

BEM JURÍDICO, AUTONOMIA E DROGAS: UM ENSAIO PARA UMA INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DOS TIPOS PENAIIS DE TÓXICOS

Legal Good, Autonomy and Drugs: an Essay to a Teleological Interpretation of Criminal Types of Toxic

RODRIGO JOSÉ DOS SANTOS AMARAL

Mestrando em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ.

Especialista em Ciências Criminais e Segurança Pública pela mesma instituição.

Bacharel em Direito pela Universidade Cândido Mendes - UCAM.

Resumo: Recorrendo a valores de ordem constitucional, traça-se parâmetros para a avaliação de legitimidade de um bem jurídico. Após, é feito um exame das condições que legitimam o paternalismo penal em um Estado que respeita liberdades individuais. Com isto, analisa-se a legitimidade da saúde pública como bem jurídico declarado. Feita essa aferição, passa-se à verificação das consequências dogmáticas no que tange à interpretação dos tipos penais da Lei 11.343/2006.

Palavras-chave: Saúde Pública. Dogmática Penal. Bem Jurídico.

Abstract: This essay uses constitutional values to reach parameters of legitimacy of the concept of legal good. It is essential to evaluate how the criminal paternalism is legitimized in a State which respects individual freedoms. With the proper parameters determined it is necessary to analyze public health as a legal good. The next stage is to verify the dogmatic consequences as regards the interpretation of the criminal types of the Law nº 11.343/2006.

Keywords: Public Health. Criminal Dogmatic. Legal Good.

1 INTRODUÇÃO

Este estudo se dedica à figura da saúde pública como bem jurídico e ao escrutínio dos tipos penais em que se declara a tutela do citado bem. Para isso, será necessário fazer um exame dos fundamentos do direito penal: por que o Estado deve lançar mão da resposta penal para a proteção de bens jurídicos? É preciso examinar a saúde pública como um bem jurídico: é justificável a tutela dessa figura?

Também é necessário lembrar certas escolhas políticas que devem guiar a dogmática jurídica, por terem sido consagradas na Constituição de 1988: o respeito às liberdades

individuais, não se limitando à liberdade de locomoção. Trata-se de mais: as liberdades de pensamento, religião ou outras crenças de qualquer natureza; de buscar a própria felicidade, de ter os próprios valores e de realizar aquilo que for concretamente possível, desde que não interferindo em esferas de liberdade alheias. Isso não significa somente que o Estado deve se abster de intervir injustificadamente no âmbito de liberdade de um indivíduo. É mais: o respeito ao ser humano obriga que o fim de toda política estatal seja o próprio ser humano. Isso significa que ninguém pode ser instrumentalizado que o Estado tem o dever de fundamentar satisfatoriamente uma privação de liberdade.

O capítulo 2 é dedicado à figura conceitual do bem jurídico: será feita uma análise dos principais pontos a favor (2.1) e contra (2.2). Após, traçar-se-á os parâmetros que nortearão o conceito de bem jurídico neste estudo (2.3). No capítulo 3, serão feitas reflexões acerca dos limites da intervenção estatal à liberdade individual, o que será de central importância tanto para a avaliação de legitimidade do tipo penal, como na construção da melhor forma de interpretá-lo. Realizar-se-ão curtas observações sobre a disponibilidade de um bem jurídico (3.1). Também serão feitos breves apontamentos sobre a teoria da imputação objetiva e o princípio da autorresponsabilidade (3.2). Por fim, serão expostos os limites de legitimidade do paternalismo jurídico em âmbito penal (3.3). No capítulo 4 será realizada a avaliação da figura da saúde pública como bem jurídico (4.1 e 4.2). Após, será avaliada uma proposta específica sobre a substituição da saúde pública por um “controle estatal do comércio de tóxicos” (4.3). Ao final, passa-se à análise dos crimes da Lei 11.343/2006 (conhecida como “Lei de Drogas”), propondo-se um caminho para uma interpretação teleológica de tais tipos (5).

