem com o armamento de ponta atual certamente valeria por um pelotão de mosqueteiros ou baioneteiros manualmente recarregáveis do século 18.

Vamos usar um exemplo admitidamente exagerado, mas é porque queremos demonstrar a imprescindibilidade de que exista **algum** controle penal sobre a presença das armas. Quais serão os tipos de armas, munições ou calibres permitidos e proibidos são questionamentos secundários, que só têm sentido depois de superarmos o problema da legitimidade da criminalização do porte de arma, em si. Afinal, em tese, tanto a conduta de portar um revólver calibre .38, quanto a de trazer consigo um rifle de assalto atentariam contra o mesmo "bem jurídico" ou causariam o

mesmo tipo de *harm to others*, podendo falar-se, no máximo, em intensidades diferentes. Mas a questão, no fim do dia, é: é legítima a criminalização de **algum tipo** de porte ilegal de armas de fogo?

Imaginemos que um homem embarque em um ônibus portando uma enorme mochila que tem em seu interior uma metralhadora antiaérea .50 desacoplada e municada, com capacidade de cerca de 500 disparos por minuto e alcance de quase 7 km. A ficha criminal é incólume e a arma é portada para defesa pessoal. Ninguém viu a arma e a polícia só descobriu porque, no mesmo dia, houve um roubo no coletivo e as filmagens da câmera de segurança do veículo foram consultadas. Ali, com atenção, foi possível ver, quando o homem abriu rapidamente a mochila que trazia, o que havia em seu interior. O que incomoda nessa conduta? Antes mesmo que essa pergunta seja respondida, vamos a outra: como seria se todas as pessoas pudessem fazer isso livremente, ou se tivessem, como resposta mais grave possível para a sua conduta, a aplicação de uma multa e o perdimento da arma?

Nada dissemos ainda sobre o que é atingido por essa ação, mas dificilmente alguém deixará de reconhecê-la como problemática, especialmente se levar a sério a possibilidade de que ela seja reproduzida por 10% da população. É esse o nosso quadro, então. Como é a vida em uma sociedade em que uma a cada dez pessoas está trazendo consigo um armamento pesado? Como fica o ambiente, nesse contexto, nos lugares de maior concentração de pessoas, como shoppings, restaurantes e parques, e naqueles em que costumam se desenvolver situações mais frequentes de conflito, como bares, jogos de futebol e tráfego viário?

Desconhecemos, até o presente momento, uma proposta séria no sentido da descriminalização total do porte de armas de fogo. Nem mesmo o mais convicto dos armamentistas, se for minimamente consciente, defenderá a liberação do porte de armas explosivas (granadas, lança-granadas, lança-foguetes). Assim, podemos discutir bastante sobre qual é o bem jurídico atingido, ou sobre qual é o objeto de proteção da norma que criminaliza essa conduta, ou sobre em que exato ponto se situa o *harm to others* desse comportamento. Mas é provável que concordemos, em boa medida, quanto à necessidade da criminalização.

Na fala praticamente uníssona da doutrina, o bem jurídico tutelado pela norma que incrimina o porte ilegal de armas de fogo é a segurança pública, seu titular é a sociedade e a tipificação é de

perigo abstrato.⁴⁸⁹ Que a segurança pública seja um bem jurídico, e que sua titularidade pertença à coletividade, são afirmações discutíveis. Mas, de fato, se a única coisa que se exige é a comprovação de que alguém portou uma arma de fogo sem a devida permissão, dispensando-se a demonstração de qualquer resultado lesivo para quem quer que seja, o perigo está sendo meramente presumido. Já se vê a necessidade de um conceito material de crime que seja compatível com a legitimação de algumas decisões de criminalização do perigo abstrato.

Ninguém se feriu. Nenhuma propriedade foi tomada ou danificada. A arma sequer foi disparada, ou mesmo apontada para qualquer pessoa, de modo que ninguém se viu diretamente ameaçado. Há perigo? Concretamente, não. A arma esteve apontada para baixo o tempo inteiro, com a trava de segurança acionada, e o homem nunca quis usá-la. Concretamente, é mais perigoso o comportamento de quem dirige seu carro a 80 km/h, mesmo sendo essa a velocidade permitida. A chance de um veículo a 80 km/h se envolver em um acidente e causar lesões ou morte certamente é maior do que a de a arma disparar acidentalmente. E se disserem que o homem pode, a qualquer tempo, usar a arma para matar dolosamente, diremos que o motorista também está na posse de um instrumento letal, se quiser. Por que o porte da arma é criminoso, em si, e a condução é permitida? Se a resposta for "porque o motorista está na posse de um objeto lícito e no exercício regular de direito", ela será inválida, porque ela anula o próprio pressuposto da discussão, que é a decisão de criminalizar a posse da arma, transformando-a em objeto ilícito *per se* e punindo-se a conduta de portá-la sem gerar qualquer perigo.

Quanto ao objeto supostamente atingido, a segurança pública, só com muita força de vontade se pode aceitar que a conduta, nesse exato contexto, a tenha periclitado. Seria essa segurança pública, que não foi nem minimamente perturbada, empiricamente falando, um bem ou uma sensação? Se é sensação, deixaria de haver o crime se absolutamente nenhuma pessoa notasse que o homem carrega a arma em uma enorme mochila? Na prática, um homem que porta uma faca de cozinha com a intenção de usá-la pode ser concretamente mais perigoso do que o que leva uma poderosa metralhadora com a adoção dos cuidados de transporte e sem nenhuma pretensão de uso.

⁴⁸⁹ V.G., NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas.** vol. 2. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 21.

Quanto à discussão sobre se a segurança pública pode ser um bem jurídico coletivo, pertencente à sociedade, cremos que a resposta tenha sido dada de modo competente por Schünemann⁴⁹⁰: não há, aqui, mais do que uma **hipostasia**, por meio da qual consideramos real um bem jurídico que é ficcional. "Saúde pública" e "segurança pública" são hipostasias na medida em que correspondem não a uma unidade de saúde ou segurança do povo ou da comunidade, como um todo, mas à saúde e à segurança individual, de cada cidadão.

No fundo, é legítima a tutela da segurança pública não porque ela é um bem, em si, mas porque ela é uma ficção jurídica usada para representar a necessidade de segurança de cada pessoa. A punição da conduta de portar irregularmente armas de fogo pode ser perfeitamente justificada sem essa alusão à periclitância de um bem jurídico, que é exageradamente artificial. Pode-se dizer que a conduta é, simplesmente, **nociva para a pessoa**, pois esse é único o fundamento válido para qualquer criminalização em um ordenamento jurídico que seja efetivamente democrático, ou seja, que tenha a pessoa como fio condutor de todas as suas ações de proteção e de intervenção. A nocividade não recai diretamente sobre o indivíduo, mas sobre o **ambiente social** que ele habita, tornando-o mais inóspito e perigoso, o que, seguramente, interfere na fruição da liberdade. "A razão de se ter uma polícia é a de isso providenciar um modo de proteção mais eficiente do que a iniciativa privada. Nesse sentido, a mera existência de milhões de armas de fogo não registradas, ainda que a maioria seja de propriedade de não-criminosos, é uma ameaça do mais grave dano a todos nós".⁴⁹¹

Novamente, ao lado da declaração da necessidade de que se criminalize o porte ilegal de armas, seguem a crítica e a exigência de qualidade redacional para os tipos penais. Em respeito à premissa da máxima liberdade possível e ao comando da intervenção mínima, estudado em maiores detalhes no capítulo seguinte, é preciso restringir o controle das armas pela via do Direito Penal aos casos estritamente necessários, ou seja, àquelas condutas em relação às quais se pode identificar uma grave queda de qualidade nas condições de convivência intersubjetiva.

⁴⁹⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Trad. Luís Greco (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 60 e seguintes.

⁴⁹¹ FEINBERG, Joel. **Harm to others: The moral limits of the criminal law**. New York: Oxford University Press, 1987, Cap. 5, p. 19. "The point of having police is to provide a more effective protection than private initiative. Furthermore, the bare existence of millions of unregistered handguns even though the large majority are owned by noncriminals, is a threat of the most serious harm to all of us [...]."

Pode-se, por exemplo, em nome de uma preocupação com a excessiva antecipação da tutela penal, exigir que a arma de fogo esteja municada, ou, pelo menos, que o agente tenha munição ao seu imediato alcance. Pois é isso o que causa o transtorno: a possibilidade de que a arma de fogo cumpra seu potencial lesivo, o que somente se realiza mediante a possibilidade de disparo. Caso contrário, não é mais lesiva do que uma pedra e, definitivamente, é menos perigosa do que uma faca de cozinha.

Um conceito material de crime empiricamente orientado, segundo as necessidades de criminalização da sociedade contemporânea, mas ainda assim, com pretensões crítico-limitativas liberais, indica a legitimidade da criminalização do porte ilegal de armas de fogo municadas, de um lado, mas a ilegitimidade da criminalização da conduta de guardar, ainda que desmontada e sem qualquer munição ao alcance, uma arma de fogo no interior de uma residência. Tornam-se igualmente ilegítimas as criminalizações referentes à posse do acessório ou da munição, se desacompanhada de qualquer arma. O grau de abstração a que se tem que recorrer para desenhar o perigo, nesses casos, chega a ser absurdo.

4.4.3.2. O tráfico ilícito de drogas e o terrorismo

No art. 5, XLIII, da CF, determinou-se que não apenas o tráfico ilícito de drogas deve ser considerado como crime, mas como um crime grave, equiparado ao terrorismo, à tortura e aos delitos hediondos, considerados especialmente repulsivos.

[...] a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Novamente, o penalista tem, aqui, dois caminhos.

Primeiro: pode infirmar o dispositivo constitucional com uma série de argumentos filosóficos, calcados nos ideais liberais que pregam os valores máximos da autonomia individual, que refutam o paternalismo estatal e que censuram as intromissões arbitrárias nos estilos de vida individuais. E, convenhamos, em matéria de arbitrariedade, poucas legislações serão capazes de superar as que se referem às drogas, já que a seleção das substâncias proibidas não obedece a qualquer critério coerente (se é a danosidade para a saúde, o cigarro deve ser proibido; se são os efeitos psicoativos e a causação da dependência, as bebidas alcoólicas também devem ser

proibidas). Essa é uma discussão tão importante quanto interessante. Vale lembrar que considerável parte dos argumentos que se podem apresentar para deslegitimar a proibição do consumo da droga (não abrangido pelo mandado de criminalização em questão) tem plena aplicabilidade às condutas relacionadas com a comercialização. Ao proibir-se a venda, está-se negando a autonomia do indivíduo no que tange à decisão de adquirir a droga e de consumi-la. Nem se argumente que a razão da criminalização se apoia na vulnerabilidade de certos consumidores em potencial (crianças, por exemplo). Seria possível criar normas incriminadoras específicas para a venda para esse público. E se alguém disser que o controle seria impossível, então, novamente, que se proibam os cigarros e o álcool, que se submetem a esse exato regime (é lícito o comércio em geral, mas é crime fornecer bebidas alcoólicas e substâncias causadoras de dependência física ou psíquica a pessoas menores de 18 anos, segundo o art. 243 da Lei 8.069/90).

O outro caminho possível é o reconhecimento de que, atualmente, com base em diretrizes político-criminais ditadas pela Constituição (e adotada pela maioria dos países, na comunidade internacional), as teorias do bem jurídico terão um alcance crítico-limitativo mais restrito em nosso país. O tráfico de drogas é crime, e isso traz alguns desdobramentos. Vamos trabalhar com o tipo do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06, para estreitar o campo de análise.

Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Diante desse dispositivo, podemos chegar a duas conclusões. a) ele tem um bem jurídico como objeto de tutela, ou seja, as condutas que realizam esse tipo lesionam um bem jurídico e encerram nocividade para terceiros (*harm to others*); b) ele não tem um bem jurídico como objeto de proteção, de modo que quem realiza a conduta típica será punido sem que esteja gerando qualquer espécie de dano ou perigo, a qualquer pessoa ou instituição que seja, isto é, sem causar um autêntico *harm to others* (já que a decisão de consumo permanece nas mãos dos compradores em potencial).

Se a norma incriminadora referente ao tráfico de drogas, constitucionalmente determinada, não protege bem jurídico algum, a investigação chega seu rápido fim com um sabor amargo. No

Brasil, há crimes sem bem jurídico (ou sem um objeto alvo do *harm*, da nocividade) e as teorias críticas tombam já no começo da batalha.

Isso dificilmente seria dito em voz alta, no entanto. É politicamente correto apontar um objeto de proteção, por maiores que sejam as abstrações que se tenham que fazer daí em diante. Digamos, então, que o tipo que descreve o tráfico ilícito de drogas possui um bem jurídico a ser tutelado. Temos que responder, então, duas perguntas. Qual é esse bem jurídico? A conduta típica descreve a criação de um dano, de um perigo concreto ou de um perigo abstrato para esse bem? O bem jurídico que é tradicionalmente apontado é a saúde pública e o crime em questão é definido como sendo de perigo abstrato. Mas esqueçamos isso por um instante, em prol da reflexão.

Qualquer que seja o bem jurídico que se queira reconhecer como objeto de proteção do tráfico de drogas, certamente não será individual. A uma, porque o crime se aperfeiçoa, por exemplo, com as condutas de "importar", "guardar" e "ter em depósito", dentre outras que se mantêm extremamente distantes do ato da entrega da substância lesiva para qualquer pessoa que seja (e, ainda mais, do seu consumo). Impossível dizer que o ato de importar ou produzir a droga ilícita lesiona ou mesmo periclita o bem jurídico individual "saúde" de uma pessoa consumidora em potencial (que ainda não a adquiriu ou sequer sabe da existência do produto em poder do traficante). A duas, porque, mesmo que se restringisse o tipo aos núcleos (verbos) de entrega (como exportar, remeter, vender, oferecer, ministrar, entregar ou fornecer), existiriam outros obstáculos de difícil transposição. O que faz mal à saúde é o consumo da droga, e não a sua negociação (compra ou venda). E o consumo, em regra, é um ato inteiramente realizado pelo comprador (autolesão). Ou seja, o "ato de execução", que é o que causaria a lesão, é praticado pelo próprio usuário, e não pelo traficante. Caso se queira, aqui, dar um tratamento parecido com o do auxílio ao suicídio (art. 122, CP), além das modificações na redação do tipo, teriam que ser superadas algumas outras barreiras. Pode-se invocar o critério da autocolocação em risco por pessoa responsável, ou mesmo mencionar o consentimento do ofendido, para afastar a imputação. E, se se disser que o consentimento não é válido porque o bem "saúde" é indisponível, teremos que estender o controle sobre cigarros, álcool e até mesmo diversos alimentos ricos em sódio, gorduras saturadas e açúcar, lesivos à saúde dos consumidores. Não se pode, destarte, dizer que o tipo descreve a criação de um dano ou um perigo para a saúde individual de uma pessoa, e nem que pune a participação na autolesão, que pode jamais ocorrer.

Forçoso concluir que o bem jurídico supostamente protegido pelo tipo penal que descreve o tráfico ilícito de drogas é **coletivo**. E qual seria ele? Vamos, primeiramente, com o *textbook*, a resposta ortodoxa, manualesca: **saúde pública**. Admitir a validade de um tipo que tutela a saúde pública, em si, já é reconhecer o alcance limitado do poder crítico das terias do bem jurídico que pretendem restringir a atividade do legislador. É difícil crer na existência de um bem uno, determinado, pertencente ao mundo empírico (o que não pressupõe que seja corpóreo, por óbvio), que se denomine "saúde pública". Parece que "saúde pública" não é mais do que uma ficção, talvez até política e juridicamente útil, mas que não existe como um bem autônomo, derivando-se, na melhor das hipóteses, da soma das saúdes dos diversos indivíduos que compõem a sociedade (é a posição de Schünemann⁴⁹², que fala de hipostasia das saúdes dos indivíduos). Ora, se se pode recorrer a tamanha abstração para legitimar a norma incriminadora, ou se um objeto tão indefinido, amplo e abrangente como a saúde pública pode ser um bem jurídico, praticamente tudo pode sê-lo. Nenhuma diferença, por exemplo, para "fé pública", "paz pública", "segurança pública". Ou seja, admitem-se como bens jurídicos os bens coletivos, os direitos supraindividuais, os interesses difusos, por mais amplos e indefinidos que sejam.

A segunda parte do problema se refere ao aspecto da lesão, ou seja, da exigência da demonstração de uma afetação do bem jurídico. Seja por um dano, pelo perigo concreto ou pelo perigo puramente abstrato - esse último, um dos principais inimigos das teorias críticas dos bens jurídicos. Nesse ponto, em especial, todas as considerações expendidas em relação às teorias do bem jurídico se aplicam ao *harm principle*. Para ambos, é indispensável, para que se reconheça um crime, que se constate o *harm*, seja sob a forma do dano ou do perigo. A ficção a que se tem que recorrer para que se possa afirmar o *harm*, no crime de tráfico de drogas, é tão implausível que seria mais adequado falar-se, em vez de abstração ou hipostasia, em **fantasia**.

Um estudante paulistano adquire de um fornecedor 100 gramas de cocaína e, após tê-los acondicionado em "papelotes" ou "pinos", manteve-os guardados em sua casa até que foram apreendidos pela polícia (que investigava o fornecedor e, com isso, acabou chegando ao estudante). Digamos, para simplificar a questão, que haja confissão do *animus* da traficância (que, diga-se de passagem, é incompreensivelmente dispensado na formulação típica do tráfico). Em que medida se pode afirmar que a conduta desse estudante lesionou a saúde pública? Ou que

⁴⁹² SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Trad. Luís Greco (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 102.

perigo ela criou para esse bem jurídico? A cidade de São Paulo tem 12 milhões de habitantes. Se a saúde pública se refere à soma de todas as saúdes individuais (hipostasia), ou se ela é uma "função" (um compromisso de bem-estar cuja promoção incumbe ao Estado), não importa; é impossível, nesse caso, apontar um dano ou um perigo para esse bem jurídico. Pessoas ou grupos de pessoas tiveram suas saúdes danificadas ou periclitadas? Hospitais e postos de saúde foram abarrotados, comprometendo-se o acesso ou a fruição do sistema público de saúde?

Evidentemente, não é por qualquer dessas razões que se pune a conduta do estudante, mas, sim, porque ela é considerada **presumidamente perigosa**. E assim se procede com relação aos crimes de perigo abstrato, em geral. Sem qualquer exigência de comprovação ou demonstração, e a despeito de todas as considerações empírico-circunstanciais, presume-se - de modo absoluto e inquestionável - que esteja sendo realizado um comportamento que pode vir a causar um dano. Mas veja-se a que nível de complexidade se tem que elevar a presunção para que seja aplicável: é preciso fantasiar que a conduta é capaz de atingir a saúde de um imenso número de pessoas. Não necessariamente todas, é claro, mas necessariamente muitas, se o problema é de "saúde pública". Assim, os 100 gramas de cocaína do estudante são efetivamente capazes de colocar em risco quantos milhares de paulistanos? Se dividirmos os 100 gramas pelos 12 milhões de habitantes, o valor alcançado será capaz de colocar em risco a saúde de alguém? Quantos quilos (ou toneladas) de droga deve o estudante possuir para que chegue a gerar um risco para a saúde pública? É somente recorrendo-se a uma outra ficção, não menos complexa, que se pode persistir na afirmação do perigo: a expectativa de acumulação. "E se" - indaga-se - "muitas pessoas na sociedade tiverem 100 gramas de cocaína em depósito, prontos para comercialização; e se as pessoas efetivamente comprarem; e se elas efetivamente consumirem o produto, não haverá risco?" Note-se que só se chega a pensar em uma situação de efetivo risco se a mais improvável constelação de fatores se alinhar. E, no fim das contas, estamos dependendo muito mais de elementos externos à conduta do agente do que de sua própria ação. É só se muitas outras pessoas traficarem, e tantas outras adquirirem, que começa a se desenhar o perigo.

Podemos alterar o bem jurídico alegadamente tutelado e a situação não se modificará. É muito comum no discurso punitivista policialesco, midiático ou populista, relacionar-se a droga psicoativa não com a saúde pública, mas com a segurança pública. Diz-se que o tráfico move milhões em dinheiro sujo e promove uma criminalidade periférica violenta (homicídios por disputas territoriais e extorsões para cobrança de dívidas). Diz-se, também, que o usuário furta e rouba para alimentar seu vício, e que mata quando está sob efeito das drogas. Ainda que façamos

as concessões necessárias para validar essas generalizações, será que a conduta do tráfico será suficiente para desencadear os riscos para a segurança pública? Novamente: se a segurança é pública, ela se refere a um expressivo número de pessoas e a uma desestabilização geral. As mesmas fantasias exigidas pela saúde pública, ou outras mais elaboradas, são demandadas aqui. No fundo, pode-se até reconhecer que todo crime violento constatado e divulgado repercute negativamente na sensação de segurança da população. Mas daí a dizer que ele atinge a efetiva segurança (que ele aumenta os riscos de que outros crimes venham a ocorrer, em larga escala), há uma enorme distância.

Nossa legislação de repressão ao tráfico ilícito de drogas (Lei 11.343/06) é, segundo a mais benevolente das críticas, pífia. Uma reforma é medida urgente. Dito isso, é possível que se reconheça a necessidade de **algum** controle penal sobre a comercialização de entorpecentes ilícitos. Uma desejável interferência minimalista reduziria consideravelmente a lista de substâncias proibidas, em um primeiro momento. Estabeleceria um critério objetivo de quantidade mínima para a configuração do tráfico, em seguida. E, por fim, e igualmente relevante, adotaria a medida de reduzir a quantidade de verbos (18) previstos no tipo penal do tráfico de drogas, fazendo ali constar, exclusivamente, núcleos que se refiram à comercialização ou um elemento subjetivo do injusto que se refira à exigência da finalidade de mercantilizar a droga.

Como dito, se admitirmos um tipo penal de perigo abstrato, referente a um "bem altamente espiritualizado", que seja em caráter excepcional, em hipóteses restritas e com alto padrão de qualidade na redação.

De todos os mandados constitucionais expressos de criminalização, o que se refere à tortura é o mais facilmente legitimável. A tortura (art. 1º, Lei 9.455/97), correspondente à causação de intenso e prolongado sofrimento físico ou mental para alguém, atinge um bem jurídico pessoal de reconhecido valor. Além de ferir a saúde corporal, tem potencial para danificar de modo sério a saúde mental e, em casos extremos, de conduzir às lesões graves e à morte. Desnecessários maiores comentários sobre a necessidade da criminalização da tortura, especialmente se considerarmos que, em países de realidade periférica, ela é frequentemente empregada pelas próprias forças estatais. Prática, aliás, combatida por Beccaria, no Século XVIII, e que ainda hoje está longe de desaparecer.

Sobre o terrorismo, parece que não deve haver muito espaço sobre a necessidade de alguma forma de tipificação. Mas é matemática a certeza de que a maior parte das tipificações apresentará falhas e exageros altamente perigosos para a liberdade individual. Nossa Lei 13.260/16 é, na mesma linha da legislação antidrogas, extremamente vaga e lacunosa no trato do terrorismo.

Imagine-se a seguinte conduta: um extremista religioso instala uma bomba de alto poder destrutivo em uma igreja. A ideia é a de detonar remotamente essa bomba alguns dias depois, quando o templo estiver lotado de religiosos que, segundo sua concepção, são infiéis e pecadores. O dispositivo explosivo está perfeitamente posicionado e pronto para ser detonado. Na véspera do encontro religioso, no entanto, ele descoberto por alguém e removido pela polícia, frustrando-se o plano de causar a maior quantidade de mortes possível. É viável conviver com a absoluta irrelevância penal desse tipo de conduta? É suportável, em uma sociedade complexa do Século XXI, condicionar a punição de uma conduta dirigida a esse tipo de massacre à efetiva detonação do dispositivo explosivo?

A conduta em questão se subsumiria ao tipo previsto pelo art. 2º, § 1º, I, da Lei 13.260/16⁴⁹³, que tem uma redação deplorável e uma cominação de penas incompreensível, com elevada chance de configuração de *bis in idem*.⁴⁹⁴ Temos esse problema concreto, então: uma legislação de péssima qualidade para cuidar de condutas associadas ao terrorismo. Pelo modo como se trata do assunto, pairam dúvidas sobre se a conduta é de dano ou de perigo; se se trata da punição direta de um ato preparatório ou de uma tradicional antecipação da tutela penal; se o objeto atingido é um bem pessoal do(s) indivíduo(s) exposto(s) ao perigo (vida, integridade física), ou um outro bem supostamente coletivo, como a segurança pública, a paz pública, por exemplo. Precisamos, a bem da verdade, de uma lei inteiramente nova, com dispositivos pensados e planejados para punir o atentado terrorista, em si, de modo desvinculado dos seus efetivos resultados lesivos, mas que conte com uma qualificação ou majoração da pena caso, por exemplo, mortes venham a ocorrer. O que importa, por ora, é que a conduta narrada deve contar com algum tipo de criminalização específica, por duas razões: porque não cremos que seja adequado puni-

⁴⁹³ "[...] usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa [...] Pena - reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência."

⁴⁹⁴ PAVANATTO, Pedro Henrique *et alii*. Terrorismo: análise crítica à lei 13.260/16. IN: SILVA JÚNIOR, José Mário Brem *et alii* (Coords.) **Fórum de Ciências Criminais**. Porto Alegre: Editora Fi, 2017, p. 81.

la como múltiplos homicídios na forma tentada⁴⁹⁵ e porque a finalidade da dizimação massiva de praticantes de determinada religião dá à conduta um sentido próprio, que excede aquele característico dos crimes contra a vida.

É claro que não se defende, aqui a substituição de um Direito Penal que é predominantemente apoiado no dano por ouro que se esteie no perigo. Crimes de perigo devem continuar sendo excepcionais. Tampouco defendemos que se adotem, em relação aos que se definam como terroristas (um rótulo extremamente perigoso, especialmente em países marcados pelos profundos abismos socioeconômicos e por um distanciamento social tão acentuado, principais motores da seletividade penal), um Direito Penal do inimigo, na linha do que sugere Jakobs (breves comentários no item 3.5).

São plenamente discutíveis algumas das opções político-criminais adotadas por nossa defeituosa legislação antiterrorismo (Lei 13.260/16). Destacamos, dentre outras, a criminalização da pura associação ou pertencimento a um grupo definido como terrorista, sem que se aponte ao menos alguma prática criminosa que tenha sido efetivamente iniciada (art. 3^o⁴⁹⁶). E, também, a criminalização dos atos preparatórios do atentado terrorista (art. 5^o⁴⁹⁷), que, além de constituírem uma exagerada antecipação da tutela penal, ampliam a "zona cinzenta" que delimita a área do penalmente punível de modo absurdo, permitindo até a eventual sanção da cogitação. Se uma pessoa começa a montar uma bomba e, antes de instalá-la, já é punida, antecipa-se a tutela penal para o ato preparatório antes da mais remota criação de dano ou perigo para qualquer bem jurídico, o que é inadmissível. Mas, pior do que isso, é conceber que se puna a coleta de informações sobre os ingredientes e o procedimento de criação da bomba, condutas que podem ser vistas como preparatórias, mas que podem, na prática, pertencerem apenas ao campo da cogitação - ou até da mera curiosidade inocente, a bem da verdade.

⁴⁹⁵ Mesmo se usarmos a teoria objetiva com a correção do "plano concreto do autor" - talvez, a melhor opção atualmente, em termos de teorias referentes à determinação do início da execução - não haverá clareza quanto à superação da fase de preparação, já que não se trata de uma bomba relógio, mas de um dispositivo cuja detonação dependeria da ulterior ação de detonamento remoto por parte do autor. Para análise crítica das teorias em questão, ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alii*. **Derecho Penal**: Parte General. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 824-829.

⁴⁹⁶ "Promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista: Pena - reclusão, de cinco a oito anos, e multa."

⁴⁹⁷ "Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito : Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade [...]".

Como se vê, criminalizar o terrorismo - entenda-se, o **ato terrorista**, consistente na adoção de uma conduta comissiva no sentido de causar destruição em massa - é algo praticamente obrigatório, mesmo sem a previsão Constitucional. Como fazê-lo de modo simultaneamente eficiente e comedido é o grande desafio. Mas, como dito, um desafio mais relacionado com a específica atividade da redação típica, que deve, dentre outros cuidados, impedir que se criminalizem movimentos sociais e atos de resistência ao autoritarismo. Não se deixa de ter, no entanto, mais uma criminalização de algumas formas de perigo e mais uma tutela de bens "coletivos" (hipostasiados ou espiritualizados), o que representa outro golpe na pretensão crítico-limitativa infalível que se nutre em relação ao conceito de bem jurídico.

4.4.3.3. A perigosidade no trânsito

Dois condutores fazem uma aposta: o primeiro que chegar a determinado ponto, do outro lado da cidade, receberá considerável valor em dinheiro. Dá-se início à disputa, com ambos os motoristas imprimindo altas velocidades em diversos trechos movimentados da via pública, repletos de pedestres e de outros condutores. Após uma série de ultrapassagens perigosas, mudanças de faixa sem sinalização e avanços com semáforo fechado, um deles entra muito rápido em uma curva e, perdendo o controle, bate em um poste situado próximo a um ponto de ônibus que se encontrava lotado. Não existisse ali o poste, a trajetória do veículo teria sido outra, segundo a perícia, e o condutor teria colhido uma dezena de pessoas que aguardavam o transporte coletivo.

Em local bem afastado dali, em região periférica da cidade, dois amigos decidem fazer competição semelhante. Às 3h da madrugada, em uma reta com perfeitas condições de visibilidade e absolutamente nenhuma presença de pedestres e veículos, aceleram seus carros em direção a um certo ponto combinado. Um deles, que não conseguiu frear a tempo, colidiu com um muro. Ninguém ficou ferido.

Nos dois casos, temos agentes que conduzem seus veículos enquanto realizam competição automobilística não autorizada. Além disso, em ambos os casos, ninguém saiu ferido. Ainda assim, há uma clara diferença entre eles. No primeiro caso, a atividade dos condutores foi visivelmente perigosa, geradora de risco para uma considerável quantidade de pessoas que se faziam presentes pelos trechos do trajeto em que foi mantida a disputa. No segundo, pelas

circunstâncias e condições do local, ninguém correu risco de se ferir (a não ser os próprios condutores, o que alteraria as lentes de análise para o critério da autocolocação em risco).

Faz sentido que se proíba, criminalmente a primeira conduta. Mas, seguramente, é ilegítima a criminalização da segunda, se levarmos a sério a influência que as diretrizes do minimalismo e da intervenção mínima devem exercer sobre um conceito material de crime que tenha finalidades críticas.

De fato, mesmo que se questione muito acerca do conceito de "segurança no trânsito" ou da "natureza jurídica" desse objeto, parece não haver dúvidas sobre a necessidade do controle de condutas que aumentem exponencialmente as já consideráveis chances de acidentes que se fazem presentes no tráfego viário das grandes cidades.

O trânsito de veículos automotores encerra alguns riscos que são virtualmente inelimináveis. Sem a necessidade de explicações mais aprofundadas, consideremos esse "coquetel" de elementos: velocidade, distrações naturais, condições climáticas e de visibilidade, panes mecânicas. O quanto se eleva a perigosidade do trânsito se adicionarmos a esse *mix* a embriaguez e as competições clandestinas? Em cidades de maior porte, a imensa maioria das pessoas se expõe aos riscos do trânsito em algum momento, e muitas delas o fazem em doses diárias. Mesmo quem não dirige, acaba exposto por tomar um táxi, um ônibus ou, até, como pedestre ou ciclista, locomovendo-se pelas calçadas da cidade e atravessando as avenidas. Qual seria a queda de qualidade na vida das pessoas que moram em cidades com tráfego intenso se as condições de perigo desse contexto fossem drasticamente elevadas?

Lembrando Schünemann, citado acima, não há um bem coletivo que se possa denominar "segurança no trânsito". Trata-se de uma hipostasia, e o que se tem, na verdade, é a segurança individual, de cada cidadão, sendo "promovida" ou convertida em um bem maior, de interesse coletivo. De qualquer forma, tratando-se de um bem jurídico individual ou coletivo, de uma realidade ou uma sensação, o fato é que o trânsito faz parte das vidas das pessoas e o aumento da sua periculosidade impacta de modo muito negativo o seu habitat. Dito de um modo mais simples, se qualidade de vida costuma cair, nas grandes cidades porque o trânsito intenso costuma subtrair horas do precioso tempo diário das pessoas, que dizer da elevação dos já consideráveis riscos típicos desse trânsito?

Uma criminalização que tenha por fim coibir a geração desse perigo no trânsito assume um ponto de partida potencialmente legítimo, pois estará a cuidar da preservação de algo que é importante para a pessoa. Seja isso um bem jurídico ou não. Seja um objeto de titularidade individual ou coletiva. De modo algum significa, no entanto, que não se devam impor uma longa série de restrições à criminalização dos perigos, especialmente se eles forem juridicamente classificáveis como abstratos e, portanto, independam de efetiva demonstração empírica.

Acertou nosso legislador ao prever, no tipo do art. 308 da Lei 9.503/97⁴⁹⁸ (Código de Trânsito), que o crime apenas se configura se a conduta gerar "situação de risco à incolumidade pública ou privada". Controlar o trânsito é interferir de maneira direta, ativa e frequente nas vidas das pessoas, tendo em vista o quanto essa atividade se faz presente no cotidiano da maioria delas. Nada mais razoável do que exigir-se a criação de um perigo concreto, para que se evite a banalização do uso do Direito Penal para cuidar de transgressões plenamente abordáveis pelo Direito Administrativo, por exemplo. Essa subsidiariedade é uma das diretrizes centrais do sistema penal de um Estado democrático, e deve surtir seus efeitos no conceito material de crime.

Não se pode admitir o Direito Penal como instrumento de aperfeiçoamento social ou individual, ou como pura ferramenta "pedagógica". Isso será enfatizado no último capítulo, mas condutas desviantes que não sejam efetivamente nocivas (danosas ou perigosas) não podem ser objeto de criminalização. Por isso, o "Direito Penal do trânsito" deve ser minúsculo. Ele não se presta à função de castigar infrações e imprudências quaisquer, mas, somente, aquelas que se situem no núcleo das mais graves, e que não possam ser objeto de controle das outras áreas do Direito.

Se o tipo penal referente à conduta que popularmente se denomina "pega" ou "racha" (art. 308, Lei 9.507/97) configura acerto pela exigência do perigo concreto, o da "embriaguez ao volante" (art. 306⁴⁹⁹) segue em direção oposta, por dispensá-lo. Verdade seja dita, a redação está longe de ter qualidade devida, mas compete à jurisprudência a maior porção da responsabilidade pelo tratamento da direção de veículo automotor em condição de embriaguez sob o esquema do perigo abstrato.

⁴⁹⁸ "Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, gerando situação de risco à incolumidade pública ou privada [...]".

⁴⁹⁹ "Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência [...]".

O tipo penal não deixa clara a exigência de risco, mas menciona a necessidade de que o condutor esteja com a "capacidade psicomotora alterada", pelo menos. A jurisprudência pode considerar a expressão como uma referência para o perigo concreto, estabelecendo uma relação entre a criação de riscos reais e a efetiva alteração da capacidade psicomotora. Diferentemente disso, contentam-se os julgados, em sua maioria, com a constatação da intoxicação do condutor pela substância psicoativa, fazendo a partir desse dado uma dedução matemática no sentido de ser a conduta, nessas condições, necessariamente perigosa.

Uma pessoa assume a direção de seu veículo automotor após haver ingerido grande quantidade de bebida alcoólica, o que é atestado por aparelho próprio ("etilômetro"). Ela foi parada por um policial de trânsito, às 4h da madrugada, enquanto cochilava em seu veículo. Vinha de um bar que fica a duas quadras da sua casa, e passava por via de pouca circulação de pessoas e veículos, especialmente nesse horário. Por qual razão se haveria de usar o Direito Penal em um caso assim? A punição, aqui, é da má conduta, desconectada de modo absoluto da chance concreta de causar um resultado lesivo a algum objeto que seja valioso para alguém.

Como suma, após a exposição desses "exemplos condutores", fica claro que é muito difícil abrir mão, em definitivo, de todos os tipos de criminalizações que sejam desprovidas do referencial material da lesão ao bem jurídico, ou do *harm to others*. E não há muitas opções. É aceitar que são necessárias algumas tipificações dessa estirpe ou arcar com a irrelevância penal de condutas potencialmente nocivas para itens de alto valor. Quaisquer que sejam os nomes que se lhes deem (bens, valores, interesses, estados de coisas, funções), o que está em jogo é a manutenção do formato democrático de governo, com a consequente preservação de suas instituições e seu núcleo de proteção dos direitos e garantias fundamentais; ou a preservação das boas práticas no exercício das funções públicas; ou a proteção do meio ambiente contra degradações dolosas levadas adiante por pura ganância.

A última possibilidade é a de simplesmente "fabricar bens jurídicos" e organizá-los em categorias inconciliáveis sob uma mesma rubrica, no intuito de manter ativa a sensação de segurança que deflui das teorias críticas do bem jurídico e da versão original do *harm principle*.

Abrir mão de conceitos de bem jurídico ou de *harm to others* que sejam supostamente perfeitos, definitivos e capazes de cercear *ex ante* a atividade criminalizadora estatal na medida certa, isto

é, contendo abusos e permitindo uma modernização da intervenção penal, não é descartar um ideal liberal. É desfazer-se de uma ilusão.

O projeto liberal continua, e deve ser implementado. É um projeto de **racionalização das normas penais**, para que sejam compatíveis com o modelo do Estado democrático de Direito e, mais amplamente falando, com o estágio atual de afirmação histórico-cultural das invariantes axiológicas da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da irrecusabilidade dos direitos e garantias fundamentais. A filtragem de legitimidade deve existir, mas ela não se apoiará unicamente em palavras mágicas como "bem jurídico" ou "*harm to others*", mas, sim, em um conjunto de medidas teóricas e práticas que serão melhor especificadas no capítulo seguinte.

5. A RACIONALIZAÇÃO DAS NORMAS PENAIS INCRIMINADORAS E O PROBLEMA DOS ABUSOS DO PODER ESTATAL DE CRIMINALIZAR

5.1. Ajustando as expectativas em relação a um conceito material de crime. 5.2. O que é racionalizar e por que isso é importante? 5.3. Como racionalizar: as medidas em prol de um sistema de contenção dos abusos do poder estatal de criminalizar. 5.3.1. Primeira medida dogmática: o discurso antipunitivista e os princípios político-criminais de um Estado democrático de Direito. 5.3.2. Segunda medida dogmática: a integração das ciências criminais e o fortalecimento do discurso crítico e antipunitivista 5.3.3. Medidas legislativas: as emendas constitucionais para previsão expressa do conceito material de crime e para a instituição de procedimento especial para a elaboração de normas penais incriminadoras.

5.1. AJUSTANDO AS EXPECTATIVAS EM RELAÇÃO A UM CONCEITO MATERIAL DE CRIME.

Não se pode dizer que o Direito Penal seja essencialmente mau. Isso, aliás, seria totalmente contraditório em relação às premissas filosóficas anti-ontológicas que adotamos ao longo do trabalho. Inegável, porém, que a mais superficial das observações empíricas deixará muito evidente que o sistema penal, nos mais diferentes lugares e épocas, foi usado como instrumento de dominação e perseguição. Por tratar-se da expressão do poder estatal que é mais potencialmente lesiva para as liberdades dos seres humanos, há motivos de sobra para que seja colocado sob suspeita.

Se considerarmos a composição e o nível de desumanidade dos sistemas prisionais dos países de realidade periférica, veremos que as sanções penais de hoje não ficam a dever muito, em termos de crueldade, em relação àquelas do medievo. E, o que talvez seja ainda pior: nossas leis, embora carimbadas como democráticas, não raras vezes são redigidas sob uma mentalidade pré-iluminista que costuma ser chancelada pela jurisprudência, cada vez mais abstêmia em relação a qualquer papel crítico.

Ao examinar com cuidado a Parte Especial dos Códigos e as leis extravagantes dos países com as principais características de subdesenvolvimento, como a desigualdade socioeconômica, a corrupção sistêmica, o desemprego e as estatísticas relativas à criminalidade violenta, dentre outras, veremos que um Direito Penal opressor não é coisa de um passado distante. Há normas penais em vigor que seguramente combinariam muito com o Direito Penal nazista ou fascista. Ou que nos lembrariam algumas das leis que julgamos tão condenáveis, típicas de Estados fundamentalistas (exemplos no Capítulo 2).

A história das criminalizações e das penas justifica a insistente busca por uma forma de contenção dos abusos. **É preciso limitar.** Em primeiro lugar, pensando em um panorama geral, porque há um padrão ético internacionalmente dominante que, embora não se possa dizer que seja bom em sua essência, ou que seja o único efetivamente correto, corresponde a conquistas históricas alcançadas à custa de muita dor e consagradas por muitos povos. Em segundo lugar, nos países em que há a adoção de um modelo democrático e uma Constituição garantidora dos direitos fundamentais, pela exigência de que o Direito e todos os seus produtos, as normas jurídicas, guardem estrita afinidade com os princípios e os fins de um Estado comprometido com a promoção da liberdade e da igualdade, nas maiores medidas possíveis. A questão, diante disso, **é como limitar.**

Dizer que o conceito material de crime será ditado diretamente por princípios político-filosóficos humanitários, ou pelas próprias premissas de um modelo democrático de Estado, é insuficiente. É um ponto de partida, é claro. Obrigatório, aliás, se houver pretensão de coerência. Mas a textura desses discursos não permite que se obtenha um conceito claro o bastante para que se considere efetivamente útil. E, por utilidade, entendamos, nesse ponto, a possibilidade de surtir efeitos no plano jurídico, invalidando normas penais consideradas abusivas.

A ideia do crime como um comportamento que produz uma lesão a um bem jurídico é bem-intencionada e tem um valor irrecusável para a história da dogmática penal. Mas, como mecanismo de controle crítico-limitativo da intervenção penal, está exaurida. E é interessante que se considerem o desapego e a troca de paradigma. Porque não se sabe o que é “lesão” (se abrange só o dano, ou também o perigo concreto, ou até o perigo abstrato) e porque, definitivamente, não se sabe o que é “bem jurídico”, esse conceito mult centenário vago a ponto de admitir plena manuseabilidade pelos mais diversos e antagônicos discursos – do mais garantista ao mais punitivista, do mais liberal ao mais opressor. O bem jurídico pode ser qualquer coisa. Um valor, um bem, uma ideia, um conceito, um interesse, público ou pessoal. E pode ser invocado, paradoxalmente, pelos que querem denunciar a arbitrariedade de uma norma penal e pelos que querem demonstrar sua legitimidade.

A romântica precisão conceitual por meio da qual se construiria uma barreira intransponível para os abusos do legislador penal somente pode continuar a ser perseguida se o combustível usado nessa jornada for a mais inabalável crença ontológica. Talvez a fala incomode, assim como Nietzsche nos disse que incomoda a insegurança de existir em um mundo que não conseguimos

controlar. Conceituar é isso: é dominar, controlar, ajustar a coisa a nós mesmos, às nossas ideias. Um conceito material definitivo de crime não fugiria a essa regra. Continuará a ser uma invenção humana em busca de uma ilusória sensação de segurança. Uma segurança total que nunca existirá.

Se não há condutas essencialmente boas ou más e universal e atemporalmente éticas ou antiéticas, não há “o” conceito material de crime. Isso não significa que não seja possível delinear “um” conceito material de crime que seja crítico-limitativamente útil.

Como vimos, não há um “delito natural” (Zaffaroni) e essas características da conduta não estão na natureza, nem fazem parte da essência de um conceito ideal de crime, como supõem as visões ontológicas clássicas. O crime – ou, mais precisamente, o processo de criminalização – é fruto de uma decisão política, levada adiante com estratégias declaradas e ocultas. Uma vez que não se podem invocar as verdades absolutas de um mundo ético supraconstitucional, o melhor que se pode fazer é criar um procedimento para a decisão de criminalizar que seja adequado ao *status* de dignidade histórico-culturalmente fundamentado e aos projetos do modelo de Estado democrático.

Não é suficiente fazer coincidir a decisão estatal de criminalizar com a opinião da maioria dos súditos. Como vimos anteriormente, a maioria pode ser muito tirânica, e inclusive, por intolerância, pode pretender atormentar os diferentes ou suprimir as minorias. O conceito contemporâneo de democracia pressupõe mecanismos de proteção das minorias contra as majorias. Isso faz com que tenhamos uma **área do não-criminalizável**, certamente. Encontrar essa área é um imenso avanço. Já sabemos, por exemplo, que as criminalizações que forem identificadas como puras expressões de intolerância ou como meios de perseguição dos diferentes, dos excluídos e dos minoritários, são inaceitáveis.

É claro que não se pode esperar que os autores das leis preconceituosas e intolerantes venham a declarar os reais fundamentos de suas decisões políticas. Até mesmo em um ambiente totalitário, o ideal para o governante é que faça suas ideias e decisões parecerem justas e racionais. Não se pode matar judeus porque são prósperos ou diferentes. É preciso desumanizá-los discursivamente, transformando-os em pragas, em seres inferiores com costumes imundos e nocivos, para a que a decisão de extermínio faça sentido. A adesão é muito maior. Por isso, sempre que uma lei abusiva surgir, ela será blindada com um discurso de necessidade e

eficiência, negando-se, por óbvio, a arbitrariedade que representa e a sua incapacidade de propiciar os efeitos sociais prometidos. Essa dinâmica é inevitável. O discurso retórico-estratégico é indispensável para os políticos, que devem contar com a aprovação da maioria para que permaneçam em suas posições de poder. Se não se pode esperar uma sinceridade suicida do discurso político, declamando suas reais intenções, a desnecessidade das intervenções e o caráter puramente simbólico que elas têm, o que se pode fazer é submeter essas leis a um filtro externo de legitimidade. É, mais uma vez, um filtro de linguagem. A doutrina e os Tribunais devem dispor de ferramentas para “testar” as decisões legislativas. Alguns desses testes serão inconclusivos. Não será possível desautorizar a decisão democraticamente amparada com base em opiniões e preferências. Mas há aquelas testagens que farão prova simples e contundente da desconformidade das decisões com os parâmetros do sistema democrático, e isso deve ser suficiente para que se tenha uma superação, um *overruling* da decisão dos representantes políticos, em nome dos próprios interesses democráticos.

Não se pode, assim, simplesmente decidir, sem qualquer apoio popular, sobre o que se deve criminalizar. Isso não é democrático. Mas não se pode, tampouco, apenas consultar a população para que, diante do resultado da pesquisa, criminalize-se aquilo que a maioria desejar. Também é antidemocrático. Na verdade, a "vontade do povo" é a vontade da parte mais ativa ou mais dominante do povo, que se impõe como maioria. E a tirania da maioria, com o tempo, passa a ser temida como um absolutismo qualquer, “geralmente incluída entre os males contra os quais a sociedade deve manter-se em guarda”.⁵⁰⁰

Se consultarmos a população, talvez constatemos que a maioria dos brasileiros é contrária aos tipos penais dos crimes tributários, e a favor da criminalização das relações incestuosas entre adultos. Argumentos pró e contra saltarão de pronto, com frequência, e com paridade de adeptos. Festejam-se os tipos dos crimes tributários, porque “só assim o brasileiro pagaria impostos”, ou censuram-se, “pois o governo é corrupto e os impostos não retornam sob a forma de benefícios”. Alguns dirão que as relações incestuosas são pecaminosas, antinaturais, nocivas à formação do caráter, causadoras de escândalo público, geradoras de influências negativas sobre crianças e adolescentes, ou que são essencialmente más porque, se realizadas por todos, levarão à extinção da espécie humana por ausência de reprodução qualificada e saudável. Outros retrucarão que as

⁵⁰⁰ MILL, John Stuart. **On liberty**. E-book Kindle, pos. 62; 72. “[...] generally included among the evils against which society requires to be on its guard”.

práticas, orientações e preferências sexuais pertencem ao plano da intimidade, expressam um aspecto do ser, uma concepção de vida, uma realidade existencial intangível na medida em que não é capaz de causar prejuízo a qualquer pessoa que seja. Por mais que concordemos com a segunda linha, postas de lado as ontologias, não se pode dizer que seja a mais cristalina representação da verdade.

Note-se a dificuldade: não é possível extrair o conteúdo do que é criminalizável das leis da natureza e das verdades éticas eternas, e nem diretamente da opinião popular majoritária. O equilíbrio entre a proteção do constitucionalismo contemporâneo aos direitos fundamentais e a vontade popular em que se funda a democracia é muito delicado. A tensão é constante. Quem ditará os exatos limites da atividade estatal de criminalizar? Quem dirá precisamente o que pode ser criminalizado? Como resolver, por antecipação, o que pode vir a ser punido, com ou sem o apoio popular? É possível deixar pronta uma “lista” das condutas legitimamente criminalizáveis?

Criminalização ou legalização da eutanásia, do aborto, da posse de droga para consumo pessoal, do exercício ou da manutenção de casa de prostituição, da comercialização da pornografia, do discurso do ódio, do jogo ilegal, do perjúrio e tantas outras suscitarão aguerridos e habilidosos defensores e críticos. A legalização da eutanásia homenageará a dignidade da pessoa humana, ou será sempre um erro diante da invalidade do consentimento em relação a um bem jurídico indisponível. O produto da concepção tem um valor existencial em si, ou a punição do aborto é fruto de uma dominação patriarcal que nega à mulher o direito de mandar em seu próprio corpo. As drogas adoecem moralmente a sociedade, limitam a produtividade das pessoas, levam ao cometimento de crimes e sobrecarregam o sistema público de saúde, ou a decisão que as proscreeve é invasiva e paternalista por punir a autolesão, além de ser sempre arbitrária, porque determinadas drogas até mais lesivas do que as que foram banidas são comercializadas livremente. A prostituição e a pornografia corrompem os valores morais e levam à perversão dos costumes sexuais e à depreciação do feminino, ou são expressões da liberdade sexual que se referem ao plano mais íntimo e só podem ser regulamentadas, não proibidas. O discurso do ódio subverte as bases ideológicas em que se funda a democracia, ou deve ser tolerado porque um dos mais cruciais princípios democráticos é o da liberdade de expressão. O jogo ilegal geralmente envolve sonegação fiscal e lavagem de capitais e gera uma criminalidade periférica perigosa, ou é uma medida de controle de costumes apenas porque se está a rivalizar com as loterias promovidas pelo próprio Estado. O réu deve ter direito ao silêncio, mas dar-lhe o direito de mentir livremente frustra os fins do processo, compromete a busca da verdade real e é uma

concessão explícita à desonestidade, ou faz parte do direito sagrado de autodefender-se, decorrente do instinto de preservação da liberdade e da vida que habita cada ser humano.

É importante que seja assim. Que existam debates e divergências. Os discursos de apoio e de censura devem poder influir nas decisões dos legisladores, de criminalização e descriminalização. Mas a efetiva invalidade de uma lei deve se apoiar em parâmetros bem mais seguros e estreitos do que as opiniões, por mais robustas que elas sejam.

Forjar um conceito material de crime e dizer que características um comportamento deve apresentar para que possa ser considerado como um delito é um projeto indiscutivelmente audacioso. E não cremos que seja exequível, em toda a sua extensão, ou que possa, como uma medida isolada, entregar os resultados esperados. Como não é possível dizer, *a priori*, o que pode e o que não pode o legislador criminalizar, é preciso ter bem definido, e de modo realista, o objetivo que se quer e que se pode alcançar com um conceito material de crime. Se a meta é o controle total de conteúdo das normas penais e a apresentação de respostas antecipadas para as celeumas, o prenúncio é de fiasco. Vamos voltar às origens iluministas. Leis abusivas incomodaram os pensadores, e o conceito material de crime é uma **reação** a essas leis. O que se deve buscar, assim, não é essa cartola mágica de onde sairão todas as decisões de criminalização legítimas, mas, ao revés, um filtro no qual ficarão retidas as normas incriminadoras **irracionais**. Ora, se uma lei é racional, e foi devidamente elaborada e aprovada sob os ditames do devido processo legislativo democrático, simplesmente não faz sentido bani-la do sistema com base em opiniões e preferências. Em contrapartida, se uma lei é efetivamente irracional, negar-lhe validade é uma verdadeira obrigação.

Parece que chegamos a um ponto um pouco mais seguro. O que motiva a busca por um conceito material de crime é a irracionalidade de algumas das decisões políticas. Já se trata de uma expectativa mais realista para o instituto dogmático que se quer construir: exercer um tipo de controle crítico que conduza à eliminação das normas penais irracionais. Pode-se dizer, então, que a elaboração de um conceito material de crime é parte de um plano mais abrangente de **racionalização dos tipos penais incriminadores**.

