

AS DEFICIÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DA TEORIA DO BEM JURÍDICO*

CARL-FRIEDRICH STUCKENBERG

Professor de Direito Penal Alemão e Internacional,
Direito Processual Penal, Direito Penal Comparado e
História do Direito Penal, da Universidade de Bonn,
Alemanha

Resumo: O presente trabalho questiona os méritos teóricos e a validade constitucional da “*Rechtsgutslehre*” (teoria da proteção de bens jurídicos), uma teoria amplamente difundida acerca dos limites da criminalização legítima na Alemanha e em outras jurisdições. A causa imediata para esta reanálise é uma decisão recente da Corte Constitucional alemã que ratificou a proibição do incesto na Alemanha e ao mesmo tempo rejeitou a tradicional “*Rechtsgutslehre*” como constitucionalmente irrelevante, o que resultou em considerável controvérsia entre os penalistas. O trabalho tenta demonstrar o porquê de a decisão da Corte ser acertada, apontando as principais deficiências da teoria, e quais critérios uma teoria mais adequada deve cumprir.

Palavras-chave: limites constitucionais do direito penal, direito penal democrático, proteção de bens jurídicos, legitimidade da punição, *Rechtsgutslehre*.

Abstract: This paper questions the theoretical merits and constitutional validity of the “*Rechtsgutslehre*” (doctrine of the protection of legal goods), a widely held doctrine about the limits of legitimate criminalization in Germany and some other jurisdictions. The immediate cause for this reassessment is a recent decision of the German constitutional court which upheld the German incest prohibition and simultaneously rejected the traditional “*Rechtsgutslehre*” as constitutionally irrelevant, thereby stirring up considerable controversy among academic criminal lawyers. The paper tries to show why the court’s view is correct by pointing out the main deficiencies of the doctrine and what criteria a better theory must fulfil.

Keywords: constitutional limits of criminal law, democratic criminal law, protection of legal goods, legitimacy of punishment, *Rechtsgutslehre*.

* Tradução de Lucas Minorelli, da versão original inglesa do artigo intitulado “*The Constitutional Deficiencies of the German Rechtsgutslehre*”, publicado em *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 3, n. 1, p. 31-41, 2013, disponível em «<http://www.opo.iisj.net>», acesso em 14/07/2014.

1. Introdução

Tradicionalmente, a maioria dos penalistas alemães abordam os problemas de *ultima ratio* com o conceito de *Rechtsgutslehre*, o qual sustenta, em poucas palavras, que o único fim legítimo do direito penal é a proteção de “bens jurídicos”. A *Rechtsgutslehre* foi exportada e também possui seguidores em vários outros países, na Espanha e na América Latina, por exemplo, é conhecida como “*el principio de la exclusiva protección de bienes jurídicos*”.

“*Rechtsgut*”, “*bien juridique*”, “*bien jurídico*”, “bem jurídico” ou “*legal good*” (em vez de “*legal interest*”), como um termo técnico, possui diversos significados ou empregos distintos e somente um deles nos interessa aqui, qual seja o uso do “bem jurídico” como um instrumento crítico nos debates políticos e legislativos. A reivindicação da principal corrente da *Rechtsgutslehre* é a de que uma norma penal só é legítima se apta a proteger algum “bem jurídico pessoal”. A influente definição dada por Roxin¹, por exemplo, identifica como “bens jurídicos pessoais” as condições consideradas necessárias para a existência e desenvolvimento do ser humano tais como a vida, a integridade física, a liberdade, a propriedade etc. Consequentemente, uma norma penal é considerada ilegítima se visa proteger algo diverso de um “bem jurídico”, como a moralidade pública, preceitos religiosos, interesses abstratos ou coletivos (o que é de veras controverso) ou ainda a prevenção paternalista da autocolocação em perigo.

No período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial, o “bem jurídico” serviu como um conceito crítico na fundação de um pensamento liberal do direito penal que atingiu o seu ponto culminante com as grandes reformas da legislação penal entre as décadas de 1960 e 1970, que eliminou vários dos tradicionais “crimes contra os costumes” (*Sittlichkeitsdelikte*) como adultério, rufianismo, homossexualismo entre adultos e bestialidade, mas também blasfêmia, do Código Penal Alemão (*Strafgesetzbuch* - StGB). Em uma perspectiva histórica, não deixa de ser irônico que o conceito de “bem jurídico” foi introduzido no século XIX por Birnbaum² com o desígnio antagônico, isto é, como um instrumento teórico que permitiu justificar a proteção de padrões morais com o intento de superar a então dominante e restritiva doutrina formulada por Feuerbach de que o direito penal deve proteger somente direitos subjetivos³. — Nos últimos anos, a discussão acadêmica acerca da *Rechtsgutslehre* preocupou-se sobretudo com a revisão e refinamento do conceito e indagou, por exemplo, se bens jurídicos coletivos como o meio ambiente ou os direitos dos animais devem ser protegidos pelo direito penal.

2. O caso do incesto — uma derrota inesperada para a teoria do bem jurídico

Os dias felizes e ocupados com a elaboração pacífica de uma teoria amplamente aceita

¹ *Strafrecht*. München, 2006, § 2, número de margem 7.

² Ueber das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung. *Archiv des Criminalrechts Neue Folge*, 1834, pp. 177-178.

³ AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Frankfurt am Main, 1972, p. 43 e seguintes.

repentinamente acabaram quando a Corte Constitucional Alemã⁴ proferiu sua decisão em um caso de incesto bastante divulgado, em 26 de fevereiro de 2008. A questão colocada ao tribunal foi a constitucionalidade do § 173 (2) StGB, o qual pune a conjunção carnal entre irmãos. A maioria dos penalistas via neste dispositivo um nítido exemplo de proteção de um tabu ao invés de um bem jurídico e a expectativa era de que o tribunal declarasse inconstitucional e anulasse este último resquício de imoralidade punível. A Corte, no entanto, entendeu válida a proibição do incesto e, pior, a *Rechtsgutslehre* inútil.

Em sua fundamentação, o Tribunal começou estabelecendo um exame abstrato de constitucionalidade das leis penais. Sublinhou que o direito penal é empregado como a *ultima ratio* de proteção de bens jurídicos se uma certa conduta é particularmente nociva e intolerável numa sociedade organizada e, portanto, precisa ser fortemente reprimida. A Corte frisou, entretanto, que é prerrogativa do legislador determinar qual conduta deve ser punida ou não. Do ponto de vista constitucional, os requisitos adicionais e mais exigentes da *Rechtsgutslehre* não se justificam. A maioria do Segundo Senado rejeitou o conceito de “bem jurídico” como controverso e uma versão transpositiva do “bem jurídico” como incompatível com a Constituição, a qual confia à legislatura eleita democraticamente a tarefa de escolher as finalidades da pena, bem como os interesses a serem protegidos pelo direito penal. Em síntese, a partir de uma perspectiva constitucional, o direito penal não possui nada de especial: apenas a Constituição e nada mais define os limites da discricionariedade do legislador. Para um constitucionalista, estas declarações parecem banais — para a maioria dos penalistas, elas representam uma afrontosa provocação. Para mim, esta provocação é útil e ao mesmo tempo tardia.

O único penalista entre os oito juízes do Senado que decidiu o caso, o ex-Vice-Presidente Hassemer, redigiu um incisivo voto dissidente. Ele considerou o § 173 (2) StGB ser contraditório e desprovido de qualquer objetivo legítimo, um entendimento que a *Rechtsgutslehre* alcançou há muito tempo. Os fins da criminalização identificados e aceitos pela maioria eram ilegítimos, como a prevenção de defeitos congênitos por endogamia, ou inverossímeis, como a proteção da autodeterminação sexual e da família. O único objetivo remanescente, em sua opinião, é a proteção da moralidade, a qual não poderia ser o propósito do direito penal.

A decisão da Corte foi muito criticada e tanto o resultado como seus fundamentos foram em sua maior parte rejeitados pela literatura especializada⁵. As finalidades da norma penal

⁴ BVerfGE 120, 224.

⁵ BOTTKE, Wilfried. Roma locuta causa finita? Abschied vom Gebot des Rechtsgüterschutzes. In: HASSEMER, Winfried; KEMPF, Eberhard; MOCCIA, Sergio (Hrsg.). *In dubio pro libertate*. München, 2009, p. 93 e seguintes; CORNILS, Mathias. Sexuelle Selbstbestimmung und ihre Grenzen (BVerfG, Beschl. v. 27.5.2008 - 1 BvL 10/05; BVerfG, Beschl. v. 26.2.2008 - 2 BvR 392/07). *Zeitschrift für das juristische Studium*, 2009, pp. 87 e seguintes; FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. München, 2011, § 173, número de margem 2 e seguintes; GRECO, Luís. Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2008, pp. 234-238; HÖRNLE, Tatjana. Das Verbot des Geschwisterinzests — Verfassungsgerichtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik. *Neue juristische Wochenschrift*, 2008, pp. 2085-2088; NOLTENIUS, Bettina. Grenzenloser Spielraum des Gesetzesgebers im Strafrecht? Kritische Bemerkungen zur Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26. Februar 2008. *Zeitschrift für das juristische Studium*, 2009, pp. 15-21; ROXIN, Claus. Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests. *Strafverteidiger*, 2009, pp. 544- 550, 2009; ZABEL, Benno. Die Grenzen des Tabuschutzes im Strafrecht. *Juristische Rundschau*, 2008, pp. 453-457; ZIETHEN, Jörg. Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 26. 2. 2008 - 2 BvR 392/07. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2008, pp. 617-618; no mesmo sentido, FROMMEL, Monika. § 173. In: KINDHÄUSER,

apontadas pela maioria do Senado foram consideradas inaptas ou insuficientes para justificar a punição⁶. A ampla margem de discricionariedade conferida ao legislador⁷ foi ferozmente criticada, do mesmo modo que a rejeição da *Rechtsgutslehre*⁸. Eu não participarei da prolongada discussão contra ou a favor da punição do incesto aqui – resumidamente, entendo que a fundamentação da maioria é especialmente insatisfatória pelos motivos expostos na dissidência de Hassemer. Pelo contrário, utilizarei a oportunidade para esclarecer a relação de doutrinas restritivas como a *Rechtsgutslehre* com o direito constitucional. A meu ver, o único mérito real e provavelmente duradouro da decisão é a dispensa inequívoca da *Rechtsgutslehre* em seu estado atual. Embora discutirei o cenário do direito alemão, presumo que a tensão básica deve existir, em princípio, em qualquer democracia com um sistema desenvolvido de liberdades constitucionais.