2 UM PANORAMA SOBRE AS TEORIAS DO BEM JURÍDICO NO DEBATE ACERCA DO CONCEITO MATERIAL DE DELITO

A figura da proteção a bens jurídicos¹ possui duas facetas no direito penal: a função *político-criminal* ou *transcendente* e a função *dogmática* ou *imaneente*². Esta diz respeito à

¹ Quanto à terminologia do princípio, é válido observar as considerações de Luís Greco: “anote-se que a doutrina alemã costuma falar em proteção de bens jurídicos, enquanto a doutrina anglo-saxã fala em princípio da lesão ou lesividade, *harm principle*, a italiana fala principalmente em princípio de ofensividade ou lesividade, e a espanhola parece usar indistintamente as três formulações, ao lado de uma quarta, o princípio da exclusiva

utilidade da noção de bem jurídico atingido para fins de interpretação dos tipos penais, bem como os demais institutos da ciência penal, como, por exemplo, a dogmática do erro. Aquela possui o condão de realizar um controle de legitimidade da intervenção penal. Ou seja, determina que, para ser considerada passível de tutela penal, a conduta que se pretende combater deve lesionar ou causar risco de lesão a um bem jurídico penalmente relevante, tratando-se de importante ferramenta para o controle e racionalização do poder estatal de proibir condutas por meio da ameaça penal.

Assim, a norma penal teria a finalidade de proteger um interesse jurídico fundamental contra lesões ou risco de lesões, sendo vedada a criação de delitos proibindo meras infrações de obrigações ou deveres, hipótese esta que caracterizaria uma inaceitável e excessiva intervenção estatal³. Tal princípio, portanto, serve como parâmetro para determinar em quais hipóteses o Estado está autorizado a processar e punir penalmente um indivíduo. Em âmbito jurídico-penal, são irrelevantes as condutas consideradas exclusivamente imorais⁴.

proteção a bens jurídicos, situação similar à que começa a se delinear entre nós.”. GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção a bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito penal. In: *Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*, Cuiabá, ano 2, n. 3, p. 250, 2007.

² O binômio “imanente/transcendente” foi criado por Hassemer em sua famosa monografia, intitulada, em tradução livre, “Teoria e Sociologia dos Delitos”. Cf. GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 89-147, 2004, p. 92.

³ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 73.

⁴ Nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias: “função do direito penal só pode ser, num estado democrático pluralista e laico, a tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal, não a decisão de controvérsias morais, o reforço de normas morais ou, em suma a tutela de qualquer moral.”. DIAS, Jorge de Figueiredo. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional à luz da jurisprudência constitucional portuguesa. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (orgs). *Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 251; Vale citar também as palavras de Paulo de Sousa Mendes: “Aceitar a complexa relação da pluralidade objetiva dos valores morais com a integridade de uma comunidade liberal dos cidadãos em que o republicanismo e o multiculturalismo se completam um ao outro, fechando a porta ao relativismo moral, é o desafio do nosso tempo.”. MENDES, Paulo de Sousa. Em defesa do particularismo moral e do pluralismo liberal. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (orgs). *Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 667; Um argumento contundente, que pode ser considerado uma síntese entre as colocações feitas acima, de Figueiredo Dias e Sousa Mendes, é realizado por Luís Greco: “Para essa perspectiva, o que interessa em primeira linha não é nem que a proteção da moral pelo direito penal seja de reduzida eficácia, nem que ela produza poucos benefícios, e sim a sua incompatibilidade com o respeito pela autonomia dos cidadãos. Em certas esferas, ainda que bem reduzidas, o cidadão é soberano absoluto. Principalmente no que diz respeito a questões referentes à chamada ‘boa vida’, qualquer intervenção estatal significará um desrespeito a essa autonomia, entendida aqui grosseiramente como o direito de viver segundo seu próprio plano de vida e sua própria ideia de uma ‘boa vida’.”. 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). In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 82, p. 165-185, 2010b, p. 178; Cf. também GRECO, Luís. Breves reflexões..., p. 260;

É importante ressaltar o caráter subsidiário que deve guiar a tutela penal. Isso significa que uma pena só pode ser cominada quando não foi possível realizar uma proteção do bem através de meios menos gravosos. E isso possui uma razão: a desnecessidade da tutela penal diante da existência de um recurso menos gravoso ao cidadão⁵. Pode-se observar em tal pensamento a influência do princípio da proporcionalidade, pelo vetor *necessidade*: o direito penal só entra em cena de forma proporcional quando for o meio menos incisivo possível para solução do problema⁶. Nesse contexto, existem aqueles que observam que nem sempre a opção pela tutela penal será a opção mais grave no caso concreto⁷.