5.2. O QUE É RACIONALIZAR E POR QUE ISSO É IMPORTANTE?

Um eventual conceito material de crime poderá nos ajudar a encontrar, no máximo, e sempre com algum grau de discutibilidade, pela própria característica da volubilidade da linguagem, o que não poderia ter sido criminalizado. Muito simples compreender isso: a dança das palavras e conceitos nunca para. Nossa preocupação é com encontrar as leis abusivas, mas o que é “abusivo”? As limitações do conceito apenas inquirirão de ilegitimidade as leis absurdas, mas, afinal, o que é absurdo? Podemos trocar de palavras mais mil vezes, referindo-nos a leis injustas, opressoras, inúteis, preconceituosas, seletivas, desnecessárias, sem encontrar segurança ou unanimidade em relação a qualquer desses atributos.

É preciso lembrar o que foi dito no capítulo anterior. Palavras não são boas ou más, positivas ou negativas. Não trazem sentidos imanescentes, nem são capazes de conduzir a uma interpretação inequívoca, por mais que nos empenhemos em busca de precisão. Palavras são porosas e polissêmicas, e mesmo os conceitos mais tradicionais e consolidados estão sujeitos a essa instabilidade. Termos como “razão” e “racionalidade” não escapam a essa regra.

Apesar de ser amplamente cultuada, especialmente pela filosofia ocidental, a razão é um produto da linguagem. Ela não existe. É uma palavra inventada para designar uma ideia. Não há concordância quanto ao que seja e quanto aos atributos que possui. Se vemos verdadeiro grau de adoração pela razão, em Kant, encontramos proporcional nível de desprezo e zombaria, em Nietzsche. Esse é um tema pelo qual não podemos nos aventurar. Atravessa milênios e habita os mais profundos estudos e reflexões filosóficas.

Por isso, a tarefa seguinte dessa pesquisa simplesmente não pode ser a de conceituar filosoficamente a “razão”, de definir suas propriedades imanescentes ou a de criar reflexões sobre se ela é um atributo essencial à natureza humana. O que nos resta é, apenas, conceituar “razão” e “racional” para os específicos fins a que se destina essa tese de doutoramento.

Para os específicos fins a que se destina esse trabalho, a razão é uma faculdade do intelecto que nos permite não apenas assimilar e processar os estímulos sensoriais, formando ideias e conhecimentos (precários), mas que é usada para orientar o pensamento na tomada de decisões, nos juízos de valor e no estabelecimento de planos de ação. Com a *venia* dos autores excessivamente otimistas, entendemos que ela seja instrumental, e não uma bússola de

navegação infalível cuja agulha está sempre apontada para o sumo bem, como acredita Kant. Se o seu uso é positivo ou negativo em cada caso, e se ela promove o bem ou o mal, somente se pode dizer com base em uma dada chave de análise axiológica, e não com base em parâmetros universais.

Racional, por sua vez, é o que se constrói por meio da razão, é o que se elabora ou realiza com o respeito às suas exigências de qualidade. Impossível elencar todas as propriedades da razão para, só então, dizer o que é racional. A razão teria que ser um ente do mundo, e nós teríamos que ter aparelhos cognitivos perfeitos e infalíveis para essa tarefa. É viável, no entanto, estabelecer características ou condições que comprometem ou descaracterizam a racionalidade segundo entendimentos que são amplamente compartilhados pelas pessoas. Assim acontece com a linguagem, não poucas vezes. Se reuníssemos cem filósofos em uma sala, com lápis e papel à mão, e lhes pedíssemos que definissem “razão” em até dez linhas, muito provavelmente teríamos cem conceitos que, apesar de guardarem pontos de convergência e conexão, seriam diferentes. Se realizarmos o mesmo teste com pessoas leigas, que nunca leram uma obra filosófica na vida, o quadro, se se alterar, será pouco. Se apresentarmos, no entanto, para qualquer dos dois grupos alguns casos concretos, indagando-lhes se a ação realizada é racional ou irracional, a maior probabilidade é a de que, excluídos os casos de inimputabilidade, haja uma concordância de cem por cento.

Para o início da conversa, devemos recordar brevemente o que foi dito no Capítulo 2. Como um ser pertencente ao plano sensível, as leis da natureza, identificadas pelo conhecimento (ou, com uma correção terminológica mais cética, criadas pelo conhecimento precário), vinculam a pessoa e, de certa forma, impelem a razão em certa direção. Conhecendo as leis da gravidade e da ação e reação, os princípios da combustão, da interação de determinadas substâncias químicas, das diferentes densidades das matérias etc., viver contrariamente ou à revelia dessas informações não é uma atitude racional. No campo da ética, no entanto, não é possível compelir a razão a aceitar como verdade uma específica orientação. Estamos trabalhando com o mundo das leis morais, que são fruto da autonomia do ser humano, isto é, da capacidade do homem de criar leis morais para si mesmo. Essa compreensão é crucial para que se construa um conceito material de crime que seja, ao mesmo tempo, criticamente útil e ajustado à realidade empírica. Ele não poderá entrar nos méritos éticos das decisões legislativas por meio das quais se criminalizam as condutas, mas, apenas, submeter a escrutínio a racionalidade dessas decisões enquanto **planos de ação político-criminais**.

Diante do que se disse, não deve haver polêmica sobre a irracionalidade da decisão de esquentar um prato de refeição em um freezer, ou de escolher uma bicicleta para deslocar-se do Brasil à Austrália. Desde que se saiba que o aparelho, quando ligado e em pleno funcionamento, reduz a temperatura dos alimentos, se o que se pretende é elevá-la, a utilização do freezer é contraditória e irracional. Do mesmo modo, se se sabe que Brasil e Austrália estão separados por mais de 15 mil km de oceano, a escolha de uma bicicleta “tradicional”, que não voa, nem flutua, se mostrará flagrantemente irracional.

Assim como se classifica como irracional a conduta de quem, diante das propriedades do cianureto atualmente reconhecidas pela ciência, ingere-o com o fim de fortalecer a saúde, como se vitamina fosse, é irracional a decisão de criminalizar que impede ou dificulta o alcance dos objetivos igualitários, libertários e emancipatórios estabelecidos pelo nosso Estado democrático de Direito. É certo que, a qualquer momento, o conhecimento sobre o cianureto pode se renovar, surgindo como nova verdade que, se ingerido em determinada dose, ou em conjunto com outra substância, ele perde suas características destrutivas e se torna tonificante. Igualmente, podemos ter uma redefinição de parâmetros político-ideológicos segundo os quais a igualdade passe a ser um valor ultrapassado, deixando de ser proscria uma determinada norma considerada discriminatória ou seletiva (pouco provável, felizmente). Perceba-se, portanto, que a razão é instrumental, e que a avaliação de uma conduta como racional ou irracional se realiza à luz de determinadas premissas, que podem acabar mudando. Mas há um elemento comum, estável, confiável, que é a **coerência**. Uma decisão ou plano de ação que, em vez de ajudar-me a alcançar um fim proposto, impede-o ou o dificulta, é irracional. Pode-se afirmar, com boa dose de segurança, que **ideias contraditórias são irracionais**. Não à toa o mais elementar dos princípios do raciocínio lógico é o da não-contradição – “A” não pode ser igual a “não A”.

Racionalização das normas penais, diante do que se disse, é a conformação dos tipos penais incriminadores à axiologia e à teleologia da constituição, que, em um Estado democrático de Direito, como é o nosso caso, está centrada no respeito e na promoção dos direitos fundamentais, com inegável destaque para as liberdades que são de dimensão individual. Um conceito racional de crime assegura que as normas se mantenham fiéis e consentâneas com o projeto que lhes deu origem, e é isso o que de melhor se pode esperar de um instituto dogmático, já que nada ou ninguém terá a resposta para a pergunta sobre quais são as específicas condutas que se podem punir em uma democracia.

De início, um exemplo de decisão de criminalização irracional é o da que impede ou dificulta que se alcancem os objetivos constitucionais da construção de uma "sociedade livre, justa e solidária; da erradicação da pobreza e da marginalização, e da redução das desigualdades sociais e regionais; ou ainda da promoção do "bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (art. 3º, CF).

Mas estamos, ainda, tateando no escuro, diante da exagerada abertura e da indeterminação das expressões usadas pela Constituição. As mais diferentes ideias surgirão para que se alcance uma sociedade "livre, justa e solidária". Seria viável, para o alcance desse fim, o confisco e a distribuição dos bens e propriedades dos mais ricos para os mais pobres? Se a ideia é a de "promover o bem de todos", e sabemos que o cárcere é torturante e indigno (especialmente no caso brasileiro), não seria o caso de colocarmos em imediata liberdade todos os condenados?

Não há parâmetros seguros quanto ao que seja "justo" ou, menos ainda, quanto ao que se deva fazer para alcançar o "bem de todos". No fim, só o que temos como parâmetro é uma extensa lista de direitos fundamentais e a promessa constitucional de que eles serão não apenas respeitados, mas promovidos pelo Estado. Nesse contexto, a decisão de criminalização irracional é aquela que impede ou dificulta o exercício ou a promoção de um direito fundamental. Mas não seriam praticamente todas as intervenções estatais uma forma de restrição dos direitos fundamentais? Isso não nos conduziria a ter que reconhecer a invalidade de todas as normas penais, por exemplo, já que são as que mais duramente atingem os direitos fundamentais mais elementares?

A única saída para que se mantenha a racionalidade, em casos como esses, está na **fundamentação** da restrição. Desde que se apresente o motivo da restrição, demonstrando-se que, embora seu efeito imediato seja o da restrição de um direito fundamental, ele não compromete o alcance do projeto global, mas dirige-se, exatamente, nesse sentido, está preservada a coerência.

Um homem chega a um hospital sentindo fortes dores na cabeça. Faz exames de imagem e é encontrada uma enorme massa a pressionar-lhe o cérebro no interior do crânio. A primeira coisa que o cirurgião fará parecerá irracional: ele usará uma "serra elétrica" e dará um imenso talho na cabeça do paciente, arrancando um considerável pedaço de osso e retirando um tumor. A

aparente selvageria da medida, que lesiona o paciente e o expõe a um iminente risco de morte, não se justifica autônoma e isoladamente. Cabe ao médico salvar o paciente, e não lesioná-lo ou agravar sua saúde. Somente se apresenta como racional essa intervenção se houver uma demonstração de que ela se deu exatamente nesse sentido: de salvar o paciente e de otimizar a sua saúde. Por mais que tenha sido altamente lesiva, em um primeiro momento, acaba sendo racionalmente justificada por guardar estrita fidelidade para com os fins da medicina. Se o médico, para fazer cessar as dores, decapitasse o paciente, sua atitude seria irracional em relação aos fins da medicina.

Note-se que não há uma irracionalidade em si, pois o médico, ao matar o paciente, pode estar executando um projeto pessoal de homicídio por vingança. E, para esse fim, sua ação não será considerada irracional. Pelo contrário, ela é plenamente capaz de conduzir o médico ao fim a que ele se propôs. Desde que se torne a lidar com os parâmetros e diretrizes da medicina, no entanto, a irracionalidade volta a ser flagrante.

E não só a ação que vai na contramão da obtenção dos fins pode ser considerada irracional. Aquela que sabidamente não é capaz de alcançá-los, também o é. Imagine que o hipotético paciente em questão chegasse ao hospital com as dores de cabeça e o médico prontamente lhe amputasse um dedo da mão. Trata-se de um plano de ação notoriamente irracional, porque produz uma lesão inútil, piorando o estado de saúde geral do paciente, em vez de melhorá-lo. Com isso, simplesmente se detrai uma porção da saúde e da integridade física do paciente, sem que lhe seja oferecido qualquer benefício em troca, e sem que se contribua para alcançar aquele fim formalmente proposto pela medicina, em que confiou o paciente, que é o de otimizar sua saúde.

O médico é o legislador penal, e o paciente é o destinatário da norma incriminadora. A decisão de criminalizar fere a liberdade, assim como a intervenção cirúrgica vulnera a integridade física. Do mesmo modo que, pelos princípios da medicina, a lesão causada pelo médico não pode ser o fim, mas o meio em busca de um fim, a decisão de criminalizar não se justifica por si mesma, não constitui um fim, mas deve obedecer aos princípios democráticos e dirigir-se a consecução de um resultado que com eles seja consentâneo. A subtração de parte da integridade física do paciente, como parte do projeto de otimizar sua saúde e sua vida, será racional se contribuir para esse fim. Se o impedir ou dificultar, ou se for simplesmente inócua, será irracional. E assim se passa com a intervenção penal, racional se justificada pela necessidade para que sejam

alcançados os objetivos estabelecidos pelo Estado democrático de Direito, e irracional se os impede, se os dificulta, ou se restringe a liberdade inutilmente, sem que qualquer contribuição seja dada para a realização dos fins.

Não é demais frisar: a racionalidade, em tudo o que aqui se disse, é instrumental e está condicionada a premissas. À premissa de que o médico está sendo fiel aos fins da medicina, e de que eles coincidem com a preservação e a melhora da saúde das pessoas; e à premissa de que o Estado quer promover a liberdade e a igualdade na maior medida possível. Se considerarmos a razão como instrumental, o médico sádico ou psicopata que fere o paciente em busca de prazer, ou o Estado totalitário que aterroriza as pessoas com leis inúteis ou preconceituosas, não estão sendo irracionais, eis que seus objetivos e projetos particulares estão sendo atendidos. Mas, então, estamos dizendo que uma lei pode ser racional e, portanto, legítima, mesmo que despreze por completo os valores humanitários mais básicos, desde que se mantenha fiel às diretrizes de uma constituição que pode pertencer a um Estado totalitário? Isso não desembocaria, afinal, no positivismo cego?

A resposta afirmativa parece hígida até o momento em que nos lembramos de um detalhe: as invariantes axiológicas seguramente devem ser levadas em conta para a formação da principiologia e da teleologia do Estado. Se ele for totalitário ou fundamentalista, provavelmente, não serão. Mas, não com base nas verdades éticas eternas da ontologia, e, sim, a partir da sedimentação histórico-cultural dos valores humanitários, afirmar a ilegitimidade das normas desse Estado, ainda que postas na Constituição, é uma obrigação. Por meio das invariantes axiológicas, diremos que mesmo as normas penais que observarem os preceitos constitucionais e os fins do Estado, se eles são terroristas, antiliberais e anti-humanitários, são irracionais. Não porque, ontologicamente, só é racional o que se dirige à conservação e o desenvolvimento das pessoas. Mas, sim, porque há um pacto discursivo histórico-culturalmente muito consolidado que determina que o Estado e o Direito estão a serviço da pessoa, e que devem reconhecer sua dignidade e respeitar sua liberdade.

Estamos, com isso, levando a crítica para o “andar de cima”. Não criticamos as normas penais, em si, mas os seus próprios fundamentos políticos. Os fins estatais que desprestigiam os direitos humanos são ilegítimos. E, como na teoria dos frutos da árvore envenenada, as normas penais, como produtos de um Estado ilegítimo, ficam naturalmente contaminadas.

À primeira vista, não parece que o conceito material de crime possa ser o mesmo em um Estado fundamentalista ou totalitário e em outro que seja liberal e democrático. Como filtro de legitimidade, ele breará, nesse último modelo, as normas arbitrárias, porque toma como parâmetros de racionalidade os fins emancipatórios da democracia. E, pelo contrário, conferirá selo de legitimidade às leis opressivas do Estado fundamentalista ou totalitário, porque elas coincidem com seu projeto de controle global da vida, da liberdade e da intimidade. Bem, embora realmente não se possa dizer que os conceitos devam ser idênticos, é seguro dizer que não podem ser antagônicos assim. E mais: é seguro afirmar que eles devem, sim, guardar bastante proximidade, só não chegando a ser exatamente os mesmos porque isso pressuporia a crença na existência de um conceito perfeito, ideal, universalmente válido. Mas os pressupostos da construção de um conceito material de crime são estáveis: ele é um instituto a serviço da pessoa, do destinatário da norma, e não do Estado.

Há, então, uma importante observação a fazer. Um conceito material de crime é necessariamente um instituto liberal de crítica e de limitação do poder punitivo estatal. Ele busca, sim, referências que extrapolam aquelas que estão na ordem jurídica posta e que não se atêm aos parâmetros de legitimidade ditados pelo procedimento, ainda que ele seja inicialmente democrático. Não por essência ou por premissa ontológica, mas por lógica. Simplesmente não faz sentido um conceito material de crime que apenas reafirme a legitimidade de uma decisão do legislador, por reconhecer que ele é livre para decidir sobre as proibições ou por dizer que ele seguiu o devido processo legislativo democrático. Estaremos afirmando que o crime é o que o legislador democrático disser que ele é, e isso coincide com o conceito formal de crime. Um conceito material que associe a legitimidade da criminalização com a previsão em lei democraticamente elaborada será tautológico e, a toda evidência, desnecessário, porque essa área está plenamente coberta pelo conceito formal. Se se quer um conceito material, é porque se busca algo a mais, algo que exceda o aspecto formal e, portanto, que recorra a parâmetros que extrapolam o campo da mera previsão por lei democraticamente posta.

Por isso, voltando à questão anterior, é tão importante que se tenha um conceito material de crime em um Estado totalitário ou fundamentalista. É exatamente lá que ele terá a maior utilidade. É sob sua égide que sua busca começou, há quase três séculos, e é lá que ele poderá surtir seus efeitos liberais e emancipatórios. Em um Estado não apenas formal, mas materialmente democrático, em que as leis são respeitadas para com a dignidade da pessoa humana, o conceito material de crime terá uso mais escasso, para correção de desvios excepcionais. Em

ordenamentos autoritários, ele desempenha ativamente a função para a qual foi concebido: ele é um elemento iluminista de **resistência**. De crítica, de combate e de limitação. É claro que, nesses Estados, talvez não existam ferramentas jurídicas para a deposição de governos tirânicos ou normas autoritárias. Talvez a doutrina penal crítica esteja a gritar ao vento palavras de ordem e censura contra as leis abusivas, e os políticos mais conscientes sejam sufocados pelo poder central ou por uma maioria de perseguidores. Ainda assim, o discurso de resistência estará ali, e, como no giro antropocêntrico iluminista, esse é um importante combustível para que ocorram as rupturas de paradigma.

O que é, então, racionalizar, e por que isso é importante? Racionalizar uma norma penal é submetê-la aos ditames da razão, que, segundo invariantes axiológicas humanitárias e liberais, significa conformar seu escopo com a principiologia e a teleologia de um Estado que se põe a serviço da pessoa e está comprometido com o respeito à igualdade e às liberdades individuais. Isso é importante porque é o único caminho para que se reconheça a legitimidade de uma intervenção penal.

Se a pessoa tem na liberdade um direito existencial básico que, por pressuposto, deve ser conservado e promovido ao máximo, somente uma intervenção penal plenamente justificada será aceitável. Uma punição não fundamentada na estrita necessidade para que se alcancem os objetivos estabelecidos pela Constituição, será vazia e arbitrária, ou seja, configurará uma lesão gratuita à liberdade e a submissão de uma pessoa a uma pura e simples “vontade de punir”. A pessoa, como fim em si mesmo, não está à disposição do Estado, do legislador ou mesmo da maioria política. Como ser digno e racional, faz jus a uma convincente motivação para que seja despojada de sua liberdade.

Crer que a contenção dos abusos do poder estatal de criminalizar condutas possa se dar exclusivamente a partir da criação de um conceito de crime que seja perfeito e crítico-limitativo em um grau infalível, como exaustivamente vimos, corresponde a um otimismo alimentado por crenças ontológicas que desconsideram as mais visíveis características da linguagem, tratando como monótono e estático algo que é dinâmico e altamente volúvel.

Isso não quer dizer que um conceito material de crime de qualidade não seja importante ou que não contribua para a limitação pretendida. É uma das medidas mais importantes e úteis. Mas é preciso ter muita clareza quanto ao fato de que não poderá ser a única delas. Não dará conta,

sozinha, da tarefa de breçar os abusos e irracionalidades. Somente um conjunto de medidas pode cumprir de modo satisfatório essa tarefa.

Deixaremos para a conclusão o conceito de crime, que levará em conta as considerações que teceremos aqui. Vamos abordar, agora, as outras medidas que devem ser adotadas.

5.3. COMO RACIONALIZAR: AS MEDIDAS EM PROL DE UM SISTEMA DE CONTENÇÃO DOS ABUSOS DO PODER ESTATAL DE CRIMINALIZAR.

5.3.1. Primeira medida dogmática: o desenvolvimento e o manuseio dos princípios político-criminais liberais

Ronald Dworkin⁵⁰¹ é autor de uma versão bastante aceita acerca da divisão do “instrumental” jurídico. Ele se compõe de três elementos. Há a **regra**, cuja aplicação se dá sob o método da simples subsunção e à luz do critério do “*all or nothing*”, sendo puramente válida ou inválida. Há a **política**, correspondente a metas a serem alcançadas para que se estabeleçam determinados padrões de qualidade em aspectos econômicos, sociais e políticos da comunidade. E há, por fim, o **princípio**, um

padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável [como faria a “política”], mas porque é uma exigência de justiça e equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”).

Princípios não são meros enunciados, mas normas jurídicas de hierarquia superior que funcionam como as vigas-mestras de um sistema, como as estruturas sobre as quais serão construídas as regras. São os pontos de partida e fornecem as diretrizes para a elaboração e a aplicação das regras.⁵⁰² São, em poucas palavras, premissas do raciocínio jurídico. Geralmente, princípios referem-se a valores ligados às pretensões de justiça e inserem elementos de correção ética para as regras de Direito. A textura dos princípios é aberta, exatamente pela comunicação que mantêm com o campo axiológico.

⁵⁰¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 36-39.

⁵⁰² TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 32.

Há uma interessante leitura da teoria de Dworkin que relaciona de modo mais direto a política com interesses coletivos e os princípios com direitos individuais. Diz-se que “toda decisão jurídica cujo argumento seja baseado em princípios atenderá a um **direito individual**; entretanto, se o mesmo for baseado em políticas, atenderá a um **fim coletivo**, tendo em vista o bem-estar geral da comunidade”.⁵⁰³

A política criminal, como toda política, guia-se primariamente por interesses compartilhados⁵⁰⁴. Isso, por óbvio, não significa que se possa descuidar, por um instante sequer, dos interesses individuais propriamente ditos (aqueles que se acumulam no art. 5º da CF e que, tradicionalmente, são chamados de direitos fundamentais de primeira dimensão ou liberdades públicas). É com essa missão central que se desenvolvem os princípios político-criminais liberais. Já ficou claro, com a história, que quando um governo quer atormentar a população ou um determinado grupo, ele remove as barreiras principiológicas; quando assume postura mais humanitária, a primeira coisa que faz é construí-las ou reforçá-las. Isso ficou especialmente claro com a lei nazista de 28 de junho de 1935, por meio da qual expressamente se afastou a segurança do princípio da legalidade penal em favor do uso declarado da analogia para punição de fatos não previstos em lei, mas merecedores de punição segundo os princípios fundamentais da lei penal e o sadio sentimento do povo alemão.⁵⁰⁵

Política criminal consiste no conjunto de estratégias e medidas adotadas pelos poderes públicos para a abordagem das questões criminais. Ela cuida da definição do que se quer punir e de como se quer punir. A primeira tarefa da política criminal, destarte, é a criminalização, ou seja, a seleção dos comportamentos que serão proibidos sob a ameaça de uma pena. Em um segundo momento, incumbe-lhe estabelecer que tipos de respostas penais podem ser dadas para os comportamentos inicialmente selecionados, com vistas à sua repressão e, conseqüentemente, à sua diminuição.

Gostamos de pensar que o Estado e as autoridades que em seu nome atuam se servem dos critérios mais racionais e coerentes para criminalizar condutas e estabelecer penas.

⁵⁰³ CHUERI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e Modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM, 1995, p. 73:

⁵⁰⁴ Temos algumas restrições quanto à possibilidade de que existam interesses efetivamente públicos ou coletivos. É preferível a denominação "interesses compartilhados". Trataremos disso no item 6.5.3.1.

⁵⁰⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 111.

Supostamente, as condutas selecionadas seriam aquelas mais acentuadamente reprováveis. Por estarmos circunscritos ao paradigma democrático, somente os comportamentos verdadeiramente intoleráveis, segundo as diretrizes constitucionais, poderiam tornar-se alvo de normas penais incriminadoras. E, ainda supostamente, apenas nos casos em que o Estado não disponha de outros meios menos gravosos e invasivos para solucionar o problema, isto é, para diminuir ao máximo a reprodução da conduta indesejada no ambiente social.

A *contrario sensu*, não parece aceitável que o Estado criminalize condutas irrelevantes, ou que se valha de sanções desproporcionais, desnecessárias e excessivamente gravosas para os autores dos comportamentos desviantes. Mais absurdo ainda seria imaginar que o Estado atue com base em preconceitos e projetos subterrâneos de exclusão social e perpetuação de desigualdades econômicas. Pois, infelizmente, as evidências empíricas de que o Estado alternadamente age de modo preconceituoso, seletivo, desorganizado e até aleatório são muitas, a começar pela escandalosa composição de nosso sistema prisional e pelas horrendas condições de insalubridade e superlotação em que ele se encontra.

Os princípios político-criminais, ao fim dessas considerações introdutórias, são as diretrizes fundamentais para a gestão dos problemas criminais. São preceitos que vinculam as estratégias que o Estado pode adotar para exercer o controle comportamental pela via do Direito Penal. Condicionam desde as decisões de criminalização (normas penais incriminadoras), com suas respectivas penas possíveis, passando pela conceituação dos institutos e definição de regras de aplicação (normas penais complementares ou explicativas) e chegando até as exceções e excludentes (normas penais permissivas). O domínio dos princípios político-criminais se estende da criminalização *in abstracto* até a imposição da pena, *in concreto*.

Como dissemos acima, princípios são normas jurídicas e, portanto, ferramentas de um sistema. Alguns dos princípios político-criminais que sucintamente abordaremos não contam com previsão constitucional expressa, embora se possam considerar implicitamente plasmados em alguns dispositivos. Vamos fazer uma análise calcada na Constituição brasileira, mas esses princípios, com ou sem apoio nos respectivos textos constitucionais, podem ser invocados com base nas invariantes axiológicas humanitárias e liberais do Iluminismo.

Nossa Constituição fundou um Estado democrático de Direito calcado nos mais audaciosos projetos de liberdade, igualdade e solidariedade. À pergunta “o que se quer alcançar com o

Direito Penal?”, pode-se sobrepor outra, mais elementar: “o que se quer com o Direito, no Brasil?”

O Preâmbulo constitucional fornece uma direção:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

O texto, tão belo quanto abstrato, há de ser decomposto em normas específicas para que se possa alcançar algum nível de materialização. Entendemos que o núcleo dos princípios político-criminais do ordenamento brasileiro deve ser extraído, principalmente, dos artigos 1º, 3º, 4º e 5º da nossa Constituição Federal.⁵⁰⁶ Isso, como dito, sem prejuízos daqueles que se possam invocar com base nas invariantes axiológicas.

No art. 1º, inciso III, temos a instituição da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos de nossa República. A dignidade da pessoa humana não é um direito fundamental. Ela constitui a base político-ideológica em que se apoia a maioria dos direitos fundamentais. É exatamente porque toda pessoa tem uma dignidade irrecusável e inalienável que ela é merecedora de um tratamento respeitoso e faz jus a uma qualidade de vida condizente com seu valor individual. Um extenso rol de direitos e garantias fundamentais foi criado (art. 5º, CF, principalmente) justamente para que sejam asseguradas as condições necessárias para que a pessoa alcance essa condição digna de existência e de desenvolvimento. É porque o ser humano é digno que ele deve ter conservada sua liberdade de locomoção, de expressão, de exercício da sexualidade. É por isso que ele deve ter protegido seu domicílio, sua intimidade, seu patrimônio.

⁵⁰⁶ É evidente que há muitos outros dispositivos importantes para que se estabeleça essa principiologia. O art. 225 é fundamental para a orientação das normas que se referem à proteção penal do meio ambiente: “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”. O art. 227, para a tutela dos interesses das crianças e adolescentes: “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...]”

E, pela mesma razão, para que seja punido, devem ser observadas tantas regras e formalidades voltadas à contenção dos abusos e das condenações injustas ou baseadas em dúvidas.

Muito há a se dizer sobre a dignidade da pessoa humana. Certamente está entre os conceitos filosóficos, políticos e jurídicos que contam com o maior grau de concordância no plano internacional. Seu valor é evidenciado, dentre outros fatores, pelo fato de figurar em inúmeros tratados, de constar como fundamento de muitas ordens jurídicas e como núcleo dos sistemas de direitos fundamentais de tantos países democráticos.

Ressalvada nossa desconfiança no que tange às unanimidades e aos consensos absolutos, é interessante anotar que grande parte dos juristas enxerga a dignidade da pessoa humana assim:

Um dos poucos consensos teóricos do mundo contemporâneo diz respeito ao valor essencial do ser humano. Ainda que tal consenso se restrinja muitas vezes apenas ao discurso ou que essa expressão, por demais genérica, seja capaz de agasalhar concepções as mais diversas – eventualmente contraditórias –, o fato é que a dignidade da pessoa humana, o valor do homem como um fim em si mesmo, é hoje um axioma da civilização ocidental, e talvez a única ideologia remanescente.⁵⁰⁷

Não há espaço, aqui, para o desenvolvimento de importantes aspectos como o conceito, os fundamentos e o âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana.⁵⁰⁸ O que nos importa, presentemente, é entendê-la como um conceito jurídico consolidado e amplamente aceito; é identifica-la como base principal dos direitos fundamentais necessários para que se componha a ideia de uma existência livre e qualificada por condições compatíveis com as complexas características e demandas do ser humano. A dignidade da pessoa humana é, destarte, no plano

⁵⁰⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. 2.ed.ampl.rev.atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008 p. 121. **No mesmo sentido:** “[...] a dignidade humana não só constitui uma das mais importantes conquistas da Modernidade, resultante da experiência e da luta contra injustiças, como constitui, ao mesmo tempo, o próprio *ethos* jurídico-político de liberdade que caracteriza o moderno [...]”. WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade da pessoa humana:** reflexões a partir da filosofia de Kant. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 22-23. “A dignidade humana parece ser o único conceito reconhecido de maneira universal e incontroversa como fundamento dos direitos humanos nos textos jurídicos internacionais. [...] A dignidade é, em síntese, um bem jurídico universalmente prometido à pessoa, em âmbito doméstico ou internacional, a ponto de sua simples pronúncia evocar em todos uma ideia de força e respeitabilidade”. SILVEIRA, Vladimir Oliveira; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos:** conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 104-105. “A noção de dignidade da pessoa humana estabelece um consenso teórico universal. Ela une de modo notável os juristas, os cientistas, os pensadores de todas as famílias filosóficas e religiosas. Quem, na aurora do terceiro milênio, contestaria o direito de a pessoa humana viver e morrer de maneira digna?” MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet *et alii*. In. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade:** ensaios de Filosofia do Direito e de Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 61.

⁵⁰⁸ Ocupamo-nos exatamente desses assuntos em outra oportunidade: JORIO, Israel Domingos. **Dignidade da pessoa humana:** conceito, fundamentação e âmbito de proteção. Curitiba: Juruá, 2016.

individual, **um status** a impor a exigência de tratamento respeitoso, e, no plano sistemático, **uma premissa**, ponto de partida para os constructos e as normas jurídicas e baliza para as atuações dos poderes públicos.

Não precisamos nos estender muito porque, a despeito de sua importância axiológica, a dignidade da pessoa humana, enquanto elemento normativo, é demasiadamente vaga para que possa funcionar como princípio político-criminal específico. Sua imensa abertura conceitual dificulta o manuseio e a aplicabilidade em hipóteses concretas⁵⁰⁹, de modo que é necessário que se desenvolvam ferramentas mais precisas que, se não chegam a se sujeitar à aplicação nos moldes da mera subsunção (característico das regras), pelo menos detêm um potencial prático mais elevado. Essas ferramentas são princípios com contornos conceituais mais delimitados e áreas de incidência bem mais restritas.

Voltemos ao nosso texto constitucional. O art. 3º estabelece os objetivos de nossa República:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Tal como se passa com a dignidade da pessoa humana, os objetivos propostos pela Constituição não se convertem, automaticamente, em princípios político-criminais. Mas, certamente, contribuem para que eles sejam desenvolvidos ao reafirmar a axiologia e especificar a teleologia da nossa ordem jurídica.

Como um de nossos objetivos é o de “construir uma sociedade livre”, os princípios político-criminais devem ser desenvolvidos no sentido de assegurar que a intervenção estatal não aconteça desnecessariamente, por exemplo. Do mesmo modo, se queremos criar um ambiente “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, os princípios devem funcionar como critérios de invalidação de normas que criminalizem ou

⁵⁰⁹ Estudos indicam que “dignidade da pessoa humana” é um conceito tão vago e poroso que pode ser usado não apenas em sentidos muito distintos, mas até antagônicos, para conceder ou para negar uma mesma pretensão deduzida em juízo. *Vide* CARVALHO, João Cláudio Carneiro de. **Supremo Tribunal Federal e Princípio da Dignidade**: análise pitagórica da construção metafórica de signos jurídicos. 2012. 295 p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, dezembro de 2012.

estabeleçam tratamentos desiguais em função da orientação sexual, da religiosidade, da etnia e das meras preferências de vida ligadas à intimidade.

No art. 4º, encontramos os princípios a partir dos quais o Brasil se orienta nas relações internacionais. E, finalmente, no art. 5º, temos um longo rol de direitos fundamentais específicos. O potencial desses últimos para funcionar como suporte para os princípios político-criminais é consideravelmente maior.

Nossa pretensão, nesse trabalho, não é a de expor todos os princípios político-criminais extraíveis do texto constitucional – que, aliás, não funciona como repositório exclusivo. Tampouco pretendemos esgotar o conteúdo dos princípios que serão abordados. O objetivo do apanhado é, apenas, o de mostrar que **há filtros principiológicos** para a atividade de legislar e, em especial, para a atividade de criar normas penais incriminadoras.

Vamos trabalhar com alguns dos princípios mais amplamente reconhecidos pela dogmática penal, e os objetivos são o de delimitar seu conteúdo e de apontar sua base jurídica.

O grau zero e a pedra angular de um Estado de Direito é o **princípio da legalidade penal**. Não é exagero supor que as mudanças político-filosóficas que culminaram o surgimento daquilo que entendemos como Estado de Direito buscavam, em primeiríssimo lugar, segurança contra leis penais abusivas.

Note-se que nem falamos, ainda, em democracia, esse elemento de evolução da noção liberal-iluminista mais básica de um Estado que respeita direitos individuais. Um ordenamento jurídico que não adote a legalidade penal como premissa inarredável será considerado irracional.⁵¹⁰ Um indício do grau de importância e fundamentalidade do princípio da legalidade nos é dado pela constatação de que até os Códigos Penais de alguns países fundamentalistas, elaborados com considerável distanciamento dos ideais libertários e democráticos, costumam trazê-lo como um ponto de partida.⁵¹¹

⁵¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. 4.ed. Madrid: Ed. Trotta, 2000, p. 101-102.

⁵¹¹ Código Penal iraquiano: “Article 1 - There is only punishment of an act or omission based on a law which stipulates that it is a criminal offence at the time it is committed. No penalty or precautionary measure that is not prescribed by law may be imposed.” IRAQUE. **Penal Code**, jul 1969. Disponível em <<https://www.refworld.org/docid/452524304.html>> Acesso em 26 jan 2020. Código Penal do Azerbaijão: “Article 5. Principle of legality 5.1. Criminal action (actions or inaction), and also punishments for this actions and other

Vamos além: o abandono da legalidade penal é o caminho mais curto para que se institua o terror estatal – uma forma de governo opressora que destitui os indivíduos da condição de seres dignos de respeito e consideração ao remover por completo a segurança e a previsibilidade das ações de controle e das intervenções violentas em suas vidas, sujeitando-os inteiramente aos arbítrios das autoridades públicas, a seus caprichos, vaidades ou egocentrismos.

É simples: o que de pior um Estado pode fazer em relação ao seu povo, em relação aos seus súditos? Certamente não é desampará-los, abstendo-se de posturas assistencialistas. Não é, também, omitir-se, deixando que os conflitos se resolvam de maneira desordenada e violenta. A pior coisa que um Estado pode fazer com seus súditos é puni-los sem um suporte legal claro, preciso e que seja anterior aos fatos que ele veio controlar. Nada pode frustrar de modo mais frontal e objetivo o projeto libertário do Estado de Direito do que o descarte da legalidade penal.

O princípio da legalidade penal constitui um mecanismo de limitação do poder punitivo e, conseqüentemente, um instrumento de defesa do indivíduo contra os excessos da intervenção estatal. Fica o Estado terminantemente proibido de interferir na liberdade dos indivíduos, a menos que o faça em estrita observância ao que dispõe alguma norma penal especificamente criada para a situação.

Nossa Constituição prevê o princípio da legalidade penal em seu art. 5º, XXXIX: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Ele é reproduzido, nesses mesmos termos, no art. 1º do Código Penal.

Note-se, no entanto, que para que funcione eficazmente como instrumento de limitação do poder punitivo e escudo de liberdade dos indivíduos, o princípio da legalidade não se pode restringir à pura exigência de que uma norma penal incriminadora esteja prevista em lei. Bem mais do que

measures of criminal - legal nature shall be determined only by the present Code. 5.2. Application of the criminal law by analogy shall not be allowed.” AZERBAIJÃO. **Penal Code**, 1º Set 2000. Disponível em <<https://www.refworld.org/docid/4417f82d4.html>>. Acesso em 26 jan 2020. Código Penal afegão: “ “No act shall be considered crime, but in accordance with de law”. AFGANISTÃO. **Penal Code**, 22 set 1976. Disponível em <<https://www.refworld.org/docid/4c58395a2.html>>. Acesso em 26 jan 2020. O caso mais ilustrativo é o do Código Penal islâmico-iraniano, extremamente rigoroso, mas ainda assim, previsor do princípio da legalidade penal: “**Article 12-** Imposing and executing a punishment or security and correctional measures shall be carried out by a competent court and in accordance with the law and subject to conditions and requirements specified in the law.” IRÃ. **Islamic Penal Code**, 20 Nov 1991. Disponível em <<https://www.refworld.org/docid/518a19404.html>>. Acesso em 26 jan 2020. Traduções nossas.

isso, o princípio exige que a lei tenha certas características para que seja válida e a segurança jurídica pretendida possa ser alcançada. Não há expressa previsão para esses desdobramentos do princípio da legalidade penal, mas todos estão visivelmente ligados ao seu escopo de proteção do indivíduo contra os abusos do poder punitivo, de modo que existem no ordenamento com o devido suporte no texto constitucional.

O tradicional princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege* é qualificado com as exigências de que a lei seja **prévia** (*lex praevia*), isto é, anterior aos fatos que ela veio incriminar (e irretroativa, portanto, exceto nos casos em que beneficie o acusado, conforme dispõe o art. 5º, inciso XL, da CF); **escrita** (*lex scripta*), no sentido de constante em algum texto legal oficial, vedando-se as analogias em desfavor do acusado (*in malam partem*); **estricta** (*lex stricta*), aprovada e introduzida no ordenamento nos moldes exigidos pelo devido processo legislativo (no Brasil, por exemplo, somente leis federais podem trazer conteúdo penal, quedando inválidas normas estaduais ou municipais que contenham normas dessa estirpe – art. 22, I, CF); **precisa** (*lex certa*), no sentido de bem delimitada quanto ao seu conteúdo e sua área de incidência, devendo definir de modo claro o comportamento proibido; e **necessária** (*lex necessariae*), referindo-se esse último aspecto ao que se denomina “legalidade material”, que, diferentemente das outras quatro características, trata-se de uma exigência que recai sobre o conteúdo das normas penais, e não sobre a forma como se apresentam (uma lei considerada desnecessária para o alcance dos fins a que se destina o Direito Penal – e isso é polêmico, é claro – será inválida).

Discorreremos mais detidamente sobre as características impostas às normas penais pelo princípio da legalidade penal em outra oportunidade⁵¹². Por ora, sevem-nos as informações para a objetiva demonstração da utilidade prática do princípio. Se o que se pretende com a legalidade penal é segurança jurídica, o modo mais traiçoeiro de eliminá-la é por meio de norma retroativa (*lex praevia*). Uma lei penal que punisse a conduta de “atentar contra os bons costumes” seria inválida, na medida em que desatenderia a exigência da *lex certa* (é impossível definir o conteúdo e delimitar o alcance dessa norma). Uma lei estadual que criasse um tipo penal seria inválida (*lex stricta*), assim como a decisão do juiz que, no caso concreto, aplicasse as penas previstas para um comportamento a um agente que tenha praticado outro não expressamente previsto, por mais semelhantes que fossem as condutas (*lex scripta*). Sem que se leve a sério o preceito da *lex*

⁵¹² JORIO, Israel Domingos. **Latrocínio**: a desconstrução de um dogma; da inexistência à inconstitucionalidade do tipo penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, especialmente no primeiro capítulo.

scripta, a lei penal se torna aquela caixa preta dos shows de mágica. Só os mágicos – os juízes – têm habilidade para manuseá-la e só eles sabem o que sairá de lá.⁵¹³

É importante que se faça aqui uma observação, tendo em vista a ênfase dada ao aspecto da volubilidade e do dinamismo da linguagem. A estrutura tipológica das normas penais incriminadoras é uma exigência da legalidade penal, para que se tenha a maior precisão possível e as menores chances de analogia *in malam partem*. Mas, como lembra Hassemer⁵¹⁴, essa clareza nunca será total e as analogias nunca serão cem por cento impedidas. A própria dinâmica da aplicação da lei conduz a isso: dá-se pela identificação de padrões semelhantes – em abstrato, na lei, e em concreto, no plano empírico. O tipo penal delimita as áreas do lícito e do ilícito e representa um esforço no sentido de dificultar que as analogias sejam aplicadas.

Considerando o elevado grau de prestígio do princípio da legalidade para a imensa maioria dos países que o adotam, parece ser desnecessário frisar a importância de que lhe seja conferido um peso absoluto. Mas não é, e a recente experiência brasileira demonstra isso. Sempre há, nas leis penais, brechas e incoerências. Costuma incomodar a identificação de comportamentos desviantes e considerados altamente nocivos que ainda não foram tipificados, assim como a imensa desproporcionalidade entre as penas cominadas aos vários tipos. Surge, destarte, para os julgadores, a tentação de solucionar todas as aberrações legislativas por meio de interpretações mirabolantes e de analogias. Como veremos um pouco adiante, o próprio Supremo Tribunal Federal cedeu a uma dessas tentações.

A legalidade penal, como se vê, constitui um importante filtro principiológico para a validade das normas penais. Está longe, no entanto, de cobrir toda a área necessária para que sejam asseguradas as liberdades individuais prometidas pela Constituição. Precisamos de vários outros princípios, e alguns deles têm sua criação inspirada pelo *caput* do art. 5º, CF:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”.

⁵¹³ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Trad. Pablo R. Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 348

⁵¹⁴ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Trad. Pablo R. Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 358-359.

A liberdade, um dos eixos axiológicos do Estado de Direito, é especialmente valorizada no ambiente democrático, assumindo diversas formas ou modalidades que devem ser respeitadas pelas autoridades estatais para que se possa levar a sério um projeto de dignidade para todo e qualquer indivíduo. Muito mais do que a liberdade de locomoção ou de ir e vir, protegem-se, em democracia, a liberdade de expressão, de exercício da religião e da sexualidade, do exercício profissional, de associação e, de um modo amplo, de desenvolvimento da personalidade. O destacado papel assumido pela igualdade em um Estado democrático resulta na ampliação das expectativas de fruição da liberdade.

Em um ambiente em que todos são iguais em termos de valor existencial individual, incumbe ao estado assegurar a conservação de todas as vidas, indistintamente. Acontece que cada vida é vivida de um modo, porque as pessoas têm filosofias, hábitos, trajetórias, perfis, habilidades, carências, preferências e convicções políticas, religiosas e morais diversas. Com grande frequência, os estilos de vida de alguns serão reprovados por outros, e é exatamente aqui que entra em cena a igualdade. Se todos têm um valor existencial individual idêntico, não há por que privilegiar um estilo de vida em detrimento de outros; banir certas práticas, convicções e maneiras de ser em homenagem a outras. Dizendo de modo mais simples, se ninguém é melhor do que ninguém, não há razão para que se considere determinado estilo de vida como “o correto”, ou para que se imponha a alguns um estilo reconhecido como “o melhor” por outros. Essa prática, da imposição de determinadas forma de se viver, talvez seja o maior de todos os traços de governos totalitários.⁵¹⁵ O grande desafio, na democracia, é compatibilizar essas diferenças, assegurando um ambiente que permita que os muitos estilos de vida coexistam. É o desafio e, simultaneamente, sua riqueza. Valem, aqui, as considerações tecidas sobre a tolerância e sua importância, especialmente no mundo contemporâneo, complexo, dinâmico, plural (Capítulo 2).

É evidente que estilos de vida podem entrar em rota de colisão. Se eu passo as noites tocando bateria ou guitarra elétrica e, depois, durmo até o meio-dia, é provável que vá ter atritos com meu vizinho de baixo, que trabalha das 9h às 18h e faz seu repouso noturno das 22h às 6h. As normas jurídicas têm a missão de solucionar esses conflitos. Em algumas situações, os estilos de vida serão contidos pela vontade da maioria, que, por trabalhar de dia e dormir à noite, possivelmente, impedirá as sessões noturnas de *rock'n'roll*. O meu direito existencial e o meu estilo de vida

⁵¹⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Trad. Luís Greco (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 71.

sofreram restrição porque foram entendidos como desviantes do padrão desejado pela maioria, mas não apenas isso. Foram entendidos como **prejudiciais** aos direitos existenciais e estilos de vida da maioria. Como não vivo sozinho no mundo, claro que terei que me adaptar e me conformar com determinadas regras, e elas são ditadas (teoricamente) pela maioria. Mas uma coisa é certa: enquanto meu estilo de vida não causar esse efeito danoso, não poderá haver interferência, porque, se ela existir, estará sendo quebrada a regra de igualdade que determina que todos os espaços existenciais devem ser preservados. É por isso que, se eu escuto *rock* com *headphones* a noite toda, ou se toco instrumentos musicais em um cômodo acusticamente isolado todas as madrugadas, não posso ser perturbado. Meu apartamento não pode ser simplesmente invadido e, meus instrumentos, tomados de mim, porque há um direito à intimidade, à inviolabilidade do domicílio e à propriedade privada, para citar apenas alguns. São direitos que compõem a ideia de liberdade e que são assegurados a todos em nome da igualdade.

É por isso que, em democracia, adota-se a premissa da **máxima liberdade possível**, ou seja, parte-se do pressuposto de que às pessoas devem ser asseguradas as maiores doses de liberdade possíveis, somente podendo haver restrição nos casos de comprovada necessidade. “Necessidade **para quê?**”, seria a pergunta mais lógica, e é exatamente ela que a maioria das teorias que perseguem uma referência material para o poder de criminalizar busca responder. “Para proteger bens jurídicos”; “para proteger direitos fundamentais”; “para impedir danos a outros” etc. No capítulo final, faremos uma análise de cada uma dessas expressões, em busca daquela que se possa considerar a mais adequada para figurar no conceito material de crime.

Considerando, então, que em democracia se adota uma “disciplina jurídica na qual se ordena e se proíbe o mínimo possível”⁵¹⁶, o Estado assume o compromisso de interferir na menor medida possível nas vidas das pessoas. A liberdade só é máxima quando a intervenção é mínima. E a decisão política que institui a democracia traz consigo a opção por um tipo de Direito Penal que seja compatível com essa pretensão máxima de liberdade. Trata-se de um Direito Penal comedido, usado com parcimônia, repleto de regras de moderação e de formalidades que devem ser observadas para que eventual aplicação seja válida. É a esse formato que se resolveu chamar de “Direito Penal mínimo”. Ele tem como um de seus pilares **o princípio da intervenção mínima**.

⁵¹⁶ Vide ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 177.

Esse princípio traz uma diretriz axiológica fundamental, como se viu. Ele fornece as linhas gerais da política criminal em uma democracia. O Estado se limita a interferir o mínimo possível, somente podendo fazê-lo em casos da maior relevância e gravidade.

Para falar de relevância e gravidade, normalmente somos forçados a buscar uma referência material. Por que uma conduta é altamente reprovável? E como se mensuram as respectivas gravidades das transgressões?

As noções de relevância e gravidade são determinadas por um amplo conjunto de fatores. Pelo menos na teoria, quanto mais desviante a conduta for dos padrões comportamentais esperados, mais ela tenderá a ser considerada nociva. Em primeiro lugar, costumamos considerar **o que foi atingido**. Se é um interesse, um direito subjetivo, um valor ou um direito fundamental, não especificaremos ainda. Esse é o tema do capítulo final. Mas o certo é que o principal componente da ideia de relevância ou gravidade da transgressão se identifica com aquilo que é por ela atingido, ou seja, pelo quão valioso é aquilo que foi afetado pela conduta.

Evidentemente, temos nesse aspecto apenas um ponto de partida. Sem entrar no mérito acerca da classificação mais adequada para a “vida”, é certo que os comportamentos que a atingem tendem a figurar entre os mais reprováveis. Seja ela um valor, um interesse ou um bem jurídico, o certo é que os crimes que contra ela se voltam costumam figurar entre os tipos de crimes mais graves, em muitos ordenamentos. Se pensarmos em um país fundamentalista, talvez adultério ou a blasfêmia possa assumir gravidade superior à do homicídio. Em uma democracia, isso é menos provável. Como vimos, um dos pilares da democracia é o reconhecimento de um valor individual irrecusável, e extinguir a existência de alguém cujo valor é absolutamente idêntico ao meu é um ato imensamente reprovável, avesso a esse valor fundamental (a menos que isso seja plenamente justificado pelas circunstâncias). Já a atitude de irreverência ou desrespeito para com um Deus, ainda que seja aquele majoritariamente adorado, tende a não assumir uma gravidade comparável. É que, em um espaço democrático, posso cultuar deuses diferentes ou mesmo ser ateu.

Uma primeira evidência de que se toma em conta uma referência material para a criminalização das condutas, destarte, é a ampla variação das infrações em termos de gravidade, o que se verifica com facilidade a partir das penas. Dentro de um esquema minimamente racional, a intensidade da resposta penal deve acompanhar a reprovabilidade da conduta, de modo que, se uma injúria

ou um furto é punido com uma pena inferior a um homicídio é porque, nesse ordenamento, entendeu-se que aquilo que é atingido pelos primeiros é menos valioso do que o que é alvejado pelo segundo.

Para além daquilo que é atingido, há incontáveis variáveis que podem entrar em cena para compor a medida da censurabilidade de uma ação ou omissão. Falando já em termos jurídicos, há o aspecto da tipologia subjetiva (se o comportamento foi doloso ou imprudente); dos eventuais vínculos jurídicos ou afetivos mantidos entre agente e vítima (ascendência, descendência, relação conjugal); das peculiares fragilidades da pessoa ofendida (criança, idoso, portador de deficiência física) e da maneira de execução (fraude, violência ou grave ameaça), dentre muitos outros. Compete ao Estado identificar os ingredientes mais importantes para formar o cenário da reprovabilidade e agir de modo coerente na estipulação das penas, buscando sempre proporcionalidade.

Independentemente dos específicos critérios que venham a ser adotados, o certo é que, em razão do princípio da intervenção mínima, compromete-se o Estado a reservar suas interferências para os casos mais sérios, e a observar a proporcionalidade de sua resposta, quando chegar a atuar.

Embora seja inegavelmente relevante, enquanto diretriz-geral, o princípio da intervenção mínima, por sua abertura conceitual, acaba sofrendo uma redução de sua aplicabilidade prática imediata. Sabe-se que, em matéria de manuseio, quanto mais específica uma norma jurídica for, menor será sua área de incidência (ilustra bem a maior restrição de aplicabilidade do tipo penal do infanticídio em relação ao homicídio, no CP brasileiro). Referentemente aos casos do mundo empírico que se adequem à sua descrição, no entanto, a norma contará com uma aplicabilidade verdadeiramente irrecusável. A menos que a aplicação venha a ser excepcionada por outra norma (permissiva, como as excludentes de ilicitude, por exemplo), a relação de identidade mantida entre o tipo penal e a conduta reclama a incidência da norma incriminadora com considerável objetividade.