3. As deficiências constitucionais da teoria do bem jurídico

3.1. Desconsideração da Constituição e falta de integração com o direito constitucional

O problema fundamental da *Rechtsgutslehre* não foi a sua incompatibilidade com o direito constitucional, e sim a sua pobreza teórica. No direito constitucional alemão, o exame padrão para avaliar se uma determinada lei está conforme a constituição começa questionando se aquela, em termos constitucionais, persegue um fim legítimo ou não. Este teste é geralmente realizado em termos negativos, ao perguntar se o objetivo da lei é proibido pela Constituição. De acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional⁹, dentre um grande número de fins constitucionalmente válidos, compete exclusivamente ao Poder Legislativo quais escolher¹⁰. Em tese, pode-se imaginar uma limitação do primeiro requisito de tal forma que uma lei penal necessitaria mais do que algum fim não proibido, mas, em vez disso, uma finalidade específica, como a de proteger um “bem jurídico”. Raramente tentou-se integrar ou incorporar a *Rechtsgutslehre* na doutrina constitucional embora, estruturalmente, isso fosse possível. Todavia, dependendo da concepção adotada, tal integração viria a ser inútil ou inconstitucional. Por quê?

Existem várias objeções bem conhecidas em relação ao conceito de “bem jurídico” como uma teoria de política criminal que apresentarei de forma sucinta. Uma das principais críticas aponta para a imprecisão da *Rechtsgutslehre* e sua incapacidade de definir com

Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (Hrsg.). *Strafgesetzbuch*. Baden-Baden, 2010. § 173, números de margem 6-8.

⁶ ROXIN, *Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests*, 2009, p. 546 e seguintes.

⁷ NOLTENIUS, *Grenzenloser Spielraum des Gesetzgebers im Strafrecht? Kritische Bemerkungen...*, 2009, p. 17.

⁸ GRECO, *Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? Gedanken anlässlich...*, 2008, p. 238; ROXIN, *Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests*, 2009, pp. 545-546.

⁹ BVerfGE 50, 142, 162; 90, 145, 173; 120, 224, 240; 124, 300, 331.

¹⁰ APPEL, Ivo. Rechtsgüterschutz durch Strafrecht? Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher Sicht. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1999, p. 303; cf. VOGEL, Joachim. Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. *Strafverteidiger*, 1996, pp. 112.

clareza o que é um *Rechtsgut*¹¹ [bem jurídico]. Esta imprecisão é o sintoma de uma falha em seus fundamentos – e a razão é esta: o conceito de “bem jurídico” é uma expressão puramente formal do resultado de um juízo de valor realizado pelo direito positivo de que algo é protegido pela lei e, portanto, considerado digno de tal proteção. Por esse motivo, a qualidade de “bem jurídico” significa apenas que tal valoração ocorreu — e nada mais. O conceito em si não oferece critérios para determinar quais objetos são dignos de proteção legal, quais não o são e o porquê. Não diz, por exemplo, se apenas objetos perceptíveis pelos sentidos como vida, integridade física ou propriedade devem ser entendidos como “bens jurídicos”, ou também ideias platônicas, noções mais abstratas como saúde pública, segurança pública ou a confiança na imparcialidade e incorruptibilidade do serviço público. O conceito de “bem jurídico” também não nos fornece uma medida para o juízo de valor necessário nem diz *quem* deve fazê-lo em definitivo ou ainda quais consequências jurídicas dele decorrem. Isto possui uma explicação muito simples: se algo é denominado de “bem”, a atribuição da qualidade “bem” é o resultado da aplicação de um conjunto de critérios ou parâmetros àquele objeto. Logo, não é o conceito de “bem jurídico” em si que tem o condão de criticar as opções legislativas, mas os critérios intrínsecos a ele que, assim se espera, fazem parte de uma teoria abrangente¹², como uma teoria sobre a sociedade e o Estado e a posição do indivíduo nesse contexto. Dita teoria também deveria ser capaz de explicar por que o direito penal deve proteger apenas “bens jurídicos” – um pressuposto que está – não só para mim – longe de ser óbvio¹³. Seria inadequado retratar as sociedades modernas como empreendimentos completamente dedicados à maximização de “bens”¹⁴. Desse modo, o foco em “bens” produz uma imagem distorcida do ordenamento social, a menos que se amplie a complexidade do conceito de “bem jurídico”¹⁵, que por sua vez se tornaria mais confuso ou “líquido” e perderia a sua capacidade de discernimento¹⁶.

Contudo, até hoje não está claro qual é a teoria por trás da *Rechtsgutslehre* e mesmo se existe alguma consistente. Enquanto os critérios para a determinação de “bens jurídicos”

¹¹ STRATENWERTH, Günter. Zum Begriff des “Rechtsgutes” In: ESER, Albin; SCHITTENHELM, Ulrike; SCHUMANN, Heribert (Hrsg.). *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*. München, 1998, p. 378; HIRSCH, Hans Joachim. Die aktuelle Diskussion über den Rechtsgutsbegriff. In: COURAKISED, Nestor (Hrsg.). *Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert*, Athen, 2001, 437-438; ROXIN, *Strafrecht*, 2006, § 2, número de margem 3 e seguintes.