Poder-se-ia arguir também que a deficiência do argumento da proporcionalidade reside na sua inexatidão. Por trás do princípio da proporcionalidade reside uma ponderação que não oferece à dogmática um critério seguro de resolução de casos. Disso resultaria uma grande margem para arbitrariedades e, como consequência disso, uma inevitável insegurança jurídica. Entretanto, a essa crítica é possível argumentar o seguinte: o princípio da *ultima ratio* constitui um critério de orientação legislativa e, como tal, não pode traçar um rol fechado do que é ou não é legítimo ao legislador tutelar penalmente. Caso contrário, estaria maculada a tripartição de Poderes. Portanto, tal ponderação de interesses é funcional ao Estado

NEUMANN, Ulfred. Bem jurídico, Constituição e os limites do direito penal. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (orgs). *Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 525.

⁵ Roxin defende que é possível fazer a fundamentação dessa colocação a partir da teoria do contrato social: “O recuo do direito penal para trás de outros mecanismos de regulamentação pode também ser explicado com base no modelo iluminista de contrato social. Os cidadãos transferem ao Estado a faculdade de punir somente na medida em que tal seja indispensável para garantir uma convivência livre e pacífica. Uma vez que a pena é a intervenção mais grave do Estado na liberdade individual, só pode ele cominá-la quando não dispuser de outros meios mais suaves para alcançar a situação desejada.”. ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 33.

⁶ “O exame de necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados.”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação de princípios jurídicos*. 4ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 122.

⁷ Nesse sentido, SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos: sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 53, p. 9-37, 2005, p. 21-32; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal: direito penal econômico e novo direito penal. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, p. 121-123. Por todos, cf. GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 58-59.

democrático de Direito⁸. Na verdade, deve-se realizar um controle acerca do que se pretende proteger⁹ e da extensão dessa proteção¹⁰.

Do disposto até o momento, pode-se concluir que só é legítima a intervenção penal do Estado de forma subsidiária¹¹ e em relação aos fatos que lesionem ou causem perigo a bens jurídicos. Nos itens 1.1 e 1.2 deste capítulo, far-se-á um resumo compilado dos argumentos contra e a favor da figura do bem jurídico. Ainda é preciso ressaltar que, no presente estudo, optou-se por não se adotar critérios classificatórios acerca das diferentes teorias. Para o que se propõe este trabalho, convém observar os argumentos contra e a favor da utilização da figura do bem jurídico, sendo desnecessário realizar qualquer tipo de classificação.

2.1 Argumentos em defesa de teorias do bem jurídico

A pena é potencialmente o meio mais grave e violento de intervenção estatal na esfera de liberdade do indivíduo. Com isso, em um Estado de Direito, onde a figura da dignidade da pessoa humana encontra-se entre os princípios reitores de sua fundação, o recurso à pena não pode ser usado de forma indiscriminada. Não basta somente a proteção subsidiária de bens jurídicos. Precisa-se ir além: a figura do bem jurídico necessita de substância, de conteúdo. E tal conteúdo tem que ser forte o bastante para justificar uma grave ameaça ao âmbito de liberdade do cidadão. Caso contrário, será uma tarefa árdua justificar a tutela penal à luz da dignidade humana¹².