É por isso que o princípio da intervenção mínima, para que surta seus desejados efeitos de contenção, deve ser subdividido, decomposto em corolários mais específicos e imediatamente manuseáveis. Muitas são as vertentes que tornam operacional a limitação pretendida pela intervenção mínima. Mas, como dito, não há espaço para que se abordem todos, ou para que se

dê grande profundidade para os que serão comentados. Traçamos esboços dos princípios da fragmentariedade, da subsidiariedade, da ofensividade, da alteridade e da insignificância.⁵¹⁷

O primeiro dos princípios que homenageiam e conferem concretude à lógica da intervenção mínima é a **fragmentariedade**. Ele fundamenta uma posição político-criminal de autocontenção, na medida em que, por meio de um corte, separa, dentre os muitos aspectos da vida e da coexistência que detêm valor ou são importantes para as pessoas, aqueles que podem ser objeto da intervenção penal. Em síntese, somente os conflitos mais sérios, que envolvem os interesses mais importantes para as pessoas ou para a sociedade, podem ser objeto da interferência estatal pela via do Direito Penal.

Como visto, o Direito existe para que se alcance algo. Pensando em termos de objetivos declarados (oficiais, teóricos), as metas do Direito Penal devem ser estabelecidas a partir daquelas firmadas pelo Direito, como um todo. E, por sua vez, as metas do Direito, em um Estado democrático, estão relacionadas à asseguarção das condições necessárias para uma existência digna e uma convivência harmônica. Digamos, assim, que o Direito Penal tenha por fim a asseguarção de determinadas “coisas”. Se elas são bens jurídicos, interesses, valores ou estruturas, examinaremos no capítulo seguinte.

O princípio da fragmentariedade entra em cena para estatuir que nem tudo aquilo que é importante ou útil para a realização dos nobres fins do Estado democrático de Direito será alvo das intervenções de índole penal. O Direito Penal somente se ocupa de parte dos bens, valores, interesses ou direitos. Na verdade, ele não protege esses bens, valores, direitos ou interesses integralmente. Ele lança sua tutela, apenas, sobre um fragmento deles.

Considerando que a propriedade privada foi colocada por nossa Constituição como um direito fundamental, parece legítimo que o Direito Penal se ocupe de sua proteção. Mas o Estado pode tutelar a propriedade em toda a sua extensão, abarcando absolutamente todos os casos em que esteja sendo atingida, pela via do Direito Penal? Por causa do princípio da fragmentariedade, a resposta deve ser negativa. Somente os conflitos mais relevantes envolvendo a propriedade

⁵¹⁷ Também trabalham com essa compreensão dos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade como desdobramentos ou especificações da intervenção mínima BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 55; e BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 8.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 85.

poderão receber uma resposta penal. Se eu, com uma pedra, danifico dolosamente o veículo de alguém, posso responder pela diminuição do patrimônio alheio, isto é, pelo prejuízo causado a esse direito fundamental. Mas se eu, dando ré no meu carro, por distração, colido com um carro de outrem, amassando-o, devo responder penalmente? Ora, de início, eu até poderia. A criminalização do dano culposo é uma decisão político-criminal. Acontece, no entanto, que o princípio da fragmentariedade estabelece uma mentalidade. E ela desaconselha que se faça uso do Direito Penal para solucionar os incontáveis conflitos de interesses que surgem a partir de colisões automobilísticas acidentais. Essas colisões automobilísticas são muito frequentes e decorrem, em sua maioria, de desvios comportamentais pouco relevantes, ligados ao descuido, não a uma decisão de transgressão. Se o Direito Penal fosse empregado para cuidar dos incontáveis casos de danos patrimoniais culposos ligados ao trânsito, a intervenção penal definitivamente não estaria sendo mínima. Fragmentariamente, o Estado intervém penalmente nos casos de danos dolosos (art. 163, CP), principalmente, porque não decorrem da mera imperfeição de atividades humanas do dia a dia, e sim de uma decisão consciente de transgressão, o que torna o desvio comportamental mais grave.

Ainda no campo da propriedade, como seria se o Estado se servisse do Direito Penal para todos os casos de dívida civil? Todos os empréstimos não pagos, todas as obrigações descumpridas, todas as prestações atrasadas estariam no escopo de atuação do Direito Penal, de modo que a intervenção visivelmente não seria mínima. E a eventual inadimplência ou atraso faz parte da vida civil, com seus imprevistos, oscilações e flutuações (uma despesa médica emergencial pode consumir o dinheiro que seria usado para pagar uma fatura de cartão de crédito). Diferente é o estelionato cometido a partir da venda de um mesmo imóvel para dez pessoas. Novamente, saímos da lógica do desvio mínimo ligado a atividades diárias para entrar no campo da decisão consciente de transgressão, guiada pela ganância.

O mesmo se passa com outros bens, valores ou interesses humanos. Não se protege integralmente a imagem contra todos os danos e explorações indevidas. Há crime na exposição não autorizada da intimidade sexual (art. 218-C, CP), mas é penalmente atípico o comportamento de quem usa a imagem de uma atriz famosa como garota-propaganda de seu salão de beleza, sem o consentimento da celebridade. Viola-se a imagem, mas com intensidades distintas e finalidades diversas.

É evidente que, no fundo, a decisão acerca de quais tipos de comportamentos prejudiciais ou danosos serão criminalizados permanece com o Legislativo. Em todos os casos dados, não há limitações substanciais ontológicas ou extrajurídicas a condicionar as escolhas do legislador, que poderia ter optado pela criminalização das condutas descritas em todos os nossos exemplos. O princípio da fragmentariedade não possui o condão de assegurar que isso não ocorra, porque não traz balizas objetivas sobre o que se pode e o que não se pode criminalizar. Apesar da inexistência de uma fórmula, no entanto, conserva sua utilidade na medida em que institui uma mentalidade que prestigia o princípio da intervenção mínima e contribui para a sua concretização. Se ele não "força" o Legislativo a atuar com parcimônia, municia os juízes com um instrumento de depuração.

Outro que também homenageia e confere concretude à lógica da intervenção mínima é o **princípio da subsidiariedade**.

Partindo da ideia de que o Direito Penal deve ser usado o mínimo possível, o princípio da subsidiariedade limita a aplicação desse ramo do ordenamento jurídico ao último caso, impondo a obrigação de que, como medida extrema que é, seja tratado como última maneira de interferir para solucionar os conflitos identificados no ambiente social.

Conflitos sociais são a expressão de uma colisão. Se essa colisão se dá entre interesses, entre direitos ou entre bens jurídicos, não importa, nesse momento. O fato é que há um embate, ainda que seja meramente entre as vontades de duas pessoas. Uma quer levar a cabo uma conduta, e a outra entende que essa conduta lhe é prejudicial de alguma forma. Quando o Estado, como juiz desse conflito, conclui em seu veredicto que a conduta de uma das partes é desviante e nociva, ele intervém. Ele pode apenas declarar um vencedor; pode municiar o vencedor com um título posteriormente executável; pode retirar os objetos de valor ou a propriedade do perdedor; pode impor uma obrigação de fazer, uma prestação pecuniária, uma multa ou, em último caso, até mesmo lançar o derrotado à prisão. Sabemos que esse tipo de medida extrema incumbe, fundamentalmente, ao Direito Penal. Embora tenhamos casos excepcionais de prisão previstos como métodos de outros ramos do Direito (a exemplo do que pode chegar a ocorrer com devedor contumaz da pensão alimentícia), essa é uma ferramenta característica do Direito Penal, o que torna especialmente gravoso em relação ao demais.

A lógica do Direito Penal é peculiar: para solucionar um conflito que lesa um direito da pessoa considerada como prejudicada, ele ofende um outro, pertencente àquela considerada como transgressora.

Considerando que a regra, no Brasil, é a de que aos crimes seja cominada uma pena de prisão (conforme art. 1º da Lei 3.914/41), a maioria dos transgressores está sujeita ao encarceramento, como uma das possibilidades de resposta (nos casos em que a pena privativa de liberdade é prevista alternativamente com a de multa, ou nos casos em que pode ser substituída por uma pena alternativa) ou até como a única resposta cabível (por exemplo, nos crimes violentos cuja pena aplicada exceda os quatro anos de reclusão ou detenção)⁵¹⁸. Quando alguém mata, sequestra, furta ou mesmo xinga, atingindo, respectivamente, a vida, a liberdade de locomoção, a propriedade ou a honra de alguém, está sujeito à possibilidade de prisão. Note-se que é até polêmica a questão da proporcionalidade entre a lesão e a resposta penal em alguns desses casos. Mais uma razão para que a intervenção penal seja usada com cautela e parcimônia.

Tudo isso torna o Direito Penal o ramo do Direito que é mais potencialmente danoso aos direitos fundamentais. E é a razão para que seja a sua aplicação deixada como última das medidas possíveis, já que, em um Estado democrático de Direito, os direitos fundamentais devem ser respeitados ao máximo, somente podendo ser restringidos pelos poderes públicos em caso de comprovada necessidade, e da maneira menos gravosa possível. É esse o raciocínio que reclama a incidência das normas de outros ramos do ordenamento em primeiro lugar, e a reserva da aplicação do Direito Penal como última hipótese.

O princípio da subsidiariedade, destarte, impõe o dever de que o Estado se valha do Direito Penal excepcional e residualmente, somente podendo fazê-lo nas hipóteses em que se constatar a insuficiência dos demais ramos do ordenamento para a resolução do problema. É por isso que se diz que o Direito Penal é a *ultima ratio legis*, a última razão legal, ou, em termos mais explicativos, o último dos mecanismos de intervenção de que pode se valer o Estado para solucionar conflitos.

⁵¹⁸ Em razão da impossibilidade da substituição da pena privativa da liberdade por alguma das restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do CP.

Quando o estado criminaliza a conduta, ele a atrai para o escopo de incidência do Direito Penal, e, por todas as razões que acima expusemos, essa medida, considerada extrema, deve ser excepcionalíssima.

O princípio da intervenção mínima diz que o Estado deve intervir o mínimo possível e seu corolário, o princípio da subsidiariedade, acresce e especifica que o Direito Penal somente pode ser aplicado quando todos os demais ramos do Direito forem considerados insuficientes para o trato do problema. É claro que suficiência e insuficiência são conceitos relacionais, somente podendo ser considerados em função de um fim. Suficientes ou insuficientes **para quê?** Acabamos de entrar, novamente, na árida discussão sobre os fins do Direito Penal, que identificaremos por ora com os fins do próprio Direito e, de um modo geral, como parte do projeto político a partir do qual se forma o Estado. Os fins do Direito, em nosso Estado democrático de Direito, são trazidos pela Constituição, no especialmente pelo Preâmbulo, pelos objetivos declarados (art. 3º) e pela ideologia liberal-igualitária característica desse modelo de Estado. Quando falamos de suficiência ou insuficiência, destarte, relacionamos esses conceitos com as metas do Estado democrático de Direito brasileiro, que quer estabelecer uma sociedade livre, justa, igual, livre de preconceitos e que propicia para os indivíduos condições existenciais compatíveis com sua dignidade.

Independentemente da taxonomia que se queira usar – bem, valor, direito – o fato é que o Estado deve proteger algumas coisas. Pelo princípio da fragmentariedade, restou posto que o estado não tutelar tudo, mas só o que for indispensável. E pelo princípio da subsidiariedade, impõe-se para o Estado um segundo filtro. Fica estabelecido o dever de, em relação aos conflitos que houverem passado com sucesso pelo filtro da fragmentariedade, deixar para o escopo do Direito Penal somente aqueles que não possam ser satisfatoriamente solucionados pelos outros ramos do ordenamento jurídico.

Não parece que uma advertência ou uma mera multa sejam suficientes para tutelar adequadamente a vida, a liberdade de locomoção, a dignidade sexual de pessoas menores e a higidez das atividades funcionais de alta relevância (como as de um magistrado ou policial, por exemplo), desestimulando de modo eficiente a prática de condutas consideradas lesivas a esses objetos.

É claro que essas considerações sobre a suficiência e a insuficiência são, muitas vezes, meramente especulativas, até porque, na maioria dos casos, não se realizaram testes que forneçam uma base empírica sólida para uma ou outra conclusão. Ainda não se puniu, em nosso contexto democrático, o latrocínio com a admoestação verbal, para ter a certeza de que essa medida será insuficiente para coibir o desvio em questão. Mas há algum suporte empírico, ainda que inespecífico, para a suposição de que a medida seria insuficiente. Sabe-se, desde muito antes da criminologia crítica, que a pura imposição de penas mais severas (inclusive a de morte) não reduz de modo automático a ocorrência de determinados crimes no ambiente social. Beccaria⁵¹⁹, há quase 250 anos, já dizia que a certeza da pena desestimula muito mais do que a simples intensidade da punição prevista. De outro lado, é bastante óbvio que a completa inexistência de caráter aflitivo retira da pena seu efeito desestimulante.

Assim, por mais que seja comprovadamente ilusória uma suposta relação direta entre a prevenção de crimes e a dureza da política criminal, algum nível de confiança na maior eficiência persuasiva das sanções mais severas deve existir, para que se justifique a sua imensa diversidade em termos de qualidade e quantidade. A menos que se tenha uma resposta única para todas as infrações ou se parta para o abolicionismo penal, há que se acreditar que a pena é um instrumento minimamente eficaz para o controle comportamental e a prevenção dos crimes, e que as penas mais elevadas têm potencial de prevenção teoricamente maior. Aliás, o raciocínio, em princípio, vale para todas as correntes sobre os fins da pena. Mesmo os que adotam uma visão exclusivamente retributiva da pena, baseada na noção de proporcionalidade entre o mal da pena e o mal do crime como pura medida de justiça, sem quaisquer pretensões de prevenção, haverão de admitir que a severidade da pena deve acompanhar a gravidade do prejuízo causado pela conduta criminosa.

Por mais injusto e disfuncional que o sistema penal sabidamente seja, se apostamos na sua manutenção, é porque não vislumbramos o que se possa usar, em seu lugar, por enquanto, para o controle e a contenção dos desvios comportamentais mais acentuados. Punir o genocídio, o latrocínio, o estupro de vulnerável qualificado pela morte com advertência ou multa – isto é, sem o uso das tradicionais ferramentas do Direito Penal – parece ser algo despropositado. Melhor seria, nesses casos, retornar à autotutela, pois as expectativas mínimas de segurança – que, como vimos, para a maioria, justificam o pacto a partir do qual se fundou o Estado – estariam

⁵¹⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 54.

comprometidas. Particularmente, embora enxerguemos o Direito Penal como um mal, trata-se de um mal ainda necessário, razão pela qual a luta é pela sua paulatina correção e humanização. São exatamente essas as missões que os princípios de Direito Penal que aqui abordamos têm.

Voltando ao princípio da subsidiariedade, e mantendo em mente as considerações que acima expendemos, se é viável a tutela da organização do trânsito mediante a imposição de restrições ao direito de dirigir e da multa, fica o Estado proibido de fazer uso da resposta penal. O estacionamento em local proibido ou o pequeno excesso de velocidade parecem ser suficientemente respondidos com essas medidas menos invasivas, menos lesivas aos direitos fundamentais do infrator. Se seu desvio não é acentuado, a resposta que lhe deve ser dada não pode ser tão severa. Bem diferente é o caso do condutor que disputa um racha, “furando” semáforos “às cegas”, em rua movimentada, e após ter ingerido grande quantidade de bebida alcóolica. A conduta gera um perigo concreto e se aparta dos padrões comportamentais esperáveis de tal modo que sua gravidade se torna muito superior, justificando a interferência pela via do Direito Penal, seja pela lógica da retribuição ou da prevenção. É claro que, se os números de acidentes graves ligados aos pequenos excessos de velocidade crescessem muito, o Estado poderia rever sua posição. Restando comprovadamente ineficientes a multa e a suspensão do direito de dirigir, pode ser que ele decida pela utilização de seu recurso mais severo para controlar um problema que não pôde ser solucionado pelas outras áreas. Esse “juízo de (in)suficiência”, assim, deve ser constantemente renovado, para que se mantenha uma política criminal fiel a esse preceito da subsidiariedade.

Mais uma vez, cuidamos de um princípio que contribui para que se sedimente uma mentalidade. Uma mentalidade que, se empregada, propicia concretude e aplicabilidade prática ao princípio da intervenção mínima.

Avançar semáforo, ultrapassar em local proibido, fazer uso indevido de buzinas e sinais sonoros em veículos, circular com pneus “carecas”; acordar os vizinhos com barulhos de obras às 3h da madrugada; chegar atrasado no local de trabalho, como servidor público, ou acidentalmente perder prazos de tarefas assinaladas por superior hierárquico; fazer cobrança insistente e ostensiva de dívidas de valor; construir um prédio ou reformar uma calçada sem autorização da Secretaria de Obras do Município; voluntariamente deixar de comparecer como mesário, no dia das eleições; deixar de recolher as fezes do cachorro, durante passeio, ou atravessar a rua fora da faixa de pedestres; deixar em atraso uma parcela do imposto sobre propriedade predial ou

territorial urbana (IPTU) ou do imposto sobre a propriedade de veículo automotor (IPVA); deixar de pagar horas extras a um empregado. Estão descritos, aqui, comportamentos considerados indesejáveis a ponto de suscitar a criação de normas específicas para seu sancionamento. Se é possível controlar sua ocorrência de modo satisfatório pelas vias do Direito Administrativo, do Direito Civil ou do Direito do Trabalho, por exemplo, fica proibida a utilização do Direito Penal. De novo, em reforço ao que foi dito em relação ao princípio anterior, a decisão sobre essa (in)suficiência permanece com o Poder Legislativo, que pode acabar julgando insatisfatória a tutela a partir das outras áreas do Direito. Mas o princípio continua a servir como diretriz-geral, impondo exigência de fundamentação racional para a decisão de criminalização, e pode, inclusive, ser usado como fundamento pelo Poder Judiciário para a eventual declaração da inconstitucionalidade de uma norma penal incriminadora.

A importância e o amplo reconhecimento do princípio da subsidiariedade são destacados por Schünemann⁵²⁰, que o posiciona como um "princípio material fundamental" cujas raízes remontam ao Iluminismo, "ponto de partida de todo o pensamento constitucional moderno". Não é demais dizer, nessa linha, que a ideia do Direito Penal como *ultima ratio legis* é uma invariante axiológica.

O princípio de que trataremos a seguir tem uma relação íntima com as teorias do bem jurídico e com o *harm principle*. Não seria exagero dizer que a coincidência dos conteúdos é quase total. A construção liberal de Stuart Mill fornece o alicerce para o princípio político criminal que recebe uma denominação quase homônima. O *harm principle* é o ancestral ideológico do **princípio da ofensividade**. Já dissemos, e detalharemos adiante, por que a tradução de *harm principle* como “princípio do dano” ou “princípio da ofensa” não é a mais adequada. No que tange ao comando normativo, no entanto, com poucos ajustes é possível fazer com que convirjam integralmente. O Estado não deve intervir em comportamentos que sejam inofensivos ou lesivos apenas para o próprio agente. Ou, como bem se disse, o princípio da ofensividade corresponde a uma “base político-ideológica que reflete uma forma de pensar o direito penal e o fenômeno criminoso não só adequada, mas até mesmo intrínseca ao modelo de Estado democrático e social de Direito”.⁵²¹

⁵²⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Trad. Luís Greco (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 89.

⁵²¹ D'ÁVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 68.

É exatamente dessa mesma base que se extraem as premissas que deram forma às ideias liberais de Beccaria e Feuerbach, e que impulsionaram o desenvolvimento das teorias do bem jurídico ao longo dos séculos. Só o que pode justificar a intervenção penal é a sua necessidade para a proteção de um bem jurídico contra uma lesão. Embora a extensão dessa lesão seja algo nebuloso, deixando dúvidas sobre se alcança, por exemplo, todos os tipos de perigo, e o conceito de bem jurídico esteja ainda completamente aberto, mais de 200 anos depois, o fato é que a ideia central está posta: o crime deve ser algo nocivo, danoso, prejudicial, destrutivo, para alguma coisa importante. Com isso, desde logo, se excluem as tipificações calcadas, exclusivamente, em preconceitos, superstições, dogmas religiosos, ou, simplesmente, no dever de obediência cega ao Estado.

Considerando o quanto dissemos sobre as teorias do bem jurídico e o *harm principle* no Capítulo 3, e o compartilhamento de uma mesma base racional – o crime deve ser nocivo para algo importante; um comportamento inofensivo não pode ser punido – não há necessidade de que se discorra mais sobre o princípio da ofensividade. Como dito, nosso propósito, aqui, é o de apontar princípios político criminais importantes e demonstrar sua relevância para a composição de um sistema de contenção dos abusos do poder estatal de criminalizar.

A importância do princípio da ofensividade se faz perceber de modo ainda mais acentuado quando lembramos que ele está expressamente plasmado na versão mais simples e tradicional que se tem de um conceito material de crime: comportamento que ofende um bem jurídico penalmente tutelado. Não podemos afirmar quem deu origem a quem: se o conceito material é assim elaborado em homenagem ao princípio da ofensividade ou se esse último já é uma construção que deriva do primeiro. O que importa é, como já se destacou, a coincidência quase total dos conteúdos. Não à toa, no conceito material de crime que sugeriremos no capítulo seguinte, o mesmo lugar de destaque para o princípio da ofensividade estará assegurado.

Como dito (item 3.7), as expressões dano, lesão, ofensa e perigo não mantêm entre si uma relação de continência ou derivação lógica. Semanticamente, algumas são imbricadas. E há uma confusão terminológica indesejável que sempre pode se operar, na medida em que para alguns (Feinberg), a ofensa pressupõe algo menos lesivo do que o dano. O conteúdo do dano integraria o *harm principle*, ao passo que o da ofensa, comporia o *offense principle*. No Brasil, há um princípio da ofensividade, que é sinônimo de princípio da lesividade, mas que não corresponde

a qualquer dos princípios anglo-americanos. Enfim, não fica clara qualquer relação de subordinação do perigo, concreto ou abstrato, em relação ao dano, lesão ou ofensa. Em razão dessas dificuldades, a sugestão é a de que se altere a nomenclatura para **princípio da nocividade**. A nocividade parece ser uma categoria mais adequada para abrigar e organizar os conceitos de dano (em nossa cultura jurídica, sinônimo de lesão e ofensa) e de perigo, que se divide em concreto e abstrato.

Antes de seguir adiante, é preciso apenas citar que há princípios extremamente úteis para a barreira de contenção dos abusos do poder estatal de criminalizar condutas que se conectam com o da ofensividade ou, até, dele derivam. É dessa última maneira que pensamos. O princípio da insignificância e o princípio da alteridade parecem corresponder a adendos ou emendas ao princípio da ofensividade, que emite um comando geral a ser complementado pelos dois princípios em questão. Como dissemos, quanto mais restrita e específica for a norma, mais escassa será sua utilização. Em contrapartida, esse grau de especificidade é efetivamente constrangedor quando se está diante de um caso em que o cabimento seja evidente. Por isso, a manuseabilidade prática dos princípios mais específicos, com o conteúdo mais restrito, é superior.

Embora o princípio da intervenção mínima seja um princípio extremamente abrangente, capaz de abarcar praticamente todas as situações em que se queira apontar uma interferência penal indevida, ele raramente aparece como fundamento na práxis processual. Já o princípio da insignificância, bem mais restrito, é um dos que mais se faz presente em sentenças e acórdãos. Não é uma peculiaridade da principiologia penal, mas da sistemática de aplicação dos princípios jurídicos, em geral. É muito mais fácil conseguir um provimento judicial com um pedido embasado em um direito fundamental específico (liberdade de locomoção, inviolabilidade das comunicações telefônicas) do que na própria dignidade da pessoa humana, que pode ser situada como antecedente lógico dos direitos fundamentais, mas que tem uma conceituação imprecisa a ponto de enfraquecer a argumentação jurídica que a invoca, desestimulando na prática o seu uso.

O princípio da **alteridade**, em poucas palavras, impede que se puna a autolesão. Entenda-se por pura autolesão a conduta que lesiona única e exclusivamente o seu autor. A absurdez da punição da autolesão de modo algum representa uma "verdade axiológica" absoluta. Na Malásia, como

vimos no Capítulo 2, a tentativa de suicídio pode ser punida com prisão de até um ano.⁵²² E há muitas outras interferências em que, a despeito do esforço discursivo dos mais elevados no sentido de apontar uma justificativa que se funde em interesses alheios, não se consegue disfarçar a arbitrariedade da invasão no espaço existencial da individualidade.

É nesse ponto que se discute o "paternalismo penal". Denomina-se paternalismo penal, em utilização pejorativa da nomenclatura que designa a relação de autoridade do pai em relação aos filhos, a interferência do Estado que nega aos cidadãos a capacidade de decidir livremente sobre como conduzir suas vidas. Assim como o pai tutela, guia e repreende os filhos menores, o Estado retira do espaço de liberdade dos cidadãos a conduta que ele entende que seja nociva a seus próprios interesses. E pode puni-los por praticá-las. É exatamente aqui que se situa o problema. O paternalismo em relação a pessoas incapazes não só é válido, como pode até ser muito bem-vindo. Essa tutela intromissiva sobre pessoas capazes de decidir, negando sua autonomia moral, é controladora e arbitrária. É comum dividir-se o paternalismo em paternalismo duro (*hard paternalism*) e paternalismo moderado (*soft paternalism*). O primeiro se refere ao controle exercido sobre certas práticas levadas adiante por pessoas capazes, e o segundo, por pessoas incapazes ou sobre cuja capacidade pairam dúvidas.⁵²³

A recusa ao paternalismo duro, embora jamais se use essa expressão, está impressa na doutrina liberal original de Mill e seu *harm to others*, segundo a qual a interferência do Estado em uma conduta que, apesar de autolesiva, não traduz qualquer prejuízo para terceiros, é uma negação da autonomia da pessoa (ou seja, da capacidade de legislar moralmente para si própria). Isso foi visto com maiores detalhes no item 3.7. Se o eventual potencial lesivo de um comportamento não ultrapassa os limites dos interesses do próprio agente, uma intervenção Estatal representará a imposição de um padrão moral e um estilo de vida. O puro controle da moralidade e a interferência nas ações inócuas para interesses alheios elimina o espaço privativo da individualidade e é expressão máxima do despotismo.⁵²⁴

⁵²² Art. 309: “**Attempt to commit suicide.** Whoever attempts to commit suicide, and does any act towards the commission of such offence, shall be punished with imprisonment for a term which may extend to one year, or with fine, or with both.” MALÁSIA. **Penal Code.** Act No. 574 of 1997, 7 August 1997. Disponível em <https://www.refworld.org/docid/3ae6b5cf0.html>. Acesso em 14 Jan 2020. Tradução nossa.

⁵²³ MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal:** limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais. São Paulo: Libera Ars, 2015, p. 100.

⁵²⁴ MILL, John Stuart. **On liberty.** E-book Kindle, pos. 1075.

Joel Feinberg⁵²⁵ segue linha semelhante. Após invocar o brocardo do *volenti non fit injuria*, afirma que danos autoinfligidos, riscos livremente assumidos e danos conscientemente consentidos não são *wrongs*, então, não são *harm* em sentido normativo.

Em nosso país, o princípio da alteridade, que proscree o paternalismo duro, conta com alguma aceitação, tanto em ambiente acadêmico quanto judiciário. Quando se pune uma conduta autodestrutiva, é porque ela atinge terceiras pessoas, como a simulação de acidente de trânsito que produz lesão corporal no próprio dono do veículo, que obtém o valor do seguro de modo fraudulento.

Não se pode deixar de registrar, porém, que se a punição da pura autolesão é reprovada em tom de virtual consenso, a delimitação do que seja a própria autolesão gera uma série de divergências, dentre as quais se pode incluir o porte de drogas para consumo pessoal. Embora se alegue a tutela da saúde pública, há muita força no argumento de quem sustenta que o que se está punindo é, sim, a autolesão, pela absoluta inexistência de possibilidade de lesão ou perigo concreto para o (pretenso) objeto em questão.⁵²⁶

Quanto ao princípio da **insignificância**, não é exagero dizer que é, hoje, uma das mais importantes normas do Direito Penal de um Estado democrático de Direito. Não porque resolva todos os problemas, e nem porque tenha um campo de incidência imenso, podendo ser invocado em quase todo tipo de situação. É porque ele é, efetivamente, usado nos argumentos defensivos e, com frequência, aceito pelos Tribunais. Embora essa aceitação acabe sendo condicionada por uma série de requisitos estranhos ao princípio, em si (a exemplo da reincidência, como veremos adiante), não é tão rara sua aparição em peças de defesa e em sentenças e acórdãos absolutórios.

Segundo o princípio da insignificância, não há crime quando o comportamento, embora estando previsto em lei (pressuposto básico, referente à tipicidade formal), não lesiona de modo significativo o objeto de proteção da norma. Lesões ínfimas ou desprezíveis não conduzem à configuração da tipicidade material, nitidamente um elemento pertencente a um conceito material de crime. Trata-se de um princípio mais voltado, de um modo geral, para a orientação

⁵²⁵ FEINBERG, Joel. **Harm to others: The moral limits of the criminal law**. New York: Oxford University Press, 1987, Cap1. p. 11; Cap. 2, p. 21.

⁵²⁶ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 369 e seguintes.

dos juízes e tribunais, e não do legislador. Se há ou não ofensa a um bem (ou valor, ou interesse etc.), é uma pergunta que se faz no plano legislativo, para a tomada de decisão quanto à necessidade de que se criminalize, ou não, determinada conduta. A avaliação da magnitude da lesão, no entanto, como se refere ao caso concreto, acaba sendo uma tarefa que compete ao juiz. O Estado decide que quer punir a subtração não violenta de bens patrimoniais, e tipifica o furto. A menos que já faça constar na lei uma causa de exclusão da tipicidade referente ao valor mínimo da *res furtiva* para que a conduta seja punível, a decisão quanto a se a lesão é, ou não, insignificante caberá ao magistrado (ou ao filtro anterior – o membro do Ministério Público). Nos crimes patrimoniais e nos delitos tributários, esse “tabelamento” é até viável (embora pouco funcional, porque os as configurações econômicas e monetárias mudam com frequência, e isso tornaria a lei rapidamente desatualizada), mas não se pode dizer o mesmo em relação a lesões corporais culposas ou crimes contra a honra, por exemplo.

Em suma, trata-se de outro princípio crucial para a formação de um conceito material de crime que seja efetivamente crítico-limitativo, embora não necessariamente apareça de modo explícito em sua redação, como ocorre com o da ofensividade. Sua importância não é reconhecida apenas nos países predominantemente influenciados pela cultura jurídica germânica. Como vimos no item 3.7, Joel Feinberg claramente faz a defesa do princípio, embora jamais aluda a seu *nomen juris*, deixando claro que a punição das "trivialidades" não apenas seria injusta, mas faria mais mal do que bem para a sociedade.

Deve estar absolutamente claro, a essa altura, que em um ambiente democrático, o Estado não pode punir o que quiser. Nem mesmo se contar com o apoio da imensa maioria da população, ou se os fins forem muito elogiáveis. Claro que, com o tempo, se esse apoio massivo se mantiver, é possível que os representantes políticos – inclusive porque dependem da opinião popular para sua reeleição – passem a criminalizar alguns desvios que podem ser objeto de controle por outros ramos do Direito, menos gravosos, ou que deveriam ser tolerados pela maioria, porque fazem parte de intimidades ou estilos de vida que não interferem nas liberdades ou nos espaços existenciais dos outros. Mas vimos que a punição dessas idiosincrasias e preferências, por puro capricho da maioria, é inadmissível em um país democrático, razão pela qual o Poder Judiciário está permanentemente incumbido da tarefa de examinar a validade das normas à luz da Constituição, devendo fazer uso do controle de constitucionalidade das leis. Dito isso, a menos que se cogite o abandono do sistema democrático atual, seja por golpe ou pela refundação política do Estado a partir de uma nova Constituinte, o Estado e seus representantes estarão, sim,

limitados no que tange à atividade de criminalizar. Essa, por força do raciocínio da *ultima ratio legis*, é uma medida excepcional e que deve ser solidamente ancorada na necessidade para o alcance dos fins democráticos e na insuficiência das outras áreas do Direito para a adequada solução do problema.

Seria extremamente produtivo que o texto constitucional trouxesse, de maneira expressa e clara, os princípios político-criminais em questão. Isso lhes daria uma manuseabilidade incomparavelmente maior. Não é porque inexistente uma previsão expressa, no entanto, que se devam considerar meros adornos acadêmicos, desprovidos de normatividade.

Atualmente, encontra robusta aceitação a tese de que a existência de princípios que fundamentam a limitação do poder estatal de criminalizar condutas é “premissa tácita de qualquer Estado de direito democrático-liberal, pouco importando se um tal Estado a consagrou na constituição de modo expreso ou não”.⁵²⁷ De fato, consulta à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) revela previsões claras:

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Art. 5º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Daqui se extraem bases para princípios como a intervenção mínima, a subsidiariedade, a ofensividade, a alteridade e a insignificância.

De qualquer forma, há autores que apontam dispositivos constitucionais a partir dos quais se podem fundamentar alguns dos princípios liberais. Um exemplo seria o art. 5º, XLI, CF, que abrigaria implicitamente a ofensividade: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos

⁵²⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Trad. Luís Greco (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 72. Roxin, de modo semelhante, recorre a “ideias básicas da teoria do Estado do Iluminismo, nas quais se baseia também a Lei Fundamental alemã”. ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 183.

direitos e liberdades fundamentais”. Entendemos que a previsão esteja especificamente dirigida à fundamentação da criminalização dos crimes de preconceito, mas há quem diga que “o impacto dessa norma pétrea [...] é tão simples quanto sutil”, porque o “reconhecimento dos ‘direitos fundamentais’, como referências-objeto ao injusto penal, leva à descriminalização de toda e qualquer conduta típica que não os lesione significativa ou radicalmente”.⁵²⁸

Há alguns outros dispositivos que, sem uma alusão nominal, permitem a identificação da presença dos princípios em questão. “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário **lesão ou ameaça de lesão**” (art. 5º, XXXV, CF. Grifo nosso). Se todo enunciado comporta múltiplas interpretações, com esse não é diferente. Não só se pode enxergar uma promessa constitucional de proteção dos direitos das pessoas contra violações, como, também, uma delimitação do que pode ser apreciado pelo Poder Judiciário: exclusivamente lesão ou ameaça de lesão.

O entendimento majoritário, porém, é o de que os princípios político-criminais liberais estão impregnados no texto constitucional e nele figuram implicitamente. Um julgador não necessariamente teria que apontar um específico dispositivo na Constituição Federal para que pudesse declarar a inconstitucionalidade de um tipo penal considerado claramente abusivo. O fundamento da “correção no desvio legislativo, por violar princípios garantistas consagrados em nosso ordenamento político-jurídico, está assegurado na própria Carta Magna.” Por isso, “eventuais equívocos ou desvios de rumo devem ser recompostos, dentro do **devido processo legal**, pelo Poder Judiciário, que é, em última instância, o Guardião da própria Constituição”.⁵²⁹

5.3.2. Segunda medida dogmática: a integração das ciências criminais e o fortalecimento do discurso crítico e antipunitivista

Nosso ponto de partida traz à mente a lição de Roxin. De nada adiantam os institutos mais sofisticados e as teorias do delito mais rebuscadas se, no final do dia, pessoas estão sendo punidas injustamente.⁵³⁰ Não entraremos, aqui, no mérito da justiça ou injustiça, que costuma descambar para o subjetivismo. Tentaremos manter o foco na questão da justificação racional da pena. De

⁵²⁸ ARAÚJO, Antonio. **Direito Penal do Pós Bem Jurídico**: a superação do bem jurídico como referência-base do injusto penal e a descriminalização constitucional no Brasil. São Paulo: LEUD, 2014, p. 83.

⁵²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. Vol. 1. 22.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 63.

⁵³⁰ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31.

qualquer teoria do delito, esperam-se constructos claros e classificações e estruturações coesas. Mas de uma teoria do delito realmente desejável, espera-se, além disso, um alto grau de aplicabilidade e potencial para surtir efeitos práticos no sentido de conduzir à criação, interpretação e execução das leis de um modo racional.

Institutos dogmáticos como tipicidade, culpabilidade, erro de tipo e potencial consciência da ilicitude, ou as teorias sobre o concurso de pessoas ou sobre a determinação da relação de causalidade, não devem restringir-se a conceituações e diferenciações precisas. Sua elaboração deve ser orientada por uma pretensão de aplicabilidade prática. Tomem-se os institutos do dolo e da culpa, por exemplo. O grau de sofisticação conceitual é elevado. Falamos de dolo direto de primeiro grau, dolo direto de segundo grau, dolo indireto eventual, dolo indireto alternativo, culpa consciente e culpa inconsciente, com suas respectivas modalidades de imprudência, de negligência e da imperícia. No papel, os elementos constitutivos e as definições são suficientemente claros. Mas, quando são trazidos para a prática, fica patente um nível de insegurança tal que se forma a impressão de que seu uso é quase aleatório. A distinção entre dolo eventual e culpa consciente, nos livros, é simples. Em um processo criminal referente a homicídio cometido em condição de embriaguez ao volante, o manuseio dos conceitos torna-se leviano, operando-se presunções absolutas de dolo e “assunção do risco” jamais previstas em lei; ou torturante, se o juiz realmente se importar com descobrir se o agente “apesar de conhecer o risco, sinceramente creditava que o resultado lesivo não se produziria”. A doutrina, durante muito tempo, esqueceu-se da necessidade de que os conceitos jurídicos materiais sejam processualmente úteis.⁵³¹ Uma teoria do delito voltada para a prática é uma das maiores prioridades da dogmática penal.

Exatamente pelo olhar dirigido à prática, os institutos dogmáticos também não podem ser construídos à revelia da realidade social. A criação e a aplicação das leis, e o mesmo se diga sobre os institutos dogmáticos, têm que levar em conta as características políticas, econômicas e culturais do país a cujo ordenamento se referem. Entram em cena, com papéis de elevado destaque, a política criminal e a criminologia. Uma dogmática penal que não mantenha ininterrupto diálogo com esses saberes, por mais refinada que seja, corre o risco de quedar-se

⁵³¹ Um conceito de dolo especialmente preocupado com a aplicabilidade e voltado para o manuseio processual pode ser encontrado em RAGUÉS I VALLÈS, Ramo. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999. *Vide*, também, BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In. **Modernas tendências sobre o dolo em Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

inaplicável, ineficiente, ou, pior, desumana. A política criminal opera correções valiosas nos institutos dogmáticos, aperfeiçoando-os para que deles se obtenham os melhores resultados práticos. A criminologia, especialmente sua vertente crítica, denuncia tendências nefastas, demonstra problemas estruturais e disfunções da prática que não podem ser ignoradas, a menos que a dogmática consinta com a reprodução de um sistema seletivo, patrimonialista ao extremo e perpetuador de desigualdades socioeconômicas.

A primeira medida que se pode e que se deve adotar em busca de uma limitação material para as normas penais abusivas é a da **integração dos saberes criminais**. Teoria e prática; doutrina e jurisprudência; dogmática, política criminal e criminologia. Somente através de uma interação constante se podem obter resultados relevantes.

Especialmente em nosso, país, os Tribunais parecem ter não só desprezo, mas verdadeira aversão à doutrina. Não são ilações. “Não me importa o que pensam os doutrinadores. [...] Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolde a ele. [...] Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.”⁵³² São declarações de um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, que preocupam mais pelo impacto que essa forma de pensar pode ter na qualidade das decisões judiciais do que pelo próprio grau de arrogância.

Ora, de que serve a doutrina senão para orientar, na prática, a atuação dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo na criação, interpretação e execução das normas jurídicas? De nada valem as décadas de estudo e pesquisa e as milhares de páginas escritas?

O que se vê, da sentença de primeira instância ao acórdão definitivo da Corte Suprema, é uma reprodução de jurisprudência marcadamente punitivista e contaminada pela política. Há uma vontade de punir que se generaliza por todos os tipos de casos criminais e se espalha por todas as instâncias do judiciário. Claro, o pensamento punitivista não é uma exclusividade brasileira. Ele é notavelmente noticiado e criticado por David Garland⁵³³ e Loïc Wacquant⁵³⁴, referentemente a

⁵³² Ministro Humberto Gomes de Barros, AgReg em ERESP 279.889-AL, em 2006.

⁵³³ GARLAND, David. As contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico. **Revista Discursos Sediciosos**, ano 7, n. 11. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002, p. 86).

⁵³⁴ *Vide*, por exemplo, WACQUANT, Loïc. A ascensão do estado penal nos EUA. **Revista Discursos Sediciosos** Ano 7. N. 11. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 13-39; WACQUANT, Loïc. **Punir o pobres**: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2007. “A ascensão do estado penal nos EUA” (2002) e “Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos” (2007).

países desenvolvidos (Grã-Bretanha e Estados Unidos, respectivamente), e incansavelmente denunciada por Eugenio Raúl Zaffaroni, em nossa América Latina.⁵³⁵ No Brasil, ele assume uma feição institucional muito visível.

Representantes políticos, frequentemente comprometidos com a conservação do cargo e a reeleição, entoam o coro do punitivismo para o deleite de uma população fragilizada, perdida entre os preocupantes números referentes às estatísticas da criminalidade violenta urbana e o escarcéu que sobre eles se faz diariamente pelos veículos de comunicação. Uma retroalimentação destrutiva: a mídia, em busca de audiência, noticia o caos da criminalidade e critica a frouxidão das leis; as pessoas, apavoradas, reclamam dessa suposta condescendência e demandam recrudescimento das penas. Os políticos não só se apropriam do discurso do pânico, como o convertem em leis penais (geralmente, simbólicas) que criam novos crimes ou elevam as punições. A polícia tem a sua ação orientada pelo discurso do ódio, desumanizador dos suspeitos e condenados, e atua de modo violento com a sensação de legitimidade que se apoia na fala das autoridades públicas e na vontade popular.⁵³⁶

A cada volta, nesse círculo vicioso, as leis ficam mais duras, a ação policial mais brutal e a opinião popular mais punitivista. Atualmente, chegamos a um estágio de subversão tão profundo que os direitos e garantias fundamentais foram convertidos, de conquistas históricas de alto valor humanitário, a brechas da lei, mecanismos de impunidade e “direitos de bandidos”.⁵³⁷

Em uma pesquisa de opinião, realizada em 2016 para compor o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, o Instituto Datafolha constatou que, já naquela época, 57% dos brasileiros endossavam a frase “bandido bom é bandido morto”⁵³⁸.

Por “punitivismo”, no contexto desse trabalho, entenda-se a ideologia a partir da qual se recorre à pena como primeira ou única solução para os conflitos sociais ou intersubjetivos. Segundo essa mentalidade, os interesses públicos normalmente prevalecem sobre os privados, podendo até

⁵³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal**. Buenos Aires: Ediar, 1998, especialmente primeiro capítulo.

⁵³⁶ ZAFFARONI; Eugenio Raúl *et alii*. **Direito Penal Brasileiro**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 45.

⁵³⁷ BOLDT, Raphael. **Criminologia midiática**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 146.

⁵³⁸ Disponível em < https://www.huffpostbrasil.com/2016/11/02/bandido-bom-e-bandido-morto-o-que-pensam-57-dos-brasileiro_a_21699897/?utm_hp_ref=br-bandido-bom-e-bandido-morto>. Acesso em 10 dez 2019.

desconsiderá-los, razão pela qual é aceita não apenas a presença mais frequente do Direito Penal como método de controle, mas a flexibilização ou desconsideração de direitos e garantias fundamentais em prol da máxima eficiência no controle dos fenômenos criminais. Para sintetizar essa mentalidade, podemos nos servir da síntese de Albrecht: o punitivismo representa uma espécie de contrailustração.⁵³⁹

Seria de se esperar que o Poder Judiciário, pela alta qualificação de seus membros e pela posição de (desejável) imparcialidade que deve ocupar, mantivesse segura distância dos apelos populares, das influências midiáticas e das cobranças políticas. Não é o que se observa no Brasil, com a necessária ressalva em razão da óbvia existência de muitas exceções. Salo de Carvalho⁵⁴⁰, aludindo a pesquisas de opinião realizadas no âmbito da magistratura sobre temas como aumento das penas em casos de crimes hediondos e redução da maioria penal, observou uma massiva adesão dos julgadores a propostas punitivistas que compõem não apenas o ideário do leigo, mas o “senso comum prático-teórico dos operadores do direito”.

É exatamente assim que se forma um arquipélago jurídico-penal. Ilhas individuais e isoladas de saberes que mal se comunicam. Embora a busca da interação deva ser uma tarefa de todos, pode-se apontar a doutrina como a principal responsável por esse distanciamento. Novamente, falamos de um modo geral, mas com justas e notáveis exceções. Boa parte da doutrina pátria comete alguns equívocos capitais que conduzem a essa lastimável falta de comunicação, empobrecedora dos resultados individuais de cada um dos saberes e, mais ainda, das ciências criminais como um todo.

Livros predominantemente dogmáticos, como cursos e manuais, mal trazem alusões à criminologia e à política criminal. Isso demonstra uma escassa preocupação com a aplicabilidade prática daquilo sobre o que se escreve. Produz-se um conhecimento repetitivo, “de laboratório”, desconectado da práxis forense e dos problemas criminais da sociedade desigual em que vivemos. Outro aspecto merecedor de grande atenção está na postura omissa no que tange às críticas às decisões judiciais. Talvez seja exatamente essa falha – uma postura costumeiramente acrítica – a que mais conduz à fragmentação dos saberes penais.

⁵³⁹ ALBRECHT, Perter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. Trad. Ricardo Planas. IN: **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Comares, 2000, p. 476.

⁵⁴⁰ CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do Sistema Penal na era do punitivismo** (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 103-104.

Decisões dos Tribunais Superiores são reverenciadas, incorporadas e cristalizadas pela dogmática ao arrepio de alguns dos princípios mais elementares de Direito Penal, comentados por ela própria. Se ocorre por comodismo, por ausência de fôlego ou por subserviência, difícil dizer. Mas é certo que a febre dos concursos públicos, que acometeu os cursos de Direito de modo pandêmico pelas duas últimas décadas, foi determinante para a queda de qualidade e a tonalidade monocromática da literatura jurídica. Todas as questões foram objetivadas, simplificadas, reduzidas a “letras certas” em provas de múltipla escolha. E as divergências, profundas e numerosas, que nunca deixaram de existir pelo empenho da doutrina crítica, são menoscabadas e resolvidas de modo matemático, a partir de Súmulas e Informativos.

Considerando, como dito, que uma grande parte dos atores jurídicos de destaque em nosso país não escondem uma afeição pelo punitivismo, temos profissionais de todas as carreiras passando adiante “verdades jurisprudenciais” descomprometidas com a profundidade teórica e, não raras vezes, indisfarçavelmente influenciadas por comoção popular. O Supremo Tribunal Federal é frequentemente instado a se pronunciar sobre a constitucionalidade de uma série de tipos penais vetustos ou marcadamente arbitrários e tem se esquivado com muito sucesso. E a doutrina o deixa em paz.

Vamos, aqui, fazer poucas e breves menções, a título de exemplo, porque o trabalho não comporta o desvio que seria necessário para um exame mais aprofundado.

Um Tribunal que recebe a missão de defender a Constituição e, conseqüentemente, de zelar pela carta de promessas das liberdades típica das democracias, não pode sair ileso quando decide, em um caso de apropriação indébita (crime não violento) de R\$ 50,00 do neto em desfavor do avô, que não se aplica o princípio da insignificância porque o réu é reincidente.⁵⁴¹ Em outro caso, o mesmo elemento absolutamente estranho às considerações sobre a insignificância impediu seu reconhecimento: um réu teve a condenação mantida porque, sendo reincidente, não devolveu uma garrafa térmica usada que havia tomado emprestado. Qual grau de desprezo teórico pela doutrina e pela teoria uma decisão assim exprime? A insignificância da lesão determina a

⁵⁴¹ STF - HC 120016, Relator(a): Min. ROSA WEBER (dissidente), Primeira Turma, julgado em 03/12/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013.

atipicidade material **do fato**, sendo absolutamente inconcebível que esse juízo seja obstaculizado pela consideração de um elemento externo e impertinente como a reincidência.

Ainda sobre a jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca da insignificância, é claramente perceptível verdadeiro esforço no sentido de dificultar seu reconhecimento. Alude-se, nessas Cortes, a requisitos cumulativos como “mínima ofensividade da conduta”, “nenhuma periculosidade social”, “inexpressividade da lesão” e “reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento” para afastar a incidência da insignificância em casos cujo prejuízo da conduta de subtração não violenta é de R\$ 15,00.⁵⁴²

Os critérios, além de visivelmente redundantes, não dizem nada, mas permitem que se diga tudo. Se a ofensividade é mínima, é óbvio que a lesão será inexpressiva e, conseqüentemente, não haverá periculosidade social, o que conduz, necessariamente, à impossibilidade de reprovar-se a conduta. Mas essas frases ocas e perniciosas se prestam ao papel panfletário de afastar o princípio com base na mera invocação genérica, de modo semelhante ao que se faz, há muitas décadas, com a decretação da prisão preventiva com base na “garantia da ordem pública” (art. 312, *caput*, CPP). Não é insignificante, então, um furto cujo prejuízo patrimonial acarretado é de R\$ 15,00. E segue o jogo, com pontuais e esparsas críticas por parte da doutrina.⁵⁴³

⁵⁴² Um exemplo, que mostra, inclusive, como julgadores alteram suas posições mais críticas em cega obediência às jurisprudências majoritárias punitivistas que vêm se formando: “I. Após o paradigmático voto do Ministro CELSO DE MELLO, nos autos do HC 84.412/SP, a orientação jurisprudencial sedimentou-se no sentido de que a incidência do princípio da insignificância pressupõe a concomitância de quatro vetores, a saber: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (STF, SEGUNDA TURMA, DJU de 19/11/2004). II. Para a aplicação do princípio da insignificância, a excluir a tipicidade material da conduta, devem ser observados todos os vetores previstos no aludido precedente do STF [...] e não apenas o valor do bem ou a inexpressividade da lesão jurídica provocada. III. Na hipótese, não obstante o reduzido valor da res furtiva, 1 (um) guarda-chuva, avaliado em R\$ 15,00, não se afirmar que a conduta seja de reduzidíssimo grau de reprovabilidade, pois perpetrada, em tese, por agente multirreincidente [...]. IV. **Não se descarta da existência de julgados anteriores, inclusive de minha relatoria, no sentido de que "condições pessoais desfavoráveis, tais como a reincidência ou os maus antecedentes, não constituem óbice ao reconhecimento do princípio da insignificância"** [...] V. Todavia, em recentes julgados, ambas as Turmas do STF adotaram a orientação no sentido de que ‘o criminoso contumaz, mesmo que pratique crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse praticado condutas irrelevantes, pois crimes considerados ínfimos, quando analisados isoladamente, mas relevantes quando em conjunto, seriam transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida’ [...]”. (STF, HC 110.841, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, SEGUNDA TURMA, maioria, DJe de 14/12/2012). (STJ - AgRg no REsp: 1403495 RS 2013/0315726-5, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 03/10/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/07/2014. Grifo nosso.)

⁵⁴³ Revisão crítica da jurisprudência pode ser encontrada em BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 64-65.

Questionado sobre a inconstitucionalidade do tipo penal que criminaliza a atividade de manter casa de prostituição, amplamente tolerada pela sociedade e pelas próprias autoridades públicas há muitas décadas, o Supremo Tribunal Federal assim respondeu:

[...] os bens jurídicos 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. [...] 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.⁵⁴⁴

A postura é de fazer inveja a Pôncio Pilatos. Difícil pensar em um caso mais apropriado para declarar a inconstitucionalidade, que seria descriminalizadora. Difícil pensar em exemplos que transpareçam maior hipocrisia dos que o que se refiram à “moralidade sexual e os bons costumes”, bens jurídicos absolutamente inexistentes e fabricados sob encomenda para o julgado e que, ainda que existissem, definitivamente não seriam dignos de tutela penal.

A questão não para por aí. Ainda aguardamos a decisão sobre a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal, há anos mantida em suspense. O julgamento foi iniciado em 2015 (RE 635.659) e, até o presente momento, apenas 3 dos 11 Ministros proferiram votos. Enquanto isso, milhares de usuários de *cannabis* desfrutam da hospitalidade dos cárceres brasileiros porque, em razão da escassez de critérios objetivos na Lei 11.343/06, foram condenados como traficantes.

Chegamos ao cúmulo da infiltração punitivista no Poder Judiciário com a estarecedora criminalização da homofobia via analogia *in malam partem* pelo Supremo Tribunal Federal.⁵⁴⁵ Por meio dessa simpática e politicamente correta decisão, o STF reduziu a cinzas a Constituição que jurou proteger.