¹² AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, p. 304 e seguintes, 330 e seguintes; AMELUNG, Knut. Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden-Baden, 2003, pp. 160-161; HASSEMER, Winfried. Buchbesprechung zu Amelung, Knut: Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und Anwendungsbereich eines Strafrechtssprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der „Sozialschädlichkeit“ des Verbrechens. Frankfurt: Athenäum 1972. XV, 439 S”. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1975, p. 156 e seguintes.

¹³ Cf. FLETCHER, George. The Relevance of Law to the Incest Taboo. In: HERZOG, Felix; NEUMANN, Ulfrid (Hrsg.). *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010*. Heidelberg, 2010, pp. 321- 322.

¹⁴ JAKOBS, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Berlin, 1991, § 2/22-23; JAKOBS, Günther. Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung? In: SHIBASHIED, T. (Hrsg.). *Aktualität und Entwicklung der Strafrechtswissenschaft*. Tokio, 2003, p. 780; AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 48-49, 331 e seguintes, 350; AMELUNG, *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*, 2003, p. 180.

¹⁵ Vide HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (Hrsg.). *Strafgesetzbuch*. Baden-Baden, 2010, Vor § 1, número de margem 139.

¹⁶ JAKOBS, *Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?*, 2003, p. 780; MÜSSIG, Bernd. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*. Frankfurt am Main, 1994. pp. 69-70 e 156.

permanecerem essencialmente indefinidos, toda a doutrina é teoricamente inconsistente e inútil na prática.

Não restam dúvidas de que a *Rechtsgutslehre* é bem-intencionada, baseada numa motivação louvável de ter uma política racional em matérias criminais e de contribuir na elaboração de um direito penal humano e liberal¹⁷. Não há controvérsia sobre como tais fins são desejáveis, e sim sobre a utilidade da *Rechtsgutslehre* para alcançá-los. Pelas razões expostas até agora, junto-me aos críticos que a consideram bastante contraproducente porque tende a obscurecer os padrões subjacentes e encobrir os verdadeiros juízos de valor, os quais frequentemente parecem ser intuitivos ao invés de reflexões. A minha impressão é que os proponentes da *Rechtsgutslehre* hoje em dia concordam apenas com o termo “*Rechtsgüterschutz*” [proteção de bens jurídicos] e alguns poucos axiomas – que a imoralidade por si só é uma base insuficiente para a criminalização, por exemplo – mas não em relação ao conceito ou na sua essência, isto é, uma teoria intrínseca¹⁸.

Se uma teoria por trás da noção de proteção de bens jurídicos visa mais – o que não está claro o momento – do que contribuir modestamente com alguns aspectos para o debate político-criminal¹⁹, deve se apresentar como uma teoria constitucional²⁰ que propõe requisitos específicos para a constitucionalidade de normas de direito penal²¹, como, por exemplo, ao demandar parâmetros mais rigorosos para o exame de proporcionalidade²², o qual é frequentemente criticado por ser pouco efetivo quando aplicado na legislação penal.

Incompatíveis com a Constituição Alemã, entretanto, são aquelas variações da *Rechtsgutslehre* baseadas em compromissos transpositivos extraídos do jusnaturalismo ou da filosofia de Kant que supostamente vinculariam o legislador; desenvolverei essa questão em breve. Outras versões da doutrina que descrevem “bens jurídicos” como resultados de

¹⁷ Assim, por exemplo, HASSEMER; NEUMANN, *Strafgesetzbuch*, 2010, Vor § 1, número de margem 115; HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechens*. Frankfurt am Main, 1973, p. 98 e seguintes, 192 e seguintes.

¹⁸ AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 160-161; HIRSCH, *Die aktuelle Diskussion über den Rechtsgutsbegriff*, 2001. p. 436; MÜLLER-DIETZ, Heinz. Aspekte und Konzepte der Strafrechtsbegrenzung. In: GEPPERT, Klaus; BOHNERT, Joachim; RENGIER, Rudolf (Hrsg.). *Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag*. Tübingen, 1992. p. 103.

¹⁹ Cf. HASSEMER; NEUMANN. *Strafgesetzbuch*, 2010, Vor § 1, número de margem 146.

²⁰ Cite-se, por exemplo, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, p. 350 e seguintes; em sentido contrário, HASSEMER, *Buchbesprechung zu Amelung, Knut...*, 1975, p. 161 e seguintes.

²¹ NEUMANN, Ulfried. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als strafbegrenzendes Prinzip. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Mediating Principles*. Baden-Baden, 2006. p. 136.

²² HASSEMER, Winfried. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Mediating Principles*. Nomos, 2006. p. 124 e seguintes; com maiores referências, NEUMANN, *Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als strafbegrenzendes Prinzip*, 2006, pp. 135-136; HÖRNLE, Tatjana. *Grob anstößiges Verhalten*. Frankfurt am Main, 2005. p. 22 e seguintes; SCHEINFELD, Jörg. Normschutz als Strafrechtsgut? - Normentheoretische Überlegungen zum legitimen Strafen. In: HEINRICH, Manfred; JÄGER, Christian; ACHENBACH, Hans; AMELUNG, Knut; BOTTKE, Wilfried; HAFFKE, Bernhard; SCHÜNEMANN, Bernd; WOLTER, Jürgen (Hrsg.). *Strafrecht als Scientia Universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*. Berlin, 2011. pp. 184-185; conferir também BUNZEL, Michael. Die Potenz des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips als Grenze des Rechtsgüterschutzes in der Informationsgesellschaft. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden-Baden, 2003. p. 104; conferir, ainda, WEIGEND, Thomas. In: LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; RISSING-VAN SAAN, Ruth; TIEDEMANN, Klaus (Hrsg.) *Strafgesetzbuch*. Berlin, 2007. Einleitung, número de margem 7; KRAUSS, Detlef. Rechtsgut und kein Ende. Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests (BverfGE 120,224). In: HERZOG, Felix; NEUMANN, Ulfried (Hrsg.). *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010*. Heidelberg, 2010. p. 437.

processos de discursos sócio-normativos e de decisão legislativa²³ são inadequadas, porque são incapazes de criticar tais discursos²⁴.