⁸ Hirsch oferece outro argumento: “Talvez se possa objetar que também os princípios da proporcionalidade, subsidiariedade e *ultima ratio* permitem uma valoração diferente. Sem embargo, eles conduzem a decisões racionais, se se os leva a sério. Frente a estas observações, deve ser comprovado pelo legislador se o objeto da regulação não pode ser alcançado já por outro caminho menos incisivo.”. Tradução livre. HIRSCH, Hans Joachim. Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico. In: CERESO MIR, José (org). *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madri: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, p. 378.

⁹ Vide *infra*, item 1.3.

¹⁰ Vide *infra*, cap. 2.

¹¹ Vale conferir a definição de Assis Toledo: “Do ângulo penalístico, portanto, bem jurídico é aquele que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito das normas de direito penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico, em outras áreas extrapenais.”. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 17.

¹² Para Hassemer: “À violação de bens jurídicos como elemento fundamentador do merecimento de pena contrapõem-se princípios que atuam no sentido de uma limitação da punibilidade, os quais eu reúno sob a concepção da ‘formalização da justiça penal’. Dentre eles há que se mencionar especialmente os seguintes: subsidiariedade (o recurso ao Direito Penal só pode ter lugar, quando nenhum outro meio puder solucionar adequadamente o conflito); danosidade social (o conflito tem que atingir “todos nós” e não somente o autor e a vítima”); tolerância, humanidade, respeito da dignidade humana (uma ameaça penal, não importa a forma, não

Atualmente, há duas correntes a favor de uma teoria do bem jurídico: (i) a da teoria dualista de bem jurídico, que afirmam que bens individuais e coletivos são autônomos entre si, tendo seus defensores, entre outros, em Schünemann¹³ e Hefendehl¹⁴; e (ii) a da teoria monista-pessoal, onde o ponto de partida são os interesses pessoais e que bens coletivos só são legítimos na medida em que sejam referíveis a indivíduos, que tem seus maiores defensores vindos da chamada Escola de Frankfurt cujo principal nome é Hassemer¹⁵, e que é seguida também, entre outros, por Ulfrid Neumann¹⁶. Pode-se dizer, de qualquer forma, que as doutrinas do bem jurídico da atualidade possuem a figura da pessoa humana como fim, apesar de ser possível encontrar referências à necessidade de um “dano social”¹⁷. Fundamenta-se a necessidade de apoio ao conceito de bem jurídico a partir de diversos argumentos, que serão listados a seguir.

O argumento do contrato social: para Roxin, os limites de legitimidade da tutela penal estatal encontram-se nas próprias finalidades do direito penal. Para o autor, partindo-se da ideia de contrato social surgida no Iluminismo, cabe ao direito penal a garantia, de forma subsidiária, de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre as pessoas¹⁸. Roxin sintetiza

pode atentar contra os fundamentos de nossa cultura jurídica).”. HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 13; Roxin assevera que “Como a lei penal limita o indivíduo em sua liberdade de agir, não se pode proibir mais do que seja necessário para que se alcance uma coexistência livre e pacífica. Também o fato de que a dignidade humana e a igualdade devam ser protegidas é um resultado do pensamento iluminista, segundo o qual dignidade humana e igualdade compõem condições essenciais da liberdade individual.”. ROXIN, Claus. *Que comportamentos...*, loc. cit.

¹³ SCHÜNEMANN, Bernd. *O direito penal...* op. cit., p. 23-27.

¹⁴ HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 69-94; Idem. Uma teoria social do bem jurídico. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 87, p. 103-120, 2010.

¹⁵ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais...; Idem. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. In: *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 37-46, 2013.

¹⁶ NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico...; Idem. “Alternativas: nenhuma”. Sobre a crítica mais recente à teoria pessoal do bem jurídico. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 116, p. 97-110, 2015.

¹⁷ É o que faz, por exemplo, Schünemann: “pode-se desenvolver, por meio de considerações jusracionalistas, um conceito de crime que não está sob a disposição do legislador e que é definido através da idéia do dano social infligido sobre bens naturais ou socialmente criados dos membros da sociedade.”. SCHÜNEMANN, Bernd. *O direito penal...*, p. 14.