Após identificar que a Lei 7.716/89 criminalizava múltiplas formas de preconceitos, mas nada dizia sobre a “homofobia”, o preconceito em razão da identidade ou da orientação sexual, o STF decidiu que essa forma de discriminação pode ser ali incluída, já que o Poder Legislativo se mantém inerte há décadas. Se essa forma de preconceito deve figurar como ilícito penal,

⁵⁴⁴ STF - HC 104467, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 08/02/2011, DJe-044 DIVULG 04-03-2011 PUBLIC 09-03-2011 EMENT VOL-02477-01 PP-00057.

⁵⁴⁵ Mandado de Injunção 4733/DF e ADO 26/DF, julgados em 13 de junho de 2019.

passando a integrar o rol da Lei 7.716/89, é uma excelente discussão. De fato, parece haver espaço para essa inclusão, já que ali se fala em preconceitos de raça, cor, etnia, religião e procedência nacional, podendo encaixar-se, muito bem, o preconceito sexual. Todas essas formas de preconceito atentam contra o valor da igualdade, base de nosso sistema democrático. Considerar-se superior a alguém em razão da orientação sexual e, por conta disso, impedir que sejam usufruídos direitos, é tão repulsivo quanto fazer o mesmo em função da cor da pele ou da religião praticada. Assim, a mesma justificativa que se tem para a criminalização dos vários tipos de preconceitos da Lei 7.716/89 se aplica à “homofobia”, e se o Estado, pelas vias adequadas – o devido processo legislativo – houvesse incluído o preconceito sexual na lista daqueles punidos pela legislação específica, sua decisão encontraria forte amparo racional. Mas, ao simplesmente rasurar a lei para incluir “à mão” uma conduta socialmente reprovável, o STF demoliu a estrutura dos *checks and balances* e usurpou competência exclusiva do Poder Legislativo.

A troca não é nada inteligente: fazer uso da analogia e violar o princípio da legalidade, criando um precedente e deixando uma brecha perigosíssima, em nome da inserção, no ordenamento jurídico-penal, de uma norma incriminadora, que poderia e deveria ter sido incluída por simples alteração legislativa. Ainda há muitas – e sempre existirão – lacunas e incoerências nas leis penais, e se os juízes e Tribunais quiserem solucionar essas questões por meio da analogia, oportunidades não vão faltar. Permitir uma única exceção ao princípio da legalidade, por mais louvável ideologicamente que ela seja, e por maior que seja a aprovação social com que ela conte, significa tornar inócuo o mais básico mecanismo de defesa de que podem servir os indivíduos diante do Estado. A legalidade penal só tem valor se for um princípio absoluto e seu afastamento, ainda que pontual, priva o ordenamento jurídico de racionalidade e de previsibilidade. Schünemann⁵⁴⁶, ao apreciar algumas das decisões do Tribunal Federal alemão, afirma que elas remetem o Direito Penal de seu país a períodos pré-iluministas. A decisão do STF em questão faz bem mais do que isso. Ela nega o grau zero da dogmática penal, arranca a pedra fundamental do Estado de Direito e viola o mais básico de todos os princípios constitucionais – o da legalidade penal, previsto, como vimos no Capítulo 2, até mesmo nos ordenamentos de países fundamentalistas mais extremistas (Irã, por exemplo). O Código Penal italiano de 1930, elaborado por Arturo Rocco sob encomenda direta de Benito Mussolini para a sacralização da ideologia fascista, estabelecia, em seu art. 1º, que “Ninguém poderá ser punido por um fato que

⁵⁴⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Trad. Luís Greco (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 54.

não seja **expressamente** previsto como crime pela lei, nem com penas que não sejam por essa estabelecidas”.⁵⁴⁷

A decisão do STF não é pré-iluminista. Ela é anti-iluminista.

Com essa fatura de atrocidades, não é aceitável o silêncio da doutrina. É, possivelmente, por esse mesmo silêncio acrítico que os princípios de Direito Penal que são abordados nos manuais não saem das bibliotecas para os fóruns, e não passam dos livros para as sentenças.

Diante de tudo o que se expôs, claro está que nenhum aporte dogmático será levado a sério e manuseado na prática enquanto a mentalidade acrítica habitar a doutrina, e enquanto a mentalidade punitivista imperar nos fóruns e tribunais. Como o legislador não criará tipos perfeitos e não contemplará todas as situações conflituosas da vida, exige-se “lealdade da jurisprudência”⁵⁴⁸.

Pode-se falar de conceito material de crime, de teoria do bem jurídico, de *harm principle*, ofensividade, subsidiariedade insignificância, adequação social, fragmentariedade... nada disso passará de mero palavrório acadêmico enquanto falar mais alto a pura vontade de punir. São institutos e princípios ignorados por completo ou usados com um sentido promíscuo, por meio de uma atitude de dissimulação da decisão prévia de punir, com ou sem fundamentos racionais, como vimos no julgado transcrito acima, em que se alude à “moralidade sexual” e aos “bons costumes” como bens jurídicos.

Se dissemos que o mais sofisticado conceito de bem jurídico ou de *harm to others* não será capaz de impedir os excessos punitivos, que dizer acerca da utilidade prática desses constructos diante da constatação desse amplo predomínio da mentalidade punitivista na jurisprudência, que se não é encorajada pela maior parte da doutrina, no mínimo, é deixada livre para crescer desordenadamente?

⁵⁴⁷ “Nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite.” Tradução livre. Grifo nosso.

⁵⁴⁸ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Trad. Pablo R. Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 228.

Lembra bem Juarez Tavares⁵⁴⁹ que

[...] a teoria do delito não é construída pela jurisprudência, que está vinculada, geralmente, a casos concretos, mas sim por reflexões científicas sobre os elementos caracterizadores da conduta criminosa. Com isso, a teoria do delito exerce importante função de instrumento controlador da jurisdição, justamente no sentido de impedir que as decisões judiciais se estruturam em atos de criação do direito e ultrapassem os limites expressos na Constituição.

A mudança de postura incumbe, em um primeiro momento, à doutrina. A dogmática penal deve tornar-se, além de atenta aos apontamentos da política criminal e da criminologia, ácida e crítica em suas abordagens, constringendo os atores do mundo jurídico a, pelo menos, considerar as teorias e os princípios. E, sempre, a fundamentar racionalmente suas posições, sob a pena das mais duras reprimendas científicas.

O segundo passo para que se obtenha um sistema de contenção dos abusos do poder estatal de criminalizar ou um filtro de legitimidade das normas penais incriminadoras que seja levado a sério é esse: desenvolvimento de uma postura integradora, crítica e antipunitivista na construção dos conceitos e estruturas da teoria do delito.

Como bem colocado por Luís Greco⁵⁵⁰,

Ainda que não possamos obrigar faticamente o legislador, ainda que nossas teorias não sejam direito vigente e que o Tribunal Constitucional não se importe com elas, ainda assim, poderemos usá-las como diretrizes de argumentação, e nos valeremos delas para criticar a legislação e a jurisprudência. Nós, penalistas, não temos qualquer poder que não o poder da razão. Mas é nessa fraqueza que reside a nossa verdadeira força.

5.3.3. Medidas legislativas: as emendas constitucionais para previsão expressa do conceito material de crime e para a instituição de procedimento especial para a elaboração de normas penais incriminadoras

A importância do que passaremos a propor provavelmente restará mais clara após um ligeiro apanhado de alguns dos problemas abordados no item anterior: a) a dogmática penal, com frequência, não demonstra preocupação com a aplicabilidade prática de suas teorias e conceitos;

⁵⁴⁹ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 28.

⁵⁵⁰ GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 61.

b) os Tribunais têm por hábito desprezar as contribuições acadêmicas; c) a mentalidade punitivista, em nosso país, não se restringe ao discurso populista dos políticos e ao sensacionalismo midiático; está fortemente entranhada em todos os Poderes e tem se revelado de modo solar na jurisprudência; d) a doutrina tem se mantido silente e acrítica diante das mais estarrecedoras decisões judiciais, chegando a reproduzi-las em manuais que se tornam, cada vez mais, apostilas preparatórias para concursos públicos.

Quão produtiva, diante dessas observações, seria a previsão constitucional expressa de princípios político-criminais liberais e, até mesmo, do conceito material de crime?

Vamos começar enfrentando aquelas que provavelmente seriam as objeções mais recorrentes.

Talvez se alegue que a conceituação não é uma tarefa primária da lei, mas, sim, da doutrina. Ou que a lei deve ser "econômica", em termos de conceitos. Não é possível concordar com isso. A preocupação com a clareza das normas penais é evidenciada pela sua estrutura tipológica e pela alta expectativa de qualidade de definição que se extrai do preceito da *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*. A existência de conceitos na própria lei diminui a área de incidência da norma e reduz parte das divergências interpretativas, potencializando a segurança jurídica. Além disso, ao explicitar com maior minúcia o sentido do comando legal, o legislador aumenta as chances de compreensão por parte dos destinatários, o que surte efeitos pedagógicos e eleva as chances de que a norma goze de maior eficácia social. Só há benefício. Quem se incomodar com a possibilidade de uma redução "exagerada" da área de incidência, e, conseqüentemente, com o risco de que condutas indesejáveis análogas fiquem fora de seu escopo, não demonstra muita afeição pela lógica garantista da estrutura tipológica ou da exigência de taxatividade para a lei penal. Na medida em que temos uma Suprema Corte que lê "homofobia" onde está escrito "preconceito de raça, cor, etnia, religião e procedência nacional", a exigência de clareza e de delimitação restritiva dos tipos nunca é um exagero.

Além do mais, é preciso lembrar que as conceituações da doutrina e da jurisprudência não vinculam e, igualmente, que não chegam ao conhecimento de todos os destinatários das normas.

Também não enxergamos como válida a censura no sentido de que a previsão conceitual "engessa" os conceitos, como se isso fosse algo negativo em matéria penal. O que se quer, nessa seara, é exatamente segurança e previsibilidade, e quanto mais espaço se der para a atividade

jurisdicional na atribuição de sentido às normas incriminadoras, maior o risco de arbitrariedades. Note-se bem: não estamos aqui defendendo o retorno do juiz "boca da lei", de Montesquieu, ou a revitalização da escola positivista exegética. A atividade do juiz é hermenêutica, e sempre será. Já vimos isso: a linguagem é volúvel e dinâmica; as palavras não são unívocas e não têm sentidos imanentes; nada é suficientemente "claro" ou "óbvio" a ponto de dispensar a interpretação. O que se defende, aqui, é apenas uma **redução de complexidade** - que, aliás, é o que a dogmática faz o tempo todo. A única diferença é que estaríamos transportando essa redução de complexidade ao plano da lei, o que certamente tem maior potencial de constranger os aplicadores do que a pura abordagem acadêmica.

A melhor resposta que temos para essa crítica do "engessar" é a lembrança de que temos, em nossa Constituição, uma série de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º). Referem-se a pressupostos e princípios tão basilares que, se forem abandonados, já não teremos um Estado democrático de Direito, segundo compreendido pela maioria dos discursos político-filosóficos da Segunda Guerra Mundial em diante. Não há, assim, mal em sua "petrificação", uma vez que, imobilizadas, ou não, o atropelo de algumas premissas fundamentais corresponde a uma troca de modelo de Estado. Seja pela força ou por uma suposta via democrática.

Não se olvida, aqui, o receio de que "os mortos governem os vivos". O que acontece é que a estabilidade do ordenamento jurídico é um pré-requisito para seu funcionamento. A "petrificação" deve ser muito econômica e parcimoniosa, é claro. Mas, uma vez identificados certos núcleos duros, correspondentes às invariantes axiológicas e posicionados como vigas-mestras de um sistema, protegê-las significa, apenas, assegurar que ele não tenha um "botão de autodestruição". Se se quiser superar essa rigidez, que seja com um novo recomeço, e não pela gradual erosão dos princípios elementares que caracterizam o formato atual.

Não é possível aprofundar a reflexão sobre a adequação ou inadequação da adoção de cláusulas pétreas. Vamos, nos limites que nos permite a pesquisa, apenas caracterizá-las como mecanismos de proteção desenvolvidos a partir de receios muito justificáveis pela história, e vinculadas a um modelo de democracia que não se guia apenas pela vontade da maioria, nem se curva às oscilações das opiniões circunstanciais dos próprios governantes, mas está primariamente comprometida com a proteção dos direitos humanos mais relevantes e com a defesa das minorias. Cláusulas pétreas, arriscamos dizer, fazem parte das estruturas lógicas das democracias do pós-Segunda Guerra.

É claro que, se "engessar" um conceito de alta qualidade é algo que parece produtivo, seria uma lástima se essa petrificação ocorresse sobre uma definição de péssima qualidade. Mas será que o medo de errar justifica que se abandone a tentativa de acertar? Ora, é exatamente aqui que volta a se destacar o papel da doutrina, que deve contribuir com uma dogmática refinada e um conceito material de crime que seja suficientemente claro e integralmente fiel às premissas liberais em que se funda o Estado democrático de Direito.

Talvez se diga, ainda, que de nada adianta uma previsão constitucional expressa porque, se a jurisprudência assim o quiser, ela ignorará o comando da Lei Maior ou deturpará seu sentido, o que é sempre possível por meio da linguagem. De fato, no estágio atual, a fala não é absurda. Temos visto uma jurisprudência cada vez mais criativa e legisladora. Mas será que uma previsão constitucional expressa, suficientemente clara e restritiva, seria absolutamente inócua? Será que não teria o mínimo poder de desestímulo? Cremos que algum grau de constrangimento seria lançado e, se, bizarramente, não há garantia de que o comando constitucional será observado, pelo menos, que se dificulte o trabalho dos desobedientes.

Por fim, não estaria errado quem dissesse que a previsão constitucional expressa não é necessária, porque é possível extrair um conceito material de crime ou princípios político-criminais implícitos, seja do texto constitucional, seja da axiologia iluminista em que ele se funda. Pode-se concordar com a existência dos princípios implícitos, ou com sua extração a partir de valores histórico-culturais humanitários que compõem o alicerce lógico de um Estado democrático de Direito, ainda que não declarados letra por letra. Dizer, porém, que essa previsão expressa não é literalmente necessária, no entanto, não é suficiente para que se abandone esse projeto. A experiência jurídica mais rasa deve demonstrar que um conceito ou um princípio expresso tem muito mais chances de adotado e levado a sério do que outros que derivem de argumentos mais longos e conexões mais sofisticadas. A previsão expressa é, no mínimo, uma otimização.

Diante de tudo isso, reafirmamos que seria muito produtivo se a própria Constituição consagrasse um **conceito material de crime** como parâmetro limitativo para a atividade de legislar em matéria penal, afirmando, em homenagem aos pressupostos ideológicos iluministas e antropocêntricos, que um comportamento deve ter determinadas características para que se possa considerar como criminoso e, com isso, tornar-se objeto de proibição e eventual imposição de

sanção penal. O controle de constitucionalidade de tipos penais incriminadores funcionaria a partir de balizas consideravelmente mais objetivas.

Ainda no plano constitucional, há uma medida que seria bastante inovadora em nossa história política contemporânea, e altamente enriquecedora para que se tenha uma racionalização das intervenções penais. Trata-se da exigência de **procedimento legislativo diferenciado** para a criação de normas penais.

O tema pode ser muito bem sintetizado na questão proposta por Amelung⁵⁵¹: será que se justifica a punição de uma pessoa que fez algo considerado reprovável por 50,01% da população, mas inofensivo ou até mesmo construtivo pelos outros 49,99%?

O drama, na verdade, vai até um pouco mais longe. Considerando que não há participação direta nas decisões político-criminais, e que elas são tomadas pelos supostos representantes da população, nem mesmo essa garantia de que a maioria concorda com a criminalização existirá. Imagine-se a aprovação de uma lei penal incriminadora em que a votação, no Brasil, tenha ficado em 257 x 256 na Câmara dos Deputados, e em 41 x 40 no Senado? De modo muito otimista, podemos crer que a decisão, embora apertada, deu-se de acordo com a opinião popular majoritária. Mas é bem verdade que, talvez, nem mesmo isso tenha ocorrido. É claro que, considerando as tendências punitivistas a que tanto aludimos, há boa chance de que a população aprove quase qualquer tipo de lei penal "de combate", que crie novos crimes ou estipule penas mais rigorosas. Mas fica em aberto a chance de que, pontualmente, isso não ocorra.

Considerando que vivemos em um Estado democrático, comprometido com a máxima liberdade possível e com o respeito das diferentes concepções de mundo e estilos de vida, não soa absurda a punição de alguém, com pena de prisão, por fazer algo cuja reprovabilidade é tão questionável?

Sempre dissemos, informalmente, em sala de aula, que o Direito Penal não combina muito com a polêmica. Se há muita divergência e divisão de opiniões sobre se a conduta merece ser punida, ou não, é porque sua nocividade é duvidosa e sua reprovabilidade, questionável. Claro, essa é uma orientação geral, e não uma diretriz sistemática ou um requisito formal para a criação de

⁵⁵¹ AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria do bem jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. Trad. Luís Greco (Coord.). IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação ao poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 131.

normas penais incriminadoras. Lembrando o que se disse no item anterior, a criminalização da sonegação tributária talvez seja desaprovada pela imensa maioria das pessoas, motivadas por uma desilusão quanto ao destino espúrio e corrupto daquilo que se arrecada. De outro lado, a existência de divergências profundas deveria, sim, ser levada em conta para que a responsabilidade dos legisladores seja redobrada. Como regra, em homenagem às premissas liberais do Estado democrático de Direito, os representantes políticos deveriam deixar-se guiar pela máxima do *in dubio pro libertatis*.⁵⁵² Nenhuma novidade aqui: se o Direito Penal é a *ultima ratio legis*, e se somente deve ser usado de modo excepcional, fragmentário e subsidiário, não é adequado que seja empregado para o controle de comportamentos cuja nocividade não seja patente. E, por patente, entenda-se: facilmente demonstrável por meio de argumentos compatíveis com nossas diretrizes constitucionais.

A exigência de um procedimento legislativo diferenciado para a aprovação de uma lei penal é uma providência que traria diversos benefícios. Não nos incumbe, nesse trabalho, fazer um planejamento detalhado, expondo as minúcias desse procedimento. Não só porque teríamos um longo desvio do tema, mas principalmente porque tratamos de algo que deve ser extremamente refletido, debatido por especialistas, posto que, se é inicialmente bom que se confira maior estabilidade às leis penais, de um lado, não se pode praticamente inviabilizar as alterações do ordenamento jurídico, de outro.

Tomados os devidos cuidados, a ideia de um procedimento diferenciado pode surtir efeitos positivos no sentido de, pelo menos, dificultar o ingresso de normas penais ilegítimas no ordenamento.

Apenas para uma primeira análise, poderíamos sugerir como parâmetro o procedimento previsto para as emendas à Constituição, disposto no art. 60⁵⁵³ da Carta Magna. O primeiro filtro

⁵⁵² HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Trad. Pablo R. Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 58

⁵⁵³ “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. §

diferenciado se encontra na propositura. Diferentemente das leis ordinárias, que podem ser propostas por qualquer parlamentar, individualmente, exige-se o mínimo de um terço da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ou de mais da metade do total de assembleias Legislativas das unidades da Federação.

Temos, atualmente, uma enxurrada de propostas absolutamente irracionais, motivadas por populismo ou completa ignorância da própria lei penal, além de indisfarçável desprezo pelos direitos fundamentais. Por isso, se, de um lado, o processo legislativo se tornaria mais lento, o número de projetos em tramitação provavelmente sofreria uma queda abismal. Só se submete a votação aquilo que não se considerar, de plano, absurdo por uma maioria considerável dos representantes políticos.

Admitida a proposta, a votação se dá, em cada Casa Legislativa, em dois turnos, com intervalo de cinco sessões. É um tempo importante, de maturação das ideias e reflexão sobre seus efeitos possíveis. Há tempo suficiente não apenas para que os próprios parlamentares pensem a respeito, mas para que estudiosos do Direito penal ou atores do sistema criminal se manifestem, municiando os representantes políticos com um maior volume de informações e opiniões técnicas. Finalmente, a aprovação exige três quintos, respectivamente, dos deputados federais e senadores.

Um procedimento diferenciado, bem mais rigoroso, tem diversas vantagens.

O efeito primário mais óbvio seria o do provável aumento da qualidade das leis. Não há garantias nesse sentido, é claro, mas um maior tempo de debates e reflexões, aliado ao número mais elevado de votos necessários à aprovação são filtros de racionalidade que, embora ainda falíveis, certamente reterão mais impropriedades e impurezas do que um procedimento simplificado, como o atual.

Também há uma maior chance de contar com efetiva legitimidade democrática. Como vimos, uma votação “apertada”, no procedimento para leis ordinárias, encerra latente possibilidade de

5° A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”.

que uma maioria dos representados discorde do produto da atividade dos representantes. Com o quórum qualificado, se essa chance não chega a zero, logicamente é bastante reduzida.

O quórum qualificado e, especialmente, a votação em dois turnos tem o condão de filtrar as propostas oportunistas, baseadas em “modas”, clamores de momento ou casuísmos. As impressões deixadas por um evento concreto marcante tendem a se enfraquecer com o tempo, o que deve contribuir para decisões mais frias, menos passionais e menos sensacionalistas. Basta que um agente com menos de dezoito anos de idade cometa um crime violento que ganhe os holofotes da mídia para que se queira emendar a Constituição e reformar o Código Penal para a redução da maioria penal, fazendo com que um caso pontual e específico determine os destinos de milhões de jovens que seriam afetados pela decisão.

Também é possível que se observe uma menor suscetibilidade aos momentos políticos e às alternâncias de poder. Crises na economia e nas instituições políticas costumam ser momentos ideais para que se proponham leis simbólicas, capazes de arrefecer o descontentamento da população.

A última das observações é a mais importante delas. Se realmente queremos um Estado que se pautar pela intervenção mínima e pela fragmentariedade, e que manuseie o Direito Penal como *ultima ratio legis*, o procedimento especial para a aprovação de normas penais será um largo passo para a sedimentação desses entendimentos e para sua consagração axiomática. Na medida em que aprovar algo com 60% de adesão é muito mais difícil do que fazê-lo com apenas 50,01%, veremos menos normas penais. As que forem aprovadas, possivelmente, serão aquelas que versarão sobre temas quase incontroversos, mais perenes, relevantes segundo uma ótica compartilhada pela imensa maioria dos representantes.

Como dito, a ideia da equiparação ao procedimento das emendas constitucionais se faz apenas como parâmetro para a demonstração das vantagens. Mas, se o rigor aqui proposto for entendido como exagerado, pode-se dizer que qualquer espécie de qualificação diferenciada para a elaboração das leis penais terá efeitos positivos, em alguma medida. Amelung, por exemplo,

menciona a possibilidade da exigência de 2/3 dos parlamentares, conferindo a Jalinski os créditos por ter sugerido a ideia do quórum especial.⁵⁵⁴

A norma penal atinge sempre a liberdade. Só pela criminalização, retirando da esfera de possibilidades de conduta alguns comportamentos, ou pelo encarceramento ou outra restrição de direitos, por meio de uma sentença condenatória. Nenhum excesso ou preciosismo se deve enxergar na previsão de procedimento ou, pelo menos, de quórum especial para a sua inserção no sistema. Aos que se preocuparem com a maior lentidão que a medida conferirá às alterações legislativas em matéria penal, a resposta está pronta: a ideia é exatamente essa, de dificultar, diminuir, depurar, deixando passar menos mercadorias e produtos de qualidade mais elevada. Para o que for efetivamente importante, ou que se considere realmente emergencial, que o Poder Legislativo se mobilize para dar atenção prioritária. Esse maior esforço faz parte da ideia, porque, em tese, só deve existir nos casos mais importantes.

Um último detalhe, antevendo crítica que talvez surgisse sobre as normas penais não incriminadoras. Deveriam estar, também, sujeitas ao procedimento especial? Isso não pode atrasar uma reforma legal *pro libertatis*, que se desse por meio da revogação de uma lei penal e da descriminalização direta de uma conduta? Para casos notórios e excepcionais, que são aqueles sobre os quais realmente deve haver uma interferência, o Poder Judiciário está munido da ferramenta necessária para proceder à filtragem. Fará uso do controle de constitucionalidade e declarará a invalidade de normas penais flagrantemente descontextualizadas em relação ao ambiente liberal do Estado democrático de Direito. Isso, sem contar com a possibilidade de uso das ferramentas dogmáticas de maior abrangência, como a inexigibilidade de conduta diversa.

A última das medidas que abordaremos, embora pertença ao âmbito de produção das normas incriminadoras, depende muito mais da atuação da dogmática penal crítica e de uma jurisprudência de feição liberal do que do próprio Poder Legislativo. A palavra final sobre os textos de lei pertence ao Parlamento, e não há como garantir que ele produza enunciados de alta qualidade. Mas há como “cobrar” essa qualidade e – por via indireta, mas absolutamente legítima – constrangê-lo a incrementar os cuidados para que as redações dos tipos penais sejam mais precisas. A dogmática denuncia as falhas, as incoerências e as brechas, e a jurisprudência, ao

⁵⁵⁴ AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 131.

invés de “aproveitar” o tipo defeituoso por meio de ginásticas interpretativas ou hermenêuticas mirabolantes, afasta sua aplicação ou, em casos extremos, declara a sua inconstitucionalidade, o que deve levar o Poder Legislativo a fazer reparos e correções.

Referimo-nos à exigência de **qualidade dos tipos penais**, bem na linha do que lecionava Hassemer⁵⁵⁵: uma boa tipificação pelo legislador, com uma sólida construção hermenêutica pela doutrina e pelos tribunais, ainda é o melhor utensílio crítico contra abusos. Basta ver que uma norma incriminadora com um “bem jurídico”, “valor” ou “interesse” digno de proteção, mas com uma tipificação esdrúxula, certamente é tão nociva na prática quanto uma outra que conte com tipificação enxuta e precisa, mas sem um objeto de proteção jurídica perfeitamente individualizado. Basta tomar como exemplo o tipo penal do estupro: “Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.” Pode haver dúvidas sobre a relevância e a gravidade daquilo que se quer impedir com essa tipificação?

Esqueçamos os termos da lei e o “juridiquês” em relação ao objeto de tutela. O que se quer impedir, com esse tipo penal, é que uma pessoa obrigue outra a suportar atos sexuais contrários à sua vontade. Uma conduta que, posta de lado a rubrica jurídica (“estupro”), é grave e muito antiga (especialmente praticada por homens contra mulheres). Se o que se está protegendo, com isso, é a dignidade sexual, ou a liberdade sexual, ou a liberdade individual, ou até os bons costumes, nesse específico caso, não importa muito. Desde que a tipificação abranja as condutas indesejadas e não puna desnecessariamente outras que sejam inofensivas, a especificação ou nomenclatura dada ao “bem jurídico” ou “interesse” atingido terá pouca relevância. A bem da verdade, a relevância, nesse tipo de situação, coincide com o medo de que se abram precedentes. Vamos explicar.

A concordância quanto à tipificação e à punição do “abuso sexual violento”, tenha ele o apelido de estupro, ou não, e atinja ele a liberdade sexual, a dignidade sexual ou meramente os bons costumes, será altíssima. O medo é que, ao se admitir que é legítima a tutela dos “bons costumes” ou da “moralidade sexual”, abram-se precedentes para outras tipificações. Essas outras, sim, talvez duvidosas ou até majoritariamente consideradas desnecessárias, acabariam sendo

⁵⁵⁵ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Trad. Pablo R. Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 282-283.

obliquamente legitimadas pela declarada proteção de um bem jurídico já reconhecido como válido e relevante no âmbito da tipificação do estupro.

Quanto ao próprio abuso sexual violento, o que mais importa é a precisa definição da conduta que se quer proibir. A redação do tipo brasileiro é de péssima qualidade, por exemplo. Ela menciona “conjunção carnal” e jamais especifica o que significa essa expressão, interpretada pela doutrina e pelos tribunais (com base em uma tradição não escrita) como penetração total ou parcial do órgão sexual masculino na cavidade vaginal. Na sequência, o tipo se torna ainda mais aberto e perigoso: faz-se alusão à conduta de constranger a vítima a praticar ou permitir que com ela se pratique “outro ato libidinoso”. É difícil pensar em uma expressão mais enigmática do que essa. Libidinoso é apenas o que emana da libido? Se sim, caso o agente pratique coito anal com a vítima com o fim de humilhá-la ou puni-la, será afastada a tipicidade, diante da ausência de apetite sexual. Note-se que teremos uma conduta absurdamente nociva e obviamente indesejável a quedar-se fora do alcance do tipo. Além disso, se o agente for portador de uma parafilia (transtorno de preferência sexual) e dirigir sua libido para condutas socialmente consideradas como desprovidas de conteúdo sexual, como massagear os pés da vítima, poderá ser punido por estupro. E não parece que esse tipo de comportamento tenha sido levado em conta pelo legislador quando da criminalização das formas de abuso sexual violento.

Deixemos de lado a “libidinosidade subjetiva”, preferindo uma interpretação teleológica. Consideremos ato libidinoso aquele a que se pode atribuir sentido sexual segundo os padrões culturais socialmente predominantes.⁵⁵⁶ Quais são os exatos atos abrangidos pelo tipo? Será que é interessante que se punam como formas de abuso sexual violento, ao lado do coito vaginal, do coito oral e do coito vaginal, um beijo na boca, uma passada de mão ligeira, ou o atrito corporal do passageiro oportunista que se esfrega contra a vítima em uma condução coletiva lotada? É fato que algo estará sendo “mal punido”. Se uma pena de 6 a 10 anos de prisão está adequada para a punição do beijo na boca forçado, é leve demais para sancionar o coito anal constrangido. Em contrapartida, se é justa para que se puna o coito vaginal violento, será exagerada como castigo para uma apalpada nas nádegas contra a vontade da vítima.

⁵⁵⁶ Todas essas questões foram abordadas em JORIO, Israel Domingos. **Crimes sexuais**. 2.ed. rev.atual.ampl. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 54 e seguintes.

Os problemas aqui expostos se dissiparão mais facilmente a partir de um ajuste na redação do tipo do que por meio de uma profunda análise sobre se cada uma dessas condutas atinge a liberdade sexual, ou a moralidade sexual etc. O legislador brasileiro poderia, a exemplo do que se fez na Alemanha, na Espanha e em Portugal, ter descrito os específicos atos caracterizadores dessa forma mais grave de abuso sexual.⁵⁵⁷ Nos três países, os tipos penais mais graves aludem aos coitos e às penetrações, deixando a previsão das violações sexuais menos invasivas para um tipo penal diferente, sancionado com penas mais leves.

Não estamos insinuando que o objeto de proteção não tenha que ser declinado ou que não precise ser adequadamente individualizado. Essa é uma exigência básica da racionalidade, como vimos. O que estamos tentando demonstrar é que a preocupação com a qualidade redacional dos tipos é premente, e que os estragos que uma má elaboração traz são lesivos o bastante para que a cobrança de aperfeiçoamento dos tipos penais incriminadores se torne uma prioridade. De modo algum isso compromete ou dispensa a exigência de demonstração do objeto de proteção, para que se verifique sua “dignidade penal”. É que, de nada adianta o unânime reconhecimento da dignidade penal, desacompanhado de um tipo de qualidade, que permita que condutas altamente lesivas se mantenham fora de seu alcance, e que outras, inofensivas, sejam por ele atingidas.

Tipos penais exageradamente abertos ou imprecisos são tão danosos quanto tipos penais vazios de conteúdo. A norma penal nazista de 28 de junho de 1935, que identificava como crime a conduta que ferisse o sadio sentimento do povo alemão, era duplamente problemática porque, além de não especificar que tipo de conduta atenta contra o sadio sentimento do povo alemão, não define esse objeto de proteção – e nem poderia, ao que parece, pela amplitude da margem semântica que lhe é peculiar.

A racionalização, nesse ponto de que estamos tratando, manifesta-se na adequação do produto legislativo ao fim para o qual foi criado. É irracional uma norma inapta para atingir seu objetivo, ou seja, incapaz de se fazer compreender pelos destinatários e, com isso, incapaz de desestimular a prática da conduta indesejada. Do mesmo modo, são irracionais normas que, por defeitos de fabricação, acidentalmente alcancem condutas que não deveriam, ou deixem de atingir aquelas para cujo controle foram criadas.

⁵⁵⁷ Respectivamente, no Código Penal alemão, §§ 177(1) e 177(6); no espanhol, arts. 178 e 179; no português, art. 163º, 1.

Uma redação de qualidade, que permita a compreensão do conteúdo da proibição (descrição da conduta) e uma análise de relevância sobre o objeto da proteção (bem, interesse etc.) é o caminho para que, no fim da história, evite-se aquilo que mais nos incomoda: a possibilidade de que se tenha o autor de uma conduta inofensiva suportando uma sanção penal. E o controle de qualidade pertence, principalmente, à dogmática e à jurisprudência, que se forem críticas e antipunitivistas, golpearão as normas incriminadoras irracionais até que sejam revogadas ou reformadas pelo Legislativo.

Nenhum conceito de bem jurídico ou de *harm to others* conseguirá efetivamente impedir que tipos penais abusivos atormentem a população. Ele contribui sinergicamente com todas as medidas propostas nesse capítulo para uma racionalização das normas penais incriminadoras.

6. CONCLUSÃO. UM CONCEITO MATERIAL DE CRIME CONDICIONADO A UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: COMPORTAMENTO SOCIALMENTE DESVALIOSO CAPAZ DE CAUSAR DANO À PESSOA OU DE PREJUDICAR AS CONDIÇÕES AMBIENTAIS NECESSÁRIAS À REALIZAÇÃO DE SEUS DIREITOS

6.1. Um conceito material retórico? 6.2. A nocividade como ponto de partida liberal. 6.3. Crime como comportamento social. 6.4. Crime como comportamento nocivo. 6.4.1. A idoneidade para a produção de resultados como condição da criminalização. 6.4.2. O dano e o perigo concreto como resultados nocivos. 6.4.3. O perigo abstrato como resultado nocivo. 6.5. A capacidade de causar dano à pessoa ou de prejudicar as condições ambientais necessárias à realização de seus direitos. 6.5.1. A capacidade de causar dano à pessoa, única destinatária legítima da tutela penal. 6.5.2. A capacidade de causar prejuízos para as condições ambientais necessárias à realização dos direitos das pessoas. 6.5.3. Os objetos relacionais da nocividade (objetos de proteção das normas penais). 6.5.3.1. Bens jurídicos individuais e coletivos. 6.5.3.2. Valores e estruturas ficcionais juridicamente necessárias. 6.6. O crime como comportamento socialmente desvalioso. 6.6.1. Desvalor *versus* desvio. 6.6.2. A conexão entre os conceitos material e analítico de crime. Desvalor social, antijuridicidade e culpabilidade como critérios de garantia da justiça e da necessidade da punição. 6.7. Últimas considerações.

6.1. UM CONCEITO MATERIAL RETÓRICO?

Antes mesmo de apresentar o conceito material de crime proposto e de fundamentar os elementos usados em sua composição, é preciso demonstrar que não há incompatibilidade entre as premissas da filosofia retórica, de que partimos, com o projeto de elaborar um conceito material de crime.

Evidentemente, se entendermos que a dimensão material do conceito nos remete a uma essência, a um sentido unívoco ou a alguma característica imanente, a contradição seria flagrante. Exatamente por isso, é preciso clarificar três pontos:

a) A atividade de conceituar não é antirretórica, em si. Conceitos são, apenas, recursos linguísticos. São fórmulas redutoras e simplificadoras por meio das quais se imputam características a um determinado objeto. E, mais do que apenas úteis, conceitos são necessários para que se estabeleça uma comunicação. O que não se pode olvidar é que sempre há arbitrariedade na imputação, e que o produto dessa operação não é expressão da mais pura verdade ou a perfeita representação da "coisa em si". Todo conceito é uma versão e, por mais cuidadosa que seja sua elaboração, mantém-se precário e transitório.

b) O que não é viável é a construção "do" conceito material de crime, e não "de um" conceito material de crime. "O" conceito definitivo, como um produto final que exprima uma suposta

essência do crime, impermeável às ações do tempo, do lugar e da cultura, é uma crença da ontologia.

c) A nossa sugestão, diante disso, não é mais do que de um conceito de crime "possível", e, desde já, condicionado a um paradigma. O paradigma em questão é o do Estado democrático de Direito e, em última análise, das invariantes axiológicas liberais em que ele se fundamenta. Um "conceito material" retórico é viável. Ele é material porque versa sobre o conteúdo das criminalizações. Permanece retórico, porém, na medida em que se assume falível, precário e, especialmente, condicionado por um paradigma político-ideológico específico. No mais, a atitude de conceituar que seja retórica terá sempre em conta as críticas e limitações a que aludimos no item 4.2.

Uma vez que condicionamos a viabilidade do conceito material ao paradigma do Estado democrático de Direito e às bases político-ideológicas liberais e antropocêntricas em que ele se funda, é preciso reforçar algo que foi dito no Capítulo 5. Há uma tensão ineliminável entre duas conquistas políticas de suma importância para a realização dos direitos das pessoas: a democracia e o constitucionalismo. Pela adoção do formato democrático, assegura-se a participação das pessoas no governo, o que faz com que todos possam ter seus valores e interesses contemplados e tomados em conta (ainda que nem todos venham a ser prestigiados pelo ordenamento jurídico, todos devem ser considerados). A democracia é fundamental para o alcance da importante condição de igualdade.

De outro lado, não se pode olvidar, como exposto nos Capítulos 2 e 5, que as maiorias podem ser tirânicas e a sua intolerância pode levar à perseguição ou até à eliminação das minorias. A proteção das minorias e de um núcleo de valores e direitos fundamentais, postos a salvo das oscilações de poder e dos influxos circunstanciais na vontade do povo, é a principal tarefa do constitucionalismo. O constitucionalismo retira do campo da disponibilidade do próprio povo, dos seus representantes políticos e do produto dessa representação (as leis) alguns itens que são cruciais para a própria sobrevivência de uma ordem democrática, igualitária e liberal. Por isso, nenhuma lei – e, especialmente a penal, mais invasiva e potencialmente lesiva – pode estar à absoluta mercê da vontade do povo ou de seus representantes. Deve haver limitações pontuais. Sua invalidação deve ser parcimoniosa e as restrições à implementação da vontade democrática devem ocorrer apenas nos casos verdadeiramente imprescindíveis, quando claramente negarem pressupostos existenciais do próprio modelo democrático.

Um conceito material de crime, enquanto instrumento destinado a promover limitações ao poder estatal de criminalizar, deve estar atento a essa relação conflituosa. Restrições muito frequentes ou em casos duvidosos podem acabar anulando a vontade majoritária e golpeando a democracia. A mera aceitação do produto legislativo como uma espécie de vontade inquestionável do povo, no entanto, é igualmente inaceitável, porque suprime o constitucionalismo e vulnera a proteção de um cerne político-ideológico que serve aos interesses de todos, ainda que nem sempre isso seja reconhecido pelos próprios destinatários dos direitos e garantias fundamentais. Nessa difícil equação, a solução somente pode advir do equilíbrio, por mais dificultoso que seja e por mais tênue que se mantenha. Um conceito material de crime não pode ser uma ferramenta apta a brechar todas as decisões políticas, nem um filtro exageradamente poroso a ponto de deixar passar as criminalizações mais abusivas. Apesar dos riscos e dificuldades, é preciso ter algum tipo de controle de conteúdo, porque, se há uma coisa que a história revela, é que a intromissão nos mais profundos recônditos do espaço existencial das pessoas é “uma das mais universais propensões dos seres humanos”.⁵⁵⁸

6.2. A NOCIDIDADE COMO PONTO DE PARTIDA LIBERAL

Por tudo o que vimos até aqui, percebe-se com bastante clareza a existência de um fio condutor, de um elemento constante, em torno do qual gravitam todas as construções teóricas sobre o conceito material de crime. A perenidade e a estabilidade desse elemento, para as doutrinas ontológicas, possivelmente conduziriam à afirmação de que ele corresponde à essência do conceito de crime. Para retóricos, e para céticos em geral, não se trata de uma verdade absoluta, embora se possa, pela profundidade das raízes da ideia e pelo grau de consenso que ela suscita, considerá-la como um “relato vencedor” (Adeodato) de difícil superação.

As teorias do bem jurídico definem o crime, de um modo mais ou menos semelhante, como um comportamento lesivo para algum bem jurídico. Perceba-se que as inesgotáveis celeumas que marcam a matéria se dão em torno do que é o bem jurídico, existindo algo próximo de um consenso quanto ao aspecto da existência de uma lesão. A constatação vale, igualmente, para o *harm principle*. Seja na versão original, de Stuart Mill, ou na modernização operada por Joel Feinberg, o crime é sempre visto como algo prejudicial, danoso, ofensivo para direitos ou interesses de outras pessoas. É claro que, no que diz respeito ao sentido de “lesão”, isto é, se ela

⁵⁵⁸ MILL, John Stuart. **On liberty**. E-book Kindle, posições 236; 1441.

compreende apenas o dano, ou se abarca o perigo concreto, ou ainda se se estende até o perigo abstrato, voltam a existir profundas divergências.

A premissa inaugural a cuja construção se chega, a despeito das mais diversas nuances de cada uma das muitas teorias do bem jurídico e do *harm principle*, é a de que o crime não pode ser um comportamento inócuo, inocente, inofensivo em relação a direitos, bens ou interesses das pessoas. É esse o **“DNA” histórico-cultural** do conceito material de crime: crime é uma **conduta nociva para algo pertencente a alguém.**

É o que já aparece, aliás, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), em que encontramos uma síntese dos valores liberais que reconhecemos como invariantes axiológicas (respectivamente, arts. 4º e 5º): “A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo” e “A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade.”

A primeira coisa que não faz sentido, em absoluto, é considerar como crime uma conduta que seja construtiva, ou seja, que faça um bem, que agregue algum valor, melhorando a vida de alguém ou o funcionamento de algo, sem gerar qualquer prejuízo alheio. Seria a maior das contradições em termos. É evidente que o que é positivo ou negativo, construtivo ou destrutivo, só se pode assim qualificar em função de alguns critérios específicos. Sempre estará sujeito a questionamentos e confrontação argumentativa o juízo por meio do qual se define um comportamento como bom ou mau, positivo ou negativo, construtivo ou destrutivo. Mas cremos que não seja preciso avançar muito nessa discussão para que fique claro que, independentemente de quais sejam os critérios, se a conduta, ao final de um juízo de valor, é considerada construtiva, tratá-la como crime será a atitude mais irracional possível para um Estado. Não estamos falando, aqui, de um sentido imanente à palavra “crime”. A questão é de pura lógica: punir o que se considera bom e correto, premiando-se o que se julga mau e nocivo, é a postura mais absurda que se pode conceber para qualquer relação ou instituição humana.

Na opinião de muitos, sempre haverá condutas reprováveis recebendo algum tipo de premiação, e um bom exemplo é o da colaboração premiada. Do mesmo modo, sempre haverá proibições que alcançam algumas condutas consideradas louváveis, bastando citar-se o caso da eutanásia. Não se trata de enfrentar os méritos de cada decisão político-criminal para fazer coincidir um juízo de valor majoritariamente negativo com a definição de crime. Contradições, nesse plano, sempre existirão, e fazem parte da pluralidade de visões de mundo. O que é absurdo e intolerável

é a contradição já no campo conceitual, admitindo-se como elemento de um conceito ideal de crime que a conduta seja construtiva.

Quase tão absurdo quanto definir o crime como uma conduta construtiva é fazê-lo em relação a um comportamento que se considere inofensivo ou **inocente** (*innocens*, não-nocente). Novamente, divergências existirão sobre o alcance desses atributos. Mas tratar o crime, por definição, como um comportamento neutro ou inócuo que se sujeita a uma punição estatal é algo flagrantemente irracional. É a admissão de que o Estado, por princípio, se institui para perseguir e oprimir. Esse é um Estado terrorista, ou, na mais otimista das leituras, pelo menos aleatório. "Não se pode negar a absoluta irracionalidade de se pretender proibir o que não lesiona a ninguém".⁵⁵⁹ Nenhum programa político-criminal racional declaradamente assumirá que pune condutas inocentes ou inofensivas. No plano da definição, a contradição é insuportável. Aliás, mesmo em Estados fundamentalistas ou totalitários, em que a punição de comportamentos inócuos não é raridade, defende-se discursivamente algum tipo de nocividade a explicar a proibição. Ainda que seja por enfraquecer a autoridade do Estado, por atentar contra os valores saudáveis ou por desagradar a Deus.

É bem verdade que, diante da quase infinita variedade de visões de mundo e, em especial, da força da mentalidade punitivista, que posiciona o Direito Penal como *prima ratio legis*, sempre se pode apontar (ou fabricar) um aspecto nocivo na conduta. Mas não se pode confundir a necessária nocividade com o desvio, a diferença ou a imoralidade. Além disso, não incumbe ao agente a demonstração de que sua conduta é inofensiva. Ao contrário, é dever do Estado fundamentar solidamente a nocividade. Seja na decisão da criminalização, seja na aplicação da norma pelo juiz, exige-se um discurso racional e coeso por meio do qual se demonstre para o que e para quem a conduta trouxe ou pode trazer prejuízos.

O requisito elementar da nocividade é integralmente confirmado pelo paradigma do Estado democrático de Direito, cujos princípios e metas gravitam em torno de algumas premissas: a) as pessoas são iguais; b) todos são igualmente dignos; c) a liberdade é uma condição de possibilidade da dignidade. Desses preceitos se extraem várias diretrizes.

⁵⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alii*. **Derecho Penal: Parte General**. 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 485. "No puede negarse la absoluta irracionalidad de pretender prohibir lo que no lesiona a nadie [...]". Tradução nossa.

Como um ser digno, o homem é propenso e necessitado de liberdade. Deve, então, poder usufruir da máxima liberdade possível. E isso se aplica a todos, na medida em que todos são iguais. Diante dessa igualdade, a máxima liberdade possível termina quando se invade o espaço de liberdade do outro. Como a liberdade é um item valioso para a pessoa, interferências e reduções sofridas, sejam causadas por outras pessoas ou pelo Estado, representam um mal. Impor um mal desnecessariamente significa negar por completo a dignidade de alguém. Por isso, toda restrição da liberdade deve ser racionalmente justificada, não como uma conveniência, mas como uma necessidade. Se for como conveniência, e não como necessidade, a pessoa estará sendo tratada como um objeto inteiramente sujeito aos arbítrios de quem detém o poder de punir. O único fundamento racional para a restrição da liberdade de um ser digno é a necessidade para a conservação de um objeto igualmente valioso. Trata-se da liberdade de outra pessoa, que tem um direito à fruição que não pode ser injustificadamente impedido pelos outros, nem pelo Estado. Somente quando o comportamento de uma pessoa comprometer injustamente a liberdade de outra, impedindo que ela desfrute de seu espaço existencial qualificado e inviolável, pode admitir-se a interferência Estatal. E assim se vê um círculo, um *continuum*. A pena só é racional como método de **proteção**. E só se protege alguma coisa contra algo que seja **nocivo**.

A punição de um comportamento inofensivo é um ato de negação e de intolerância.

Negação da igualdade, porque significa a censura do próprio exercício legítimo da liberdade, já que não há invasão na liberdade alheia. Quando se pune alguém, sem que tenha interferido na liberdade de outrem, está-se punindo algo que pertence à pessoa, que se relaciona com sua própria existência, com seu modo de ser, com seu estilo de vida, com sua intimidade. Por mais que seja desaprovado pelos demais, ou censurado pelos costumes e tradições, o comportamento totalmente inofensivo jamais pode ser controlado ou punido, pois, se todos somos iguais, não há modos de ser que sejam melhores ou piores, nem estilos de vida que sejam mais valiosos ou menos valiosos.

Nega-se, também, a dignidade, pois quando se criminaliza uma conduta inofensiva ou inócua, retirando-a da esfera de possibilidades comportamentais da pessoa sem um bom motivo, ou melhor, sem a única razão aceitável – a necessidade de impedir que ela fira injustamente as liberdades dos demais – o que se tem é uma interferência literalmente arbitrária, isto é, que decorre do puro arbítrio de quem a realiza. Ausente a necessidade para o fim de proteção,

degenera-se a pena a puro ato de vontade⁵⁶⁰ por quem detém o poder de punir. E a perfeita imagem da violação da dignidade da pessoa humana é a sua coisificação, é a desumanização da pessoa e sua transformação em objeto, posto à disposição de outro indivíduo.

A punição do que é inofensivo é, por fim, a pura expressão da intolerância, uma das mais asfixiantes atitudes que se pode adotar no campo da ética e da política, que, segundo uma visão pessimista, mas firmemente apoiada na experiência, tem “sua origem em uma predisposição comum a todos os humanos, a de impor suas próprias crenças, suas próprias convicções, desde que disponham, ao mesmo tempo, do poder de impor e da crença na legitimidade desse poder”.⁵⁶¹ De modo algum, insinuamos uma ontologia da intolerância, ou seja, sua presença inata, na constituição do ser humano. De outro lado, é pueril o esforço no sentido de refutar sua presença constante, quer nas relações com os poderes públicos, quer nas dinâmicas intersubjetivas da sociedade.

Diante dessas considerações, o crime, por uma definição livre de contradições em termos, somente pode ser um comportamento **nocivo** (*nocivus*), danoso, maléfico, infesto, maligno, pernicioso ou nocente (*nocens*). Entenderemos como nocivo aquilo que causa uma destruição total (eliminação, perdimento) ou parcial de alguma coisa, ou que lhe reduz o valor ou a funcionalidade. É, também, aquilo que é **prejudicial**, no sentido de impeditivo, criador de obstáculos, eliminador de uma condição de existência, de uso, de aproveitamento.

Fundamentado o ponto de partida, vamos justificar a preferência pela expressão “nocividade”. Poderíamos, aqui, recorrer a palavras similares já conhecidas, como “danosa”, “lesiva” ou “ofensiva”, mas, propositalmente, descartamo-las para evitar uma série de problemas terminológicos que já afligem as ciências criminais. Dano e lesão são sinônimos? Qual a diferença, se é que ela existe, entre lesão e ofensa? Dano compreende perigo? Qual tipo de perigo, apenas o concreto, ou também o abstrato? E o princípio político-criminal da ofensividade (ou lesividade), refere-se somente ao dano, ou igualmente rege situações de perigo?

⁵⁶⁰ "Vontade de punir" expressão é usada na criminologia para designar a ocupação do espaço vazio deixado pela ausência de um objeto de proteção da norma penal pelo arbítrio de quem detém o poder de punir. SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal: Parte Geral**. 8.ed. rev.atual.ampl. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 19-20.

⁵⁶¹ RICOEUR, Paul. Etapa atual do pensamento sobre a intolerância. IN: BARRET-DUCROCQ, Françoise. **A intolerância**. Rio de Janeiro: Bertrand, 2000, p. 18.

Pelo uso da expressão “dano”, parece que restam excluídas as situações de causação de perigo. Pelo menos na dogmática brasileira, dano e perigo não são conceitos convergentes. A tradicionalíssima classificação dos crimes quanto ao seu resultado jurídico como sendo de dano ou de perigo, dividindo-se essa última categoria em concreto e abstrato, faz suficiente prova disso. Mantendo-nos fiéis a esse parâmetro semântico, se definirmos o crime como sendo a conduta que promove “dano”, ficam automaticamente deslegitimadas as criminalizações das condutas de perigo.

O quadro não se altera muito se optarmos pelo uso de “ofensa”. Ou ela será tida como sinônima de dano, e deixará de fora os perigos, ou se reconhecerá um sentido próprio, diverso, e será necessário especificar sua diferença em relação ao dano, assim como sua abrangência, ou seja, se compreende os perigos concreto e abstrato. O mesmo se diga sobre “lesão”, palavra que parece ainda mais próxima do “dano” do que a “ofensa”. A alternativa seria conceber “ofensa” ou “lesão” como gênero, e dano, perigo concreto e perigo abstrato como espécies. Feinberg, autor contemporâneo que mais se dedicou ao *harm principle*, certamente reprovava a medida, pois trata a ofensa como uma subespécie menos grave de dano, ou mesmo como um tipo de perturbação que não chega a constituir um dano. Por isso fala em *harm principle* e *offense principle* (detalhes no item 3.7). Diante da total falta de clareza quanto à relação mantida entre dano, lesão e ofensa, e pela persistente dúvida quanto a se qualquer dos contextos abrange o perigo, em suas diversas modalidades, preferimos a expressão “nocividade”, adequada para abrigar e organizar todas essas categorias.