Finalmente, não obstante os proponentes da *Rechtsgutslehre* gostarem de apresentá-la como uma doutrina incontestavelmente liberal²⁵, isto é menos claro do que parece, pois a qualidade de liberal depende em última análise da formulação precisa da teoria que a embasa – a menos que se use o termo “liberal” de maneira indiscriminada para qualquer doutrina que busque restringir o direito penal. Deve-se ter em mente que a ideia de a proteção de bens jurídicos justificar a criminalização possui também uma tendência iliberal em seu bojo, visto que a suposta proteção de bens jurídicos pela ameaça de pena pode sempre ser “aperfeiçoada” sem nunca atingir a perfeição²⁶.

3.2. *Desdém pela democracia*

A segunda e mais problemática deficiência constitucional da *Rechtsgutslehre* consiste na sua natureza antidemocrática²⁷ a qual, ao mesmo tempo, é a característica emblemática dos conceitos tradicionais do princípio de *ultima ratio* na doutrina penal alemã.

De acordo com a Lei Fundamental Alemã, a legislatura eleita democraticamente é livre para escolher entre os fins políticos e os correspondentes meios; as únicas restrições para a atividade parlamentar são aquelas contidas no texto constitucional. Como em qualquer sociedade livre e pluralista, é função do processo político estabelecer propósitos e eleger os meios necessários para a realização daqueles. Se uma lei está em conformidade com a Constituição, é sempre a expressão legítima da vontade do soberano, isto é, do povo, e não importa – juridicamente – se alguém a considera uma lei boa ou ruim, inteligente ou estúpida,

²³ HASSEMER, Winfried. Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen? In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden-Baden, 2003. p. 151 e seguintes, p. 221 e seguintes; HASSEMER; NEUMANN. *Strafgesetzbuch*, 2010, Vor § 1, número de margem 139 e seguintes.

²⁴ APPEL, *Rechtsgüterschutz durch Strafrecht? Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher Sicht*, 1999, pp. 292-293; FRISCH, Wolfgang. An den Grenzen des Strafrechts. In: KÜPER, Wilfried; WELP, Jürgen (Hrsg.). *Beiträge zur Rechtswissenschaft*. Heidelberg, 1993. p. 72.

²⁵ AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, p. 216 e seguintes; AMELUNG, Knut. Rechtsgutsverletzung und Sozialschädlichkeit. In: JUNG, Heike; MÜLLER-DIETZ, Heinz; NEUMANN, Ulfrid (Hrsg.). *Recht und Moral*. Baden-Baden, 1991. p. 274 e seguintes; AMELUNG, *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*, 2003, p. 160: a conotação liberal provavelmente se deve ao fato de que alguns juristas que se opuseram ao regime nazista também eram defensores da *Rechtsgutslehre*.

²⁶ JAKOBS, Günther. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1985, pp. 753-754; JAKOBS, Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?, 2003, p. 780 e seguintes; vide, também, MÜLLER-DIETZ, *Aspekte und Konzepte der Strafrechtsbegrenzung*, 1992, pp. 104-105.

²⁷ APPEL, *Rechtsgüterschutz durch Strafrecht? Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher Sicht*, 1999, p. 286 e seguintes; AMELUNG, *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*, 2003, p. 163; conferir também STERNBERG-LIEBEN Detlev. Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden-Baden, 2003. pp. 78 e seguintes; para uma análise aprofundada, conferir o recente trabalho de GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. Strafbegründung und Demokratieprinzip. *Der Staat: Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht*, 2010, p. 342 e seguintes.

teoricamente sublime ou repugnante²⁸. Em outras palavras, o arcabouço constitucional geralmente admite diferentes tons ou variações de legislação criminal de caráter mais ou menos liberal. Os juristas e, do mesmo modo, os filósofos do direito podem entender como deplorável que a péssima técnica legislativa e o parco conhecimento filosófico não são automaticamente declarados inconstitucionais e anulados, mas não há outro caminho em um sistema democrático: todas aquelas falhas alegadas em uma legislação que não afetem sua validade constitucional só podem ser corrigidas no processo político. Em suma, é a prerrogativa suprema de um legislador democrático promulgar leis ruins ou até mesmo estúpidas.

