

HUMBERTO SOUZA SANTOS

AINDA VIVE A TEORIA DO BEM JURÍDICO?

UMA CONTRIBUIÇÃO AO DEBATE
SOBRE A TEORIA DO BEM JURÍDICO
E OS LIMITES MATERIAIS DO PODER ESTATAL
DE INCRIMINAR

 Marcial
Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

Coleção

Direito Penal e Criminologia

Direção

Íñigo Ortiz de Urbina | Ramon Ragués | Luís Greco

Conselho Científico Editorial

Manuel ATIENZA | Carlos BERNAL | Mauro BUSSANI | Jordi FERRER

José María Serna de la GARZA | Luís GRECO | Daniel González LAGIER | Raúl LETELIER

Judith MARTINS-COSTA | Daniel MITIDIERO | José Juan MORESO | Juliana NEUENSCHWANDER

Jordi NIEVA | Eduardo OTEIZA | Ángel Luis Prieto de PAULA | Ramón RAGUÉS

Claudia ROESLER | María SALVADOR | José María Rodríguez de SANTIAGO | Adrian SGARBI

Virgílio Afonso da SILVA | Carlos Ari SUNDFELT | Michele TARUFFO | Íñigo Ortiz de URBINA

Ainda vive a teoria do bem jurídico?

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

Humberto Souza Santos

Capa

Nacho Pons

Todos os direitos reservados.

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CIP-Brasil. Catalogação na Publicação

S237a

Santos, Humberto Souza.

Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar / Humberto Souza Santos. – São Paulo, SP: Marcial Pons, 2020.

310 p. : 16 x 23 cm

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-86696-00-4

1. Direito penal – Filosofia. 2. Direito constitucional. I. Título.

CDD 345.001

© Humberto Souza Santos

© MARCIAL PONS EDITORA DO BRASIL LTDA.

www.marcialpons.com.br

Impresso no Brasil

1176862

SUMÁRIO

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

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

SUMÁRIO

19

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

3.4.3.1	Estabelecimento de diretrizes político-criminais ...	167
3.4.3.2	Aplicação da Navalha de Ockham.....	182
3.4.3.3	Identificação das características dos bens jurídicos coletivos.....	184
3.4.3.4	Submissão a regras-teste	186
3.4.3.5	As características essenciais dos bens jurídicos coletivos merecedores de proteção penal de acordo com o conceito aqui defendido.....	193
3.5	Segunda síntese parcial do Capítulo 3	198
3.6	Terceira fase do filtro de legitimidade das normas penais: nexó de idoneidade para violação entre o comportamento proibido e o bem jurídico protegido	201
3.7	Terceira síntese parcial do Capítulo 3	206
3.8	Balanço das principais conclusões do Capítulo 3	206
4.	Análise de tipos penais brasileiros de legitimidade controvertida..	211
4.1	Considerações introdutórias	211
4.2	O delito de praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, prevista no artigo 32 da Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais).....	212
4.3	Os delitos referidos a plantas, previstos nos artigos 38 a 53 da Lei 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais).....	222
4.4	Os delitos referidos a embriões, previstos nos artigos 24 a 26 da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança).....	225
4.5	O delito referido a gerações futuras, previsto no artigo 60 da Lei 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais)	237
4.6	O delito de ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo, previsto no artigo 208 do Código Penal	239
4.7	Os “crimes contra o respeito aos mortos”, previstos nos artigos 209 a 212 do Código Penal	248
4.8	O delito de casa de prostituição, previsto no artigo 229 do Código Penal	264

4.9 O delito de remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver para fins de transplante, com o consentimento do doador, para pessoa não parente e não cônjuge, mas sem autorização judicial, previsto no artigo 14, combinado com o artigo 9º da Lei 9.434/1997 (Lei de Transplantes e Órgãos).....	269
4.10 O delito de realizar esterilização cirúrgica em quem, na vigência de sociedade conjugal, não obtém o consentimento expresso do cônjuge, previsto no artigo 15, combinado com o artigo 10, § 5º, da Lei 9.263/1996 (Lei do Planejamento Familiar)	273
4.11 O delito de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006.....	276
4.12 Balanço das principais conclusões do Capítulo 4.....	280
5. Conclusões	289
Bibliografia	297