É importante deixar claro, porém, que a constatação da nocividade é *conditio sine qua non* para que se reconheça a existência de um crime, mas que nela não se resumem as análises que devem ser realizadas para que se proceda a uma criminalização. Trata-se de estabelecer, apenas, uma delimitação negativa: tudo o que se queira considerar como crime deve ser nocivo, mas nem tudo o que se considerar nocivo deverá ser criminalizado. O consumo de álcool, tabaco e cocaína são indubitavelmente nocivos para a saúde, mas, como veremos, não há chance de que possam ser legitimamente criminalizados em um Estado democrático de Direito. Princípios político-criminais como os da subsidiariedade e da fragmentariedade, vertentes da intervenção mínima que têm a função de afunilar a produção das normas incriminadoras.

Um comportamento é nocivo quando ele é **socialmente desvalioso** e é **capaz de causar prejuízos para as pessoas**. Os critérios são cumulativos. Por maior que seja o desvalor, sem a capacidade de dano, não configura nocividade, e vice-versa.

A pessoa, como fim do Estado, é a única destinatária legítima da tutela penal. Somente aquilo que lhe é prejudicial pode ser criminalizado. Ocorre, porém, que nem tudo o que é nocivo para a pessoa, o é diretamente. Significa que não somente é nocivo o que danifica ou periclita seus bens e direitos fundamentais, mas, também, aquilo que prejudica as condições ambientais necessárias para que a pessoa exerça ou tenha realizados os seus direitos.

Crime, portanto, sob um conceito material, é o comportamento socialmente desvalioso capaz de causar dano à pessoa ou de prejudicar as condições ambientais necessárias à realização dos seus direitos. Nos itens abaixo, fundamentaremos cada um dos elementos dessa definição.

6.3. CRIME COMO COMPORTAMENTO SOCIAL

Quando pensamos nas características que um comportamento deve ter para que se considere sua criminalização legítima, temos que considerar duas dimensões: a empírica e a axiológica.

A primeira coisa a se dizer é que o crime deve ser um **comportamento**. Em um contexto de respeito à dignidade humana e afirmação da igualdade, só se pode punir uma conduta (ação ou omissão). A punição do “ser”, ou seja, da pessoa em razão do que ela é, de suas características biológicas, estéticas, étnicas, físicas ou psíquicas, e não do que ela faz ou deixa de fazer, é a mais declarada atitude de perseguição que se pode conceber. Teríamos um Direito Penal do autor, e não um Direito Penal do fato. Ou, de modo mais direto, a proibição do ser é terror estatal e a imposição da pena é genocídio.

Importante lembrar, também, que só se pode conceber um conceito de crime em um contexto social. Não há crimes fora da sociedade. O crime é um produto do Direito. Fora do Direito, na natureza, não há homicídios, estupros, furtos, estelionatos e peculatos. Há, sim, pessoas produzindo todos os tipos de danos, umas às outras. Mas a denominação “crime” só faz sentido dentro do ambiente social, como resultado de uma decisão de reprovação e proibição que é de cunho político. Os pressupostos mais básicos para que se conceba um crime é que existam regras,

e que elas sejam transgredidas. E as regras só surgem em sociedade (por menor, mais simples ou tribal que ela seja).

Muito há a se dizer sobre o conceito de conduta, extremamente relevante para o Direito Penal por se tratar do ponto de partida da consideração de qualquer imputação que seja. Um indício dessa relevância se percebe pelo fato de os principais modelos de estrutura analítica do crime terem sido desenvolvidos a partir de conceitos divergentes de ação (ação causal, ação final, ação social, ação negativa etc.). O tema é riquíssimo, e não há espaço para aprofundamento nesse trabalho, sob pena de acentuado e longo desvio do tema. Cumpre apenas registrar que os modelos de ação que parecem mais se ajustar ao mundo contemporâneo são aqueles que fazem uma associação entre o comportamento humano e a linguagem, tomando o agir como uma forma de expressão de sentido. Amarras positivistas e mecanicistas (causalismo), ontológicas (finalismo), ou puramente sociológicas (ação social) ou normativas (ação negativa) impedem que se tome a ação humana com toda a plenitude com que deve ser considerada - como um ato de comunicação de um ser racional com seus semelhantes, mediado por um sistema de normas jurídicas. No Brasil, o grande destaque nos estudos sobre o tema vai para Paulo César Busato e Juarez Tavares.

Busato⁵⁶² adota um modelo significativo de ação, baseado na filosofia da linguagem. Nele, a determinação de sentido de um comportamento se descola da ontologia para o plano pragmático da linguagem, em que o contexto assume verdadeiro protagonismo. Tavares⁵⁶³, a seu turno, abraça um modelo performático de ação, com inclinações para a linha da ação comunicativa. Segundo ela, comportamentos são tomados como verdadeiros atos de fala, por meio dos quais um autor de uma conduta se expressa no mundo que o circunda. O mundo é constituído pela linguagem, e são atos de fala tanto a norma penal incriminadora quanto a conduta que a desafia. O sentido da conduta só pode ser determinado pelo processo de interação entre os vários atores consideráveis, com uma chave de interpretação que é parametrizada pelas normas jurídicas. As linhas guardam proximidade em suas premissas e têm, ambas, largas vantagens sobre todos os modelos tradicionais de ação prestigiados pela dogmática penal para as formulações da teoria do delito. São, a nosso ver, até o presente momento, as mais compatíveis com o modelo retórico de se enxergar o mundo, defendido ao longo de todo esse trabalho.

⁵⁶² BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 251.

⁵⁶³ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 130.

As informações sobre as características empíricas do comportamento que podem ser mencionadas em um conceito material de crime não excedem esse ponto: ele deve se manifestar no plano sensível, por meio de uma ação ou omissão. Não se punem pensamentos, desejos e atitudes internas. Maiores particularidades pertencem ao âmbito das tipificações específicas.

Aplicabilidade prática do critério material "crime como comportamento"

Definitivamente, não passaria por esse critério, mais rudimentar dos filtros do conceito material de crime, o art. 59 do Decreto-Lei 3.688/41. O tipo descreve conduta “criminalizada” (a contravenção penal é uma infração de natureza penal) sob a rubrica de “vadiagem”:

Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses. Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena.

A quantidade de vícios acumulados na figura típica em destaque é quase inumerável. É verdadeiramente escandalosa a seletividade e o direcionamento a todo um mar de pessoas miseráveis viventes no Brasil. Em um país com verdadeiros abismos intersubjetivos, marcados pelos distanciamentos econômicos, sociais e culturais, uma norma penal assim é tão terrorista quanto qualquer lei perseguidora do Medievalo. Note-se: possuir renda afasta a tipicidade. E note-se de novo: a aquisição superveniente de renda extingue a punibilidade.

A primeira coisa que teríamos que fazer é ignorar o vício referente à indeterminação de “ociosidade”, que desafia o princípio da legalidade penal (vertente da *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*). Perambular pela rua com roupas sujas e rasgadas é ser ocioso; tomar chá e ler jornal todas as manhãs no banco da praça, e dormir a tarde inteira em uma confortável cama da casa própria, também o seria?

Tendo em vista o projeto democrático que se pode extrair dos objetivos da República, inscrito no art. 3º da Constituição, a norma pode ser considerada absolutamente irracional. Não se promove o bem de todos; não se erradica a pobreza, nem se reduzem as desigualdades; e, definitivamente, não se cria uma sociedade livre, justa e solidária com a punição da condição de vulnerabilidade socioeconômica.

Embora muito haja a se falar, sob perspectiva criminológica, sobre a hedionda tipificação da vadiagem, vamos centrar a análise no conceito material de crime. A norma é completamente ilegítima, tendo em vista que não criminaliza um comportamento. Ela criminaliza um “ser”, uma condição existencial. O que se pune é ser pobre. A prova disso é que, se a mesma conduta de “entregar-se habitualmente ao ócio” for praticada por um magnata, ou por um investidor que viva de lautos rendimentos, não se configura a infração.

Em um país com elevados índices de desemprego, criminalizar a “ociosidade” é como criminalizar uma condição existencial biológica qualquer, como “ser idoso” ou “ser portador de deficiências físicas”, que escapam do controle do acusado e estão fora do alcance de suas decisões. Punir a “ociosidade” de um desempregado é como punir o sono de um cansado.

Nem se diga que, por fazer constar um verbo nuclear – “entregar-se habitualmente à ociosidade” – se esteja punindo uma ação ou omissão. Sequer se mencionou uma conduta como “pedir esmolas” (embora isso, por óbvio, não pudesse salvar o tipo da ilegitimidade). Ainda que se queira forçar um entendimento no sentido de que “entregar-se à ociosidade” é um comportamento comissivo – não vemos como, mas, por amor ao debate –, não se pode enxergar qualquer desvalor social, considerando que falamos de um país com milhões de famintos, moradores de rua e desempregados. Não que importe, mas, reforçando ainda mais absurdez, muitos dos quais eram trabalhadores que, em virtude de excessivas crises e instabilidades econômicas, causadas por má governança, perderam todas as suas propriedades.

Por fim, mesmo que se quisesse, ainda na linha forçada de tentar enxergar um comportamento, considerar que se está descrevendo uma omissão, seria preciso lembrar: a omissão só é penalmente relevante – e isso se aplica a crimes omissivos próprios ou impróprios – diante de um dever de agir. O dever de agir é legal, no caso dos crimes omissivos próprios; ou derivado da condição de garantidor (hipóteses do art. 13, § 2º, CP), nos impróprios. Aqui, o indivíduo não se omite diante de uma situação em que seu agir seja juridicamente exigido, de modo que se trataria de uma omissão penalmente irrelevante. Uma inação sem significado jurídico não é um comportamento. É, simplesmente, “estar”.

Diante da inexistência de um comportamento e da criminalização do “ser”, o Estado invade a esfera da intimidade, do estilo de vida, da visão de mundo e, enfim, do próprio espaço existencial

para punir um atributo pessoal. Política criminal não menos desumana do que aquela que conduziu ao extermínio de judeus, por exemplo, baseada em fundamentos semelhantes.

Vale lembrar que, até 2009, estava em pleno vigor outro dispositivo similar e igualmente inaceitável sob o viés do conceito material de crime. Somente com a Lei 11.983/09 o art. 60 do Decreto-Lei 3688/41 foi revogado, descriminalizando-se a conduta da "mendicância".

6.4. CRIME COMO COMPORTAMENTO NOCIVO

6.4.1. A idoneidade para a produção de resultados como condição da criminalização

Fixou-se a premissa de que condutas inócuas são penalmente irrelevantes. A partir disso, toda conduta criminosa deve ter um resultado.

Não é preciso, é claro, que se tenham sempre resultados físicos, naturalísticos, empiricamente constatáveis em sentido estrito. Se assim exigíssemos, apenas admitiríamos a existência dos crimes materiais, negando legitimidade a todos os tipos de crimes formais e de mera atividade. Difícil pensar um ordenamento jurídico-penal assim. É preciso deixar claro, diante disso, que a afirmação é a de que absolutamente todo tipo de crime deve ter um resultado jurídico, ainda que ele não possua um correspondente resultado naturalístico. No linguajar da nossa tradição jurídico-penal, os crimes se classificam, com relação ao seu resultado jurídico, como de dano, de perigo concreto e de perigo abstrato. Vamos falar das três categorias um pouco à frente. Mas, antes de prosseguir com a análise desse resultado em sentido jurídico, é preciso lembrar que a exigência ou a dispensa do resultado naturalístico como condição de configuração do crime impacta muito na política criminal e na eficiência da tutela penal.

Se queremos criar uma norma penal para proteger a vida, podemos fazê-lo, no mínimo, de duas formas diferentes. Podemos tipificar a conduta de "matar alguém", ou de "usar de violência, com o fim de matar alguém".⁵⁶⁴ A primeira tipificação é de um crime material, cuja consumação está condicionada à verificação de determinado resultado físico, empiricamente constatável (no caso,

⁵⁶⁴ Também poderia ser usada uma formulação configuradora de crime de atentado, nos seguintes moldes: ou "atentar contra a vida de alguém". Descartamos essa possibilidade, porém, porque entendemos que a equiparação total da consumação à tentativa é ou vício mortal e impeditivo de que se adotem tipificações dessa espécie. Assim, as críticas que tecemos com relação aos crimes formais devem ser elevadas à décima potência, quanto aos de atentado.

a morte da vítima). A segunda tipificação é de um crime formal, que dispensa a produção de um resultado naturalístico para a sua consumação, bastando a execução da conduta dirigida ao fim típico. Perceba-se que a previsão do crime formal representa, a um só tempo, uma considerável ampliação da área de atuação do sistema penal e o recrudescimento de sua resposta. A dispensa da produção do resultado corresponde à eliminação de um dos requisitos típicos e, portanto, facilita muito a configuração dos crimes. E já em sua forma consumada, ou seja, sem a redução de pena característica dos crimes tentados (no nosso CP, constante no art. 14, parágrafo único). Crimes formais até admitem a tentativa, mas sua consumação é tão “facilitada” pela dispensa do resultado que sua ocorrência prática se torna rara. Teremos, então, mais crimes reconhecidos e, em regra, em sua forma consumada. Por que não se opta, se a área coberta é maior e se a resposta penal é dada de modo mais rigoroso, por um sistema inteiramente composto por tipificações de crimes formais?

Em um sistema como esse, estará acontecendo um massivo deslocamento do desvalor do resultado para o desvalor da conduta. Trata-se, na verdade, quase de um esvaziamento permanente da primeira categoria, privilegiando-se um Direito Penal da intenção em detrimento de um Direito Penal do fato lesivo. Isso é altamente injusto, porque, na prática, equipara os crimes tentados aos consumados, e é uma tradição jurídica muito consolidada essa diferenciação, não à toa. Desde que uma pessoa atue contra a vida de alguém, não importará se chegou a causar o resultado morte, ou não. Só por ter agido nesse sentido, terá cometido o crime, na forma consumada, tornando-se o resultado morte um mero exaurimento.

Mas o que se quer, no fim, alcançar com a norma penal incriminadora em questão? O que motivou sua criação? O objeto de proteção, que é a vida, acaba sendo deixado para um segundo plano, saindo do posto de centro das atenções e fundamento de justificação racional da norma penal. Ora, se condutas que o atingem têm o mesmo significado jurídico (é o que a tipificação é, um significado jurídico) do que as que não atingem, então o foco é o descumprimento de uma norma, e não a causação do resultado, em si. Com isso, perde-se a noção de que o que importa é a vida da pessoa, sua existência no plano empírico, e que o Direito e suas normas têm por objetivo primário conservar bens que repercutam no mundo real.

Não conseguimos conceber, todavia, o tratamento político-criminal da corrupção passiva (art. 317, CP) e da concussão (art. 316, *caput*, CP) sob o modelo de crimes materiais, que dependessem, muito mais do que da negociação da vantagem indevida em razão da função, da

efetiva execução de um ato funcional em desacordo com as prescrições legais. O que se quer tutelar é a probidade administrativa, e isso não estará sendo suficientemente protegido se algum resultado naturalístico for imposto como condição para a configuração típica. Sua produção, nesse específico caso, realmente não é o que mais importa, porque a lesão ao objeto de proteção da norma não necessariamente coincide com o resultado empírico. Concretizando-se o ato funcional ilícito negociado, ou não, a conduta do servidor que solicitou ou exigiu a vantagem indevida em razão da função já violou objeto de proteção da norma (já feriu a probidade administrativa). Isso acontece quando o objeto de proteção da norma é um valor. O resultado, nesses casos, é só jurídico. Por essa razão, a concentração do desvalor na conduta é natural, já que a sua própria execução implica a lesão em sentido jurídico. Aqui, pode ser adequadamente tratada como exaurimento a realização do ato funcional ilícito negociado (isso ocorre com a corrupção passiva, no § 1º do art. 317).

Note-se como a diferença se funda no tipo de objeto de proteção. No caso do homicídio, o que se quer proteger é um objeto do mundo empírico. A consumação do crime está condicionada à constatação da lesão a esse objeto, e isso se verifica quando ele desaparece no mundo da vida sensível.⁵⁶⁵

Certamente, nem todo tipo penal que descreve um crime formal estará tutelando valores (*vide*, por exemplo, extorsão, art. 158, CP). Mas, idealmente, tipos penais que tutelam valores devem ser formais. A previsão de crimes formais deve ser excepcional e criteriosa, assim como a tutela de valores o deve ser.

Entender que só existe crime de racismo consumado se alguma pessoa negra ou asiática for efetivamente tolhida de um direito pode deixar descoberta boa parte do objeto de proteção da norma penal que pune a incitação ao preconceito (art. 20, Lei 7.716/89). Seu objeto de tutela, o valor da igualdade, é violado mesmo sem que isso aconteça, só com o discurso de incitação à violência racial. Mas é completamente dispensável o tratamento da extorsão (art. 158, CP), da extorsão mediante sequestro (art. 159, CP) como crimes formais. Por que, no furto, no roubo (quase siamês da extorsão) e no estelionato o crime se consuma com a obtenção da vantagem (ou seja, com o prejuízo econômico), mas, na extorsão e na extorsão mediante sequestro, não,

⁵⁶⁵ No caso específico do homicídio, o resultado é sempre a eliminação, a supressão total, pois a vida não está sujeita a danos parciais. Diferente se passa com quase todos os outros objetos de tutela de crimes materiais, como o patrimônio, a integridade física, a liberdade sexual etc., que admitem lesões parciais.

antecipando-se a consumação e dispensando-se o resultado naturalístico? Exemplos de falta de comedimento na criação de tipos formais. Falta de coerência, também, em última análise. Aliás, comedimento e coerência são o que menos se observa no Capítulo dos crimes patrimoniais, em nosso Código.

Fica estabelecido, portanto, que é admissível a presença dos crimes formais no ordenamento jurídico-penal, mas que eles devem constituir exceções, condicionadas a uma demonstração de necessidade (insuficiência da tipificação do crime material) que só pode ser feita à luz dos respectivos objetos de tutela (ou seja, da Parte Especial).

Voltando ao nosso tema, se dispensamos os resultados naturalísticos, a depender do tipo de situação, jamais o faremos em relação aos resultados jurídicos. Isso seria admitir a criminalização de uma conduta inócua, inofensiva, inocente. A validade da criminalização pressupõe a capacidade da conduta de causar dano. E a punição, em um caso concreto, a produção de um dano (a bem jurídico ou valor) ou a geração de um perigo (concreto ou abstrato).

6.4.2. O dano e o perigo concreto como resultados nocivos

Conforme vimos, a consolidada tendência de se definir o crime, sob viés material, como conduta que lesiona um bem jurídico, encerra uma série de dificuldades terminológicas. Sob um primeiro olhar, não há contemplação do perigo nesse conceito. É certo que, discursivamente, consegue-se definir os conceitos de dano e de perigo e subsumi-los, como espécies, à categoria superior da lesão. Mas não há clareza quanto a essa opção terminológica, nem quanto à própria inserção automática do perigo, tanto concreto, quanto abstrato, nesse contexto da “lesão” ou da “ofensa”. A ligação categorial que se costuma estabelecer entre a ofensa ou a lesão e o perigo não é decorrente da lógica.

Preferimos, diante disso, optar pela conceituação material do crime como **“conduta capaz de produzir dano”**, em nome da clareza, e sob algumas justificativas. Quando se diz que a conduta é “capaz de produzir dano”, estão devidamente abrangidas as categorias do dano e do perigo concreto.

A capacidade de produzir dano, nos crimes de dano consumados, é intrínseca e evidente. Nos casos de crimes de dano na forma tentada, o resultado não se produz, e sobressai, portanto, a

importância da demonstração dessa capacidade. Se o resultado não se produziu por circunstâncias alheias à vontade do agente, é crucial que se demonstre que ele poderia ter-se produzido. Ou seja: quando se tratar de um caso de ineficácia absoluta do meio ou impropriedade absoluta do objeto, não se poderá falar de delito (opção que já é contemplada pelo ordenamento sob a previsão do crime impossível – art. 17, CP).

Também está contemplada pela conduta “capaz de produzir dano” a categoria do perigo concreto. Ora, questão de lógica: um perigo só será concreto se, efetivamente, existir a chance de que, a partir dele, como um desdobramento seu, seja produzido um dano. Resta saber se o perigo abstrato é alcançado por essa alusão à “capacidade de causar dano”. Veremos no próximo item que, se entendermos o resultado desde uma perspectiva jurídica, e se pensarmos sua demonstrabilidade a partir da argumentação, e não do empirismo literal, pode-se dizer que o comportamento abstratamente perigoso também é capaz de causar um dano.

Uma conduta danosa corresponde à perfeita expressão da nocividade. O dano representa a destruição total ou parcial de alguma coisa. Tem sentido de eliminação, de limitação, de impedimento, de perda ou de diminuição de valor ou de funcionalidade. Em termos jurídico-penais, o dano elimina a vida (homicídio, aborto), reduz o patrimônio (furto, roubo), diminui a liberdade ou impede seu exercício (cárcere privado, estupro).

De um modo geral, a lista das infrações mais graves⁵⁶⁶ que se podem identificar em um ordenamento jurídico-penal é composta por uma maioria esmagadora de crimes de dano.

Cresce, no entanto, o número de normas penais que criminalizam o perigo. Nesses casos, os tipos penais não exigem, como requisito para a adequação típica, que se demonstre a destruição total ou parcial de um bem, o efetivo impedimento do exercício de um direito ou a redução das condições necessárias para alcançá-lo ou usufruí-lo. Contentam-se com a descrição de uma conduta criadora de um risco, que, na maioria das vezes, se vier a se produzir, configurará uma infração mais grave (de dano).

⁵⁶⁶ Usado como critério para a aferição da gravidade o rigor do tratamento dispensado em termos de qualidade (reclusão, detenção, multa) e de quantidade de pena, além da forma de cumprimento (regime prisional) e da possibilidade de contemplação por benefícios despenalizadores ou descarcerizadores (suspensão do processo, transação penal, penas restritivas de direito substitutivas).

Essa técnica tem sido cada vez mais usada para a proteção de objetos cuja titularidade pertence, supostamente, a uma coletividade. A ideia é a de não esperar a concretização do dano para que se possa intervir. Antecipa-se a tutela penal para que, diante da criação do risco, já se possa interferir com a pena. A expectativa é a de aumentar a proteção dos objetos, na medida em que, pelo menos na teoria, ao se punir o estágio anterior ao dano, muitas situações de perigo já seriam evitadas, o que diminuiria, no fim, a quantidade de resultados efetivamente lesivos.

Enquanto a criminalização atinge uma conduta efetivamente causadora de risco, ou seja, enquanto o tipo penal exige, para a configuração do crime, que um perigo tenha sido concretamente criado, não há tanta polêmica. Não basta ao Estado provar que o agente executou uma conduta prevista em lei como crime (tipicidade formal), devendo demonstrar, também, que, no caso concreto, essa conduta criou efetivo perigo de dano para o objeto de proteção da norma (tipicidade material). Trata-se, então, de um perigo que deve ser empiricamente demonstrado dentro de um processo penal.

A respeito dessa “demonstração empírica”, há algumas observações a tecer. Faremos um pouco adiante, quando da análise do perigo abstrato, porque ali se encaixam com maior justeza. Por ora, ocupemo-nos dessa questão: uma conduta concretamente perigosa também deve ser considerada nociva? A doutrina majoritária, mesmo a mais crítica, entende que sim.

“A ofensividade, pois, traduz o grau de ofensa ao bem jurídico. Um bem jurídico pode ser ofendido porque lhe foi causada uma lesão, ou apenas um perigo”, ensina Paulo César Busato.⁵⁶⁷ Essa lição, com cujo sentido concordamos integralmente, coloca às claras o problema terminológico que denunciemos quando justificamos a escolha da expressão “nocividade” em vez de “lesividade” ou “ofensividade”. Aqui, o autor, como normalmente faz a maior parte da doutrina, alude à indispensabilidade da ofensa ao bem jurídico, para, na sequência, dizer que essa exigência estará satisfeita tanto com a causação da lesão, quanto com a criação do perigo. Fica parecendo, assim, que ofensa é um gênero, e lesão e perigo são espécies de ofensa. E o dano? É sinônimo de lesão? Na medida em que as palavras “dano”, “lesão” e “ofensa” aparecem como as primeiras acepções sinonímicas umas das outras, como traçar a distinção entre elas e relacioná-las com o perigo? É por isso que preferimos as palavras “nociva” e “nocividade”. Ao conceito

⁵⁶⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**, v. 1. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 317.

maior de “nocivo”, como gênero, submetem-se, como espécies, o dano, que é sinônimo de lesão e de ofensa, e o perigo, que pode ser concreto ou abstrato.

E, de fato, como ensina o penalista, o perigo concreto é nocivo. Pode-se entendê-lo como um “pré-dano” ou “quase-dano”, na medida em que expõe determinado objeto a uma condição de vulnerabilidade tal que o dano pode se seguir a qualquer momento. Em alguma medida, criar o perigo corresponde a desproteger, a praticar algo que remove uma proteção ou que a anula. Colocar algo sob risco sem necessidade é desprestigiá-lo, recusar ou menosprezar seu valor. Expor algo ou alguém a uma situação em que, desnecessariamente, se cria ou se aumenta a chance de superveniência do dano, deve ser considerado comportamento prejudicial para suas condições de existência, dentre as quais se inserem a segurança e, conforme o caso, a preservação da vida e da integridade física. Criar o perigo concreto, portanto, é **prejudicial, nocivo**, porque elimina uma condição do objeto, existente até então: a de estar seguro. Ao retirar-se a segurança, remove-se algo pertencente ao objeto (ainda que circunstancialmente) e, portanto, reduz-se esse próprio objeto. Trata-se da subtração de uma parte dele, de um caractere que, até a conduta do agente ser praticada, existia ali. Nesse sentido, pode-se dizer que o perigo concreto é nocivo na medida em que suprime uma parte da coisa – a parte que se refere à sua segurança, à condição de “estar segura”. Repita-se: ainda que essa condição seja, sempre, circunstancial (nada ou ninguém estará seguro todo o tempo).

Um parêntese importante. Por óbvio, não afirmamos que absolutamente todo risco será considerado essencialmente mau, ou que o perigo seja algo ontologicamente negativo. Isso, aliás, não se pode dizer nem mesmo do dano. O sentido positivo ou negativo, construtivo ou destrutivo de uma conduta, só se revela nos lindes de cada contexto, com base em uma série de circunstâncias objetivas e subjetivas. Amputar a perna de alguém pode ser verdadeira barbaridade, se a motivação é a vingança; ou uma ação não apenas louvável, mas obrigatória para o médico, se for imprescindível para que se salve a vida de um acidentado. Quando trazemos a reflexão para o campo jurídico e passamos a considerar a imposição da pena, vemos o quanto é importante que existam mecanismos para a avaliação pontual das causações de dano e das criações de perigo. Aqui entra em cena a dogmática penal, com seus filtros sequenciais posicionados para impedir a punição indevida de condutas (tipicidade formal, tipicidade material, exame da antijuridicidade e da culpabilidade, com suas respectivas causas de justificação ou de isenção). Quanto mais sofisticada e crítica a dogmática for, mais impurezas reterá em seus aparelhos.

Retomando o raciocínio sobre o perigo concreto e a nocividade da conduta que o causa, não parece haver muito espaço de discussão sobre a adequação do controle penal de certas condutas perigosas. Restringir o controle aos comportamentos danosos, ao que parece, é entregar considerável parte da tutela dos valores, interesses ou bens das pessoas à chance e à aleatoriedade. Nas situações em que se tenha criado um perigo concreto empiricamente constatado, a não produção do dano, com alguma frequência, terá sido um produto da sorte. Será que é interessante permitir que condutas altamente perigosas sejam praticadas livremente, punindo-se com rigor os casos em que, para o azar do executor, resultados danosos tenham sobrevivido? Isso não é inteligente para a conservação das coisas a cuja proteção as normas penais se destinam. Além de a proteção se tornar deficiente, permitir esse imenso salto entre a absoluta irrelevância penal e a severa punição de uma conduta com apoio na sorte da vítima ou no azar do executor não parece funcional para a ideia de prevenção geral.

Outro argumento importante para a criminalização do perigo é o de que, em várias outras situações, o desvalor de um fato se concentra na conduta. Disso, fazem farta prova a punição dos crimes de dano na forma tentada e, em especial, a abismal diferença de penas que se observam entre os crimes de dano dolosos e os culposos. Se o comportamento é punível ainda que não tenha sido produzido qualquer dano efetivo, no caso do dolo; e se, apesar de o resultado ser rigorosamente o mesmo, no caso da culpa, as penas cominadas aos delitos dolosos são incomparavelmente mais elevadas, já não se pode recusar a existência dessa categoria do desvalor da conduta.

Não estamos a insinuar que exista identidade de desvalor entre o crime de dano na forma tentada e o crime de perigo concreto. Sabe-se que o primeiro, pela tomada de decisão consciente contra o bem jurídico, está sujeito a juízo de reprovação mais intenso. Mas há relevantes semelhanças entre crimes de dano na forma tentada e crimes de perigo concreto dolosos. Nos dois casos, não se produz o resultado danoso da eliminação de algo valioso, ou do impedimento do exercício de um direito. E, nos dois casos, esse “algo valioso” foi exposto a um risco real e a uma situação de iminência do dano.⁵⁶⁸ No primeiro, esse dano não se concretiza por circunstâncias alheias à

⁵⁶⁸ A criação de um perigo concreto é um requisito para que se puna a tentativa do crime de dano. O art. 17 do nosso Código Penal, ao prever, com base na teoria objetiva temperada, a figura do crime impossível, confirma a afirmação. Não se pune a forma tentada se, pela ineficácia absoluta do meio ou pela impropriedade absoluta do objeto, for impossível produzir-se a lesão. Quando se diz que não há a menor possibilidade de que se produza a lesão, é porque a conduta, por mais mal-intencionada que seja, não é concretamente perigosa, ou seja, nunca chegou a existir real

vontade do agente e, no segundo, por razões que fogem ao seu controle e se ligam ao acaso.⁵⁶⁹ Em ambos, a criação do risco importa uma redução da qualidade do objeto, uma supressão de uma parte, que é a que se referia, até então, ao fato de “estar seguro”.

Para a pessoa, que é única verdadeira destinatária legítima da proteção penal, a criação do perigo importa restrição das condições existenciais, eis que a condição da insegurança prejudica a plenitude do usufruto dos direitos ou a própria condição existencial de um objeto. A durabilidade e a longevidade de um objeto certamente são atributos que lhe agregam valor, e o fato de poder ele ser perdido a qualquer momento, de estar permanentemente submetido aos riscos de destruição ou perdimento, surtem o efeito contrário. Precisamos dizer mais sobre isso.

Segurança de cem por cento não existe, exatamente porque algum nível de risco sempre se faz presente. Se uma pessoa decide fazer uma viagem de carro com sua família, certamente conhece, pelo menos em parte, os riscos a que estarão expostos no trajeto rodoviário. Ao saber que a estrada está em condições particularmente ruins, ou que as condições climáticas previstas são muito desfavoráveis, isso deve levar a um aumento da percepção dos riscos, o que pode fazer com que a pessoa repense sua viagem. Talvez decida ir em frente, confiando na sorte, na atenção ou na própria habilidade, mas é normal que cogite desistir ou altere seus planos (dia da viagem, percurso etc.). Se esse condutor for alertado acerca da iminência de uma pane mecânica total do veículo, que pode parar de funcionar a qualquer momento do trajeto, dificilmente ele fará a viagem com esse carro. Note-se que ele sabe que uma pane sempre pode ocorrer, mas a percepção de que esse dano é iminente reduz drasticamente sua percepção de valor em relação ao objeto. Parte do valor de uma coisa qualquer está no fato de se poder contar com sua existência, higidez, durabilidade, funcionalidade. Qualquer objeto que, além de estar exposto aos riscos inextinguíveis das superveniências e intercorrências danosas, encontra-se sob direta ameaça de perdimento ou destruição, sofrerá uma detração em seu valor. Não um valor intrínseco, porque esse valor não existe. Mas no valor que lhe é atribuído por alguém.

chance de que o dano se produzisse. Só se pune a tentativa idônea para lesionar, isto é, que exponha concretamente o objeto a um risco de lesão.

⁵⁶⁹ Essa ligação entre o acaso e os crimes de perigo é indissolúvel, por razões de ordem lógica. Se reconhecermos que o acaso não desempenha papel nenhum, ou seja, que o agente detém total controle e é inteiramente responsável pela evitação do dano, então, a conduta não é verdadeiramente perigosa. Se o agente toma todos os cuidados necessários para manter o controle e impedir o dano, já não há crime doloso de perigo. Ou porque o agente efetivamente eliminou os riscos de lesão ou, pelo menos, porque ele acredita que o fez, o que leva ao desaparecimento do dolo.

Não se trata, apenas, de uma sensação de insegurança (segurança subjetiva). Até porque, no exemplo dado, a viagem sequer teve início, de modo que nenhuma sensação de insegurança imediata chegou a ser sentida. Trata-se, sim, de uma insegurança objetiva, ou seja, da constatação de que há um perigo, e isso não necessariamente traz medo e mal-estar ao dono do carro, mas, sim, uma redução no valor que ele atribui ao objeto (veículo). Com isso, o que queremos demonstrar é que, como todo valor é relacional (valor dado a algo por alguém), e como o perigo costuma interferir negativamente no juízo, ele acaba produzindo redução do valor do objeto para quem o toma em consideração. Na linguagem jurídico-penal, seria o titular do bem jurídico. Na medida em que um objeto é considerado um “bem” exatamente pelo bem que propicia (prazer, satisfação, utilidade etc.) a alguém, se ele perde parte do potencial de fazer esse bem, coisa que naturalmente acontecerá em condição de perigo, então já sofreu detração de suas propriedades.

Assim, há um prejuízo, no perigo concreto, na medida em que alguém que está fora do raio de ação do dano é trazido para dentro da sua área de alcance, sendo rebaixado da condição de segurança para a de vulnerabilidade. Submeter a pessoa a uma condição de perigo, pela criação de riscos para os seus bens, significa, no plano axiológico, recusar o devido valor a essa pessoa, e, no plano empírico, tomar algo que é seu, prejudicar sua condição existencial pela supressão da condição de estar segura (ainda que circunstancialmente).

E não se trata de uma pura normativização (espiritualização, abstratização) do resultado. O perigo é empiricamente constatável, se empregarmos as máximas de experiência. Pode – e deve, na verdade – ser objeto de prova, no sentido da demonstrabilidade argumentativa, que será abordada abaixo.

Condutas geradoras de perigo concreto são desvaliosas porque colocam em risco coisas importantes, cujo perdimento é catastrófico e não ocorreu, em parte, por sorte. A proliferação dessas condutas, se mantidas lícitas, possivelmente elevará o número de acidentes e, conseqüentemente, o de óbitos. Assim indicam as máximas da experiência. Simplesmente deixar de controlá-las é descuidar, e em grande medida, da proteção dos objetos que elas expõem a perigo. Que a criminalização seja parcimoniosa, e que as sanções sejam proporcionais, são imperativos de um Estado democrático de Direito cuja observância deve ser assegurada por meio da normatividade dos princípios político-criminais liberais, como os da fragmentariedade e da subsidiariedade, entre outros.

6.4.3. O perigo abstrato como resultado nocivo

A análise da legitimidade das criminalizações do perigo abstrato, no Brasil, assume uma importância muito diferenciada. Será que são muitas as constituições que determinam que se criminalizem situações de perigo abstrato? No Brasil, temos três mandados constitucionais de criminalização expressos. Como vimos no item 4.4 e seus subitens, temos algumas situações de perigo abstrato cuja criminalização é válida, e não em razão do comando constitucional, mas da insuportabilidade da sua irrelevância penal para o ambiente social, que perderá muito em qualidade.

Juarez Tavares ensina que uma infração penal deve corresponder a uma “alteração sensível da realidade”. Em sua visão, mesmo sem uma subserviência do Direito ao empirismo, não é possível simplesmente afirmar uma afetação do bem jurídico, sem ocupar-se da demonstração dessa afetação. “Daí que a criminalização só pode ter, por pressuposto, uma **lesão efetiva** ou um **perigo concreto** de lesão ao bem jurídico”. Tavares é enfático ao afirmar que uma teoria do delito que seja efetivamente crítica não se prestará ao papel de legitimar tão facilmente intervenções pela via do perigo abstrato, que são simbólicas e, como regra, atendem a interesses políticos. A única maneira de se conceber um perigo abstrato aceitável é por meio de uma dupla avaliação, que se processa “por juízos globais, *ex ante*, pelo critério objetivo da probabilidade, e, *ex post*, mediante a observação acerca de como se desenrolou concretamente a relação de causalidade entre a conduta e o resultado.”⁵⁷⁰

O uso de palavras como “prova” e “demonstração”, em um processo criminal, frequentemente reclama o uso das aspas. Piero Calamandrei⁵⁷¹ já afirmou que, em um processo, todas as provas não são mais do que “provas de verossimilitude”. Como o processo penal se refere a um fato, e o fato é sempre pretérito, não se faz propriamente uma prova, no sentido em que essa palavra é usada pelas ciências naturais.⁵⁷² Não pode haver mito maior do que a busca da verdade real. O que se tem, ao fim de um processo, é construção de uma versão sobre o fato apurado. Não se

⁵⁷⁰ TAVARES, Juarez. **Fundamentos da teoria do delito**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 99-91.

⁵⁷¹ CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. V. 3. Trad. Luiz Abezia e Sandra D. F. Barbery. Campinas: Bookseller, 1999, p. 269.

⁵⁷² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 572-573.

discute a “verdade” ou “falsidade” de um fato, mas, sim, das versões que se erigem sobre ele.⁵⁷³ As partes apresentam indícios, esgrimmem argumentos e daí sai a tal “verdade real”. Essa versão, tornada oficial a partir da autoridade do Poder Judiciário, passa a ser tratada como inquestionável dali em diante.

Há casos mais simples, é óbvio. Quando uma pessoa esfaqueia outra em uma briga de bar, com dezenas de testemunhas atentas, fica relativamente mais fácil. O que se tem que provar, de início, é a autoria da conduta (facada), a produção do resultado (morte) e a relação de causalidade entre eles. É chegado o momento de se estabelecer o elemento subjetivo da conduta, e boa parte da segurança que se tinha desaparece. Como efetivamente provar que o agente agiu com dolo de matar? Como demonstrar, empiricamente, que o agente, ao dar a facada, quis ou assumiu o risco de tirar a vida da vítima? A menos que desenvolvamos uma tecnologia que hoje só vemos em filmes de ficção científica bastante futuristas (o que, na verdade, é um indício de que talvez venhamos a chegar lá, como foi com todo o resto de nossas invenções), o elemento subjetivo não será efetivamente conhecido e, portanto, provado. Será imputado.⁵⁷⁴ Esse é um tema fantástico, dos mais interessantes para a dogmática penal, e temos que tomar cuidado para que um longo desvio não nos seduza. A questão, aqui, é: não se prova, na acepção mais estrita da palavra, o elemento subjetivo, e ele é uma parte crucial do tipo penal, tanto quanto a conduta ou o resultado.

Tudo isso é dito para que se tenha em mente que, quando falamos que o perigo deve ser empiricamente comprovado, há limitações. Essa afirmação não pode ser tomada em sua literalidade, porque, com um sentido literal, nem mesmo os crimes de dano (pelo menos, a maioria deles) estarão sujeitos a um regime de comprovação empírica.

⁵⁷³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 159-160.

⁵⁷⁴ Defendemos um conceito de dolo que não se submete à normatização radical sugerida por alguns autores de grande proeminência no assunto. Mas, de fato, está extremamente desgastado o modelo psicologicista de dolo, que se baseia na ideia da ontologia welzeliana desse instituto, que é jurídico, mas que recebe um tratamento como se fosse um dado do mundo natural. O importante é desenvolver critérios de imputação que sejam mais claros, coesos e previsíveis, e possam excluir os subjetivismos e espetacularizações com que o tema da determinação do elemento subjetivo é marcado, mas sem chegar a criar presunções *jure et de jure* ou fórmulas matemáticas. *Vide*, para um aprofundamento sobre a questão da normatização do dolo, RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999, especialmente p. 520 e ss; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **El dolo eventual**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 133 e ss. No Brasil, BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. IN: BUSATO, Paulo César (Coord.) **Dolo e Direito Penal: modernas tendências**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 81 e ss.

Com efeito, costumamos pensar que a demonstrabilidade empírica dos crimes de dano é maior. Embora, como regra, o pensamento esteja correto, é fato que muitos deles simplesmente não comportam a prova, se tomada em sentido empírico e literal. A injúria é um crime de dano, mas, pelas características do bem que ela atinge, a honra, não se pode fazer uma efetiva demonstração do prejuízo causado. Esse prejuízo é deduzido a partir de máximas de experiência. Com base na experiência, percebe-se que a maioria das pessoas considera que determinados xingamentos são altamente ofensivos e ultrajantes e, pelo contexto em que foi proferida a palavra, deduzimos que ela causa um dano à honra. Mas prova, efetivamente, não há. Como não há prova de que, em uma relação sexual consentida entre um homem de 18 anos e uma menina de 13, com quem mantém relacionamento afetivo e que já não era virgem quando se conheceram, a dignidade sexual dessa última foi efetivamente violada.⁵⁷⁵

Adotamos parâmetros jurídicos (normativos) ou nos baseamos em máximas de experiência para fazer presunções. E chamamos isso de prova. Se as facadas, na briga de bar, foram muitas e dadas em região vital (pescoço, por exemplo), há homicídio doloso (art. 121, CP). Se o golpe foi um só, na perna ou no braço, temos lesão corporal qualificada pela morte (art. 129, § 3º, CP). Entre esses dois extremos, das múltiplas facadas em região vital e do ferimento único em área não vital, há uma imensa possibilidade de casos cobertos por uma densa camada cinzenta.

Em que sentido, portanto, empregamos a palavra “prova”, quando nos referimos ao fato de os crimes de perigo abstrato exigirem a prova da criação do risco? No sentido de uma **demonstrabilidade argumentativa**.⁵⁷⁶

Quando se exigir do aplicador da norma o compromisso de argumentar no sentido de convencer sobre o risco que a conduta representa, exemplificando danos reais que dela poderiam decorrer, estará sendo dado aos crimes de perigo abstrato um tratamento compatível com o Direito Penal

⁵⁷⁵ É o resultado jurídico que se presume de modo absoluto a partir da vedação total das interações sexuais com pessoas menores de 14 anos, imposta pelo art. 217-A, *caput* e § 5º, CP, ainda que haja consentimento e experiência sexual prévia por parte do sujeito passivo. Discordamos dessa presunção absoluta de vulnerabilidade. *Vide* JORIO, Israel Domingos. **Crimes sexuais**. 2.ed.rev.atual.ampl. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 202.

⁵⁷⁶ Não ignoramos a existência de divergência sobre a possibilidade de que algo seja, ao mesmo tempo, demonstrativo e argumentativo. A demonstração seria um regime de prova mais ligado à gnoseologia dogmática e ao empirismo, enquanto a argumentação, também enquanto regime de prova, pertenceria ao ceticismo. O tema é tratado, entre outros, por LOPES, Rogério. Por que o cético não abdica da argumentação? Notas sobre estratégia e motivação no ceticismo pirrônico. **Revista de Filosofia**. Belo Horizonte: Síntese, 2003, v. 33, n. 106, p. 213. O fato de haver essa controvérsia não nos impede, porém, de fazer uso dessas palavras, que apenas foram apropriadas pelo discurso filosófico, mas não lhe pertencem e nem têm um sentido ou função imanente.

de um Estado democrático de Direito. Por isso, é acertada a linha de Juarez Tavares, citada acima, que reclama uma análise objetiva de probabilidade de dano *ex ante*, e uma exposição dos riscos reais *ex post*.

Quando se usarem máximas de experiência no sentido de demonstrar argumentativamente que um risco foi realmente criado, ofertando exemplos de danos como desdobramentos plausíveis, estará havendo “prova”, e o fato estará sendo adequadamente tratado como criador de perigo. Quando tudo o que se exigir for o apontamento da autoria da conduta, dispensando-se qualquer análise ou argumentação posterior e qualquer alusão a máximas de experiências frente às circunstâncias do caso concreto, não se estará reconhecendo um perigo, mas fazendo-se uma presunção absoluta que despreza o mundo da vida. Trata-se de uma operação mais imaginativa do que lógica.

Assim, se basta mostrar que o etilômetro (“bafômetro”) acusa que o condutor tem determinada concentração de álcool em seu sangue para que se diga que sua conduta é perigosa, estamos trabalhando com uma mera presunção, de feição absoluta e desconectada da realidade empírica. Não há que se falar em prova, porque sequer se exige argumento no sentido de demonstrar o perigo. E, é claro, argumentos “pré-fabricados”, que não são mais do que jargões, são imprestáveis. “O álcool reduz os reflexos e o tempo de reação do motorista” ou “o estado de embriaguez compromete a atenção e prejudica as habilidades motoras” são insuficientes. Precisamos de argumentos conectados com o caso concreto. Se a verificação da alcoolemia for apenas um indício, e exigir-se para a configuração do crime algum detalhe a mais, como a constatação de uma condução anormal por parte do motorista (excesso de velocidade, mudança brusca de faixas, “fechadas” súbitas em outros veículos, avanços de sinal) ou, pelo menos, uma demonstração de seu estado de afetação (o condutor mal consegue falar ou manter-se de pé, tamanho o grau da intoxicação), estaremos admitindo que há prova (demonstrabilidade argumentativa) do perigo. Mesmo que não se aponte alguém que “quase tenha morrido”, como seria preciso fazer no caso do perigo concreto, é preciso argumentar de modo convincente no sentido da existência de algum risco.

Nos crimes de dano, associamos a nocividade à destruição, total ou parcial, de um objeto, à redução de seu valor ou de sua funcionalidade e ao impedimento do exercício de um direito. No caso do perigo concreto, a nocividade está na vulneração do bem, que tem suprimida a condição de “estar seguro” e passa a estar exposto a danos possíveis, com severos impactos nas condições

de qualidade do acesso a um direito ou do seu exercício. Quanto ao perigo abstrato, se partirmos das considerações expendidas sobre o sentido da prova do risco (demonstrabilidade argumentativa), cremos que também se possa satisfazer o requisito da nocividade.

É preciso fazer uma rápida observação. Nossa menção às necessidades de segurança objetiva e subjetiva não coincide com a posição sugerida por Kindhäuser, e competentemente analisada de modo sintético por Luís Greco⁵⁷⁷, em que a segurança, em si, é tratada como um bem jurídico autônomo. Nessa linha, o perigo abstrato acaba se convertendo em um dano à segurança, desfazendo-se de seu sentido original de referir-se à criação de um risco para outro bem jurídico que seja mais específico, como a vida ou a integridade física. Embora a solução pareça resolver o problema da ligação dos crimes de perigo abstrato a um bem jurídico, exatamente para que possa seguir exigindo, como critério de legitimidade de uma criminalização, essa referência material, isso não se dá sem o ônus de uma distorção semântica muito acentuada ou, até mesmo, uma contradição em termos. Se a segurança é um bem jurídico autônomo e o crime de perigo abstrato a atinge de modo efetivo, então ele já não é mais um crime de perigo, mas um **crime de dano**, e ao bem jurídico mais amplo de que já se ouviu falar – uma segurança global, que não se refere à preservação de algo valioso, mas que se torna um valor em si. Já na nossa visão, tratamos a segurança como um atributo de um objeto específico, qual seja, a qualidade de “estar seguro”, ou como uma necessidade da pessoa, e não o seu direito. Isso é importante, como visto, para que as pessoas possam planejar e conduzir suas vidas contando com a continuidade da existência do objeto, e, em última análise, com sua própria continuidade existencial. Quando Kindhäuser se refere à segurança como “ausência de preocupação de dispor de outros bens”, está, na verdade, referindo-se à sensação de segurança (segurança subjetiva), e não à segurança (“estar seguro”), em si.

Vimos que, no caso dos crimes de dano, o desvalor se distribui entre a conduta e o resultado. Nos crimes de perigo concreto, já se pode perceber uma concentração do desvalor na conduta, padrão semelhante ao que se observa nos crimes de dano na forma tentada. No caso do perigo abstrato, embora o resíduo de desvalor seja ainda menor no que respeita ao resultado, seguimos afirmando que ele não pode ser nulo.

⁵⁷⁷ GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 8.

A primeira providência é a de deixar claro que, ainda no sentido de uma demonstrabilidade argumentativa, o crime de perigo abstrato tem um resultado. Ele já foi definido como “uma interferência jurídico-penalmente desvaliosa, na esfera de manifestação do bem jurídico, capaz de representar uma concreta situação de desvalor, e, conseqüentemente, consubstanciar um verdadeiro resultado jurídico”.⁵⁷⁸

Se observarmos as criminalizações que se referem a situações de perigo abstrato, veremos que, como uma regra bastante confiável, elas têm por escopo a proteção de bens coletivos. Na verdade, a própria criminalização do perigo concreto já segue essa regra. Se consultarmos a Parte Especial do nosso Código Penal, constataremos que o perigo concreto que recai diretamente sobre a pessoa é previsto em poucos dispositivos (arts. 130 a 136, basicamente), ao passo que os crimes de “perigo comum” ocupam grande porção das tipificações. Do art. 250 em diante, temos muitos crimes de perigo para a incolumidade pública e para a saúde pública, por exemplo. E os crimes contra a fé pública que são de perigo concreto, como a moeda falsa (examinada no item 4.4.2.1), também recaem sobre interesses que não pertencem a uma específica pessoa. No caso do perigo abstrato, a regra dos objetos de titularidade compartilhada como alvos da proteção penal é ainda mais confiável, especialmente se lembrarmos das criminalizações que mais frequentemente figuram em processos criminais e inquéritos policiais. Tráfico de drogas ilícitas (Lei 11.343/06), porte e posse ilegal de armas de fogo (Lei 10.826/03), ambas estudadas no capítulo anterior (4.4.3.1 e 4.4.3.2), são tipificações de perigo abstrato referentes a objetos cuja titularidade não pertence a qualquer pessoa de carne e osso específica. Nesses dois casos, embora não se possa ver um prejuízo específico para uma pessoa determinada ou determinável, vemos um prejuízo para as condições ambientais em que ela se insere. E, comprometendo-se essa qualidade ambiental, torna-se mais difícil a realização de seus direitos.

Admitir-se a criminalização de algumas formas de perigo abstrato é necessário, pois, caso contrário, estaremos fadados a lidar com problemas sociais novos e formas complexas de criminalidade por meio de institutos arcaicos.⁵⁷⁹ Deve-se estar atento, é claro, para que a “modernização” do Direito Penal não corra os princípios e as garantias liberais em que se funda,

⁵⁷⁸ D’ÁVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 100.

⁵⁷⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Trad. Luís Greco (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 85.

em uma sociedade democrática.⁵⁸⁰ Por isso, é imperativo que se imponham padrões de qualidade especialmente rigorosos para essas decisões político-criminais em termos de elaboração típica. Nesses casos, a intervenção penal carece de uma especial legitimação. "Ao legislador penal se impõe um agravado dever de motivação",⁵⁸¹ elevando-se, muito, seu ônus argumentativo no sentido de demonstrar a racionalidade da intervenção penal.

Aqui, voltam a entrar em cena as outras medidas, que se associarão ao conceito material de crime para exercer o papel crítico-limitativo. Os princípios político-criminais do Estado democrático de Direito e a dogmática crítica têm um trabalho contínuo a realizar. Exige-se a parcimônia (intervenção mínima), a seleção dos casos mais importantes, verdadeiramente indispensáveis (fragmentariedade), efetivamente nocivos (ofensividade, ou, na nomenclatura que sugerimos, nocividade), que não possam ser suficientemente controlados pelos outros ramos do Direito, menos gravosos (subsidiariedade). Com isso, já temos uma série de balizas aptas a reduzir o volume total das normas penais e, principalmente, a reter boa parte das impurezas – as normas irracionais, abusivas, que restringem a liberdade individual sem necessidade.

6.5. A CAPACIDADE DE CAUSAR DANO À PESSOA OU DE PREJUDICAR AS CONDIÇÕES AMBIENTAIS NECESSÁRIAS À REALIZAÇÃO DE SEUS DIREITOS

6.5.1. A capacidade de causar dano à pessoa, única destinatária legítima da tutela penal

Afirmamos, especialmente no Capítulo 5, que a atuação do Direito Penal deve estar centrada na pessoa. A pessoa é o fim do Estado, e o Direito Penal, como um de seus instrumentos, somente pode ser usado em consonância com esse fim. Diante da regra da máxima liberdade possível e do princípio democrático da intervenção mínima, somente se justifica uma redução no espaço de liberdade individual se isso for imprescindível para a proteção de uma pessoa.

Mantendo-nos coerentes com a tradição liberal da dogmática crítica, temos maior afinidade com essa visão mais restritiva, próxima daquela sustentada pela teoria personalista do bem jurídico,

⁵⁸⁰ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Trad. Pablo R. Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p.359.