Os juristas que elaboram a noção de *ultima ratio* e criam teorias sobre o uso do direito penal em uma sociedade livre etc. devem ser francos sobre o âmbito em que seus argumentos pretendem ser relevantes: uma possibilidade é debater no âmbito político onde pode-se tentar convencer o legislador a tomar um certo rumo. Outra possibilidade é discutir no âmbito jurídico ou, mais precisamente, no âmbito constitucional a fim de determinar se é constitucionalmente proibida ou não a penalização de uma conduta específica. Simplificando, deve-se distinguir entre o que um legislador não deve fazer e o que ele não pode (legalmente) fazer. A falha da *Rechtsgutslehre* que causou a sua rejeição pela Corte Constitucional alemã foi que seus proponentes nunca se preocuparam em esclarecer o âmbito do argumento e tampouco em fazer sua doutrina funcionar no contexto da análise constitucional. Isso facilitou para a maioria do Senado recusar a *Rechtsgutslehre* por ser uma doutrina inusitada que reivindica a restrição dos poderes de uma legislatura democrática sem apresentar um argumento constitucional sequer. Na verdade, é difícil entender por que deveria ser inconstitucional a criminalização de uma conduta meramente imoral se a maioria parlamentar assim o quer²⁹. De fato, a Corte recorreu a “fortes convicções sociais de reprovação”³⁰ para justificar a punição do incesto. É de conhecimento geral que um número – não muito grande, felizmente – de dispositivos no Código Penal alemão não podem ser classificados senão como crimes contra a moralidade³¹ apesar de serem geralmente tratados como “crimes contra a paz pública”³². Isso é simplesmente uma inversão de causa e efeito: a paz pública é certamente ameaçada se um determinado tipo de conduta causa indignação pública porque é vista como escandalosamente imoral e ofensiva.

Por isso, várias suposições familiares elaboradas por penalistas são constitucionalmente infundadas como, por exemplo, que o legislador está juridicamente adstrito a conceitos materiais de crime ou reivindicações doutrinárias de que somente bens jurídicos pessoais, individuais e não coletivos ou abstratos podem ser protegidos por meio do direito penal ou

²⁸ GÄRDITZ, *Strafbegründung und Demokratieprinzip*, 2010, p. 365.

²⁹ APPEL, Ivo. *Verfassung und Strafe*. Berlin, 1998, pp. 200-201; APPEL, *Rechtsgüterschutz durch Strafrecht? Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher Sicht*, 1999, p. 302; isto ficou indefinido pela BVerfGE 120, 224, 248; em sentido contrário, HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten*, 2005, p. 52 e seguintes, 470.

³⁰ BVerfGE 120, 224, 248-249.

³¹ Veja-se, por exemplo, §§ 130, 166, 167, 168, 173, 183 e 183a, StGB; vide HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten*, 2005, p. 209 e seguintes.

³² HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten*, 2005, p. 90 e seguintes; FRISCH, Wolfgang. Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie*. Baden-Baden, 2003. pp. 217-218; comparar BVerfGE 124, 300, 334 e seguintes com o § 130 (4) StGB e o artigo 5 GG (*Grundgesetz* – Lei Fundamental alemã).

ainda que apenas a lesão efetiva a bens jurídicos justifica a punição em vez da mera colocação em perigo³³. Em uma democracia, é prerrogativa da legislatura – e não de estudiosos que não foram eleitos – determinar quais interesses públicos merecem a proteção do direito penal. Teorias penais e pensamentos sobre o princípio de *ultima ratio* devem levar em conta que legisladores democráticos têm licença para divagar dentro dos limites estabelecidos pela Constituição³⁴. A versão tradicional da *Rechtsgutslehre* optou por ignorar esta parte da realidade constitucional e, por seu turno, foi ignorada por um dos atores que administra esta realidade. Isso não deveria ser uma surpresa para ninguém.

Seria o caso de uma investigação sociológica para apurar como a *Rechtsgutslehre* pôde se distanciar tanto do caminho da relevância constitucional. Uma das principais razões parece ser o fato de que considerável parcela dos teóricos do direito penal na Alemanha compartilham uma profunda desconfiança em relação ao legislador. Esta suspeita pode remontar ao período pré-constitucional³⁵ e mantida viva pelos equívocos inafastáveis cometidos pelo legislador pós-guerra. No entanto, seria estranho enxergar no legislador democrático a principal ameaça para as liberdades individuais como se a democracia – a qual muitas vezes é conquistada a duras penas – não fosse a melhor forma de governo criada até o presente momento para preservar aquelas liberdades³⁶.

O que os penalistas devem fazer, então? O meu chamado é por um duplo ressurgimento teórico: por um lado, no nível da “teoria pura”, e, por outro lado, no sistema positivo de um determinado ordenamento jurídico. Os juristas devem se esforçar por teorias sólidas e objetivas, mas sem esquecer os aspectos de sua implementação. Eles devem ter voz ativa nos debates políticos em matéria penal e tentar convencer o legislador pela força de seus argumentos. Ele devem ser claros e distinguir nitidamente argumentos jurídicos “indiscutíveis”, como a inconstitucionalidade³⁷ de uma lei penal ou de um projeto de lei, de argumentos políticos “discutíveis”, como a inconveniência de uma determinada disposição em um Estado liberal. Desse modo, os penalistas devem pensar mais sobre a doutrina constitucional e tentar desenvolver parâmetros específicos para leis penais ao invés de participar do ritual de reclamações de que o direito constitucional é muito permissivo. O que não devem fazer é igualmente evidente: eles não deveriam brandir conceitos confusos como “bem jurídico” e elaborar reivindicações corajosas, porém dúbias, sobre o que o legislador pode ou (não) está limitado a fazer.