¹⁸ Nas palavras de Roxin: “Penso que o direito penal deve garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas.”. ROXIN, Claus. *Que comportamentos...*, op. cit., p. 32. Similarmente, COSTA, José de Faria. *Tentativa e dolo eventual*. 1ª ed. 1ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 1996, p. 15: “A finalidade primacial de um direito penal que arranque do facto é a de proteger os bens jurídico-penais que a

a ideia sob a rubrica da “proteção subsidiária de bens jurídicos”, afirmando que o direito penal realiza tal proteção através da pretensão de prevenção de futuras lesões e como *ultima ratio* da política pública. Vale observar que o autor rechaça o conceito idealista de bem jurídico: os objetos tutelados pelo Direito penal são reais, e não valores de existência meramente ideal¹⁹. O Estado tutela bens jurídicos e não meros direitos ou interesses. Além disso, tal proteção será somente subsidiária e fragmentária, não cabendo ao Direito penal o alcance amplo e irrestrito de todas as possíveis lesões a bens jurídicos.

Schünemann²⁰ entende que o direito penal de um Estado democrático e liberal deve encontrar um limite de legitimidade, que reside na exata medida da necessidade da tutela penal para a garantia do livre desenvolvimento dos indivíduos dentro do Estado. O autor ressalta que bem jurídico não pode ser um interesse qualquer, “mas apenas um interesse urgente de convivência que pode ser protegido pelo direito penal”²¹. Para Schünemann essa questão é tão central que ele afirma que a teoria de legitimação do direito penal está ancorada em condições suprapositivas baseadas numa ideia tácita de Estado democrático e liberal, não importando se está expressamente consagrada ou não na Constituição²².

O autor fundamenta esse posicionamento em três pontos: (i) o princípio deriva-se da concepção de contrato social, sustentando que está pressuposta em qualquer Constituição; (ii) que desprezar o conceito de bem jurídico dá abertura para a utilização do direito penal para fins políticos aleatórios, como ocorreu na Alemanha nazista; e (iii) a utilização do direito penal precisa necessariamente pressupor um incremento qualitativo na sua urgência e necessidade, se comparada com outras limitações de garantias fundamentais²³. Este último ponto é fundamentado pelo autor alemão por meio de três vias: (i) o princípio *nullum crimen*

comunidade socialmente organizada considera como essenciais à sua manutenção e desenvolvimento, bem como aqueles que levam à livre expressão e expansão da personalidade humana.”

¹⁹ Nas palavras de Roxin: “Se alguém me surra, é evidente que meu interesse em minha integridade física permanece inalterado. Ela mesma, porém, não. Em última análise, tanto a teoria da lesão a direito, quanto a da lesão a interesses são insuficientes, porque os objetos de proteção do Direito Penal não têm existência meramente ideal, mas são reais, devendo-se, pela mesma razão, recusar o chamado conceito idealista de bem jurídico”. 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?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 266.

²⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal... op. cit.

²¹ Ibidem, p. 18.

²² Ibidem, p. 14.

²³ Ibidem, p. 15-16.

sine lege, consagrado na Lei Fundamental alemã²⁴, já pressupõe um aumento no standard de legitimação no que tange ao aspecto formal da norma penal; (ii) a pena está ligada tendencialmente à lesão ou até mesmo à destruição da existência social do apenado, motivo pelo qual há uma necessidade de incremento não apenas quantitativo, mas também qualitativo nos critérios de aferição de legitimidade da tutela penal; e (iii) o reproche ético-social, de natureza desonrosa, a que sofre o apenado, pressupõe de forma objetiva um comportamento errôneo de maior gravidade²⁵.