⁵⁸¹ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. Trad. Rafael Alcácer Guirao *et alii*. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 111. "[...] al legislador penal se impone un agravado deber de motivación". Tradução nossa.

cujo principal expoente é Hassemer (item 3.3). Mas não somos capazes de afirmar, de modo taxativo, que somente serão legítimas as criminalizações que impactarem diretamente pessoas de carne e osso. A bem da verdade, nem mesmo Hassemer chega a dizer isso, sob pena de banir praticamente todas as formas contemporâneas de criminalidade e seguir com um Direito Penal que só protege a vida, a saúde, o patrimônio e a liberdade individual.

Quando definimos o crime como "comportamento socialmente desvalioso que é **capaz de causar dano à pessoa**", estamos pensando nos crimes de dano ou de perigo concreto, e nos bens jurídicos pessoais. Homicídio - vida; roubo - patrimônio; estupro - liberdade sexual; maus tratos - saúde e integridade, física e mental. Por mais que se deva admitir a existência de novas formas de criminalidade, e por mais que se tenha que aceitar a legitimidade da tutela de objetos cada vez mais abstratos em nome de uma modernização do Direito Penal, não deve haver dúvida de que é nos bens jurídicos pessoais que se encontra o seu núcleo de atuação. Diremos que esses são os objetos de proteção primários.

Como o Direito Penal só deve ser usado nos casos extremos, o ideal é ter como parâmetros os direitos fundamentais. Em tese, quanto maior a relevância do objeto da proteção, maiores as chances de legitimação da intervenção penal.

Para não limitar taxativamente os objetos legítimos da proteção penal primária ao rol inscrito no art. 5º da CF, de um lado, mas para não precisar recorrer a direitos humanos supraconstitucionais, que possuem uma forte base jusnaturalista e ontológica, de outro, vale-nos a noção de Feinberg sobre os *welfare interests* (interesses instrumentais ou de bem-estar, estudados no item 3.7). Não que os interesses, em si, possam ser o alvo da tutela penal. Mas os objetos a que esses "interesses de bem-estar" se referem correspondem, de um modo geral, ao núcleo existencial digno de uma pessoa - vida, integridade física, saúde, liberdade, propriedade etc. É mais fácil justificar a intervenção penal em defesa desses objetos. Se vamos chamar a vida de bem ou de direito, não importa tanto. A conduta que contra ela atenta é grave, por destruir ou periclitar um objeto de alto valor para a pessoa. Podemos, para manter uma tradição da linguagem jurídica que tem o seu valor para o pensamento crítico, chamá-los de bens jurídicos pessoais. Não há problema algum nisso, desde que não se pretenda limitar as hipóteses legítimas de intervenção penal aos bens jurídicos e, simultaneamente, o conceito desses de modo a somente abranger objetos de titularidade individual e exclusiva.

Uma leitura muito positiva sobre bens jurídicos individuais nos é fornecida por Muñoz Conde⁵⁸²: "são aqueles pressupostos de que a pessoa precisa para a autorrealização na vida social".

Embora certamente seu conceito não tenha os poderes mágicos tão perseguidos pelos defensores das linhas mais críticas - longe disso, aliás, pela abertura -, ele nos fornece um bom material para reflexão, com destaque para dois pontos, que vão bem na linha daquilo que sustentamos. Primeiro, identifica os bens como "pressupostos existenciais e instrumentais mínimos", o que transmite a ideia da necessária fundamentalidade dos objetos de proteção, em homenagem a princípios como o da intervenção mínima e seus corolários, a subsidiariedade e a fragmentariedade. Segundo, situa a pessoa em um ambiente social, o que nunca se pode deixar de ter em mente, já que as necessidades básicas de um ser imerso em uma sociedade complexa e conflituosa excedem a mera existência saudável e a subsistência.

À luz disso, os comportamentos legitimamente criminalizáveis não se encerram naqueles que se dirigem contra pessoas determinadas. O ser humano vive em um ambiente altamente complexo que é formado por múltiplas dimensões, dentre as quais se podem destacar, pelo menos, a natural/biológica, a social/intersubjetiva e a jurídica/normativa/política. Muito difícil conceber uma separação estanque entre essas dimensões, na medida em que elementos do plano jurídico interferem direta ou indiretamente no ambiente social e natural, por exemplo, e vice-versa.

Condutas das pessoas podem interferir de modo extremamente negativo nesse ambiente multidimensional. Como são muitos, mas nem sempre facilmente identificáveis, os indivíduos que são ou podem ser afetados por comportamentos que prejudicam a qualidade dos ambientes natural, social e jurídico, costuma-se pensar na coletividade como sujeito passivo dos delitos. Embora possamos admitir a existência de direitos cuja titularidade é compartilhada, e até possamos admitir que sejam denominados como "coletivos", a sociedade e a coletividade não podem ser sujeitos passivos de crimes quaisquer. Isso será melhor abordado mais adiante (6.5.3), mas direitos ou bens coletivos e interesses públicos são designações dadas a objetos que pertencem às pessoas, individualmente consideradas. O mais adequado seria falar em "titularidade compartilhada", porque sociedade e coletividade não existem faticamente como

⁵⁸² MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. 2.ed. Buenos Aires: B de F, 2003, p. 90-91. "[...] son aquellos presupuestos que la persona necesita para la autorrealización en la vida social".

sujeitos de direitos ou titulares de bens. Só os indivíduos que as compõem podem assumir esses papéis.

E quanto ao Estado? Não é ele o titular de uma série de bens jurídicos, como a administração pública ou a fé pública? Não é ele o responsável por manter uma série de instituições e estruturas que são indispensáveis para a prestação de serviços e a realização de direitos? Não poderia ser ele, então, um dos destinatários da tutela penal?

Já pudemos inaugurar a reflexão no item 4.4.1.1. Na oportunidade, quando da fundamentação da legitimidade da criminalização da corrupção passiva, demonstramos não somente que a administração pública não pode ser o bem jurídico tutelado, como, também, que definitivamente não pode ser o Estado o titular do objeto de proteção da norma incriminadora.

Considerando que o Estado é uma ficção humana criada com o propósito de permitir uma organização política capaz de gerir os bens e direitos das pessoas e solucionar os conflitos intersubjetivos, ele não será titular de qualquer objeto de proteção da norma penal. Os bens de cuja tutela está incumbido o Estado não lhe pertencem. São das pessoas. Dizer que um Estado tenha um bem seu, que não seja pertencente aos indivíduos, é dar vida própria à ficção e assumir que ela pode ter objetivos e interesses exclusivos. Conceber a autonomia de bens e interesses do Estado é dar-lhe uma individualidade que o equipara às pessoas, já que ele pode passar a ser um fim em si mesmo, deixando de ser puro meio para atendimento de fins estabelecidos por seres humanos. Em síntese, “o Estado não é titular de qualquer direito, somente da obrigação central de garantir os direitos das pessoas”.⁵⁸³

A ideia do Estado como um ser autônomo, titular de bens e detentor de interesses, por mais que esses sejam rotulados como “públicos”, somente é útil à sustentação de regimes autoritários. Não à toa vemos os Códigos Penais que Estados assim produzem a enfatizar os crimes supostamente praticados em detrimento de seus interesses. O “Código Rocco”, produzido sob medida para o fascismo, inaugura o Segundo Livro, referente aos crimes em espécie, com o título “*Dei delitti contro la personalità dello Stato*”. Vincenzo Manzini⁵⁸⁴, afiliado ao Partido Nacional Fascista, comenta os crimes contra a Administração Pública relacionando-os não apenas com os interesses

⁵⁸³ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Especial**, v. 3. São Paulo: Atlas, 2016, p. 438

⁵⁸⁴ MANZINI, Vincenzo. **Trattato di Diritto Penale italiano**. Vol. V. Turim: UTET, 1962, p. 1.

públicos e a probidade, mas, também, com “o respeito à vontade do Estado”. Um Estado com “personalidade”, que possa ser alvo de ofensas “pessoais”, e que tem vontade própria, certamente será um dos mais temíveis inimigos da liberdade.

Um rápido parêntese. Quando, por diversas vezes, aludimos aos valores e aos fins do Estado democrático de Direito brasileiro não estamos reconhecendo sua autonomia como possuidor de direitos ou detentor de interesses, porque esses fins e valores lhe são ditados pela sociedade brasileira. Não são, então, os seus, mas os do povo, inscritos no documento fundamental por meio do qual o próprio Estado democrático é instaurado. Se, a partir de algum momento, uma criminalização se desligar dos fins e princípios estabelecidos pelas pessoas quando da constituição do Estado, nenhuma legitimidade lhe terá restado.

Aplicabilidade prática da exigência da pessoa como objeto de proteção da norma – não há crimes contra o Estado

O crime de desacato está previsto no art. 331 do Código Penal: “Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.”

Trata-se de outro caso em que a doutrina amplamente majoritária aponta a administração pública como bem jurídico e o Estado como sujeito passivo, titular desse bem. Vimos, há pouco, que ambas as afirmações são insustentáveis.

No caso do desacato, muito diferentemente do que vimos ocorrer com a corrupção passiva (4.4.1.1), não se consegue apontar qualquer ligação entre a conduta criminalizada e alguma espécie de prejuízo para a pessoa, seja direto ou indireto, para seus bens e direitos individuais ou para o ambiente em que está inserida. No caso da corrupção, há uma violação do dever de probidade por parte do funcionário público. E isso tem o potencial de comprometer a higidez e a eficiência das instituições que estão postas a serviço da realização dos direitos da pessoa. O mesmo se diga em relação ao crime de incitação aos atentados contra a ordem constitucional e o Estado democrático. Não há ofensa ou periclitção direta da pessoa, mas há prejuízos para o ambiente social e jurídico em que a pessoa está inserida, já que o Estado democrático é aquele que mais assegura liberdades e que mais potencial tem para realizá-las.

Quando se ofende um servidor público, ainda que no exercício da função ou em razão dela, o máximo que pode acontecer é a lesão ao bem pessoal da honra. Ficções jurídicas como a respeitabilidade da profissão, a autoridade do cargo público ou a representatividade do Estado são terminantemente ilegítimas para figurar como objetos de proteção pelo Direito Penal. Partir-se do pressuposto de que o Estado tenha honra, imagem, respeitabilidade, é conferir-lhe uma personalidade, reconhecer uma existência individual que permite que ele tenha direitos e bens próprios, “pessoais”. E isso o retira da condição de ficção jurídica posta a serviço da pessoa, um mero meio, para transformá-lo em fim. Pior: para permitir que ele aja em busca da realização de seus próprios fins, que não precisam coincidir com aqueles que são das pessoas.

Se, tradicionalmente, a organização da Parte Especial se faz por capítulos divididos em função da objetividade jurídica, a praxe é a de começar pelos bens jurídicos considerados mais relevantes. Como visto, não à toa a Parte Especial do Código Penal italiano se inicia com “*Dei delitti contro la personalità dello Stato*”. É a lógica do totalitarismo: o Estado se agiganta e os indivíduos se apequenam.

Embora o Brasil não tenha copiado essa específica opção (na verdade, começa bem, inaugurando sua Parte Especial com a tipificação dos crimes contra a vida, mas não acerta em tudo, já que o patrimônio vem antes da dignidade sexual, por exemplo), fato é que incorporou as linhas centrais da ideologia italiana fascista na criminalização do desacato.

Curiosamente, a própria Itália descriminalizou o desacato por meio de uma reforma penal há quase 20 anos. No Brasil, a discussão sobre a compatibilidade dessa tipificação com os pressupostos de um verdadeiro Estado Democrático de Direito ainda é incipiente. Sequer aparece em todos os cursos e manuais de Direito Penal e, embora o delito já não conste no projeto de reforma do Código Penal que tramita no Congresso Nacional, ainda é regularmente aplicado pelos juízes e tribunais, com raras exceções.

Uma dessas exceções se concretizou na decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça que, reconhecendo o anacronismo e a distância das premissas que embasam a punição do desacato daquelas que norteiam um Estado democrático de Direito, reconheceu sua

inconstitucionalidade, baseando-se, não apenas na nossa própria Carta Magna, mas no Pacto de San José da Costa Rica (arts. 1º, 2º e 13)⁵⁸⁵:

12. A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo. 13. A existência de tal normativo em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito. 14. Punir o uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São Paulo abolissem suas respectivas leis de desacato. 15. O afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, injúria, difamação etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual utilizada perante o funcionário público. (RESP 1.640.084 SP. Rel. Min. Ribeiro Dantas. Julgado em 15/12/2016.)

Em diametral oposição a esse discurso, no entanto, a Terceira Turma do STJ, com nítido comportamento reacionário, afirmou a plena validade e a vigência do dispositivo em questão, deixando ainda mais instável o tema.

7. Embora a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já tenha se pronunciado sobre o tema "leis de desacato", não há precedente da Corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil. [...] 16. O desacato é especial forma de injúria, caracterizado como uma ofensa à honra e ao prestígio dos órgãos que integram a Administração Pública. Apontamentos da doutrina alienígena. 17. O processo de

⁵⁸⁵ Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão. 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha. 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar: a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas; b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas. 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões. 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

circunspeção evolutiva da norma penal teve por fim seu efetivo e concreto ajuste à proteção da condição de funcionário público e, por via reflexa, em seu maior espectro, a honra lato sensu da Administração Pública. 18. Preenchimento das condições antevistas no art. 13.2. do Pacto de São José da Costa Rica, de modo a acolher, de forma patente e em sua plenitude, a incolumidade do crime de desacato pelo ordenamento jurídico pátrio, nos termos em que entalhado no art. 331 do Código Penal. (HC 379.269 MS. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 24/05/2017.)

Não há, ainda declaração de inconstitucionalidade pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Mas o tipo penal em questão é flagrantemente ilegítimo, na medida em que prevê uma pena de prisão por um comportamento que não atinge qualquer bem ou direito pertencente à pessoa e que não prejudica, de modo algum, as condições ambientais necessárias para que tenha seus direitos realizados. Se há a violação de algo, é de um valor. Mas um valor fascista, diametralmente oposto àqueles que são consagrados pela nossa Constituição Federal.

É preciso aduzir, ainda, que a mesma inadmissibilidade de se ter uma figura típica como a do desacato, em que o suposto dano é referido à honra de um ente fictício, deve ser declarada em relação à majorante disposta no art. 141, II, CP, que determina o aumento de um terço nas penas dos crimes contra a honra quando forem cometidos "contra funcionário público, em razão de suas funções". A lógica deve ser exatamente a mesma: não se pode disfarçar a tintura fascista da norma que enrijece a pena exclusivamente porque a pessoa a quem se dirige a ofensa é servidora pública e, portanto, uma espécie de representação corpórea do Estado. A ligação da ofensa com a função em nada a torna mais grave, a menos que se apele para o tal "prestígio da função pública" ou para a respeitabilidade do próprio Estado. O que se tem, de fato, é uma pessoa ofendendo outra, e ainda que a ofensa se conecte com a profissão de uma delas, essa profissão é como outra qualquer e não a torna especial ou mais importante que qualquer outro indivíduo da sociedade.

A questão sobre se é legítima a criminalização das ofensas à honra, ou seja, sobre a legitimidade de tipificações como a calúnia, a injúria ou a difamação é muito interessante. Se se trata de um bem jurídico ou um valor, é discutível, mas o fato é que a honra é aceita como algo valioso titularizado pela pessoa. De qualquer forma, o debate não se opera sobre as bases do conceito material de crime, sendo inteiramente deslocado para o campo dos princípios político-criminais, como o da subsidiariedade.

6.5.2. A capacidade de causar prejuízos para as condições ambientais necessárias à realização dos direitos das pessoas

Nos primórdios, o homem suportava em seu ambiente natural os perigos gerados por predadores, doenças e desastres naturais. Atualmente, convive com esses perigos de um modo diferente, pois muitas atividades humanas é que dão azo ao surgimento de desastres (poluição, desmatamento, operações nucleares, tecnologia viral etc.). Ao lado do plano natural, com ele interligado, há o social, em que a pessoa convive com outros seres humanos, estabelece conexões, envolve-se em conflitos e acaba sendo atingida ou exposta a perigo por comportamentos de seus semelhantes. E há, ainda, o normativo, em que se relaciona com pessoas e instituições por intermédio de um ordenamento jurídico.

Ter qualidade de vida, pelo menos para a maioria das pessoas que se enxerga como pertencente a uma comunidade, significa ter boas condições e existência e convivência nesses ambientes – ou, melhor dizendo, nesse ambiente multidimensional. Um ordenamento jurídico muito eficaz não provê tudo aquilo que a pessoa precisa. Sua qualidade de vida não será das melhores se puder votar livremente em seus representantes, mas o ar da cidade em que vive for tóxico. De outro lado, também não é suficiente para o homem, enquanto animal com considerável propensão ao engajamento intersubjetivo e à vida em sociedade, ter fartura de água potável e praias límpidas e paradisíacas, se não houver um mínimo de organização jurídica para que a convivência com seus semelhantes seja pacífica.

Tomemos como exemplo condutor de comportamentos humanos que prejudicam os ambientes em que se inserem as pessoas, reduzindo sensivelmente sua qualidade, um dano ambiental de grandes proporções. Não falamos, nesse início de conversa, da pequena poluição causada em um rio caudaloso pelos funcionários ou pelo proprietário de uma empresa que fabrica papel. De fato, se a emissão de poluentes, na terra na água e no ar, tornar-se um padrão, a vida no planeta pode chegar a ser extinta. Mas não precisamos ir tão longe. Estaríamos impondo responsabilidade penal e levando ao cárcere pessoas de carne e osso pensando em prováveis prejuízos cumulativos sentidos pelas gerações futuras. Vamos pensar em um grande desastre com efeitos atuais.

Imagine-se que o dano ambiental de Mariana, ocorrido em 5 de novembro de 2015, com prejuízos muito sensíveis para os Estados de Minas Gerais e Espírito Santo, houvesse sido dolosamente causado por meio da detonação de uma bomba na barragem. Dezoito pessoas morreram. Muitas famílias perderam suas casas e seus pertences e ficaram desabrigadas. Mas vamos colocar de lado esses fatos e focar no problema causado em relação ao abastecimento de água para as cidades atingidas pelo desastre. Não deve haver dúvidas de que a escassez de água em níveis críticos reduz muito a qualidade de vida do ser humano. No nosso exemplo, embora a conduta não tenha sido dirigida contra alguma pessoa específica, muitas das pessoas envolvidas por aquele meio ambiente sofreram essa redução da qualidade de vida, da mesma forma. O prejuízo é sentido na pele, nas agruras do dia a dia, embora a pessoa não tenha sido especificamente atingida em sua vida, liberdade, integridade física, patrimônio, honra etc.

Essa possibilidade de que se comprometa a qualidade ambiental não se circunscreve à dimensão natural ou biológica. Certamente, uma das maneiras de se prejudicar o ambiente social de modo bastante perceptível é pela geração do perigo, que elimina uma situação de segurança que é necessária para a devida fruição da vida. Do mesmo jeito que a poluição compromete a qualidade do ambiente natural, o porte ilegal de armas capazes de destruição massiva e a perigosidade do trânsito reduzem a qualidade do ambiente social. E o mesmo fazem as corrupções em relação ao ambiente jurídico. Esses crimes foram tratados nos itens 4.4.3.1, 4.4.3.3 e 4.4.1.1, respectivamente.

A corrupção passiva segue sendo nosso exemplo favorito: em muitas das situações em que ela se configura, não é possível apontar algum prejuízo direto para uma pessoa determinada. Mas uma administração pública que não funcione sob a regência do valor da probidade comprometerá de modo profundo a qualidade do ambiente jurídico em que está inserida a pessoa, trazendo-lhe prejuízos na medida em que a prestação de serviços cruciais para o exercício e a realização de seus direitos é impedida ou dificultada.⁵⁸⁶

Rigorosamente falando, ninguém morre por não ir à praia, ou por não exercer o direito ao voto direto. Mas perceba-se que estamos fazendo subtrações nos padrões ambientais a que faz jus a

⁵⁸⁶ FEINBERG, Joel. **Harm to others:** The moral limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 1987, Cap. 1, p.76.

pessoa digna em um Estado democrático de Direito. No meio ambiente (natureza), espera-se que a pessoa possa usufruir das propriedades saudáveis, recreativas e estéticas. No ambiente político, que possa exercer o direito constitucionalmente assegurado ao voto. Espera-se que a pessoa possa se servir do trânsito viário com as mínimas condições de segurança, e que possa transitar pelas ruas e frequentar estabelecimentos sem a preocupação com o iminente uso de armas de fogo ao menor sinal de conflito.

Essa noção de ambientes multidimensionais cujas condições de salubridade e funcionalidade devem ser protegidas para que as pessoas possam usufruir de seus direitos aparece na “Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano” (Estocolmo, 5-16 de junho de 1972) de um modo muito claro:

O homem é ao mesmo tempo obra e construtor do seu ambiente, o qual lhe dá sustento material e lhe oferece oportunidade para desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente. Na longa e tortuosa evolução da raça humana neste planeta, chegou-se a uma etapa em que, graças à rápida aceleração da ciência e da tecnologia, o homem adquiriu o poder de transformar seu ambiente de inúmeras maneiras e em uma escala sem precedentes. **Os dois aspectos do ambiente, o natural e o humanamente criado, são essenciais para o bem-estar do homem e para o gozo dos direitos humanos básicos, inclusive o próprio direito à vida.** (Grifo nosso)⁵⁸⁷

Com o perdão pela repetição, mas em razão da força didática da observação, repetimos o que se disse no item 4.4.1.2. A mesma Conferência da ONU afirma, de modo expreso, que comportamentos sociais como o racismo e a discriminação reduzem as qualidades do ambiente social em que se insere o homem.⁵⁸⁸

A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), aliás, já alude a essa qualidade das condições ambientais necessárias à realização dos direitos das pessoas (art. XXVIII): “Todo ser humano tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados”.

⁵⁸⁷ "Chapter I, 1. "Man is both creature and moulder of his environment, which gives him physical sustenance and affords him the opportunity for intellectual, moral, social and spiritual growth. In the long and tortuous evolution of the human race on this planet a stage has been reached when, through the rapid acceleration of science and technology, man has acquired the power to transform his environment in countless ways and on an unprecedented scale. **Both aspects of man's environment, the natural and the man-made, are essential to his well-being and the enjoyment of basic human rights - even the right to life itself.**" Grifo nosso.

⁵⁸⁸ "Principle 1. Man has the fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and well-being, and he bears a solemn responsibility to protect and improve the environment for present and future generations. In this respect, policies promoting or perpetuating *apartheid*, racial segregation, discrimination, colonial and other forms of oppression and foreign domination stand condemned and must be eliminated." Tradução nossa no item 4.4.1.2. Grifo nosso.

Deve ficar evidente que **não** estamos falando, aqui, de duas coisas. Primeiro, de um mundo encantado em que a qualidade de vida é total e todos os dissabores e perturbações da pessoa serão evitados pelo Direito Penal. Esse sistema claramente não se poria a favor da pessoa, mas contra ela, na medida em que todos são destinatários potenciais das normas penais abusivas. Falamos de condições ambientais, políticas, sociais, jurídicas concretas, específicas e básicas, sem as quais a vida humana perde drasticamente qualidade ou as estruturas democráticas ruem. Por isso, aludimos, no conceito material de crime, às “condições **necessárias**” à realização dos direitos da pessoa. Não se admite o uso do Direito Penal como mera ferramenta de otimização social (até porque, se otimiza de um lado, prejudica de outro, por reduzir os espaços de liberdade a partir de suas intervenções). O Direito Penal é uma resposta dada diante de uma ação ou omissão nociva, e não uma técnica de reformulação social, política ou econômica, ainda que seja com o escopo do aprimoramento. Não se pode, por meio de um Direito Penal paternalista, impor boas práticas e hábitos saudáveis. Só o que se pode é limitar as que sejam comprovadamente prejudiciais para outras pessoas.

A segunda observação é que, quando afirmamos ser possível a tutela de valores, não estamos falando da criminalização de qualquer tipo de discurso, expressão do pensamento ou ideologia. Como sustentamos no item 4.4.1.2, quando examinamos o “paradoxo da tolerância”, entendemos que, no campo das ideias, até o mais preconceituoso e politicamente incorreto discurso deve ser permitido, garantindo-se a liberdade de expressão de quem o profere, por mais que se possa considerar estúpido e perturbador o seu teor. Muito diferente disso é a ofensa dirigida a alguém (causa lesão pessoal) ou a incitação à prática de ações violentas e criminosas, que excedem largamente o campo do discurso e das ideias (causa insegurança que gera prejuízos ambientais). Na medida em que o discurso se a incitar à violência racial, por exemplo, atinge-se a condição de “estar seguro” e reduz-se a possibilidade de acesso ou de usufruto de direitos das pessoas pertencentes ao determinado grupo étnico. Prejudica-se, em última análise, no sentido de criar obstáculos, impedir ou dificultar, que a pessoa negra, ou de origem asiática, ou judaica, possa se comportar livremente e de acordo com os expectativas que o Estado democrático de Direito lhe conferiu, ou que alcance os direitos que ele lhe prometeu.

O que é preciso, no fim, é reconduzir todos os danos e perigos à figura da pessoa, demonstrando, ainda que de modo indireto, mas sem o uso de chavões, subjetivismos e opiniões pessoais, como a conduta criminalizada tem a capacidade de atingi-la, eliminando ou reduzindo um bem, ou

impedindo o exercício de um direito. A conduta a ser proibida deve, de algum modo, impactar negativamente sua vida. Não pela promoção de meros sentimentos negativos. Trata-se da criação de empecilhos, que, é claro, se tivessem que ser atuais e necessariamente sentidos por alguém, configurariam, sempre, crimes de dano ou de perigo concreto. Quando admitimos o perigo abstrato, devemos estar preparados para aceitar as conexões mais indiretas. Por essa razão, quanto ao perigo abstrato, a regra é a da excepcionalidade, incumbindo ao legislador *ex ante* a demonstração argumentativa do quanto a conduta é potencialmente nociva para o ambiente humano natural, social ou jurídico, de um lado; e ao juiz, no caso concreto, a fundamentação *ex post*, convincente e calcada em exemplos plausíveis de danos possíveis como desdobramentos de seu agir, *ex post*.

Assim, ainda que se tome a decisão político-criminal de punir o porte ilegal de armas, justificável pela consideração *ex ante* de que uma multiplicação dessa conduta torna insuportável o ambiente pela redução da segurança (já está deslegitimada a criminalização do porte de munições e acessórios), é preciso mostrar, *ex post*, como a conduta do agente pode impactar o mundo (a conduta é irrelevante se ele é abordado pela polícia portando uma arma desmuniada ou imprestável).

Feinberg explica que uma importante parte da fundamentação da criminalização do perigo repousa na análise da relação entre probabilidade do dano e gravidade do dano. Quando o dano potencial argumentativamente antecipável for muito grave, ele pode compensar uma maior escassez de chances de concretização. O exemplo usado pelo autor é o de disparar armas de fogo um direção ao céu. As balas pouco provavelmente cairão sobre pessoas com chance de matá-las, mas se isso acontecer, trata-se da concretização do pior resultado possível. Daí, a sugestão de uma fórmula: quanto mais grave o dano possível, menor precisa ser a chance de concretização, e vice-versa. A melhor solução nos casos de perigo abstrato (no linguajar de Feinberg, *blanket prohibitions*, proibições que impedem que algumas pessoas façam coisas inofensivas porque outras podem, ao fazê-las, causar prejuízos graves) seria um bom sistema de controle governamental, que dê acesso às armas, por exemplo, mediante critérios rigorosos, mas não impossíveis.⁵⁸⁹

⁵⁸⁹ FEINBERG, Joel. **Harm to others**: The moral limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 1987, Cap. 5, p. 8; 16.

Ainda assim, devemos reconhecer que alguns cálculos são simplesmente impossíveis. Quais são os respectivos percentuais de chance de que uma pessoa que porta ilegalmente uma arma venha a usá-la para cometer crimes, ou que um motorista que disputa um "racha" ("pega") cause acidente com vítimas? A gravidade dos resultados possíveis, em ambos os casos, ameniza o compromisso da demonstração da grande chance de ocorrência do dano, que não pode, também, chegar a ser desprezível. E o seria se a disputa automobilística acontecesse em local ermo e deserto. O fato de a arma estar desmuniada, por exemplo, já elimina a chance de que seja cometido o mais grave e mais temido dos crimes em que seu porte pode acarretar, o homicídio. A supressão dessa possibilidade, aliada à baixa capacidade que se tem de mostrar as chances de que a arma venha a ser usada em outros crimes (virtualmente impossível, pois teria que se ter ao menos um esboço de estatística sobre o percentual de pessoas que, ao portar armas ilícitamente, emprega-as no cometimento de crimes de roubo, por exemplo), impede a punição.

A verdade é que um dos elementos de grande complicação da fundamentação reside na ilusória necessidade de acondicionar todos os tipos de crimes em três ou quatro categorias. O crime "tem que ser" de dano, de perigo concreto, de perigo abstrato, de acumulação etc. Quando nos desprendemos dessas barreiras fictícias para entender um crime como um comportamento nocivo para a pessoa, direta ou indiretamente, somos capazes de aceitar sem contradições algumas criminalizações historicamente marcadas por controvérsias, e refutar veementemente outras.

Enquanto isso não ocorre, se precisarmos recorrer às categorias consolidadas na dogmática acerca do resultado jurídico dos crimes, a associação devida é dos delitos de dano com os bens jurídicos pessoais (homicídio, estupro, roubo etc.), e dos de perigo abstrato com os bens de titularidade compartilhada (o porte ilegal de armas compromete a qualidade da segurança pública). O primeiro grupo, no entanto, já comporta exceções, pois há casos de crimes de dano que atingem valores que, quando violados, promovem uma desestabilização ambiental nociva para a realização dos direitos da pessoa (corrupção, racismo). Quanto ao perigo concreto, pode atingir tanto os bens individuais, como a vida (maus tratos), como os de titularidade compartilhada (segurança do tráfego viário) e as estruturas ficcionais juridicamente necessárias (fé pública).

Para encerrar, ainda falando sobre a formulação escolhida, que alude à capacidade de causar danos à pessoa ou de prejudicar as condições necessárias para a “**realização**”, e não meramente para o “**exercício**” dos seus direitos, uma sucinta explicação é devida. Se limitássemos a

formulação às condições necessárias ao “exercício” dos direitos, estaríamos pensando só nas coisas que a pessoa pode alcançar por conta própria, nos direitos que ela já tem e que pode exercer diretamente. Quando aludimos à “realização” dos direitos, essa realização pode ser dar pela própria pessoa, ou pelo Estado. Essas “condições de realização”, quando referentes ao Estado ficariam fora do alcance do conceito material, porque o Estado não exerce os direitos das pessoas, mas os realiza. E, quando protegemos, dentre outras coisas, a ordem democrática, estamos preservando as condições ambientais políticas e jurídicas para que direitos da pessoa possam ser realizados pelo próprio Estado. As eleições, a previdência e a segurança pública, conectadas com direitos pessoais de extrema valia, não estão ao alcance direto da pessoa, mas, apenas, por intermédio do Estado. Se alguns dos atos que prejudicam o ambiente jurídico “se tornam gerais, várias operações do governo que são essenciais ao meu bem-estar, como saúde pública e prosperidade econômica, não mais serão possíveis”.⁵⁹⁰

6.5.3. Os objetos relacionais da nocividade (objetos de proteção das normas penais)

6.5.3.1. Bens jurídicos individuais e coletivos

Que são os bens da pessoa que devem figurar no núcleo de qualquer ordenamento penal que não tenha aspirações anti-iluministas, já se disse ao longo de todo o trabalho. Outra questão, diferente e não prejudicial, é saber se eles devem ser os únicos objetos de proteção, ou se bens coletivos, que preferimos chamar de bens de titularidade compartilhada, também podem ser penalmente tutelados.

A primeira coisa a se dizer, a esse respeito, é que bens de titularidade coletiva não deixam de ser bens da pessoa. Bens coletivos não pertencem a uma só pessoa, mas a muitas delas. A “todas”, seria exagero dizer, até mesmo pela variedade de visões de mundo e estilos de vida. Como a coletividade e a sociedade também não são seres com vida própria, ou seja, não têm autonomia, elas não possuem personalidade e vontade próprias, e só podem espelhar o resultado do emaranhado de valores e interesses pessoais. Essa observação fala a favor da tutela penal dos bens que se denominam coletivos ou supraindividuais, mas que, na verdade, como disse Schünemann, não passam de hipostasias derivadas a partir de bens que são individuais (*vide item*

⁵⁹⁰ FEINBERG, Joel. **Harm to others:** The moral limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 1987, Cap. 1, p. 69. “[...] if such acts became general, various government operations that are as essential to my welfare as public health and economy prosperity would no longer be possible”. Tradução nossa.

4.4.3). Correspondem, em nosso linguajar, exatamente às **condições ambientais necessárias** à realização dos direitos da pessoa.

Essa aceitação, no entanto, nos constrange a tomar algumas precauções.

Primeiro, é preciso refutar o discurso jurídico populista que afirma que os interesses coletivos devem se sobrepor aos individuais. Quando a questão é posta de modo simplista, ela recebe uma resposta quase automática. Se alguém viola algo que se considere um bem coletivo ou prejudica o alcance de um interesse dito “público”, logo se reclama sua cabeça sob a fala de que é inadmissível sua impunidade. Ora, como pode o direito à liberdade de uma única pessoa prevalecer sobre “o bem comum” ou o “interesse público”? A negação do valor da pessoa, com a dissolução do indivíduo em uma massa coletiva disforme, é um largo passo em direção ao abismo político. “Nem o despotismo produz seus piores efeitos se a individualidade existe sob seu domínio. O que quer que esmague a individualidade é despotismo.”⁵⁹¹

Há uma razão muito sólida para que se inverta em cento e oitenta graus o raciocínio, dando-se clara primazia aos interesses, bens ou direitos individuais. A decisão da proteção penal de todo e qualquer bem jurídico ou valor deve ver-se escrutinizada e devidamente fundamentada, mas a respeito dos bens individuais clássicos, como a vida, a liberdade, a propriedade, a liberdade de locomoção, a liberdade sexual e outros semelhantes, diz-se que são os “mais indiscutidos, os que se assentaram mais profundamente na consciência social e têm perdurado ao longo dos séculos”.⁵⁹² E são esses mesmos bens que o Estado atinge quando prestigia o “interesse público”. Por isso, entendemos que os chamados bens coletivos devem contar com proteção penal excepcional, parcimoniosa, e especialmente endividada no que tange à necessidade de justificação.

O problema é que, na contramão dessas sugestões, o que vemos é uma supervalorização dos bens coletivos e um fetichismo pelas tipificações de perigo. Note-se a que ponto chegamos, com o exemplo a seguir. Após acalorada discussão, em um bar, o agente desfez um tiro em direção ao

⁵⁹¹ MILL, John Stuart. **On liberty**. E-book Kindle, pos. 1075. "Even despotism does not produce its worst effects, so long as individuality exists under it. And whatever crushes individuality is despotism, by whatever name it may be called." Tradução nossa.

⁵⁹² MIR PUIG, Santiago. **Estado, pena y delito**. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 91 e seguintes. “[...] más indiscutidos, los que han calado más hondo en la consciencia social y que han perdurado a lo largo de los siglos [...]”. Tradução nossa.

pé de uma pessoa, com a clara intenção de, apenas, lesioná-la. Acerta o pé, e o projétil atravessa aquela parte do corpo, sem causar danos maiores que pudessem levar à caracterização das situações previstas nos §§ 1º e 2º do art. 129 (que descrevem as lesões corporais graves e gravíssimas). Pratica o crime de lesão corporal leve, do art. 129, *caput*, CP, certo? Esse crime, que é de dano e se dirige a um bem jurídico individual de primeira grandeza, tem penas de 3 meses a um ano de detenção. Se o atirador do nosso exemplo não houvesse mirado a pessoa, mas dado um tiro para o alto, sem ferir ninguém, provavelmente responderia pelo crime do art. 15 da Lei 10.826/03, “disparo de arma de fogo”: “Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime”. Temos um crime de perigo, sem resultados danosos para qualquer pessoa que seja, cuja pena é de reclusão, de 2 a 4 anos, e multa. A espécie de pena é mais gravosa (reclusão, que admite regime inicial fechado, ao contrário da detenção); a quantidade de pena é incomparavelmente superior (800% acima no mínimo, e 400% acima no máximo); há uma pena a mais, sem relação alguma com o tipo de bem jurídico supostamente atingido (multa); e o crime ainda é considerado inafiançável (parágrafo único).

Um Direito Penal “modernizado” é uma necessidade. Mas também o é a manutenção do foco na pessoa. E isso está claramente sendo perdido. Cada vez mais “os direitos individuais são apresentados como ordinária mercadoria de troca plausível de limitação, de obstaculização ou de restrição, por mais ilusório que seja o produto da contraprestação (segurança)”.⁵⁹³

Em segundo lugar, é preciso lembrar que, em nossa ânsia por conhecer e controlar o mundo por meio da linguagem, criamos conceitos como “coletividade”, “povo”, “sociedade”, “nação” e “Estado”. Mas, se nos posicionarmos como mero observadores do plano existencial empírico, só o que veremos são pessoas, vivendo suas vidas, sentindo, fazendo, interagindo com os seres animados e inanimados e mantendo constante comunicação. Todas as características que dermos para os conceitos sob aspas, acima, serão puramente imputadas de modo arbitrário (como fruto do nosso arbítrio, da nossa vontade). Por isso, não haverá verdades sobre as relações de identidade, de semelhança e de diferença que eventualmente sejam afirmadas. Em que medida coletividade e sociedade se aproximam ou se identificam, por exemplo, é uma questão que tem sua profundidade. Ainda assim, arriscaremos dizer que tudo o que se possa estabelecer como um

⁵⁹³ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 420-421.

fim social ou como um bem de titularidade coletiva estará, fatalmente, radicado na pessoa. Que fique claro: no indivíduo, cujos interesses são prevalentes em relação aos que se considerem públicos.

Para que se viole o direito individual de uma pessoa, deve-se estar protegendo o direito de outra. A pessoa sofre. Com os prejuízos do crime e com a prisão, dada como resposta. A sociedade e coletividade, não. A menos que se possa demonstrar como pessoas de carne e osso foram prejudicadas, ainda que de modo indireto, pela conduta que se quer punir, não há legitimidade na intervenção penal que se realiza, por mais que lhe seja dada uma roupagem de gala, referida ao “bem comum”.

Atingir a sociedade, como um todo, ou mesmo uma porção dela (alguma coletividade), não é sequer possível. Sociedade e coletividade não têm uma vida própria. Nem mesmo para expor seus interesses. Elas não têm voz, não falam, não escrevem, não gesticulam. Tudo o que se posta como produto de uma sociedade ou coletividade – leis, princípios, valores, políticas – é resultado de uma expressão de sentido levada adiante, inelutavelmente, por um indivíduo ou um grupo de indivíduos. São mãos humanas que digitam ou manuscovem as leis e as Constituições. O Estado e a coletividade não se pronunciam, senão de modo mediato. Por isso, é muito seguro dizer que, qualquer valor, bem ou fim que se queira atribuir a alguma dessas entidades ficcionais somente poderá ser declarado ou proclamado por meio de mãos ou bocas humanas.

Se perguntarmos algo ao Estado, à coletividade, ao “público”, quem responderá é uma pessoa, ou um grupo de pessoas (representantes políticos e autoridades públicas). Se pedimos uma audiência com o Estado, não seremos colocados diante desse ser, mas de alguém de carne e osso, que falará em seu nome. Se consultarmos a opinião popular, não o faremos em direção ao “povo”, mas a muitas das pessoas que, juntas, o compõem. O Estado não faz nada. Prefeitos, juízes, policiais, deputados, servidores, fazem. A sociedade não quer nada. Os moradores de determinada localidade ou região têm certas convicções e vontades pessoais, e elas podem ser coincidentes. Não há uma vontade comum ou uma vontade geral, mas vontades individuais que, após comunicações e eventuais encontros, saíam vencedoras e foram expressas por alguém (um representante ou um grupo de representantes) como sendo “da coletividade”. Mas essa coletividade não tem um interesse. As pessoas que a compõem é que têm. Entender que a coletividade possa ter um interesse, mais uma vez, é supor que ela seja um ser individual

autonomamente existente e capaz de se manifestar sem a mediação de qualquer pessoa. Impossível.

Interesses, bens ou valores coletivos são o mero resultado ficcional das versões individuais vitoriosas desses objetos no plano discursivo, proclamados por alguém de carne e osso. Como diz Feinberg⁵⁹⁴, o próprio "interesse público" é um termo vago demais para que seja útil, e expressa algo que, na verdade, não pertence à comunidade ou ao Estado, mas às pessoas. Para ter um interesse seu, a sociedade ou a coletividade teria que pensar e expressar esse pensamento por conta própria, sem a "ajuda" de um ser humano. E tudo o que se diz que é público ou coletivo não passa de uma ideia individual que, por ser compartilhada por vários seres individuais, se rotula como coletiva. Dito de um modo mais direto, interesses públicos ou coletivos são interesses de mais de uma pessoa em um mesmo sentido (talvez de muitas; talvez até da maioria; mas talvez de poucas, porém detentoras de poder de coação). Não podem constituir objetos de proteção autônomos, portanto, mas só quando sua conservação for visivelmente importante para seres humanos **determinados ou determináveis**.

E, se nada disso convence, é preciso lembrar que, no fim, foi um "interesse coletivo" (ou, sob as lentes do microscópio, uma convergência de vontades individuais que saiu vencedora) que instituiu a Constituição e o Estado democrático de Direito. Essa expressão coletiva das vontades individuais vencedoras estabeleceu regras para o jogo político, e, por causa disso, os valores que serão prestigiados, os bens que serão protegidos e os interesses que podem vir a ser satisfeitos estão circunstancialmente limitados. Não é todo interesse público que pode ser contemplado por medidas jurídicas ou por ações estatais. Se, em um caso de crime violento altamente espetacularizado pela mídia, houver uma consulta popular sobre a aprovação de excepcional pena de morte para o acusado, é bem provável que se obtenha uma maioria, e com folga. Mas isso está proscrito, banido pelas regras do jogo. Voltando à nossa questão, então: bens coletivos podem ser tutelados? Sim, se essa proteção estiver conforme as regras do jogo democrático, que não se restringem à aprovação pela maioria. Antes, são muitas e bastante complexas, podendo-se destacar aquela que determina que o Estado deve intervir o mínimo possível, somente o fazendo nos casos mais importantes, quando os demais ramos do ordenamento, menos invasivos e potencialmente lesivos do que o Direito Penal, não forem considerados suficientes.

⁵⁹⁴ FEINBERG, Joel. **Harm to others**: The moral limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 1987, Cap. 1, p. 74-75.

6.5.3.2. Valores e estruturas ficcionais juridicamente necessárias

Se dissemos que há uma concordância entre todas as vertentes liberais das teorias do bem jurídico e do *harm principle* quanto à exigência da nocividade da conduta (embora, certamente, não com esse nome), aqui rompem-se os acordos, cessa a paz e instalam-se as celeumas. Não se sabe se o objeto de proteção da norma penal é um direito subjetivo, um bem jurídico, um valor, um interesse ou, mesmo, a própria vigência da norma. Trata-se do ponto central das centenárias divergências da dogmática penal acerca do conceito material de crime e dos critérios de legitimação do poder estatal de criminalizar. Não vamos voltar a essas divergências, que foram expostas no Capítulo 3 e criticadas no Capítulo 4. Fato é que, apesar da clara preferência pelo “bem jurídico” como objeto de proteção, em mais de dois séculos não se chegou a algo minimamente próximo de um consenso sobre sua delimitação conceitual, o que dá margem para frequentes embates sobre a legitimidade dos crimes que recaiam sobre bens ou interesses coletivos, ou que se refiram a um perigo abstrato.

Poderíamos repetir o discurso segundo o qual o bem jurídico, que goza da predileção majoritária, é o único objeto de proteção legítimo. Não seriam legítimas as tutelas de valores, pois eles, pertencentes ao plano axiológico, não podem ser objeto de lesão. Além disso, admitir-se a proteção de valores significaria ideologizar o Direito Penal e usá-lo como instrumento de lavagem cerebral. Mais, ainda, significaria deixar a porta aberta para a invasão de ideologias altamente nocivas, como se viu ocorrer com o nazismo. Discordamos dessas posições.

É ilusória a pretensão de separar, de modo hermético, o Direito e a moral. Sobre isso, já se falou no Capítulo 2. Ou seja: é impossível querer eliminar a ideologia do campo do Direito Penal. Cada norma jurídica que se produz, a menos que se refira (e olhe lá) à contagem de prazos ou ao número de testemunhas em um processo, está impregnada de ideologia.

Vale a pena, aqui, sermos repetitivos, em nome da clareza dessas lições: “em uma democracia, o Direito é, em essência, a positivação de um setor da moral social” (Seher⁵⁹⁵). Ou: “Todo direito tem conteúdo ético, todo direito é essencialmente ético, pelo menos para determinado grupo

⁵⁹⁵ SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. Trad. Rafael Alcácer Guirao (Coord.). IN: **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p.82-83. Tradução nossa.

social, justamente o vencedor na ‘luta pelo direito’, na luta para transformar suas convicções éticas em direito posto” (Adeodato⁵⁹⁶). No fim, as leis e as penalidades são expressões dos gostos e preferências da porção dominante da sociedade (Mill⁵⁹⁷). Ou, com uma visada cética em relação ao mito da representação democrática, dos gostos e preferências dos detentores do poder.

O que se quer dizer é: não adianta ter medo da “ideologização” do Direito Penal. Ela vai acontecer. Se não for a partir de valores racistas e anti-humanitários, será pelos seus antagonistas, os valores igualitários e liberais. Mas não deixa de estar havendo uma ideologização. Só que, se os valores humanitários se mantêm consagrados nas normas, como confiamos que eles são os melhores, acreditamos que o que se tem é uma ideologização “do bem” e seguimos mais tranquilos.

Com isso, a questão não é “impedir” uma intromissão da ideologia ou “depurar” completamente o sistema. É ajustá-lo de modo a manter suas normas coerentes com a ideologia em que ele próprio se funda. Pensando de modo mais direto, dentro do sistema em vigor e com base nas invariantes axiológicas liberais, sem que se cogite suplantar a ordem por meio de um golpe (caso em que normas não ajudarão muito), a preocupação com a ideologização do Direito Penal perde muito de sua relevância. Porque alguma ideologia sempre habitará as leis e porque ideais antiliberais e antidemocráticos estão banidos do campo jurídico e não podem ser por ele prestigiados. Se isso acontecer, caberá à doutrina fazer a crítica e ao Judiciário declarar a inconstitucionalidade.

De fato, como bem se observou, a praticamente todo tipo penal se pode associar um bem jurídico legítimo, importante, se se estiver disposto a aceitar relações indiretas e implicações reflexas distantes (*remote harm*).⁵⁹⁸ Perceba-se que, por não existir no mundo empírico, e não contar com suficiente delimitação conceitual, a “segurança nacional” ou a “ordem democrática” é uma abstração, e pode ser definida como um bem, um valor ou um interesse, indistintamente. No fundo, o que se tem, em qualquer dos casos, é a proibição de uma conduta nociva. Quem fizer

⁵⁹⁶ ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional**: 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 234-235.

⁵⁹⁷ MILL, Stuart. **On liberty**. E-book Kindle, pos. 114.

⁵⁹⁸ VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. IN: **La teoría del bien jurídico**: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 279.

questão de adotar a denominação “bem jurídico” deve responder a pergunta de Stratenwerth: “até que ponto pode ser levada essa abstração, sem que o conceito perca qualquer contorno”?⁵⁹⁹

A reflexão, aliás, é até mais profunda: qual é a real diferença entre admitir a tutela de bens jurídicos conceituais ou espiritualizados e aceitá-la em relação a valores?

Quando se diz que a tutela de valores não é possível, normalmente é porque se diz que eles não estão sujeitos a uma lesão. Mas essa ideia da impossibilidade de lesão sequer é unânime. Roxin⁶⁰⁰, embora mantendo uma relação entre valor e bem jurídico, posicionando esse último como uma espécie de correspondente empírico daquele, diz que “Somente está vedada a proteção de valores da ação e da atitude interna que sejam ‘flutuantes’, cuja lesão não tenha referência alguma a um bem jurídico.” Assim, reconhece, a um só tempo, que valores são passíveis de lesão, e que podem ser objetos legítimos de tutela penal. Diz, em outro ponto, aliás, que em todo injusto penal se pode constatar a violação de uma norma de valoração.

A despeito disso, se houver insistência quanto à impossibilidade de lesão dos valores, a pergunta natural que se segue é: bens espiritualizados estão sujeitos a lesão? Se compreendermos a lesão empiricamente, não, identicamente ao que se passa com os valores. Se pensarmos de modo normativo, estritamente jurídico, sim, e o mesmo se pode aplicar aos valores.

Além do mais, só por dizer que o objeto de proteção é um bem jurídico, e não um valor, não se previne a temida infiltração de ideologias nocivas no campo das normas penais. A invasão do Direito Penal alemão pela ideologia nazista, na década de 1930, não é fruto de uma indevida aceitação da tutela penal de valores. A pureza da raça alemã não é objeto digno de tutela, em democracia, mas pode acabar sendo efetivamente protegida por uma norma penal, na prática, seja ela considerada um bem jurídico ou um valor. Alguma ideologia é ínsita à norma, e aquela espúria sempre encontra um meio de entrar, se houver uma fresta. Se não se faz tutelar diretamente, por meio da declarada proteção dos valores, interfere na fabricação e na seleção dos

⁵⁹⁹ STRATENWERTH, Günther. Sobre o conceito de bem jurídico. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 104-105.

⁶⁰⁰ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña *et alii*. Madrid: Civitas, 1997, p. 60; 323. “Solamente está vedada la protección de valores de la acción y de la actitud interna ‘flotantes’, cuya lesión no tiene referencia alguna a un bien jurídico”. Tradução nossa.

bens jurídicos, que serão meros receptáculos ou recipientes carregados de ideologia. O remédio contra isso não é uma bela conceituação material de crime ou do objeto de proteção da norma penal. É uma postura crítica da doutrina e maturidade política suficiente para rechaçar essas dominações.

Ora, não é ideológico o reconhecimento de um valor autônomo para o produto da concepção, criminalizando-se a interrupção dolosa da gestação? Não é fruto de ideologia a criminalização da homofobia, por alguns países, e das relações sexuais homoafetivas, por outros?

Podemos ir além. Essa separação estanque que se quer enxergar entre bem, valor e interesse é muito ilusória. Considerar algo como um “bem” só se faz a partir de um código de valores. Vimos, no primeiro capítulo, que não há “bens” naturais, essencialmente valiosos, que independam dessa valoração positiva pelo ser humano. Um bem é algo considerado bom, construtivo, importante, útil e, portanto, valioso. A consideração de algo como valioso não parte de outro lugar senão da mente, por meio dos juízos de valor. Com o tempo, a consagração de determinados bens nos faz esquecer que eles não são “bens-em-si”, verdades éticas absolutas, mas frutos de escolhas. De preferências em relação a valores. A seleção do bem é, portanto, o resultado de um processo axiológico. Então, o valor determina que se consagre um bem, e, exatamente com base nesse mesmo valor, surge o interesse na sua obtenção ou preservação. A relação entre esses três itens é “genética”.

Com alguma preocupação categorial pretensamente científica, para não dizermos que bens, valores e interesses são expressões intercambiáveis ou cujos sentidos estão intimamente conectados, procuramos defini-los e acomodá-los em compartimentos distintos. Dizemos que o bem é uma representação empírica ou jurídica do valor, e que é o objeto do interesse. Já o valor é o antecedente lógico da construção ou da seleção do bem, e o interesse é alimentado, exatamente, pelo fato de se considerar esse bem valioso. O interesse, por fim, é algo que se desperta pelo juízo de valor positivo, e recai sobre a representação empírica e realizável do valor, que é o bem. Estamos andando em círculos. Não é difícil compreender, diante disso, por que alguns autores definem o próprio bem jurídico como sendo um valor:

Ainda que os Tribunais tenham rejeitado a teoria do bem jurídico, acredita-se na capacidade de rendimento da categoria para limitar o direito penal, desde que o conceito de bem jurídico seja entendido, não como objeto de proteção, mas sim como valor

incorporado às normas penais, como objeto de preferência do legislador, e de referência para as demais categorias do injusto.⁶⁰¹

Não é raro, aliás, que até autores que rechaçam a hipótese de que valores se posicionem como objeto de tutela, em aberta crítica a Hans Welzel, acabem tomando-os (talvez por ato falho) como sinônimos de bens e até de interesses.⁶⁰²

Talvez tenhamos culturalmente enraizados determinados valores, e por isso, homenageemos alguns bens, desenvolvendo em relação a eles interesses. Talvez, vejamos no mundo alguns bens, e desenvolvamos em relação a eles interesses, e, por isso, os consideremos valiosos. Ou, talvez, tenhamos certos interesses, desencadeados em sua maioria pelas necessidades fisiológicas e psicológicas, e busquemos coisas capazes de satisfazê-los, valorando positivamente aquilo que entendermos como útil a esse fim. Em tudo se faz presente a ideologia, independentemente das nomenclaturas que se queiram empregar.