Novamente, a minha impressão é que a *Rechtsgutslehre* em seu estado atual – a qual Amelung³⁸ certa vez chamou de “miscelânea de argumentos políticos desprovidos de qualquer

³³ APPEL, *Verfassung und Strafe*, 1998, p. 198 e seguintes, 387 e seguintes; APPEL, *Rechtsgüterschutz durch Strafrecht? Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher Sicht*, 1999, p. 301 e seguintes, 309 e seguintes; GÄRDITZ, *Strafbegründung und Demokratieprinzip*, 2010, p. 351 e seguintes; no mesmo sentido, AMELUNG, *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*, 2003, pp. 163-164.

³⁴ Nesse sentido, GÄRDITZ, *Strafbegründung und Demokratieprinzip*, 2010, p. 353.

³⁵ APPEL, *Rechtsgüterschutz durch Strafrecht? Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher Sicht*, 1999, p. 286 e seguintes; AMELUNG, *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*, 2003, pp. 163-164.

³⁶ Cf. GÄRDITZ, *Strafbegründung und Demokratieprinzip*, 2010, p. 342 e seguintes, com maiores referências.

³⁷ Nesse sentido, STERNBERG-LIEBEN, *Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers*, 2003, p. 65, 78 e seguintes.

³⁸ *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*, 2003, p. 160.

conexão lógica” – não é útil e por esse motivo – como George Fletcher³⁹ defendeu recentemente – deve ser abandonada. Uma teoria é extremamente necessária, mas precisamos de outra melhor.

Referências bibliográficas

- AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft: Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage; zugleich ein Beitrag zur Lehre von der „Sozialschädlichkeit“ des Verbrechen*. Frankfurt am Main: Athenäum-Verlag, 1972.
- _____. Rechtsgüterverletzung und Sozialschädlichkeit. In: JUNG, Heike; MÜLLER-DIETZ, Heinz; NEUMANN, Ulfrid (Hrsg.). *Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1991. pp. 269-279.
- _____. Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos, 2003. pp. 155-182.
- APPEL, Ivo. 1998. *Verfassung und Strafe: zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*. Berlin: Duncker und Humblot, 1998.
- _____. Rechtsgüterschutz durch Strafrecht? Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher Sicht. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Baden-Baden, n. 82, pp. 278-311, 1999.
- BIRNBAUM, Johann Michael Franz. Ueber das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechen, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung. *Archiv des Criminalrechts Neue Folge*. v. 2, pp. 149-194, 1830.
- BOTTKE, Wilfried. Roma locuta causa finita? Abschied vom Gebot des Rechtsgüterschutzes. In: HASSEMER, Winfried; KEMPF, Eberhard; MOCCIA, Sergio (Hrsg.). *In dubio pro libertate: Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*. München: C.H. Beck, 2009. pp. 93-110.
- BUNZEL, Michael. Die Potenz des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips als Grenze des Rechtsgüterschutzes in der Informationsgesellschaft. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos, 2003. pp. 96-118. (= La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos em la sociedad de la información. Tradução de María Gutiérrez Rodríguez. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorio dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007. pp. 147-176.)
- CORNILS, Matthias. Sexuelle Selbstbestimmung und ihre Grenzen (BVerfG, Beschl. v. 27.5.2008 - 1 BvL 10/05; BVerfG, Beschl. v. 26.2.2008 - 2 BvR 392/07). *Zeitschrift für das juristische Studium*. v. 2, n. 1, pp. 85-89, 2009. Disponível em: <http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2009_1_151.pdf>. Acesso em: 16 de jan. 2013.
- FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. 58. Auflage. München: C.H. Beck, 2011.
- FLETCHER, George. The Relevance of Law to the Incest Taboo. In: HERZOG, Felix; NEUMANN, Ulfrid (Hrsg.). *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010*. Heidelberg: C.F. Müller, 2010. pp. 321-330.
- FRISCH, Wolfgang. An den Grenzen des Strafrechts. In: KÜPER, Wilfried; WELP, Jürgen (Hrsg.). *Beiträge zur Rechtswissenschaft: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: C.F. Müller, 1993. pp. 69-106.
- _____. Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos, 2003. pp. 215-238. (= Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación em el contexto de la legitimación de la pena estatal. Tradução de Ricardo Robles Planas. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorio dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007. pp. 309-339.)
- FROMMEL, Monika. “§ 173”. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (Hrsg.). *Strafgesetzbuch*. 3. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2010.
- GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. Strafbegründung und Demokratieprinzip. *Der Staat: Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht*. Berlin, v. 49, n. 3, pp. 331-367, 2010.
- GRECO, Luís. Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. v. 4, n. 5, pp. 234-238, 2008. Disponível em: <http://www.zis-online.com/dat/artikel/2008_5_235.pdf>. Acesso em 16 jan. 2013.
- HASSEMER, Winfried. *Theorie und Soziologie des Verbrechen*: Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre.

³⁹ *The Relevance of Law to the Incest Taboo*, 2010, p. 322.