O argumento da proporcionalidade: pode-se argumentar que este argumento está diretamente ligado às construções baseadas no contrato social, o que não deixaria de ser verdade. Entretanto, é possível arguir a necessidade de aferição de legitimidade da tutela penal por questões de proporcionalidade sem recorrer a uma teoria do contrato social. Kindhäuser²⁶, por exemplo, afirma que entre pena e bem jurídico há uma relação indireta. A proteção de bens jurídicos, para o autor, é a finalidade da criação da norma, mas não da aplicação da pena²⁷. O autor sustenta que o fundamento da norma e, portanto, o conteúdo do bem jurídico reside na figura humana²⁸ e que a norma penal deve atender a uma ideia de proporcionalidade entre o ato punível e a pena correspondente²⁹. Em suma: para o autor, o direito penal retribui a culpabilidade de forma imediata e protege bens jurídicos de forma mediata.

O argumento constitucional: trata-se de uma variante do argumento da proporcionalidade, ancorando-se na Carta Magna. Pode-se observar uma dupla função no recurso à Constituição: (i) a de fundamentar a figura do bem jurídico e (ii) a de conferir uma

²⁴ Também consta como garantia fundamental na Constituição do Brasil, por intermédio de seu artigo 5º, XXXIX e XL, o que torna o argumento do autor aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro.

²⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal... op. cit., p. 16.

²⁶ KINDHÄUSER, Ürs. Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos. Trad. Beatriz Corrêa Camargo. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 95, p. 85-95, 2012.

²⁷ “Por meio da ideia de proteção a bens jurídicos são justificadas as normas de comportamento, as quais podem se dirigir a todos indistintamente ou a círculos específicos de destinatários; elas determinam quais formas de comportamento *sub specie* proteção de bens jurídicos são erradas e, portanto, proibidas, vale dizer, quais são corretas e, portanto, impostas.”. Ibidem, p. 87.

²⁸ “Normas que são a expressão do princípio da coexistência de liberdade universal oferecem a cada um não apenas a vantagem de determinar-se livremente, desde que não se interfira na esfera de liberdade dos demais membros da comunidade jurídica, senão que constituem também, ao mesmo tempo, as condições elementares de autoproteção nas relações entre os seres humanos.”. Ibidem, p. 92.

²⁹ “Satisfazem o princípio da utilidade distributiva, antes de mais nada e sem restrições, as normas que expressam renúncia de liberdade em prol da liberdade mesma.”. Ibidem, p. 91-92.

forma a tal figura. Ferrajoli³⁰ pondera que, sendo a liberdade pessoal um bem constitucional da mais alta importância, não seria lógico intervir nesse bem em nome da proteção de um valor que não seja igualmente constitucional. Em sentido similar, Amaral Rodrigues³¹ aponta que a Constituição impõe que o direito penal limite-se a tutelar interesses ou direitos protegidos constitucionalmente.

Também a favor de uma teoria do bem jurídico, entre outros, Figueiredo Dias³², Polaino Navarrete³³, Muñoz Conde e García Arán³⁴. No Brasil, as teorias do bem jurídico são aceitas por doutrina amplamente majoritária, exemplificando-se, entre outros, Greco³⁵, Bechara³⁶, Silveira³⁷, Régis Prado³⁸, Tavares³⁹ e Bitencourt⁴⁰.

2.2 Críticas à função político-criminal do bem jurídico

A função político-criminal do bem jurídico não está livre de críticas. Abaixo, serão listados os principais argumentos contra a figura do bem jurídico, sem pretensões de esgotamento.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 380.

³¹ RODRIGUES, Joana Amaral. A teoria do bem jurídico-penal: várias dúvidas e uma possível razão. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 2, p. 167-213, 2013, p. 171-172.

³² DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit.

³³ POLAINO NAVARRETE, Miguel. Proteção de bens jurídicos e confirmação da vigência da norma: duas funções excludentes? In: POLAINO-ORTS, Miguel; DINIZ, Eduardo Saad (orgs). *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 109-127.

³⁴ “Assim, bens jurídicos são aqueles *pressupostos que a pessoa necessita para sua autorrealização e desenvolvimento de sua personalidade na vida social*.”. Tradução livre. Grifos no original. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 8ª ed. rev. Valência: Tirant lo Blanch, 2010, p. 59.

³⁵ GRECO, Luís. Princípio da ofensividade... op. cit.; Idem. Tem futuro... op. cit.

³⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 352-385.

³⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Bem jurídico-penal: leituras conflituosas. In: POLAINO-ORTS, Miguel; DINIZ, Eduardo Saad (orgs). *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 129-147.

³⁸ “O Estado é apenas um meio para o fim que constitui o homem. O homem – sua personalidade – se situa no centro de toda ordem e atividade estatal, cumprindo ao poder público garantir e proteger sua dignidade.”. PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 136.

³⁹ TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en derecho penal*. Trad. Monica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 23ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 44-50.

O argumento da proteção da vigência da norma: na realidade, não se trata só de um argumento contra o bem jurídico, mas a base do chamado funcionalismo sistêmico. Jakobs⁴¹ sustenta que, na realidade, o direito penal não protege bens jurídicos. O autor fundamenta tal posicionamento em dois aspectos distintos. O primeiro deles consiste na oposição à teoria individual-monista⁴² do bem jurídico, ou seja, nas teorias que sustentam que os bens jurídicos devem se referir a um indivíduo concretamente. Jakobs⁴³ critica o recurso à teoria do contrato social, bem como aponta que existem bens sociais que são “irrenunciáveis para a subsistência da sociedade”⁴⁴. Entretanto, é importante ressaltar que o professor alemão não sustenta uma aceitação acrítica de qualquer valor como digno de proteção penal, pois ele afirma que se deve justificar por que o valor em questão precisa da tutela penal⁴⁵.

Por outro lado, o autor, partindo da teoria dos sistemas de Luhmann, sustenta dois pontos: (i) a sociedade é comunicação; e (ii) a vigência das normas é pressuposto da existência real de uma sociedade. Para Jakobs⁴⁶, o crime é o questionamento da norma, é “a manifestação de falta de respeito ao Direito.”. Para o autor, com o acontecimento do delito, a teia comunicativa na sociedade sofre uma lesão e o meio adequado para o restabelecimento da vigência da norma para os cidadãos ocorre por intermédio da pena. Em outras palavras, “Crime e pena se encontram no mesmo plano: o crime é negação da estrutura da sociedade, a pena marginaliza essa negação e é, portanto, confirmação da estrutura.”⁴⁷. Com isso, conclui o autor, com clara inspiração em Hegel⁴⁸, que a “teoria do Direito Penal como proteção da vigência da norma confirma-se especialmente na teoria dos fins da pena: o fato é lesão à vigência da norma; a pena é a eliminação dessa lesão.”⁴⁹. Vale ressaltar que o próprio autor

⁴¹ JAKOBS, Günther. Danosidade social? Anotações sobre um problema teórico fundamental do direito penal. In: POLAINO-ORTS, Miguel; DINIZ, Eduardo Saad (orgs). *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 93-107.

⁴² Ibidem, p. 98.

⁴³ Ibidem, p. 98-101.

⁴⁴ Ibidem, p. 102.

⁴⁵ Ibidem, p. 102.

⁴⁶ JAKOBS, Günther. O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência a norma? In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar? 2ª ed.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 230.

⁴⁷ Ibidem, p. 231.

⁴⁸ No mesmo sentido, POLAINO NAVARRETE, Miguel. Op. cit., p. 119. O próprio Jakobs admite isso: “Em Hegel a teoria absoluta recebe uma configuração que em pouco se diferencia da prevenção geral positiva aqui representada.” (tradução livre). JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed. cor. Madri: Marcial Pons, 1997, p. 22-23.

⁴⁹ Grifos no original. JAKOBS, Günther. O que é protegido... op. cit., p. 232.

assevera que a vigência da norma não constitui um fim em si mesmo, sendo de interesse das pessoas o estabelecimento de um ordenamento jurídico que viabilize a liberdade e o bem-estar de seus integrantes⁵⁰.