Diante disso, não faz diferença prática dizermos que o objeto de proteção da norma penal é o bem jurídico, ou o valor, ou o direito. Pelo menos, não se o objetivo for o de impedir eventual contaminação ideológica do conteúdo das normas penais, ou de exigir efetiva demonstração empírica de uma lesão ao objeto de proteção. Os dois objetivos são inalcançáveis. Não se breca a intromissão ideológica apenas por denominar “bem jurídico” o objeto da tutela, e não se consegue demonstrar efetivo dano em relação a tudo o que se queira chamar de “bem jurídico”. Quando se recusa atendimento a pessoa asiática em estabelecimento comercial, ou quando se impede que pessoa negra ingresse em uma escola (arts. 5º e 6º, Lei 7.716/89), há direitos sendo diminuídos e o dano é demonstrável. Mas e quanto à incitação pública à prática do racismo, por meio de um discurso do ódio que não se dirige a uma pessoa específica (art. 20, Lei 7.716/89)? O que se está atingindo: um bem, um direito, um valor ou um interesse?

E quando se promove a incitação pública de atos de violência no sentido de subverter a ordem constitucional e romper com o Estado democrático (arts. 22 e 23 da Lei 7.170/83)? Seria o

⁶⁰¹ BOZZA, Fábio da Silva. **Bem jurídico e proibição do excesso como limites à expansão penal**. São Paulo: Almedina, 2015, p. 242.

⁶⁰² Veja-se o exemplo de Ana Elisa Bechara: "A questão, porém, parece ir além do estabelecimento do valor protegido no crime de maus tratos a animais, e, exatamente por isso, essa hipótese é fundamental para a ilustração do presente estudo. Na verdade, visto referido interesse humano - consubstanciado objetivamente na boa relação com os animais - faz-se necessário analisar, antes, a necessidade de sua tutela pelo Direito Penal". BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 322-323.

"Estado democrático" ou a "ordem constitucional" um bem? Ou são estruturas jurídicas mantidas para a proteção dos bens e a realização de direitos?

O que importa é que, nos dois casos citados, é possível demonstrar um prejuízo para as condições ambientais sociais em que as pessoas estão inseridas, já que se viola o valor da igualdade e se cria uma situação de instabilidade para a realização dos direitos individuais. É essa verificação de nocividade para a pessoa que deve, sempre, ser lembrada. Os nomes que se dão ao que é atingido - bens, direitos ou valores - são secundários, desde que se conectem ao bem-estar da pessoa.

Já vimos, acima, que toda norma jurídica, e não é diferente com a penal, tem um apoio ético e uma orientação ideológica. Em vez de se buscar uma ingênua “depuração ética”, o importante é que se canalize a ideologia correta, que, em democracia, não é meramente uma ditada por um grupo de pessoas, ainda que componham a maioria. Por isso, não se pode, jamais, menosprezar a importância do **procedimento** por meio do qual se faz a juridificação dos valores. Ele é indispensável, em uma democracia, porque há uma vasta pluralidade de valores e, diante da igualdade, já não se pode estabelecer um único padrão axiológico como o correto.⁶⁰³

É claro que não se está, aqui, defendendo que qualquer valor possa ser transformado em objeto de tutela penal. Tampouco que a norma penal possa ser usada livremente para a implementação de qualquer ética ou doutrinação ideológica. Temos, como exaustivamente mencionamos, limitações impostas pela principiologia do Estado democrático de Direito e, em última instância, pelas invariantes axiológicas liberais.

O objeto de proteção da norma penal, aquilo em relação a que a conduta é nociva, pode ser um valor, sem que com isso se configure uma pura tentativa de controle ético ou de lavagem cerebral, e sem que se escancarem as portas para o ingresso de ideologias preconceituosas ou de perseguição. Tudo depende do ponto da partida e da firmeza do compromisso com a proteção prioritária da pessoa, em torno da qual gravitam todos os objetos dignos de proteção penal. Nessa

⁶⁰³ AMELUNG, Knut. El concepto de bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. Trad. Rafael Alcácer Guirao *et alii*. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 232.

linha segue Juarez Tavares⁶⁰⁴, que, confirmando a íntima relação entre bens e valores, destacada acima, refere-se ao bem jurídico como o único objeto de proteção legítimo para as normas penais, mas o identifica com o valor: “Sendo um valor e, portanto, um objeto de preferência real e não simplesmente ideal ou funcional do sujeito, o bem jurídico condiciona a validade da norma e, ao mesmo tempo, subordina sua eficácia à demonstração de que tenha sido lesado ou posto em perigo”.

Pode-se argumentar que o que se disse é que o bem jurídico é um valor, e não que um valor possa ser um bem jurídico. Mas, em nossa visão, de qualquer forma, isso dissolve as fronteiras que se supõe que existam entre esses objetos ou, pelo menos, deixa manifesta a relação umbilical entre eles mantida.

A chave axiológica, ou seja, o critério de valoração do bem jurídico, explica o autor, não se deduz de uma ordem objetiva, como a de Hartmann. A valoração parte da pessoa humana como referencial de proteção central de todo o ordenamento jurídico, o que, em última análise, coincide com a matriz axiológica liberal e antropocêntrica em que nos baseamos. O Estado e seus instrumentos, dentre eles, o Direito Penal, está a serviço da pessoa, e não o contrário. Objetos não são dignos de proteção por si mesmos, mas, apenas, na medida em que sejam necessários para que se proteja a própria pessoa.

Essa é uma linha de raciocínio que também se observa nos escritos de Juarez Cirino dos Santos⁶⁰⁵, que define os bens jurídicos por meio do recurso ao termo "valores", mas deixando claro que eles devem ser "selecionados por critérios político-criminais fundados na Constituição": "Os objetivos **declarados** do Direito Penal nas sociedades contemporâneas consistem na proteção de bens jurídicos - ou seja, na proteção de valores relevantes para a vida humana individual ou coletiva, sob ameaça de pena".

Desde que se parta desse critério, o receio de que se acabe eventualmente protegendo coisas como o a supremacia branca ou da pureza da raça ariana já não terá lugar, eis que eles estão, ainda que circunstancialmente, banidos do campo de atuação do Direito Penal. Pelo menos,

⁶⁰⁴ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3.ed.rev.ampl. Belo Horizonte: 2003, p. 199. A alusão ao valor para designar o bem jurídico volta a aparecer quando o autor se refere aos crimes contra a administração da justiça, considerada (*vide* item 4.4.1.1).

⁶⁰⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 8.ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 5.

enquanto ele pertencer a um Estado democrático de Direito e enquanto a dignidade da pessoa humana, a máxima liberdade possível e a igualdade forem invariantes axiológicas.

Agora, se há um golpe de Estado ou tomada de poder e, pela ascensão de uma dominação ideológica nefasta, houver o propósito de tutelar penalmente valores antiliberais e preconceituosos, não será o conceito material de crime ou qualquer princípio político criminal que o impedirá. Não é agradável, mas “Devemos aceitar que não existe qualquer garantia de que os direitos humanos terão força suficiente para evitar crimes contra a humanidade e outras barbáries ou impedir que os erros do passado se repitam no futuro [...]”.⁶⁰⁶ A resistência discursiva deve continuar, é claro, de modo que não desaparece a importância do papel crítico da doutrina e dos próprios conceitos liberais cunhados. Só não estaremos mais a tratar, nesse caso extremo, de um mecanismo de controle pertencente ao próprio sistema.

Pudemos constatar que, em alguns casos forçados, pelo receio de admitir-se que o objeto de proteção é o valor, fabrica-se um bem jurídico qualquer ou "promove-se" o valor à condição de bem, mas isso não muda nada. Como bem assevera Díez Ripollés⁶⁰⁷, nesse específico ponto, o bem jurídico foi transformado em um fetiche e se acredita que ele produz efeitos seguros. A verdade, porém, é que a mera invocação pode ter efeito contrário, e acabar sendo usada para legitimar a intervenção, em vez de limitá-la. Por isso, o que mais importa, no final, é que se demonstre a nocividade do comportamento. De fato, a legitimidade da norma penal incriminadora não está nesse jogo de palavras, mas na sua racionalidade, ou seja, na estrita necessidade de sua criminalização para a realização dos fins do Estado democrático de Direito e na sua aptidão para contribuir para essa missão.

A parcimônia em relação à tutela de valores e de estruturas juridicamente necessárias deve ser especial. Somente se pode admitir a criminalização daquelas condutas cuja irrelevância penal pode chegar a tornar insuportável a vida em sociedade, porque: a) comprometem de modo grave as condições ambientais indispensáveis à realização dos direitos da pessoa; b) não podem ser suficientemente prevenidas por outros ramos do Direito. Criminalizações assim devem estar

⁶⁰⁶ BEDÊ JÚNIOR, Américo. **A retórica do direito fundamental à privacidade**: a validade da prova obtida mediante filmagens nos ambientes público e privado. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 36.

⁶⁰⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. **La racionalidad de las leyes penales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 139.

sempre sujeitas a correções principiológicas e dogmáticas para impedir as injustiças dos casos pontuais.

Quanto ao interesse, realmente parece que não é terminologicamente adequado posicioná-lo como o objeto da nocividade da conduta e, conseqüentemente, como o objeto da tutela penal. Primeiro, porque o interesse não é passível de lesão, mas apenas o objeto a que ele se refere o é. O crime não destrói o reduz um interesse; na verdade, tende até a aumentá-lo.⁶⁰⁸ Segundo, porque o interesse sobre um objeto pode desaparecer a qualquer momento, mas isso não alterará o valor que o Direito lhe atribui e que justifica sua proteção. Uma pessoa depressiva ou desgostosa em relação à condição existencial, que tenha inclusive planos suicidas, pode até ter perdido o interesse sobre a vida. Mas sua vida, certamente, não deixou de ser um bem valioso. Pode-se discutir a criminalização do homicídio a pedido e do induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio com base na validade ou invalidade do consentimento dado sobre a vida, majoritariamente considerada como um bem ou direito indisponível. Mas a prova de que o desinteresse do suicida por sua vida não retira o valor desse bem é que, se ele é emboscado e morto a tiros minutos antes começar a surtir o efeito o veneno que ingeriu com o fim de se matar, restará ainda plenamente punível o homicídio doloso.

Sobre os direitos, não há problema em que figurem como objetos de proteção das normas penais incriminadoras. Qual é a real relevância em se estabelecer se a vida e a dignidade sexual são bens, direitos ou valores para a legitimação da sua tutela penal pelos tipos que descrevem, respectivamente, o homicídio (art. 121, CP) e o estupro de vulnerável (art. 217-A, CP)?

Por que há tanta resistência em reconhecê-los, desde Feuerbach? O maior dos entraves, sob a ótica tradicional, é que o objeto de proteção da norma tem que ser sempre **o mesmo**: um bem jurídico, um valor, um interesse etc. À primeira exceção heterogênea, todo o valor da teoria se esvai. E as exceções sempre existiram. Definitivamente, não se consegue encaixar todo e qualquer objeto de proteção das normas penais incriminadoras na categoria dos direitos, especialmente se pensarmos em direitos subjetivos. Toda a abstração que se lança sobre o bem jurídico, para que isso supostamente aconteça, será transferida para os direitos. Qual é o direito,

⁶⁰⁸ Nesse sentido, STRATENWERTH, Günther. Sobre o conceito de bem jurídico. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 104-105. Também, ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 202.

subjetivo ou supraindividual, que se atinge nos crimes de corrupção passiva e maus tratos a animais? Teremos que atormentar e deformar conceitos para dizer que há um direito à boa administração pública, ou um direito ao bem-estar do animal (pertencente às pessoas, ou ao próprio animal) etc.

Desde que não se tenha essa pretensão de encontrar "a" única categoria universalmente válida como objeto de proteção, espremendo-se objetos para que caibam em seus compartimentos, não há problema em que se considere o direito com o alvo da tutela. Seguramente, isso seria terminologicamente aceitável em muitos casos, mas não em todos. Em suma, a observação é a mesma que fizemos em relação aos bens jurídicos. A expressão pode continuar a ser usada, especialmente no que tange aos itens de titularidade individual, desde que ela não seja considerada como a única categoria válida para representar todos os objetos de proteção.

O que pode ser penalmente tutelado, ao final dessas considerações? Bens jurídicos individuais, em primeiro lugar (vida, patrimônio, liberdade sexual). Bens jurídicos de titularidade compartilhada ("coletivos"), com parcimônia e especial cuidado na exigência de justificação e de qualidade na tipificação (segurança pública, saúde pública, segurança do trânsito). Estruturas ficcionais juridicamente necessárias, indispensáveis para a manutenção das dimensões natural, social e jurídica do ambiente humano em níveis de qualidade organização e funcionalidade tais que seja possível a realização de dos direitos das pessoas (fé pública, ordem constitucional e forma democrática de governo). E valores (probidade administrativa, igualdade, respeito aos animais sencientes).

Já sabemos, pelo pressuposto da intervenção mínima, que o uso do Direito Penal terá que ser excepcional e não se prestará, senão, à preservação do básico, e não de tudo o que as pessoas julgarem importante para que vivam plenas e felizes. Diversidade e tolerância são marcas da democracia. O que é inaceitável, portanto, e deve ser mantido fora do escopo da proteção pela via do Direito Penal?

a) Todos os valores coletivamente cultuados que não encontrarem ressonância na Constituição. Não se podem criminalizar condutas que sejam consideradas desvaliosas segundo um código axiológico estranho ao da cartilha democrática.

b) Todas as instituições, estruturas e funções que, embora se considerem importantes ou úteis por um grupo de pessoas (“sociedade” ou “coletividade”, ainda que majoritária), não tenham em sua conservação uma medida estritamente **necessária** para que se alcancem os fins do Estado democrático de Direito e a realização dos direitos das pessoas. Impossível, diante disso, admitir-se a proteção, pela via penal, de funções, estruturas e costumes que se considerem aptos a otimizar a sociedade ou o Estado.

Aplicabilidade prática da exigência da pessoa como objeto de proteção da norma – não há crimes contra “a sociedade” ou tutela de códigos morais desnecessários para a realização dos direitos da pessoa

E esperável e facilmente justificável que o Estado mantenha algum tipo de controle sobre o exercício da sexualidade. Difícil imaginar um ordenamento jurídico em que sejam penalmente irrelevantes as condutas de constranger alguém à prática de atos sexuais mediante violência física ou grave ameaça, de abusar sexualmente de pessoas vulneráveis (crianças, por exemplo) ou de explorar a prostituição dessas últimas.

É frequente, no entanto, a criminalização dos tabus sexuais ou daqueles que sejam considerados comportamentos sexualmente desviantes. Por mais que se tenha uma sociedade plural, não se pode negar que eles existem. Quando dizemos que um comportamento é sexualmente desviante, não partimos de um específico padrão dominante como sendo o único correto ou aceitável. Há, apesar da inexistência dessa sexualidade normal e desejável, condutas que são consideradas acentuadamente desviantes por uma imensa maioria, isso é inegável. Manter relações sexuais com animais (zoofilia), com cadáveres (necrofilia), com estátuas (pigmalionismo), com sujeiras ou imundícies (coprofilia) são comportamentos considerados desviantes e, inclusive por isso, alguns deles figuram em listas de doenças psiquiátricas da Organização Mundial de Saúde. A própria pedofilia (atração sexual por crianças ou pessoas em fase pré-púbere com aspecto infantilizado) consta no CID-10 (Código Internacional de Doenças, décima edição) sob o item F65.4.

Algumas dessas parafilias (transtornos de preferências sexuais ou preferências sexuais distorcidas), **se concretizadas em ações** (ou seja, não pela mera existência das preferências ou a alimentação dos desejos no íntimo da pessoa), podem vir a configurar crime. No caso da pedofilia, por exemplo, se o contato sexual vier a ser mantido com pessoa menor de 14 anos de

idade, configurará o crime de estupro de vulnerável, delito previsto no art. 217-A, *caput*, CP e considerado hediondo (art. 1º, VI, Lei 8.072/90). No caso da zoofilia e da necrofilia, também pode ser que exista crime, caso se concretizem em atos sexuais realizados, respectivamente, sobre animais ou cadáveres. Na primeira hipótese, a depender das particularidades do caso, pode ser que se configure o crime de maus-tratos contra animais (art. 32, Lei 9.605/98); na segunda, também conforme a conduta concretamente praticada e a finalidade do agente, talvez se chegue a reconhecer o vilipêndio a cadáver (art. 212, CP). Nenhuma dessas duas infrações mencionadas configura um crime sexual e, portanto, fogem ao escopo da presente análise.

Fora das situações em que se observem danos à pessoa ou prejuízos para as condições ambientais necessárias à realização de seus direitos, por mais acentuado que seja o desvio do comportamento sexual, ele não poderá ser considerado criminoso. Ou seja: não se admite a criminalização dos tabus sexuais, apenas por tratarem-se de apetites ou práticas sexuais reprováveis segundo os olhares da maioria, ou, pelo menos, dos que têm mais voz e mais força política.

No Livro V, Título XIII, das Ordenações Filipinas, previa-se a infração da sodomia. O destino do condenado:

seja queimado, e feito per fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memoria, e todos os seus bens sejam confiscados para a Coroa de nossos Reinos, posto que tenha descendentes; pelo mesmo caso seus filhos e netos ficarão inhabiles e infames, assi como os daquelles que commetem crime de Lesa Magestade.

Note-se que, no caso desse tipo penal, está-se punindo um comportamento, uma ação. Ela está diretamente ligada à intimidade, à identidade sexual, mas se exterioriza no mundo por um comportamento comissivo. Ainda assim, é flagrante a absurdez do dispositivo, diante da mais absoluta inexistência de possibilidade de causar dano a qualquer pessoa, ou de prejudicar as condições ambientais necessárias à realização dos direitos de outrem.

É claro que falamos de uma legislação arcaica, e não será ela o nosso objeto de análise. Mas, guardadas as proporções (inclusive, pela verdadeira insanidade que se expressa na cominação das penas), temos tipificações invasivas e desnecessárias ainda hoje. Punem-se, apenas, comportamentos inofensivos (não-ofensivos) e inocentes (não-nocentes, não-nocivos).

A legislação brasileira atual, à diferença do que vimos que fizeram muitos países, no Capítulo 2, não criminaliza a ação de manter relações homossexuais. Há, no entanto, previsão para a conduta de “Pederastia ou outro ato de libidinagem”, assim descrita no art. 235 do Código Penal Militar:

Praticar, ou permitir o militar que com êle se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar: Pena - detenção, de seis meses a um ano.

O Supremo Tribunal Federal Foi instado a se manifestar sobre a inconstitucionalidade do dispositivo em questão, considerado altamente preconceituoso por trazer a rubrica “pederastia” e por aludir a ato libidinoso “homossexual ou não”. O pedido, na ADPF 291, era que se declarasse não recepcionado na integralidade o dispositivo. Mas o STF reconheceu sua procedência apenas parcial. Manteve a validade do artigo, fundamentando que há diferenças não discriminatórias entre a vida civil e a vida militar, marcada por valores que não seriam normalmente exigidos dos cidadãos, razão pela qual a tutela penal do bem jurídico protegido pelo art. 235 do CPM é válida. A única coisa que nossa Corte Suprema fez foi declarar a inconstitucionalidade das expressões preconceituosas destacadas acima, deixando claro que não é só o contato homossexual que configura o crime, mas, identicamente, o heterossexual (ADPF 291, Rel. Min. Roberto Barroso).

Se de um lado, sanou-se o grave problema do preconceito sexual entranhado na lei, de outro, mantém-se a punição de um comportamento sexual que pode, na pior das hipóteses, ser considerado desviante: manter relações sexuais em local inoportuno (área sujeita à administração militar). Fazemos uma concessão e, para fazer valer o fundamento usado pelo STF, consideremos que, por conta dos valores diferenciados que norteiam a vida militar, o comportamento possa ser considerado socialmente desvalioso. O vício segue existindo e sendo insanável. A conduta em questão é absolutamente incapaz de causar dano a qualquer pessoa. E é, também, incapaz de prejudicar as condições ambientais necessárias para que alguém realize seus direitos. Não há nada nesse comportamento que prejudique ou possa prejudicar uma pessoa de carne e osso. Nem direta, nem mesmo remotamente. O comportamento, simplesmente, não pode ser considerado nocivo, de modo que desaparece a mais básica das condições necessárias para que se possa legitimamente considerar uma conduta como criminosa.

Não se pode considerar um prejuízo "para as Forças Armadas", "para a Administração Militar", "para a disciplina do quartel". Qualquer alusão a um bem jurídico artificial, pertencente a uma entidade fictícia, é vã. Não será algo pertencente a alguém (vida, integridade física, liberdade de

locomoção, liberdade sexual, honra, propriedade etc.), e nem mesmo um "bem coletivo", ou, em nosso dizer, uma condição ambiental necessária à realização dos direitos de alguém. Não há nada que atrapalhe a vida de ninguém, que dificulte ou impeça o exercício ou a realização de um direito qualquer. O que se tutela, então, na melhor das hipóteses, é um valor ligado ao "pudor" ou a "decência". E trata-se de um valor que simplesmente não tem guarida constitucional.

Na mesma linha das intervenções injustificáveis, temos as proibições que recaem sobre a prostituição (arts. 228 a 230, CP). Analisaremos apenas as modalidades que não envolvem violência, grave ameaça, fraude ou abuso da condição de vulnerabilidade de outra pessoa. Nesses casos, há prejuízos pessoais, evidentemente.

Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

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: Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

Art. 230 - Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Podemos começar recorrendo a argumentos de ordem pragmática: praticamente todo jornal traz uma seção de "acompanhantes", destinada, especificamente, a facilitar a prostituição das(os) anunciantes. Além disso, é possível que em cada bairro de uma grande cidade exista uma (ou mais) casa de prostituição, cujo funcionamento é conhecido e tolerado, 7 dias por semana, 24 horas por dia, por todas as autoridades locais. Não pode haver hipocrisia maior do que a permanência desses tipos na lei penal.

Passemos para um argumento de ordem lógica. O exercício da prostituição, no Brasil, não é criminalizado. Mas praticamente todas as formas de incentivo e de exploração da prostituição alheia, são. Estranho: quem se prostitui, pratica fato absolutamente atípico; quem instiga, induz ou auxilia alguém a fazer algo que é penalmente irrelevante, comete crime.

Vamos, enfim, ao conceito material de crime. Todos os dispositivos em comento são incompatíveis com esse conceito liberal. Considerando que não há violência, grave ameaça ou fraude, não há qualquer bem pessoal em linha de prejuízo. Não há absolutamente nada que pertença à pessoa que possa ser danificado. Quem, sendo plenamente capaz, decide se prostituir,

seja individualmente ou sob a “direção” ou “exploração” de outrem (entendida, ainda, como algo que se faz sem violência etc.), faz uso de um direito de optar por um estilo de vida. Um estilo de vida que não prejudica ninguém. E, se se disser que prejudica a própria pessoa, prostituta(o), teremos um caso de paternalismo penal dos mais descomedidos (*hard paternalism*).

O que se tutela, “oficialmente”, por esses tipos, é a “moralidade sexual pública”.⁶⁰⁹ Esse é um dos arremedos de bem jurídico mais falaciosos que se pode conceber. Como bem jurídico, em si, é um fracasso total, pela abstração e pela espiritualização. E, axiologicamente, ou seja, se visto como um valor, não há padrões ou diretrizes constitucionais das quais se possa extrair essa moralidade sexual. Ela representaria, apenas, a imposição de um padrão sexual socialmente dominante (será, diante da quantidade de prostíbulos em franco funcionamento?) sobre outro que se possa considerar minoritário ou, simplesmente, derrotado. Trata-se, puramente, da imposição de uma visão de mundo. Do exercício de um controle desnecessário e inútil sobre o os costumes, o corpo e a sexualidade. Vimos, linhas acima, que essa intromissão nos espaços de liberdade existenciais e nas intimidades, com pretensão de controle total, é característica central os regimes totalitários.

Não se pode dizer que fomentar ou tirar proveito econômico da prostituição alheia seja algo capaz de prejudicar o ambiente social a ponto de impedir que pessoas exerçam ou realizem seus direitos. Se a decisão de ingressar, de manter-se ou de deixar a prostituição é livre, trata-se de um meio de vida (ou subsistência) escolhido validamente. O fato de o Estado não reconhecer a licitude da prostituição enquanto profissão, formalmente falando, de forma alguma automaticamente autoriza a sua criminalização. E note-se que nem entramos, ainda, no campo dos princípios político-criminais liberais referentes à fragmentariedade e subsidiariedade, a partir dos quais o Estado estaria obrigado a cuidar do assunto por outros ramos menos gravosos que o Direito Penal. Como dito, nem precisamos chegar a isso, diante da ausência de nocividade da conduta.

⁶⁰⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** Parte Especial. vol. 4. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 174, 182 e 194, em relação aos crimes dos arts. 228, 229 e 230, respectivamente. Luiz Regis Prado foge dessa espiritualização que é a "moralidade sexual pública" para cair em outra abstração: "liberdade sexual em sentido amplo (inclusive integridade e autonomia sexual)". **Curso de Direito Penal Brasileiro:** Parte Especial, vol. 2. 10.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 867. Se os contornos do que seja liberdade sexual não são óbvios, o que dizer desse objeto *lato sensu*, e dos itens extras mencionados pelo autor - "integridade sexual" e "autonomia sexual"? E mais: como, em um crime cometido sem violência ou grave ameaça, e que envolve pessoas adultas e capazes, favorecer a prostituição pode violar a liberdade ou a autonomia de alguém?

Caso, com base na crença inabalável em um determinado código de valores morais, se chegue a afirmar que há desvalor da ação, não há como fundamentar um desvalor de resultado, que exigiria a demonstração da causação de um dano ou da criação de um perigo para algo importante para pessoas de carne e osso. Pode-se até enxergar um incômodo, um desconforto, gerado pela sensação de repulsa a esse comportamento sexual. O desafio será apontar um único direito, de qualquer pessoa, que possa ser efetivamente prejudicado pela facilitação da prostituição, pela manutenção de casa de prostituição ou pela participação nos lucros da prostituição.

É claro que, se considerarmos que o favorecimento ou a exploração da prostituição recai sobre crianças, adolescentes ou pessoas portadoras de doenças mentais alienantes, é perfeitamente legítima sua criminalização. Pela sua vulnerabilidade e pela incapacidade de decidir, deixamos de ter um controle que recai puramente sobre costumes e passa a atingir pessoas de carne e osso, danificando sua dignidade sexual, sua imagem ou tornando inóspito o ambiente social em que se deve dar seu desenvolvimento. Por isso, é legítima, a criminalização do art. 218-B, CP (exploração da prostituição ou outra forma de exploração sexual de pessoa vulnerável), também considerada um delito hediondo (art. 1º, VIII, Lei 8.072/90).

A prostituição de pessoas adultas e capazes só é degradante segundo um específico conceito de dignidade, cujos precisos contornos não são fornecidos pela Constituição. Ela só é nociva para “valores sociais” de acordo com uma visão de mundo que pode ser majoritária, mas não é extraível da Carta Magna.

Quem se sente incomodado não estará sendo tolhido de um direito. E é bom que entenda que, em um ambiente democrático, será inevitável conviver com as diferenças. O uso do Direito Penal para coibir esses “desconfortos” ou “incômodos” o transforma em *prima ratio legis*, desvirtuando-o, de instrumento de proteção da pessoa contra condutas nocivas, para mecanismo agressivo de controle da vida privada.

Nessa mesma linha, há a pornografia, criminalizada em nosso Código Penal em seu art. 234:

Art. 234 - Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.
Parágrafo único - Incorre na mesma pena quem: I - vende, distribui ou expõe à venda ou ao público qualquer dos objetos referidos neste artigo; II - realiza, em lugar público ou acessível ao público, representação teatral, ou exibição cinematográfica de caráter obsceno, ou qualquer outro espetáculo, que tenha o mesmo caráter; III - realiza, em

lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, audição ou recitação de caráter obsceno.

O tipo elaborado sob a rubrica do “escrito ou objeto obsceno” talvez chegue a exceder o campo das criminalizações inúteis para alcançar o das anedotas. Qual é o grau de hipocrisia de existência de um tipo penal assim no “país do carnaval”, em que a nudez é explorada e transmitida ao vivo para um bilhão de pessoas, mundo afora? Na verdade, qual é o grau de hipocrisia se considerarmos que um único canal adulto de televisão por assinatura, no Brasil, fatura mais de 100 milhões de reais por ano?⁶¹⁰

Revistas masculinas altamente lucrativas são livremente comercializadas na maioria das bancas de jornais. Mais curioso: são produzidas em larga escala por editoras muito tradicionais, em fábricas imensas, e geram tributos. Uma única edição da Revista Playboy, da Editora Abril, vendeu 1.1 milhão de exemplares.⁶¹¹ Mas sua produção segue sendo criminosa.

A produção, a comercialização e o consumo de pornografia podem ser considerados imorais, mas, apenas, a partir de um código de valores bem específico. Podem ser vistos como “socialmente danosos”, por alimentar um apetite sexual exacerbado, por explorar a nudez e a sexualidade de modo vil, por fomentar perversões sexuais ou a desvalorização da pessoa (geralmente, mulher), que se submeteria a uma condição de indignidade, transformando-se em produto. São, todas, visões de mundo. Certamente, não as únicas. E, seguramente, não podem ser indistintamente impostas, em um ambiente democrático e plural. Podem ser sustentadas, no máximo, para que se estabeleça um desvalor da ação. O efetivo desvalor do resultado, na produção, na comercialização e no consumo de pornografia, é zero. Não há um dano a nada que pertença à pessoa. E nenhum prejuízo ambiental, que comprometa as condições naturais, sociais ou jurídicas necessárias para que sejam exercidos ou realizados direitos ligados à pessoa.

Obviamente, falamos da exploração econômica da sensualidade de pessoas adultas e capazes, que tenham dado consentimento válido para a utilização de suas imagens. Se as imagens se referem a pessoas menores de 18 anos, o fato constituirá crime (arts. 240 e seguintes da Lei

⁶¹⁰ SEBBA, Jardel. A indústria pornô se reinventa. **Revista Exame**. Disponível em <<https://exame.com/negocios/sem- crise-na-industria-porno/>>. Jun. 2017. Acesso em 16 jun. 2020.

⁶¹¹ Revista Super Interessante. **Quais foram as Playboy mais vendidas até hoje?** Jul. 2018. Disponível em <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/quais-foram-as-playboy-mais-vendidas-ate- hoje/>>. Acesso em 16 jun. 2020.

8.069/90), e a Constituição fornece, com clareza os fundamentos para tanto. O art. 227, *caput*, da CF, determina que todas as formas de exploração das crianças e adolescentes sejam reprimidas. Aí estão incluídas a sexualidade e a sensualidade. É legítimo, portanto, o controle do exercício da moralidade sexual, se ela envolve crianças e adolescentes, que, pela imaturidade, são incapazes de fornecer consentimento válido.

O mesmo se diga sobre as pessoas adultas que tenham sido alvo de fraude ou coação, ou seja, que tenham sido alvo de exploração da sensualidade sem seu devido consentimento. As condutas estariam tipificadas, conforme o caso, no art. 146, CP (constrangimento ilegal), ou nos novos e controversos tipos dos art. 216-B e 218-C, CP, que versam sobre registro e compartilhamento não autorizado da intimidade sexual. Se há necessidade dessas últimas criminalizações, o conceito material de crime não pode dizer. Há, de fato, dano à pessoa, que tem sua imagem violada. A discussão sobre a legitimidade da intervenção penal se desloca para o campo dos princípios político-criminais liberais. É da análise da fragmentariedade e da subsidiariedade que surgirá a resposta.

É preciso lembrar, porém, que nenhum discurso ou argumento está absolutamente a salvo da eventual superação. Aqui, recorreremos às lições da filosofia retórica. Tudo é linguagem, e a linguagem é móvel, dinâmica, volúvel. Argumentativamente, pode ser que haja quem, com suficiente habilidade, demonstre para as pessoas certas, detentoras do poder de criminalizar, que a permissão da pornografia encerra perigos para a realização de direitos individuais, sim. Por rebaixar a mulher (todas as pessoas do sexo feminino) a uma condição de objeto, a exploração da pornografia pode prejudicar as condições ambientais sociais necessárias ao reconhecimento de sua igualdade e ao exercício de uma série de direitos daí decorrentes. Estaremos, por óbvio, no campo de uma criminalização do perigo abstrato, em que, por meio do discurso, deve-se mostrar as reais chances que a permissão da exploração da pornografia tem de prejudicar o ambiente social para as mulheres, por exemplo.

Com argumentos suficientemente persuasivos, talvez essa demonstração argumentativa seja viável, em razão de uma predisposição do contexto altamente punitivista. A nós, soa bastante absurda. Mas, como dito, esse é o limite máximo da capacidade de rendimento de um conceito material de crime: exigir a demonstração discursiva da racionalidade da intervenção penal, o que se faz por meio do apontamento da real situação de dano ou de perigo que a conduta é capaz de gerar. Quanto mais críticas forem a doutrina e a jurisprudência, em suas reações, menor será o

espaço para os discursos punitivistas. Essas possibilidades de prejuízos indiretos tão especulativos, a nosso ver, não resistem a uma visada crítica.

Embora em nosso ordenamento jurídico a relação incestuosa não configure crime, é válido um comentário a esse respeito, especialmente se lembrarmos que, em uma decisão majoritária do Tribunal Constitucional da Alemanha, proferida em 26 de fevereiro de 2008, essa Corte manteve a plena vigência do tipo penal constante no § 173 do CP alemão:

Acesso carnal entre parentes: (1) Quem realize acesso carnal com um descendente consanguíneo, será castigado com pena privativa de liberdade de três anos ou com multa. (2) Quem pratique o acesso carnal com um parente consanguíneo em linha ascendente, será castigado com pena privativa de liberdade até dois anos ou com multa; isso se aplica, também, quando a relação de parentesco tenha terminado. Da mesma maneira serão castigados irmãos consanguíneos que pratiquem o acesso carnal entre si. (3) Descendentes e irmãos não serão castigados de acordo com esse preceito, quando eles, ao tempo do fato, não tiverem 18 anos de idade.⁶¹²

Os pontos apresentados como *ratio decidendi* foram, dentre outros⁶¹³: a) a proibição do incesto é uma norma prestigiada internacionalmente e muito difundida; b) o incesto lança seus efeitos sobre os eventuais descendentes, que podem ser alvos de preconceitos; c) protegem-se a estrutura familiar e a distribuição de papéis que lhe dão sustentação; d) protege-se a autodeterminação sexual; e) busca-se a prevenção de anomalias genéticas nas gerações descendentes; f) a criminalização parte de uma das "mais sedimentadas convicções de injusto na sociedade".

Ao argumento de que se está a proteger a qualidade genética dos descendentes, Hörnle⁶¹⁴ opõe que a legitimidade dessa providência político-criminal já foi refutada desde as críticas à eugenia

⁶¹² § 173. Acceso Carnal entre parientes (1) Quien realice acceso carnal con un descendiente consanguíneo, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa. (2) Quien practique el acceso carnal con un pariente consanguíneo en línea ascendente, será castigado con pena privativa de la libertad hasta dos años o con multa; esto rige también cuando la relación de parentesco haya terminado. De la misma manera serán castigados hermanos consanguíneos que practiquen el acceso carnal entre sí. (3) Descendientes y hermanos no serán castigados de acuerdo con este precepto, cuando ellos al tiempo del hecho no tuvieran 18 años de edad.

⁶¹³ Os pontos são apresentados e analisados, em sua maioria, por Luís Greco, que também transcreveu parte dos argumentos expostos por Hassemer em seu voto divergente, publicado em separado. GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 18, n. 82. São Paulo: RT, jan/fev, p. 167 e seguintes.

⁶¹⁴ HÖRNLE, Tatjana. La protección de sentimientos en el StGB. Trad. Rafael Alcácer Guirao *et alii*. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico**: fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 389. "El § 173

nacional-socialista. E conclui, de modo enfático: “O § 173 do Código Penal não pode ser explicado racionalmente. Sua sobrevivência só pode ser explicada recorrendo-se a um antigo tabu quanto às relações sexuais entre parentes de sangue”.

Roxin⁶¹⁵ também já afirmou que nenhum aspecto de relevo para uma pessoa qualquer ou para a coletividade é atingido quando dois indivíduos adultos e capazes decidem, apesar dos laços de consanguinidade, manter relações sexuais entre si. O que se tem é a manutenção de um tabu que já foi racionalmente espancado desde o Iluminismo. Se isso causa algum tipo de repulsa por violar preceitos morais ou religiosos, trata-se de um dissabor cuja tolerância é uma exigência das sociedades democráticas.

De fato, o que parece é que o Tribunal Constitucional saiu à cata da maior quantidade possível de argumentos, sem qualquer preocupação com sua qualidade. Parte-se de uma específica configuração familiar, que não é supralegal ou ontologicamente a única adequada. Elucubram-se prejuízos genéticos e morais para pessoas que sequer existem - os hipotéticos descendentes. Desaparece o crime se um dos agentes for comprovadamente estéril? Nesse julgado, que é considerado quase como um sepultamento jurisprudencial das teorias do bem jurídico, a vontade política de manter a punição seguramente suplantou os empecilhos jurídicos existentes para tanto.

Há, no entanto, um dos fundamentos do *decisum* que requer atenção. Diz-se, ali, que não há consenso sobre o conceito de bem jurídico, e, ademais, que se ele for normativo, não se distingue da *ratio legis*, ao passo que, se for naturalístico, será suprapositivo e incompatível com a competência expressamente atribuída pela Lei Fundamental ao legislador para "fixar não só os fins da pena, mas também os bens a serem protegidos por meio do direito penal". Essa é uma questão clássica, cuja relevância é de difícil esgotamento. Trata-se da tensão entre constitucionalismo e democracia, a que aludimos nas primeiras linhas desse capítulo. Deve restar claro, no entanto, apesar da alta complexidade do problema, que sedimentação cultural e aprovação popular não são critérios válidos para legitimar as criminalizações, quando elas se

no puede explicarse racional-instrumentalmente. Su pervivencia solo puede explicarse recurriendo a un antiguo tabú contra las relaciones sexuales entre parientes de sangre." Tradução nossa.

⁶¹⁵ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 20-24; ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 186 e seguintes.

ponham em rota de colisão com pressupostos fundamentais do próprio Estado democrático de Direito. Dentro desses pressupostos, é válido destacar aquele que é enfatizado por Luís Greco, em sua análise sobre o julgado: a inviolabilidade da esfera nuclear da vida privada.

Greco, descrente quanto aos efeitos crítico-limitativos da teoria personalista de Hassemer, sugere que esse critério seja aplicado nesse e em outros casos em que simplesmente não se possam apontar prejuízos que excedam o âmbito dos interesses das próprias pessoas envolvidas. Trata-se de afirmar um respeito total pela autonomia do indivíduo, que significa "reconhecer-lhe uma esfera dentro de cujos limites só ele pode tomar decisões". Isso se opera sobre as bases liberais segundo as quais "respeitar a autonomia significa que se leve a sério o ser humano porque ele é um ser humano e não só porque isso nos convém".⁶¹⁶

Entendemos que a solução dada por Greco seja totalmente compatível e reafirmadora do conceito material de crime aqui sugerido, na medida em que sustentar a inviolabilidade da esfera nuclear da vida privada é, no fundo, o mesmo que dizer que não se admite a punição de condutas que não sejam capazes de causar danos aos outros ou de prejudicar as condições ambientais necessárias para que se realizem os direitos alheios. Intrometer-se nesse espaço existencial individual é punir sem razão, de modo tão inútil quanto arbitrário, ou seja, pela pura vontade de castigar. Isso compromete de modo irremediável a racionalidade de qualquer norma penal incriminadora, como vimos no Capítulo 5, na medida em que se coloca na exata contramão dos preceitos liberais e democráticos da igualdade e da máxima liberdade possível.

6.6. O CRIME COMO COMPORTAMENTO SOCIALMENTE DESVALIOSO

6.6.1. Desvalor *versus* desvio

Como dissemos que há normas que tutelam valores, é preciso estabelecer uma delimitação desse objeto de proteção. É crucial retirar do escopo de atuação das normas penais as condutas que, embora se apartem de alguns valores importantes para a sociedade, não estejam em contradição com "os" valores fundamentais inscritos na Carta Magna. Para tanto, é preciso estabelecer a diferença entre desvalor e desvio.

⁶¹⁶ GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 18, n. 82. São Paulo: RT, jan/fev 2010, p. 179-180.

Por mais que pluralidade e diversidade de visões de mundo sejam marcas de uma sociedade democrática, também ela tem alguns padrões. Raramente unânimes, mas, frequentemente, majoritários. Em que medida e em quais casos o Estado pode intervir para impor padrões da maioria sobre a minoria é uma das questões mais complexas que se pode formular. Nós limitamos nosso problema de pesquisa à indagação sobre o que o Estado pode proibir pela específica via do Direito Penal, o que é consideravelmente mais restrito, e isso já nos custou centenas de páginas, sem que pudéssemos chegar a uma resposta definitiva (sabidamente inalcançável). Precisamos, aqui, apenas firmar algumas premissas e seguir em frente.

Muitos padrões sociais são transformados em normas jurídicas. É certo que a maior parte não chega a tanto, permanecendo como costumes, práticas e hábitos. Supostamente, os padrões que são erigidos à condição de leis são os mais relevantes (idealmente, para a maioria, mas, muitas vezes, pela falta de representatividade democrática real, para o grupo detentor do poder). Quando uma ação se afastar dos padrões sociais dominantes não oficiais, diremos que ela é desviante. Quando ela contrariar os padrões oficiais, transformados em normas, diremos que é desvaliosa.

Não se olvida que essas denominações se mantêm, em alguma medida, arbitrárias. Não há uma diferença ontológica entre desvalor e desvio, seja no plano semântico, das palavras, seja no pragmático, das condutas a que elas se referem. Cumpre, então, aclarar o sentido que pretendemos conferir a cada uma. Como, fora dos padrões oficiais, tudo cai no campo das preferências e estios de vida, não será possível afirmar uma verdadeira **contradição** nas condutas que se distanciam dos modelos informalmente tomados como ideais. A noção de contradição ou de transgressão melhor se ajusta aos casos de afastamento de padrões oficiais. Desviante será, então, a ação que se apartar dos modelos extraoficiais e frustrar expectativas informais. Desvalioso é o comportamento que se põe em contradição com *standards* oficiais, transformados em normas jurídicas (ainda que não penais, nesse momento). Como reforço, uma analogia: no desvio, tem-se um motorista que, ao deslocar-se do ponto A para o ponto B, faz um percurso não usual, diferente do que se esperava; no desvalor, esse motorista assume a contramão.

As referências do que é desviante são móveis, muito mais dinâmicas e frequentemente marcadas por uma larga faixa de penumbra. Em uma democracia, então, o comportamento socialmente desvalioso não é o que desagrade a maioria ou suscita uma ampla reprovação. Não é o que gera incômodo, quando se vê ou se ouve a respeito. É o que frustra expectativas oficiais, estabelecidas

a partir de referências axiológicas legitimadas pelo procedimento. Se o parâmetro fosse o da aprovação ou reprovação social majoritária, o linchamento do acusado por crimes contra a dignidade sexual provavelmente não seria desvalioso.

Talvez, em uma sociedade totalitária ou fundamentalista, por sua característica pretensão de controlar de modo absoluto as vidas das pessoas, e pela intolerância que marca suas práticas, todo desvio seja transformado em desvalor. Em um ambiente democrático, regido pela pluralidade e pela diversidade, não pode ser assim.

A sociedade brasileira, embora democrática, é em considerável parte orientada por alguns valores cristãos e patriarcais. Podem ser consideradas desviantes as condutas do adorador de Satanás ou do homem que, podendo trabalhar, prefere se permitir sustentar pela esposa. Condutas assim certamente suscitarão a reprovação de muitos. Chegarão a gerar incômodos em alguns. Mas não são socialmente desvaliosas, na medida em que não se põem na contramão dos valores constitucionalmente consagrados. Nossa Constituição assegura o livre exercício da crença religiosa e a igualdade entre homens e mulheres.

É claro que sempre há uma margem semântica considerável, e não faltará quem afirme que uma ou mais dessas condutas contraria, sim, a axiologia da Constituição. Por ser Satanás a expressão judaico-cristã de tudo o que é mau e destrutivo, adorá-lo é negar os valores da vida humana, da honestidade, da solidariedade. O problema é que esse raciocínio parte de premissas judaico-cristãs, e elas não estão plasmadas na Constituição. Quanto ao desvalor, portanto, é certo que estamos no campo da linguagem, dos discursos ideológicos, e a margem semântica pode e deve ser reduzida ao máximo a partir da Constituição, mas dificilmente será eliminada.

Aplicabilidade prática do critério material "crime como comportamento socialmente desvalioso"

Nosso Código Penal prevê alguns crimes em que, pelo menos na própria dicção legal, atentam contra sentimentos. O título V no nosso CP traz crimes contra o sentimento religioso e crimes contra o sentimento de respeito aos mortos. É altamente questionável a pura proteção de sentimentos. Ferir os sentimentos de alguém, de fato, pode ser algo nocivo em termos de desvalor de resultado. O marido que confessa à esposa que a traiu porque já não sente mais afeto ou atração sexual certamente fere os sentimentos da mulher. Embora a traição até possa ser considerada

como um comportamento desviante segundo a predominante lógica cristã e monogâmica, não é possível dizer o mesmo sobre a confissão e a franca explicitação da perda dos sentimentos afetivos, que ocorreu em um segundo momento. É claro que, no campo dos valores, como dito, a variedade de concepções será quase inesgotável, e alguns censurarão a atitude franca do marido de confessar dizendo que melhor teria sido se separar sem trazer o fato à tona e causar dor inútil à esposa. Mas, por mais que estejamos falando de um comportamento que gera dor emocional, e que pode até ser considerado desviante, precisamos verificar se ele é socialmente desvalioso, ou seja, se fere a axiologia da constituição, que representa a suma dos valores sociais que foram consagrados pelo Poder Constituinte. Essa é uma área em que não podemos entrar no presente trabalho. Mas isso nos permite realizar uma reflexão útil.

Note-se que o adultério foi considerado criminoso no Brasil até o ano de 2005, quando o art. 240 do CP foi revogado pela Lei 11.106. Seria impossível considerar o adultério com crime? Ou, melhor colocando a questão: seria inconstitucional a criminalização do adultério no Brasil?

Nossa Constituição, embora democrática, estabelece alguns valores que têm embasamento monoteísta (embora não declaradamente, mas sabidamente cristão). O Preâmbulo deixa isso muito claro, ao mencionar “sob a proteção de Deus”.⁶¹⁷ Seria socialmente desvalioso o comportamento do agente que profere discursos públicos sobre as vantagens do ateísmo e a nocividade das religiões, em especial, o cristianismo? Ou, novamente, de quem adora publicamente Satanás? Entendemos que não, porque há vários pontos em que a Constituição é clara e expressa em assegurar a liberdade de expressão do pensamento e da crença (art. 5º, IV e VI). Mais do que isso, é preciso lembrar que a fonte dos valores liberais de onde jorra nossa democracia finca raízes no liberalismo iluminista e em suas invariantes axiológicas antropocêntricas, que impedem que se condene alguém em razão de sua opção religiosa – ou por seu ateísmo, blasfêmia ou heresia. Se analisarmos bem o texto constitucional, principalmente à luz dessas premissas iluministas – que, aliás, deixam-se perceber muito facilmente nos fundamentos e nos objetivos da República (arts. 1º e 3º) – somente poderemos considerar a menção a Deus, no Preâmbulo, como um lapso. Há outras normas constitucionais em que se pode

⁶¹⁷ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”

perceber a adoção de determinados valores que não são tão democráticos. Originalmente, só se reconhecia proteção legal ao casamento heteroafetivo. O Supremo Tribunal Federal, na XXX, deu nova interpretação ao art. 226, § 3º da CF⁶¹⁸, para alterar essa compreensão e permitir uniões estáveis e casamentos homoafetivos. Rompeu-se com a literalidade do texto constitucional em nome da ampliação de direitos fundamentais ligados à igualdade. E uma ampliação que, embora possa ter sido desaprovada por grande quantidade de pessoas, não interfere sem seus direitos e não prejudica suas vidas. Ou seja, ampliam-se direitos das pessoas homoafetivas sem qualquer restrição a direitos de pessoas heteroafetivas, que, no máximo, podem sentir incômodos e desconfortos e relação a isso. Parte do jogo democrático, já que a função do Direito não é a de evitar todos os dissabores da vida. Aonde se quer chegar com isso?

A entidade familiar formada pelo casamento e pela união estável parece ter um valor constitucional, de modo que o adultério, que rompe com alguns deveres tradicionalmente pressupostos, poderia até ser considerado socialmente desvalioso. E mais: como dito, pode ser altamente doloroso para a parte traída, ferindo gravemente seus sentimentos. Ora, se o Direito Penal criminaliza a injúria (art. 140, CP), consistente em uma ofensa que em nada repercute na honra objetiva (reputação), mas, exclusivamente na honra subjetiva (autoimagem, conceito pessoal de si), o que se pune é uma lesão ao um sentimento de amor próprio. E o que, pelo menos para uma grande parte das pessoas, feriria mais esse sentimento de amor próprio: um xingamento, uma palavra ofensiva, ou a infidelidade conjugal? Note-se, diante disso, que a base da criminalização da injúria poderia ser emprestada à do adultério, que jamais poderia ser um “crime contra a família” enquanto uma entidade ficcional, mas contra a pessoa que foi traída. Se é possível criminalizar a injúria, certamente é possível criminalizar o adultério, na medida em que fere de modo igual ou superior os sentimentos de outra pessoa. O conceito material de crime talvez não possa filtrar essas criminalizações. Por isso é crucial, como exaustivamente dito ao longo do Capítulo 5, que se conectem ao conceito de crime os princípios político-criminais do Direito Penal de um Estado democrático de Direito. Com base neles, sim, é possível proscreever veementemente a criminalização do adultério. E da injúria. Um Direito Penal que se intrometa nessas questões certamente não estará observando o princípio da intervenção mínima. E, considerando que os conflitos seguramente podem ser tratados de modo suficiente pelo Direito

⁶¹⁸ “§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Civil, por meio de dissoluções matrimoniais e indenizações por danos morais, a criminalização da injúria e do adultério são inaceitáveis. Inteligência do princípio da subsidiariedade.

Tudo isso se disse para que possamos proceder à adequada análise da criminalização da ofensa aos sentimentos religiosos ou de respeito aos mortos. Vamos tomar os tipos dos arts. 208 e 209 do CP, em suas formas simples (sem violência ou grave ameaça, caso em que ficaria clara o prejuízo para a pessoa) como objetos de apreciação.

Impedimento ou perturbação de cerimônia funerária

Art. 209 - Impedir ou perturbar enterro ou cerimônia funerária: Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.

Essa criminalização pode ser discutida sob o prisma da intervenção mínima, em especial, a partir do critério da subsidiariedade. É razoável afirmar que o Direito Civil, por meio de indenizações por ato ilícito, seja suficiente para coibir esse comportamento. Exclusivamente sob as lentes do conceito material de crime, ela é possível, na medida em que se está prejudicando um direito da pessoa. É claro que a redação típica é deficitária, e talvez nela não devesse constar o núcleo “perturbar”, que é impreciso e dá uma impressão de superficialidade do prejuízo. Mas, quanto ao impedimento, é certo que traduz uma lesão ao direito fundamental do livre exercício da religiosidade, inscrito no art. 5º, VI, da CF: “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”. E, se o respeito aos mortos não decorre da religiosidade (ates também podem fazer questão do respeito à imagem e à memória de seus entes queridos falecidos), isso não muda a chave de raciocínio. Aqui se impede uma atividade que deveria ser livre, traduzindo prejuízo para a pessoa, e a única vedação à criminalização viria dos princípios político-criminais.

Vejamos o art. 208:

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.