- Frankfurt am Main: Athenäum-Verlag, 1973.
- _____. Buchbesprechung zu Amelung, Knut: Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der „Sozialschädlichkeit“ des Verbrechens. Frankfurt: Athenäum 1972. XV, 439 S. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, v. 87, n. 1, pp. 146-164, 1975.
- _____. Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen? In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos, 2003. pp. 57-64. (= ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?. Tradução de: Beatriz Spínola Tártalo. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorio dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007. pp. 95-104.)
- _____. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Mediating Principles: Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*. Baden-Baden: Nomos, 2006. pp. 121-127. (= El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales. Tradução de: María Teresa Castiñeira Palou e Ricardo Robles Planas. In: ROBLES PLANAS, Ricardo (Org.). *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, 2012. pp. 193-200.)
- _____. NEUMANN, Ulfrid. Vor § 1. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich (Hrsg.). *Strafgesetzbuch*. 3. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2010.
- HIRSCH, Hans Joachim. Die aktuelle Diskussion über den Rechtsgutsbegriff. In: COURAKISED, Nestor (Hrsg.). *Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert: Festschrift für Dionysios Spinellis*. Athen: Sakkula, 2001. pp. 425-445.
- HÖRNLE, Tatjana. *Grob anstößiges Verhalten: Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*. Frankfurt am Main: Klostermann, 2005.
- _____. Das Verbot des Geschwisterinzests — Verfassungsgerichtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik. *Neue juristische Wochenschrift*. München, v. 61, n. 29, pp. 2085-2088, 2008.
- JAKOBS, Günther. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, v. 97, n. 4, pp. 751-785, 1985.
- _____. *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. Auflage. Berlin: Walter de Gruyter, 1991. (= *Derecho Penal*. Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación. Tradução de José Luís Serrano Gonzáles de Murillo e Joaquín Cuello Contreras. Madrid: Marcial Pons, 1997.)
- _____. Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung? In: SHIIBASHIED, T. (Hrsg.). *Aktualität und Entwicklung der Strafrechtswissenschaft: Festschrift für Seiji Saito*. Tokio: Shinzansha, 2003. pp. 780- 760.
- KRAUSS, Detlef. Rechtsgut und kein Ende. Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests (BverfGE 120,224). In: HERZOG, Felix; NEUMANN, Ulfrid (Hrsg.). *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010*. Heidelberg: C.F. Müller, 2010. pp. 423-438.
- MÜLLER-DIETZ, Heinz. Aspekte und Konzepte der Strafrechtbegrenzung. In: GEPPERT, Klaus; BOHNERT, Joachim; RENGIER, Rudolf (Hrsg.). *Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag*. Tübingen: Mohr, 1992. pp. 95-116.
- MÜSSIG, Bernd. *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*. Zu den materiellen Konstitutionskriterien sog. Universalrechtsgüter und deren normentheoretischem Fundament - am Beispiel der Rechtsgutsbestimmung für die §§ 129, 129a und 324 StGB. Frankfurt am Main: Lang, 1994.
- NEUMANN, Ulfrid. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als strafbegrenzendes Prinzip. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Mediating Principles: Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*. Baden-Baden: Nomos, 2006. pp. 128- 137. (= El principio de proporcionalidad como como principio limitador de la pena. Tradução de Pablo Sánchez-Ostiz. In: ROBLES PLANAS, Ricardo (Org.). *Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo*. Barcelona: Atelier, 2012. pp. 201-212.)
- NOLTENIUS, Bettina. Grenzenloser Spielraum des Gesetzgebers im Strafrecht? Kritische Bemerkungen zur Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26. Februar 2008. *Zeitschrift für das juristische Studium*. v. 2, n. 1, pp. 15-21, 2009. Disponível em: <http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2009_1_140.pdf>. Acesso em 16 jan. 2013.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Auflage. München: C.H. Beck, 2006. (Há tradução para o espanhol da segunda edição, de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. *Derecho penal - parte general: Fundamentos*. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Civitas, 1997.)
- _____. “Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests”. *Strafverteidiger*. Köln, v. 29, n. 9, pp. 544- 550, 2009.
- _____. Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte. In: HERZOG, Felix; NEUMANN, Ulfrid (Hrsg.). *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010*. Heidelberg: C.F. Müller, 2010. pp. 573-598.
- SCHEINFELD, Jörg. Normschutz als Strafrechtsgut? - Normentheoretische Überlegungen zum legitimen Strafen. In: HEINRICH, Manfred; JÄGER, Christian; ACHENBACH, Hans; AMELUNG, Knut; BOTTKKE, Wilfried; HAFFKE, Bernhard; SCHÜNEMANN, Bernd; WOLTER, Jürgen (Hrsg.). *Strafrecht als Scientia Universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011*. Berlin: Walter de Gruyter, 2011. pp. 183-198.
- STERNBERG-LIEBEN, Detlev. Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos, 2003. pp. 65-82. (= Bien jurídico, proporcionalidad y libertad

- del legislador penal. Tradução de: Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorio dogmáticos?* Madrid: Marcial Pons, 2007. pp. 105-127.)
- STRATENWERTH, Günter. Zum Begriff des "Rechtsgutes". In: ESER, Albin; SCHITTENHELM, Ulrike; SCHUMANN, Heribert (Hrsg.). *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*. München: C.H. Beck, 1998. pp. 377-392.
- VOGEL, Joachim. Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. *Strafverteidiger*. v. 16, n. 2, pp. 110-115, 1996.
- WEIGEND, Thomas. Einleitung. In: LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; RISSING-VAN SAAN, Ruth; TIEDEMANN, Klaus (Hrsg.) *Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar*. 12. Auflage. Berlin: Walter de Gruyter, 2007.
- ZABEL, Benno. Die Grenzen des Tabuschutzes im Strafrecht. *Juristische Rundschau*. Berlin, n. 11, pp. 453-457, 2008.
- ZIETHEN, Jörg. Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 26. 2. 2008 - 2 BvR 392/07. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*. München, n. 28, pp. 617-618, 2008.