“Escarnecer de alguém publicamente” por motivo de crença ou função religiosa é conduta que atenta diretamente contra alguém, ferindo sua imagem ou seus sentimentos. Impedir que a

cerimônia ou prática do culto religioso aconteça se submete à mesma lógica do que foi exposto nos comentários ao art. 209. Deixado de fora o “perturbar”, por motivos que se ligam à exigência de qualidade redacional para os tipos (ter conversas paralelas durante um culto pode “perturbá-lo” para as pessoas próximas), quanto ao impedimento, fica clara a autorização constitucional para a criminalização, que só pode ser breçada a partir do princípio da intervenção mínima e seus corolários concretizadores (fragmentariedade e subsidiariedade).

A parte que se refere ao “vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso” é inaceitável sob a ótica de um Estado democrático de Direito. Trata-se, também, de uma expressão do pensamento, e ainda que seja considerada ofensiva por alguns, é agasalhada pela Constituição. É claro que há limites a essa liberdade de expressão e, se ficar caracterizado o *animus injuriandi* contra pessoa específica, cairemos de volta em toda a discussão sobre a criminalização da injúria. Ou, se o vilipêndio for cometido de modo a impedir a realização de um ato religioso, como conspurcar ou destruir a imagem levada em uma procissão, haverá excesso na medida em que se prejudicam direitos alheios, de pessoas de carne e osso. Enquanto o vilipêndio público de um objeto de culto religioso se circunscrever ao campo das ideias, da expressão do pensamento, o mal-estar sentido pelos veneradores, fiéis e crentes será, como dito, parte do jogo democrático.

Bertrand Russell e Friedrich Nietzsche são filósofos extremamente críticos em relação ao cristianismo. Se algum estudioso, crédulo na nocividade dessas religiões para a humanidade, vilipendiar ou destruir crucifixos em praça pública, estará expressando uma opinião. Direito constitucionalmente assegurado. É bem diferente de fazê-lo dentro de uma igreja católica ou evangélica, no entanto.

Pode não ser muito ortodoxa a linha de raciocínio, mas, considerando que há adoradores de Satanás em nossa sociedade, um evento religioso público em que se destruísse um boneco ou serpente representativo do demônio também seria criminoso? A resposta é negativa, pois a axiologia constitucional não fornece elementos para que se considere o ataque puramente ideológico a um objeto de culto como socialmente desvalioso, por mais que possa ofender grande número de pessoas indiretamente.

Roxin⁶¹⁹ bem lembra que "o homem moderno vive numa sociedade multicultural na qual também a tolerância frente a concepções do mundo contrárias à própria é uma das condições de sua existência." Por isso, o autor condena, no ordenamento alemão, criminalizações como as que se referem ao ato de causar escândalo público mediante uma ação sexual (§ 183a) ou enviar a alguém material pornográfico sem prévia solicitação (§ 184, I, n. 6).

6.6.2. A conexão entre os conceitos material e analítico de crime. Desvalor social, antijuridicidade e culpabilidade como critérios de garantia da justiça e da necessidade da punição

Joel Feinberg⁶²⁰ menciona exemplo interessante. Um homem promete a uma mulher um colar de brilhantes pelo qual ela havia ficado encantada. Tão logo ele recebe seu salário, comprará a joia. A mulher desenvolve grande expectativa. Dias depois, o homem simplesmente muda de ideia e diz que não mais a presenteará. O fato pode ser moralmente reprovável, especialmente se ele, desde o início, fez com a intenção de impressioná-la, mas já sabendo que não compraria o colar. Mas ela não teve prejuízo algum. Como diz Feinberg, fora eventual estado emocional de decepção ou tristeza, que são partes da vida, essa mulher não foi colocada pelo homem em uma situação pior do que a que se encontrava anteriormente. Ela até pode ter sido injustiçada (*wronged*), mas não há *harm*, então não há nocividade.

Façamos uso de um exemplo um pouco mais dramático. Pode-se classificar como eticamente desvalioso o comportamento do agente que, de posse de uma arma de fogo cuja condição de desmunição era ignorada, atira contra seu rival, com o firme propósito de matá-lo, porque discorda de suas posições políticas. Como a vida é um objeto jurídico de alto valor em nossa sociedade democrática, e como o pluralismo político também o é, torna-se muito negativo, eticamente falando, o comportamento narrado. Mas não é nocivo, na medida em que é terminantemente incapaz de produzir qualquer lesão. Crime impossível, corretamente posto fora do alcance da intervenção estatal, nos termos do art. 17, CP.⁶²¹

⁶¹⁹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 22.

⁶²⁰ FEINBERG, Joel. **Harm to others: The moral limits of the criminal law**. New York: Oxford University Press, 1987, Cap. 1, p. 12.

⁶²¹ Existe a chance, é claro, dependendo de como a conduta for praticada, que se configure a nocividade para outro objeto jurídico, como a liberdade individual, por exemplo. Nessa hipótese, pode restar caracterizado algum crime subsidiário, como a ameaça (art. 147, CP).

O que se quer demonstrar é que existem comportamentos que são inquestionavelmente desvaliosos, mas que não devem suscitar a imposição de uma pena porque não são nocivos, no sentido de capazes de causar qualquer dano. E há, também, situações em que se passa o exato inverso: uma nocividade evidente, mas desacompanhada de desvalor social. Em tais casos, deve haver punição?

Dissemos que todo comportamento, para que possa ser legitimamente criminalizado, deve ter um resultado jurídico, consistente na causação de um dano ou na geração de um perigo concreto ou abstrato (com os rigores críticos que essa última categoria exige). Item 6.4, e seus subitens. Partindo dessa premissa, é possível afirmar que jamais se poderá falar de crime sem **desvalor de resultado**, ou seja, nos casos em que a conduta, a exemplo do que se passa no crime impossível, for absolutamente ineficaz para lesionar ou expor a perigo um objeto jurídico. Mas é importante que se firme, também, a noção de que nenhum crime poderá ser reconhecido, por mais que sejam gravíssimos os prejuízos causados, se o **desvalor da conduta** for inexistente. Normalmente, desvalor da conduta e desvalor do resultado são conceitos afins, até complementares, mas independentes.

Já se deve fazer uma ressalva quanto aos crimes em que o objeto atingido é um valor. Nesses casos, o desvalor da conduta e o desvalor do resultado se amalgamam. É que o resultado jurídico, nesse caso, não se apresenta propriamente como um desdobramento da conduta ou algo que se produza externamente a ela. A própria realização da conduta manifesta a violação do valor. Vimos isso no item 6.4.1. Se tomarmos como exemplo os crimes de corrupção passiva e de racismo, estudados nos itens 4.4.1.1 e 4.4.1.2, isso deve ficar claro. A tutela direta de valores deve ser excepcional e limitada aos casos absolutamente imprescindíveis. É claro que, em alguma medida, toda norma tutela valores, porque, como visto, a diferença entre o bens e valores é ilusória e a seleção daqueles se faz a partir desses. De qualquer forma, nesses casos em que o objeto protegido é um valor, não temos a afetação direta da pessoa, mas a possibilidade de comprometimento das condições ambientais em que ela vive. Isso normalmente, invoca juízos de perigo abstrato ou enfrenta desafios no que tange à demonstrabilidade argumentativa. Só por isso, já se reclama muita parcimônia. Note-se que é inadmissível um controle penal da ética enquanto pura "preferência". A tutela penal de valores só pode ocorrer para a conservação da saúde da própria democracia, em uma espécie de autodefesa do sistema democrático, exatamente

para assegurar a continuidade das condições ambientais de respeito à dignidade, liberdade, igualdade, tolerância etc.

Voltemos aos casos de condutas lesivas que não são desvaliosas. Se uma pessoa, enquanto dirigia seu veículo, sofre uma síncope cardíaca e desmaia, puxando o volante em direção a um ponto de ônibus lotado e matando cinco pessoas por atropelamento, os prejuízos empíricos são gritantes. O desvalor da conduta é zero, no entanto, porque ela não é expressão da sua voluntariedade. Atos involuntários não estão sujeitos a um juízo de valor negativo, porque não são frutos de decisões humanas eticamente avaliáveis. Tecnicamente, aliás, sequer houve conduta, e o fato é penalmente atípico. Eticamente, é tão neutro quanto a queda de uma árvore sobre uma casa ou a fulminação de uma pessoa por um raio, em uma tempestade. Apesar de existir um prejuízo inquestionável, já que cinco vidas se perderam, não se pode considerar esse fato como socialmente desvalioso, porque seu autor em nada contraria os valores constitucionais que foram escolhidos pela sociedade como seus parâmetros éticos. Por que e para que puni-lo, então?

Um conceito material de crime deve levar em conta essa preocupação. A consideração de uma conduta como criminosa pressupõe uma percepção de desvalor social, porque somente a partir desse conceito mais compreensivo se pode ter uma imposição justa da pena. Aqui, há um importante ponto de conexão entre o conceito material de crime com categorias dogmáticas consagradas para racionalizar a intervenção penal. Isso é teoricamente coerente e pragmaticamente proveitoso. Aparece, também, em Feinberg, que não menciona "conceito material de crime", mas que exige, para que um fato seja punível, que ele seja moralmente indefensável (*morally indefensible*).

Vamos explicar melhor. Mas fica o alerta: não estamos insinuando que o desvalor social se identifique com a antijuridicidade, ou com a culpabilidade, ou mesmo que possa representar uma síntese ou o ponto de partida de ambas. Não há essa relação direta ou de correspondência entre nocividade, desvalor social ou indefensabilidade moral com os elementos do conceito analítico de crime, como a tipicidade formal e material, a antijuridicidade e a culpabilidade. A categoria do desvalor social, à semelhança da indefensabilidade moral, tem sua utilidade na provocação de reflexões sobre a justiça e a necessidade de se punir, indistintamente, toda e qualquer conduta danosa ou perigosa. O mais adequado é entender que, sobre as bases do que se estabelece como conceito material de crime, são elaboradas categorias dogmáticas para bem representar as demandas da justiça e da necessidade da punição no mundo da práxis jurídica, permitindo um

manuseio eficiente. Como antijuridicidade e culpabilidade são categorias sólidas e muito funcionais, fazem parte de uma *ratio* jurídica que, pelo menos até o memento histórico em que vivemos, deve ser levada em conta em qualquer reflexão sobre teoria do delito.

O mais elementar dos princípios político-criminais de um Estado que não se dedique ao terror é o da legalidade penal. Toda e qualquer construção ou consideração que se queira fazer sobre um conceito material de crime deve ter início desse ponto em diante: um comportamento, para que seja considerado como criminoso e possa ser punido, deve estar proibido por lei. Significa que um conceito material de crime não supera o formal, mas dele deve partir. Se a conceituação material é um projeto que exprime preocupação com racionalidade e limitação de abusos, é preciso lembrar que de nada adianta acertarmos "na mosca" com um conceito quase perfeito, se as pessoas não forem informadas em específico sobre as condutas que são proibidas e sobre as respectivas penas a que estarão submetidas se as praticarem.

A maneira mais segura e eficiente de se operacionalizar o princípio da legalidade é por meio da tipificação de condutas. Vimos, no capítulo anterior, que não apenas a conduta deve estar expressamente prevista pela lei. Ela deve estar definida de um modo muito claro, para que a delimitação da área de incidência da norma seja a mais precisa possível, de modo a permitir aos destinatários a identificação das ações ou omissões estarão sujeitas aos seus rigores. Embora a segurança absoluta, por todas as observações que fizemos a respeito das características da linguagem no item 4.2 (dinamismo, porosidade, volubilidade, margem semântica etc.), seja impossível, é seguro dizer que um Direito Penal racional é um Direito obrigatoriamente tipológico. Disso faz prova não apenas o fato de que até os ordenamentos que se regem pelo sistema da *common law* se valem das tipificações para a aplicação das leis penais. Mais: vimos, no Capítulo 2, que mesmo os ordenamentos fundamentalistas, que controlam os hábitos, a religiosidade e diversos aspectos da vida privada, pertencentes à autonomia e à intimidade, têm um Direito Penal tipológico.

Por que um comportamento é tipificado, ou que características ele tem que ter para que o seja, são perguntas que se relacionam mais com o conceito material, escopo de nossa análise. A lógica nos autoriza a afirmar, no entanto, que o que se tipifica, de um modo geral, são comportamentos indesejáveis, ou, em outras palavras, que se distanciam dos padrões desejados. O estabelecimento desses padrões muda drasticamente conforme a forma de governo e a maturidade política dos membros de cada sociedade. Em uma ditadura, a vontade das pessoas é quase inteiramente

desprezada e a eleição dos valores que nortearão as tipificações fica inteiramente à mercê da cúpula que se apodera do Estado. Em uma democracia, pelo menos por princípio, as tipificações deve referir-se a condutas que contrariam valores cultivados por determinada sociedade e que conduzem a um tipo de (des)ordem social que não é aceita pela maioria, ou que compromete aquela que a maioria escolheu como sendo a mais adequada. Quanto mais madura for a democracia, maior será a sensibilidade quanto à importância da liberdade individual e, portanto, quanto à necessidade de que as tipificações se mantenham restritas aos casos efetivamente indispensáveis.

Uma conduta penalmente tipificada é uma conduta socialmente desvaliosa **em tese**, ou seja, como regra, dentro de uma normalidade de circunstâncias. Um conceito formal de crime chega até esse ponto. Vamos imaginar que fizéssemos um excelente trabalho com a formulação do conceito, e que conseguíssemos extrair desse instituto o máximo de seu rendimento crítico, sem deixar passar absolutamente nenhuma criminalização que se possa considerar desnecessária. Vamos imaginar, também, que tivéssemos um sistema processual penal infalível, que realmente levasse a sério o preceito do *in dubio pro reo*, de modo que somente houvesse condenação por um crime cuja autoria tenha sido provada muito além de qualquer dúvida razoável. Seria seguro dizer que nenhum acusado estaria sendo condenado injustamente?

Definitivamente, não. Mesmo que se mostre que o acusado realmente realizou a exata conduta proibida por lei, e que a lei é legítima, é possível que ele tenha praticado o fato sob determinadas circunstâncias excepcionais que sejam capazes de nos fazer refletir sobre a justiça e a necessidade de sua punição. Se todo o nosso ordenamento jurídico-penal se reduzisse à norma que tipifica o homicídio doloso, e restasse comprovado que uma pessoa intencionalmente matou outra, teríamos tipicidade formal e material, ou seja, previsão em lei e lesão ao objeto jurídico. Se ficasse provado, também, que essa pessoa se valeu da única forma de defesa disponível para salvar sua vida de um ataque de proporções letais, a imposição da pena traduziria uma sonora injustiça. Ao negar a esse acusado o direito de se autodefender de um modo necessário e comedido, afirmamos que a vida do agressor vale mais do que a sua. Ora, se a sua vida é um bem valioso, e ele agiu em defesa desse bem, como pode a sua conduta ser considerada socialmente desvaliosa?

A punição de alguém não agiu de modo eticamente censurável, considerada essa qualidade a partir da axiologia constitucional, é irracional. A dogmática penal fornece ao aplicador das

normas instrumentos de correção cuja finalidade é, exatamente, a de impedir essas punições. Para isso, desenvolve institutos como "antijuridicidade" ou "pretensão objetiva de ilicitude", "imputabilidade", "potencial consciência da ilicitude", "exigibilidade de conduta diversa" e os esquematiza, organizando-os como componentes de um constructo mais amplo que se denomina "conceito analítico de crime". O Direito Penal se apropria dessas categorias as insere na realidade da ordem jurídica por meio da inclusão de normas permissivas que, diante de específicas configurações fáticas, excepcionam e impedem a incidência das normas proibitivas. Desse raciocínio se parte para a previsão da legítima defesa, ou do estrito cumprimento do dever legal, por exemplo, cuja presença em grande parte dos Códigos Penais mundo afora confirma o compartilhamento e a cristalização de um ideal político-criminal segundo o qual o crime deve ter uma dimensão axiológica e suscitar um juízo de valor negativo.

Diante do que se expôs, um comportamento, antes de qualificar-se como crime, deve ser um **injusto penal**. O injusto penal é um fato típico que se coloca em contradição com os preceitos éticos socialmente dominantes que se transformaram nas normas jurídicas. Pressupõe primeiramente, então, um juízo de tipicidade, por meio do qual se verifica se os elementos objetivos e subjetivos inseridos no tipo penal como requisitos para a configuração do crime estão presentes. Atualmente, é muito aceita a existência de uma dimensão material nessa verificação da tipicidade (tipicidade material ou pretensão de ofensividade), correspondente à criação de dano ou perigo para o objeto de proteção da norma. Ao lado desse juízo de tipicidade, como uma etapa obrigatória e imediatamente subsequente, há um juízo de antijuridicidade, que corresponde a uma constatação da relação de contrariedade entre a conduta típica e os valores consagrados pela ordem jurídica.

Vale o alerta de Welzel⁶²²: não é porque se trata de um juízo de desvalor que se possa considerá-la como algo subjetivo, que seja resultado das opiniões e preferências do julgador. O juízo de antijuridicidade atesta a contrariedade objetiva da conduta em relação às normas de Direito - que, como vimos são normas morais submetidas ao procedimento da juridificação.

São profundas e muito antigas as divergências quanto a esse ponto, mas entendemos que a antijuridicidade é um dos três componentes da estrutura analítica do crime, e que não se confunde

⁶²² WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán**. Trad. Juan Bustos-Ramírez *et al.* 4.ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 60-61.

com a tipicidade, formal ou material. Trata-se de um segundo rótulo que apõe sobre um produto que, ao final, se receber o terceiro (culpabilidade), será considerado como crime. Há diversas estruturas analíticas do crime que são interessantes e conduzem a resultados satisfatórios, principalmente se pensarmos em termos mais práticos. A teoria dos elementos negativos do tipo condiciona a tipicidade à inexistência de situações de exclusão da ilicitude, e a da tipicidade conglobante (Zaffaroni) agrega à tipicidade o elemento da antinormatividade, levando à atipicidade dos fatos lesivos que sejam determinados ou fomentados pelo próprio ordenamento jurídico. Nesses dois casos, identicamente ao que se passa com a teoria tripartite, ainda majoritária, não haverá punição.

Há excelentes argumentos para que se opte por uma análise conjugada entre tipicidade e antijuridicidade, ou seja que se parta, diretamente, da análise do injusto penal. Sustenta-se, e o argumento é bom, que a análise em duas etapas só teria sentido nos casos em que, ao se considerar a conduta típica, exista a plena certeza de que ela foi praticada sob os auspícios das normas jurídicas que permitem, encorajam ou até exigem aquela ação ou omissão. Juarez Tavares⁶²³, lembrando o exemplo da luta de boxe, afirma que "como a atividade é, ao mesmo tempo, lesiva de bem jurídico (a agressão física do adversário) e permitida mediante regulamentação própria, pela ordem jurídica, torna-se impossível separar a tipicidade da antijuridicidade". Esse raciocínio se torna ainda mais convidativo se aplicado ao cirurgião, que fere o corpo do paciente para salvar sua vida; ou ao policial, que se não lesionar o bem jurídico do sequestrador que está prestes a matar uma vítima indefesa, comete crime.⁶²⁴ Reconhecer uma tipicidade que, mais do que não violar as normas jurídicas, recai sobre uma ação que as cumpre, parece desperdício ou inutilidade. Também prefere um sistema bipartido, composto pelo injusto penal e pela culpabilidade, Juarez Cirino dos Santos.⁶²⁵

Ainda assim, preferimos a teoria tripartite, em sua versão mais moderna, em que se faz presente a dimensão da tipicidade material no campo do fato típico. Isso, porque entendemos que a cisão entre a tipicidade e a antijuridicidade é esquemática e analiticamente proveitosa, já que permite a separação de situações absolutamente irrelevantes para o Direito Penal sob toda e qualquer perspectiva que se queira lançar, como matar uma mosca ou tomar uma xícara de café, daquelas

⁶²³ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, 170; 179.

⁶²⁴ Se podia e devia evitar o cometimento do crime, mas não o fez, acabará respondendo por prevaricação (art. 319, CP) ou pelo crime que deixou de impedir, na forma omissiva imprópria (art. 13, § 2º, "a", CP), conforme o caso.

⁶²⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 8.ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 83.

em que um objeto jurídico relevante foi atingido, mas essa lesão pode ser justificada, como um homicídio realizado em condição de estrito cumprimento do dever legal.⁶²⁶

A análise do desvalor social não se encerra com a antijuridicidade. Não é o bastante, então, o reconhecimento de um injusto penal. Como é possível que um fato descrito pela lei como crime seja praticado em condições de normalidade fática, isto é, sem que as circunstâncias possam justificar em qualquer medida a lesão causada pela conduta, e, ainda assim, ela não seja socialmente desvaliosa?

Remonta ao Século XVI a ideia de que a reprovabilidade é um requisito para a justa aplicação da pena.⁶²⁷ E a reprovabilidade tem como pressuposto a capacidade do agente para tomar decisões racionais sobre suas ações. Para dizer de um outro modo, não se pode considerar reprovável o comportamento de alguém que esteja desprovido das condições adequadas para a fazer uma escolha consciente e livre. Tratamos, nesse ponto, da culpabilidade, que corresponde a um juízo normativo (ou seja, segundo as normas jurídicas) que se processa sobre a noção de "exigibilidade de ajuste ao Direito, levando em consideração as condições situacionais do sujeito".⁶²⁸

Cerezo Mir⁶²⁹ explica que na etapa da antijuridicidade se verifica "uma relação objetiva de contradição entre a conduta humana e o ordenamento jurídico", sem perquirições acerca das características pessoais do agente. Já na culpabilidade, indaga-se se é devida a reprovação da ação típica e antijurídica para aquela específica pessoa, o que só pode ocorrer se ela, "na situação concreta em que se encontrava, podia agir de outro modo, de acordo com as exigências do ordenamento jurídico."

Quando essa análise resulta negativa, reconhecendo-se que da pessoa não se poderia exigir uma atuação conforme a lei, a aplicação da pena é, simultaneamente, hipócrita e inútil. Não há outro nome, senão hipocrisia, para a condenação de alguém ao mesmo tempo em que se admite que não seria razoável esperar que ele houvesse obedecido as normas. É praticamente a admissão de

⁶²⁶ Em sentido semelhante, HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Trad. Pablo R. Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 286.

⁶²⁷ BRANDÃO, Cláudio. Francisco de Vitoria y la raíz del derecho penal. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória: Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória. Vol. 18, n. 1, p. 178. Jan-abr 2017.

⁶²⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**, v. 1. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 555-556.

⁶²⁹ CERREZO MIR, José. **Derecho Penal: Parte General**. São Paulo: RT, 2007, p. 849.

que qualquer um, naquelas condições, inclusive eu, teria feito o mesmo. Quanto a ser inútil, Cerezo Mir observa, na continuação do raciocínio acima exposto, que a imposição de uma pena sem culpabilidade "supõe a utilização do ser humano como um mero instrumento para a consecução de fins sociais, nesse caso, preventivos, o que implica um grave atentado à sua dignidade". Discordamos. Punir alguém, sem que ele tenha atuado de modo culpável, não tem qualquer utilidade social ou preventiva. Que informação se transmite com a punição do homem que, durante um surto psicótico comprovado por perícia médica, matou uma pessoa, em meio a alucinações paranoicas esquizofrênicas? O que se quer desestimular é a transgressão, é o comportamento antiético, e se o comportamento é punido sem ser desvalioso, e sem que possa ser evitado, já não há mais uma mensagem racional na pena. Ela não surtirá qualquer efeito preventivo na medida em que a evitação da conduta não depende de uma escolha dos destinatários da norma, razão pela qual eles sequer podem ser motivados pelo exemplo da punição.

Vamos voltar a falar de Feinberg e suas categorias referidas a essa dimensão valorativa ligada às pretensões de justiça e necessidade da punição. Vimos, no item 3.7, que o *harm* (que traduzimos como nocividade) deve envolver *wrongdoing*, uma espécie de injustiça, e deve ser *morally indefensible* (moralmente indefensável). Não é moralmente indefensável o que pode ser justificado (exclusão da antijuridicidade) ou racionalmente escusado (exclusão da culpabilidade), conclui o autor.⁶³⁰

Em linhas gerais, o sentido de "moralmente indefensável" é o mesmo que o de desvalor social. Quanto às situações de exclusão da antijuridicidade, o alcance das expressões é o mesmo. Por mais intensos que sejam os danos, se eles foram efetivamente justificados, serão moralmente defensáveis e faltará o desvalor social. A dificuldade é maior quando levamos em conta as circunstâncias exculpantes, no entanto.

Sob o prisma da categoria do *morally indefensible*, é provável que surjam fundadas dúvidas no que tange aos aspectos da coação moral irresistível e da inimputabilidade por menoridade. Havemos de reconhecer que o tema demanda uma reflexão mais profunda, mas, pelo menos em princípio, é duvidosa a defensabilidade moral de um latrocínio apenas porque ele foi cometido

⁶³⁰ FEINBERG, Joel. **Harm to others**: The moral limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 1987, Cap. 3, p. 6-9.

por um agente que conta com 17 anos e 11 meses de idade. Note-se: na questão do desvalor social, nossa Constituição consagra uma regra objetiva ao estabelecer a inimputabilidade dos menores de 18 anos (art. 227, CF). A moralidade ou imoralidade de condutas praticadas por pessoas menores de idade é tema árido demais. Não para os extremamente imaturos, como os infantes, mas, certamente para aqueles em vias de atingir o limite legalmente estabelecido para a imputabilidade, porque já contam com maturidade. É no mínimo estranho dizer que o fato é moralmente indefensável porque o agente é inimputável por força de lei, por mais que fique plenamente constatada a consciência da nocividade da conduta por parte de alguém que completaria 18 anos na semana seguinte à da transgressão. A análise da “moralidade”, nesse caso, se confundirá com a própria imputabilidade, ou seja, será determinada pela lei, e não pelas circunstâncias empíricas de um fato concreto, como normalmente se passa em todas as situações em que se faz esse juízo de valor. E mais: defensabilidade moral varia muito conforme o sistema ético de que se parta. Aristóteles, Nietzsche, Spinoza e Schopenhauer certamente divergiriam sobre o “moralmente indefensável”. Aliás, tudo indica que seria “moralmente indefensável”, para Kant, que uma pessoa matasse outra para impedir a morte de um ente querido, prometida pelo coator. A pessoa que foi morta teria sido desprezada enquanto “fim em si mesma”. Foi transformada em objeto na medida em que foi usada como meio para satisfazer um outro fim (salvação do parente), segundo os arbítrios do agente coagido.

Partir do desvalor social limita o juízo ético à chave de valores constitucionais de uma determinada sociedade e em um determinado momento. Encurta-se a consideravelmente a discussão e evita-se a passagem pelo sinuoso caminho das reflexões morais em um sentido mais amplo.

Talvez se argumente que essa análise sobre o desvalor social da conduta, ou sobre a indefensabilidade moral, deve ser mantida fora do conceito material de crime e deixada para o caso concreto, quando da análise judicial das circunstâncias que podem justificá-la ou afastar sua reprovabilidade. Ou, para dizer de outro modo, que as causas de justificação (descriminantes) ou de exclusão da culpabilidade são contextuais e externas à conduta, não podendo ser levadas em conta quando da decisão de criminalização, que se dá sobre o comportamento em abstrato. É claro que não é viável que cada norma incriminadora aluda à “injustiça” da conduta, fazendo constar uma ou mais elementares negativas em cada tipo penal (por exemplo, “matar alguém, fora das situações de legítima defesa e estrito cumprimento do dever legal”). Mas, para reforçar a viabilidade e a importância do desvalor do comportamento no conceito material de crime,

devemos lembrar que não há razão para que ele se dirija apenas ao legislador e tenha sua aplicabilidade restrita ao momento da criação da norma. Ele pode, perfeitamente, constituir baliza para o juiz, no momento da aplicação da lei. Com isso, ao lado das causas de exclusão da ilicitude legalmente previstas, permanece o compromisso do magistrado de verificar se, apesar do dano causado, a conduta praticada realmente deve ser vista como socialmente desvaliosa.

Além disso, contamos, em nosso sistema, com um bom conjunto de causas discriminantes (as principais, nos arts. 23 a 25, CP) e exculpantes (v.g., arts. 21, 22 e 26 a 28, CP). Mas, se estamos pensando um conceito material como algo que precede à legislação e a condiciona, sobressai a relevância desse elemento referente à antijuridicidade e à culpabilidade. Primeiro, para lembrar ao próprio legislador de inserir no sistema as causas de justificação e isenção de pena. Segundo, para assegurar que o juiz esteja munido de ferramenta crítica, diante de eventual ausência de causas de justificação ou isenção de pena, ou da insuficiência das que estejam previstas.

Difícilmente, um ordenamento contemporâneo deixaria de prever a legítima defesa e o estrito cumprimento do dever legal. Essas são causas de exclusão muito sedimentadas e muito gerais. Mas há situações de lesão a bens que são muito mais específicas e que talvez não se vejam contempladas pelas discriminantes ou exculpantes tradicionais.

Em um país como o Brasil, com milhões de pessoas em condição de miserabilidade e um sem-número de indigentes e moradores de rua, seria viável que um juiz negasse desvalor social à conduta abortiva da gestante que, muito mal, sobrevive da mendicância e dorme pelas calçadas. Do agente que, por incapacidade gerada por instabilidades do mercado, sonegou tributo para impedir a falência da empresa e a dispensa de muitos empregados. Do jovem adulto que, imerso em um ambiente de pobreza, exclusão, abandono familiar e violência, encontra no líder do tráfico local uma figura de autoridade, dele recebendo reconhecimento pela primeira vez na vida ao ganhar uma arma de fogo para ajudar na vigília do morro. Não há desvalor social, se dessas pessoas, pelas dificuldades impostas pelas circunstâncias, ou até pela insuportabilidade das consequências, não se podia exigir uma atuação conforme a lei. Na pior das hipóteses, o juízo sobre o desvalor social pode recomendar uma amenização das penas (aqui se fala em culpabilidade em um sentido diverso, enquanto justa medida da punição).

Abre-se espaço aqui, também, para a adequada apreciação dos crimes culturalmente motivados, tema de extrema relevância e atualidade, mas que requer um espaço para desenvolvimento que ultrapassa os lindes dessa tese. Entenda-se por crime culturalmente motivado

[...] um comportamento realizado por uma pessoa pertencente a um grupo cultural minoritário (na experiência jurídica italiana se trata, quase sempre, de um imigrante); esse comportamento, no entanto, embora seja considerado crime pela ordem jurídica do grupo cultural majoritário (neste caso, o grupo cultural italiano), é avaliado com menos rigor, ou aceito como normal, ou até incentivado dentro do grupo cultural de origem de seu autor.⁶³¹

Se um agente estrangeiro, por tradição absolutamente lícita em seu país, ou por liturgia religiosa, é surpreendido em posse de objetos ilegais (armas ou substâncias psicoativas), há que se dar atenção ao desvalor social levando-se em conta as perspectivas de sua origem. Na mesma linha, há pessoas submetidas a uma cultura machista, de desprezo pelo feminino e negação da igualdade, que tendem a reproduzir com suas companheiras o que presenciaram seus pais fazerem com suas mães. Em todas essas hipóteses, as experiências de vida interferem nas condições do agente de fazer as melhores escolhas, e isso deve ser levado em conta em seu favor, de alguma maneira, quando do exame da reprovabilidade.

6.7. Últimas considerações

À guisa de conclusão, para chegarmos a esse ponto, foram muitas as considerações e reflexões, realizadas sobre as amplas bases de uma doutrina muito farta, mas, também, sobre as profundas divergências que secularmente marcam esse tema. Procuramos, ao mesmo tempo, manter uma contínua conexão com a realidade empírica, buscando um contributo teórico que possua aplicabilidade prática e possa reunir, de modo equilibrado, o desejado efeito liberal crítico-limitativo, mas que não inviabilize a tutela penal de alguns dos principais valores e estruturas ambientais que compõem nossa ordem democrática.

Ao final dessa desafiadora jornada, temos três sugestões a oferecer.

⁶³¹ BASILE, Fabio. *Ultimissime dalla giurisprudenza in materia di reati culturalmente motivati*. **Rivista Telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale**. Milão, 2018, n. 30, p. 2-3. Disponível em <https://www.statoechiese.it/images/uploads/articoli_pdf/Basile.M_Ultimissime._giusto.pdf?pdf=ultimissime-dalla-giurisprudenza-in-materia-di-reati-culturalmente-motivati>. Acesso em 10 jul 2020. “[...]un comportamento tenuto da un soggetto appartenente a un gruppo culturale di minoranza (nell’esperienza giuridica italiana si tratta, quasi sempre, di un immigrato); questo comportamento, però, mentre è considerato reato dall’ordinamento giuridico del gruppo culturale di maggioranza (nella specie, il gruppo culturale italiano), è invece valutato con minor rigore, o accettato come normale, o addirittura incoraggiato all’interno del gruppo culturale d’origine del suo autore.”

A primeira se refere a uma alteração de nomenclatura para o princípio da ofensividade, que, para evitar confusões terminológicas, deveria ser renomeado para "princípio da nocividade", expressão mais adequada para abrigar e organizar as categorias do dano, do perigo abstrato e do perigo concreto.

A segunda é a substituição do projeto dogmático que insiste na busca de versões perfeitas e infalíveis para o conceito material de crime e o bem jurídico por um projeto de racionalização das normas penais, em que esses conceitos aparecem como partes de um conjunto mais abrangente de medidas.

A terceira é a de um conceito material de crime para um Estado democrático de Direito: crime é o comportamento socialmente desvalioso capaz de causar dano à pessoa ou de prejudicar as condições ambientais necessárias para a realização dos seus direitos.

Se não chegamos a um conceito definitivo; se, de fato, estamos muito longe de qualquer perfeição; se, no fundo, o que fizemos é trocar palavras, dançar com sinônimos, jogar com as metáforas ou outras brincadeiras semânticas; se “racionalidade”, “nocividade”, “condições ambientais” e outras expressões são ambíguas, porosas e não nos conduzem a qualquer lugar novo; isso confirma todas as premissas filosóficas que adotamos. O "bem jurídico" e o "*harm to others*" não existem no mundo, e, se existissem, nossos aparelhos cognitivos não seriam suficientes para apreendê-los em sua suposta essência. E ainda que o fossem, nossa linguagem, dinâmica e volúvel, não teria o condão de exprimir um tal único e real sentido, tampouco de aprisioná-lo e petrificá-lo para todo o sempre. Nesse ponto, seja com o conceito material de crime, de bem jurídico, de valor ou de *harm to others*, só o que nos resta, nessa insana busca por conhecer, definir e controlar, é manter a obstinação e rolar a pedra montanha acima, na esperança de alcançar, a cada vez, um ponto um pouco mais elevado.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **A Retórica Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Filosofia do direito**: uma crítica à verdade na ética e na ciência (em contraposição à ontologia de Nicolai Hartmann). São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Law and Morals according to a Realistic and Rhetorical Philosophy**: The brazilian case revisited. IN: *Law and Morals*. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2019.

_____. Retórica realista e decisão jurídica. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória: Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória. Vol. 18, n. 1, p. 15-40. Jan-abr 2017.

ALBRECHT, Perter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. Trad. Ricardo Planas. IN: **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Comares, 2000.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3.ed. Trad. Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

AMELUNG, Knut. El concepto de bien jurídico en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. Trad. Rafael Alcácer Guirao *et alii*. IN: **La teoría del bien jurídico**: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2016.

_____. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ANDRADE, Manoel da Costa. **Consentimento e acordo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

ARAÚJO, Antonio. **Direito Penal do Pós Bem Jurídico**: a superação do bem jurídico como referência-base do injusto penal e a descriminalização constitucional no Brasil. São Paulo: LEUD, 2014.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Retórica**. Trad. Manuel Alexandre Júnior *et alii*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

BACON, Francis. **Novum Organum**. Trad. José Aluysio Reis de Andrade. Grupo Acrópolis. E-book, p. 21. Disponível em <<https://www.netmundi.org/home/wp-content/uploads/2018/06/BACON-Francis-Novum-Oganum.pdf>>. Acesso em 14 jun. 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico supraindividual**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à Sociologia do Direito Penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2.ed.ampl.rev.atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BASILE, Fabio. Ultimissime dalla giurisprudenza in materia di reati culturalmente motivati. **Rivista Telematica Stato, Chiese e pluralismo confessionale**. Milão, 2018, n. 30.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 12.ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BAYLE, Pierre. **Historical and critical dictionary**. Vol. I. Londres: Hunt and Clarke, 1826.

BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**. Milão: Letteratura italiana Einaudi, 1973.

_____. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

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

BEDÊ JÚNIOR, Américo. **A retórica do direito fundamental à privacidade**: a validade da prova obtida mediante filmagens nos ambientes público e privado. Salvador: Jus Podivm, 2015.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: RT, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral, vol. 1. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Tratado de Direito Penal**: Parte Especial. vol. 4. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Tratado de Direito Penal**: Parte Especial, v. 5. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-reader Saraiva (Biblioteca Digital).

BOLDT, Raphael. **Criminologia midiática**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 146.

BÖSE, Martin. Derechos fundamentales y Derecho Penal como “derecho coactivo”. Trad. Rafael Alcácer Guirao. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico**: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2016.

BOZZA, Fábio da Silva. **Bem jurídico e proibição do excesso como limites à expansão penal**. São Paulo: Almedina, 2015.

BRANDÃO, Cláudio. Francisco de Vitoria y la raíz del derecho penal. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória: Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória. Vol. 18, n. 1, p. 165-186. Jan-abr 2017.

BRITO, Rodrigo Pinto de. Quadros conceituais do ceticismo anterior a Sexto Empírico. **Prometeus: Filosofia em Revista**. Sergipe: UFSE, jul-dez 2013, ano 6, vol. 12.

BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia**. Trad. Luciano Alves Moreira. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BUNZEL, Michael. La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como limite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información. Trad. Rafael Alcácer Guirao. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**, v. 1. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Especial**, v. 3. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. Dolo e significado. IN: BUSATO, Paulo César (Coord.) **Dolo e Direito Penal: modernas tendências**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Fundamentos para um Direito Penal democrático**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. V. 3. Trad. Luiz Abezia e Sandra D. F. Barbery. Campinas: Bookseller, 1999.

CARVALHO, João Cláudio Carneiro de. **Supremo Tribunal Federal e Princípio da Dignidade: análise pitanêutica da construção metafórica de signos jurídicos**. 2012. 295 p. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, dezembro de 2012.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **O papel dos atores do Sistema Penal na era do punitivismo** (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASARES, Manuel Barrios. **O “giro retórico” de Nietzsche**. IN: Cadernos Nietzsche, n. 13. São Paulo: Associação Nacional de Pós-Graduação em Filosofia: Publicações Eletrônicas, 2002.

CEREZO MIR, José. **Derecho Penal: Parte General**. São Paulo: RT, 2007.

CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. **Female Genital mutilation: a matter of human rights – an advocate’s guide to action**. Nova Iorque: Center for reproductive rights, 2006.

CHUERI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: JM, 1995.

CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. **Teoria Constitucional e Exceção Permanente:** Uma categoria para a Teoria Constitucional no Século XXI. Curitiba: Juruá, 2009.

COSTA, Álvaro Mayrink. **Direito Penal:** Parte Especial. Injustos contra a administração pública. vol. 7. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Ética e decisão judicial:** O papel da prudência na concretização do direito. E-book. Curitiba: Editora CRV, 2015.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano; JORIO, Israel Domingos. Neoconstitucionalismo em tempos de crise: avançar ou retroceder? **Direito Público**, ano 15, n. 82. Porto Alegre: Síntese, jul/ago 2018, p. 71-95.

CUNHA, Rogério Sanches. **Curso de Direito Penal:** Parte Especial. 4.ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal.** Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia.** Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Editora UnB, 2001.

DELMANTO JUNIOR *et alii*. **Código Penal Comentado.** 7.ed. Rio de Janeiro, 2007.

DIAS, Jorge Figueiredo. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico à luz da jurisprudência constitucional portuguesa. IN: GRECO, Luís; MARTINS, Antônio. **Direito Penal como crítica da pena:** estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 7º aniversário. São Paulo: Marcial Pons, 2012

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. **La racionalidad de las leyes penales.** Madrid: Editorial Trotta, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **O direito da liberdade:** uma leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcello Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. **El dolo eventual.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

FEINBERG, Joel. **Harm to others:** The moral limits of the criminal law. Volume One. New York: Oxford University Press, 1987.

_____. **Offense to others:** The moral limits of the criminal law. Volume Two. New York: Oxford University Press, 1985.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón.** 4.ed. Madrid: Ed. Trotta, 2000.

_____. **El Garantismo como Magisterio.** Buenos Aires: Ediar, 2009.

FRISCH, Wolfgang. Bien jurídico, derecho, estrutura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal. Trad. Rafael Alcácer Guirao. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teria del bien jurídico**: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madri: Marcial Pons, 2016.

GAIMAN, Neil. **American Gods**. Reino Unido: William Morrow, 2001.

GARLAND, David. As contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico. **Revista Discursos Sediciosos**, ano 7, n. 11. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

GOETHE, Johann Wolfgang. **Fausto**. Trad. António Feliciano de Castilho. Brasil: E-Book Libris, 2003.

GONÇALVES, Nicole Pilagallo da Silva Mäder. O desafio do direito fundamental à liberdade de expressão: potencial, limites e possibilidades no Estado Democrático de Direito brasileiro. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, n. 38, vol. 2, nov. 2010.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direto Político Moderno**. Trad. Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 18, n. 82. São Paulo: RT, jan/fev 2010.

GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. IN: SARMENTO, Daniel (Coord.) *et al.* **Constitucionalização do Direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

HABERMAS, Jürgen. **El futuro de la naturaleza humana**: hacia una eugenesia liberal? Trad. R. S. Carbó. Barcelona / Buenos: Paidós, 2002.

HABINEK, Thomas. **Ancient Rhetoric**: from Aristotle to Philostratus. EUA: Penguin Classics, 2017. E-book Kindle.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal**: fundamentos, estrutura, política. Trad. Adriana Beckman Meirelles *et alii*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

_____. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Trad. Pablo R. Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

_____. **Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico**. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Neurociências e culpabilidade em Direito Penal. Trad. Paulo César Busato. IN: **Neurociência e Direito Penal**. BUSATO, Paulo César (Org.). São Paulo: Atlas, 2014, p. 3-4.

_____. **Por qué castigar?** Trad. Manuel Cancio Meliá. Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.

_____. Pueden haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al Derecho penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989.

HEFENDEHL, Roland. Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico. Trad. Rafael Alcácer Guirao *et alii*. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016.

_____. O bem jurídico como a pedra angular da norma penal. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HÖRNLE, Tatjana. La protección de sentimientos en el StGB. Trad. Rafael Alcácer Guirao *et alii*. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016.

HOUAISS, Antonio; AMARAL, Roberto. **A Modernidade no Brasil: conciliação ou ruptura?** Petrópolis: Vozes, 1995.

HUME, David. **A treatise of human nature**. Indianapolis: Liberty Fund, 2011. E-book.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. IX. Arts. 250 a 361. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

JAKOBS Günther. O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação ao poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Direito Penal do Inimigo**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Org. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli; MOREIRA, Luiz. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Proteção de bens jurídicos?** Sobre a legitimação do Direito Penal. Trad. Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

_____. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

_____. **Sociedade, norma e pessoa:** teoria de um Direito Penal funcional. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

_____. **Tratado de Direito Penal:** Teria do injusto penal e culpabilidade. Trad. Gercélia B. de O. Mendes *et al.* Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JORIO, Israel Domingos. **Crimes sexuais.** 2.ed. rev.atual.ampl. Salvador: Jus Podivm, 2019.

_____. **Dignidade da pessoa humana:** conceito, fundamentação e âmbito de proteção. Curitiba: Juruá, 2016.

_____. **Latrocínio:** a desconstrução de um dogma; da inexistência à inconstitucionalidade do tipo penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

KAHLO, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho Penal. Trad. Rafael Alcácer Guirao *et alii.* IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico:** fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2016.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática.** Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2003.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas.** Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. **Teoria geral do direito e do estado.** Tradução: Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KIROV, Blago. **Bernard Shaw:** quotes and facts. Trad. Krasi Vasileva. Blago Kirov: 2014. E-book Kindle.

LAGODNY, OTTO. El Derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional. Trad. Rafael Alcácer Guirao *et alii.* IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico:** fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2016.

LOPES, Rogério. Por que o cético não abdica da argumentação? Notas sobre estratégia e motivação no ceticismo pirrônico. **Revista de Filosofia.** Belo Horizonte: Síntese, 2003, v. 33, n. 106.

LOPES JÚNIOR. Aury. **Direito Processual Penal.** 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUIZI, Luís. **Os princípios constitucionais penais.** 2.ed.rev.aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do Neoconstitucionalismo. IN: Regina Quaresma (Coord.) *et al.* **Neoconstitucionalismo(s).** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MANTOVANI, Flávia. **Relação homossexual é crime em 70 países, mostra relatório mundial. São Paulo: Folha de São Paulo, 2019. Disponível em** <<https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2019/03/relacao-homossexual-e-crime-em-70-paises-mostra-relatorio-mundial.shtml>>. Acesso em 13 jan 2020.

MANZINI, Vincenzo. **Trattato di Diritto Penale italiano**. Vol. V. Turim: UTET, 1962.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais**. São Paulo: Libera Ars, 2015.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições Fundamentais de Direito Penal: Parte Geral**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MASSON, Cléber. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Método, 2013.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet *et alii*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e de Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. IN: **Revista Novos Estudos**. São Paulo: CEBRAP, n. 58, p. 199. Nov. 2000.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: RT, 2009.

MILL, John Stuart. **On liberty**. E-book Kindle.

MIR PUIG, Santiago. **Estado, pena y delito**. Buenos Aires: B de F, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MONTAIGNE, Michel. **Essays**. Trad. Charles Cotton. EUA: David Widger, 2012.

MOREIRA, Luiz. **A Constituição como Simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. 2.ed. Buenos Aires: B de F, 2003.

NIETZSCHE, Friedrich. **Ecce homo**. Marcelo Backes. E-book Kindle. Brasil: L&PM, 2018.

_____. On truth and lies in a nonmoral sense. Trad. Daniel Breazele. IN: **Philosophy and truth: selections of Nietzsche’s notebook of the early 1870’s**. New Jersey: Humanities Press.

_____. **Vontade de potência**. Trad. Mário Ferreira dos Santos. Petrópolis: Vozes, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. vol. 2. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina; SCHAFER, Jairo Gilberto. Dos crimes de discriminação e preconceito. **Revista dos Tribunais**, n. 714 . São Paulo: RT, abr. 1995.

PAVANATTO, Pedro Henrique *et alii*. Terrorismo: análise crítica à lei 13.260/16. IN: SILVA JÚNIOR, José Mário Brem *et alii* (Coords.) **Fórum de Ciências Criminais**. Porto Alegre: Editora Fi, 2017.

PELARIN, Evandro. **Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização**. São Paulo: IBCCrim, 2018.

PIGLIUCCI, Massimo. **Skeptic's skeptic**. New York: Figs, 2013. E-book Kindle.

PLATÃO. **Fedro**. Trad. Carlos Alberto Nunes *et al*. Coleção As Grandes Obras. Mimética, 2019. E-book Kindle.

_____. **Górgias**. Trad. Benjamin Jowett. E-book Kindle.

_____. **O Sofista**. Trad. Carlos Alberto Nunes. E-book Kindle.

POPKIN, Richard. **The history of scepticism: from Savonarola to Bayle**. New York: Oxford University Press, 2003. E-book Kindle.

POPPER, Karl. **The open society and its enemies: the spell of Plato**. Reino Unido: 1945.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**, vol.1. 11.ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial**, vol. 2. 10.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 867.

_____. **Direito Penal do Ambiente**. 6.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramo. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor, 1999.

RAHMAN, Anika; TOUBIA, Nahid. **Female Genital Mutilation: A guide to laws and policies worldwide**. Londres/Nova Iorque: ZED Books, 2000.

RAWLS, John. **A theory of Justice**. Harvard Press, 1971.

_____. **O Liberalismo Político**. 2.ed. São Paulo: Ática, 2000.

REALE, Miguel. **Direito natural / direito positivo**. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **Filosofia do Direito**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Filosofia e teoria política: ensaios**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Introdução à filosofia**. 3.ed.atual. São Paulo: Saraiva, 1994.

RICOEUR, Paul. Etapa atual do pensamento sobre a intolerância. IN: BARRET-DUCROCQ, Françoise. **A intolerância**. Rio de Janeiro: Bertrand, 2000.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña *et alii*. Madrid: Civitas, 1997.

_____. És la protecció de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang (Org.). **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016.

_____. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SAGAN, Carl. **O mundo assombrado pelos demônios: a ciência vista como uma vela no escuro**. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia de Bolso, [?]. E-book Kindle.

SALGADO, Karine. **A paz perpétua de Kant**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 2.ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006.

_____. **Direito Penal: Parte Geral**. 8.ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 9.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*. **Revista de Direito do Estado**, ano 1, n. 4, out./dez. 2006, p. 53-106, p. 105.

_____. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. IN: QUARESMA, Regina *et al* (Coord.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no Estado democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de ter razão**: Como vencer um debate sem precisar ter razão em 38 estratagemas. Trad. Alexandre Pires Vieira. Montecristo Editora: 2018. E-book Kindle.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Trad. Luís Greco (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SEELMAN, Kurt. El concepto de bien jurídico, el *harm principle* y el modelo del reconocimiento como criterios de merecimiento de pena. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico**: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2016.

SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. Trad. Rafael Alcácer Guirao (Coord.). IN: **La teoría del bien jurídico**: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2016.

SENN, Gustavo. **Combate à má governança e à corrupção**: uma questão de direitos fundamentais e de direitos humanos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

SEXTO EMPÍRICO. **Contra os retóricos**. Trad. Rafael Huguenin e Rodrigo P. de Brito. Ed. bilíngue. São Paulo: Ed. Unesp, 2013.

SHAW, Bernard. **Annajanska, the bolshevik empress**. EUA: David Widger, 2012. E-Book. Disponível em < <https://www.gutenberg.org/files/3485/3485-h/3485-h.htm>>. Acesso em 14 jun. 2020.

_____. **Mrs. Warren's Profession**. EUA: David Widger, 2016. E-book.

SIDGWICK, Henry. **The Sophists**. Stoic Six Pack 7. Enhanced Media, 2016. E-book Kindle.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos**: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIMMEL, Georg. **Schopenhauer & Nietzsche**. Trad. César Bejnamim. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011.

SMITH, Plínio Junqueira. **O método cético de oposição na filosofia moderna**. São Paulo: Alameda, 2015. E-book Kindle.

SMITH, William. **The Sophists**: biographical sketches. Stoic Six Pack 7. Enhanced Media, 2016. E-book Kindle.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. Trad. Rafael Alcácer Guirao *et alii*. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016.

STOCO, Rui. Corrupção passiva. IN: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (Coords.) **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial: Parte Especial**. vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

STRATENWERTH, Günther. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. Trad. Rafael Alcácer Guirao *et alii*. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016.

_____. Sobre o conceito de bem jurídico. Trad. Luís Greco. IN: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

_____. **Teoria do injusto penal**. 3.ed.rev.ampl. Belo Horizonte: 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

VOLTAIRE. **Dicionário Filosófico**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

_____. **Philosophical Dictionary**. New York: Carlton House. E-book Kindle.

_____. **Tratado sobre a tolerância**. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2017. E-book Kindle.

VON HIRSCH, Andrew. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”.. Trad. Rafael Alcácer Guirao. IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016.

VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. IN: **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016.

WACQUANT, Loïc. A ascensão do estado penal nos EUA. **Revista Discursos Sediciosos** Ano 7. N. 11. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. **Punir os pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WALZER, Michael. **On toleration**. New Haven: Yale University Press, 1997.

WATERFIELD, Robin. **The First Philosophers: The Presocratics and the Sophists.** Oxford World's Classics. New York: Oxford University Press Inc., 2000.

WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações.** Trad. Marco Antônio Casanova. São Paulo: Martin Claret, 2015.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán.** Trad. Juan Bustos-Ramírez *et al.* 4.ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

WEYNE, Bruno Cunha. **O princípio da dignidade da pessoa humana: reflexões a partir da filosofia de Kant.** São Paulo: Saraiva, 2013.

WOHLERS, Wolfgang. Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico. Trad. Rafael Alcácer Guirao *et alii.* IN: HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et alii.* **Derecho Penal: Parte General.** 2.ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

_____. **En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal.** Buenos Aires: Ediar, 1998.

_____. **Direito Penal Brasileiro.** Vol. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAVATTA, Benedetta. Zaratustra retórico e sofista. IN: **Cadernos Nietzsche**, vol. 39, n 2, p. 97-122. Ago 2018. Disponível em <www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S2316-82422018000200097&Ing=en&nrm=iso&tlng=en>. Acesso em 05 nov. 2019.