O argumento da ineficácia: outra crítica baseia-se no seguinte questionamento: o direito penal não seria um instrumento inidôneo para a dita missão de proteção a bens jurídicos? Jakobs responde a essa pergunta de forma positiva, afirmando que o direito penal seria incapaz de proteger bens jurídicos, tendo em vista que bens são naturalmente lesionados, que isso é um dado que faz parte do mundo sensível (vide a morte por causas naturais ou o perecimento de um objeto com o tempo)⁵¹. Além disso, desde uma perspectiva normativo-funcionalista, diz-se que não há sentido na afirmação do direito penal como protetor de bens jurídicos, tendo em vista que “dito ordenamento põe em marcha seu mecanismo de proteção uma vez que o bem já haja sido lesionado ou colocado em perigo, talvez de maneira irreparável”⁵².

O argumento da incerteza: outro grupo de críticas diz respeito às faltas de precisão e clareza da noção de bem jurídico⁵³. Esse é o motivo que leva Stratenwerth⁵⁴ a afirmar que “uma definição abrangente e material do bem jurídico é a quadratura do círculo.”. Similar é a crítica de Frisch⁵⁵, quando este afirma que a ideia de bem jurídico dá azo a qualquer construção, de modo que o conceito não oferece precisão suficiente. Em razão da decisão do

⁵⁰ Idem. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. 1ª ed. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madri: Civitas, 2003, p. 54.

⁵¹ “Seres humanos morrem por causa dos defeitos que seus órgãos acabam apresentando em idade avançada, ou por causa de graves doenças; máquinas desgastam-se por seu uso e se tornam imprestáveis, o solo semeado e cuidado é destruído pelo temporal ou por uma enchente etc. Haverá em todos esses casos lesões a bens jurídicos, de modo que o passado significa um gigantesco arsenal de bens jurídicos lesionados, e o presente uma constante lesão desses bens?”. Idem. *O que é protegido...* op. cit., p. 209.

⁵² POLAINO NAVARRETE, Miguel. Op. cit., p. 120.

⁵³ Rudolphi observa que “Apesar de seus 130 anos de história, no entanto – sua utilização frequente apenas causará confusão –, pertence a aqueles conceitos que, sem prejuízo dos esforços neste sentido, todavia apresentam uma considerável falta de clareza”. Tradução livre. RUDOLPHI, Hans-Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. In: *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, Buenos Aires, ano 4, p. 329-347, 1975, p. 329.

⁵⁴ STRATENWERTH, Günter. Sobre o conceito de “bem jurídico”. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 145.

⁵⁵ “a noção de bem jurídico permite construir qualquer coisa, de maneira que a adoção deste conceito não oferece ao Direito penal nenhum contorno preciso, nem pode protegê-lo em face uma ampliação (talvez) desmesurada.” (tradução livre). FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (orgs). *El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Trad. Guillermo Benlloch Petit, Nuria Pastor Muñoz, Ramon Ragués i Vallès, Ricardo Robles Planas, Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez e Jesús-Maria Silva Sánchez. Madri: Marcial Pons, 2004, p. 195.

BGH (*Bundesgerichtshof*) que declarou a constitucionalidade do crime de incesto na Alemanha⁵⁶, também Stuckenberg faz críticas à indefinição⁵⁷ do conceito de bem jurídico que foi desenvolvido até o momento. Stratenwerth⁵⁸ defende que se estenda a tutela penal para determinados casos em que este não visualiza um bem jurídico protegido, mas que são socialmente considerados tabus, como seriam os casos do incesto, da perturbação da paz dos mortos e da crueldade com animais⁵⁹.

Renzikowski⁶⁰ sustenta que a falta de clareza no estabelecimento dos pressupostos em que interesses fáticos seriam penalmente relevantes esvazia o poder de controle de legitimidade sobre a atividade legiferante em relação à produção bens jurídicos. Também Hirsch constrói seu argumento a partir da falta de clareza⁶¹ do conceito de bem jurídico, asseverando que tal conceito não é anterior ao sistema⁶² e que, por conseguinte, a ideia de lesão de bens jurídicos não seria um meio adequado para aferir a legitimidade da intervenção penal. Para o autor, o meio mais adequado para a realização desse controle deve ser realizado pelos princípios da proporcionalidade, subsidiariedade e *ultima ratio*, pois estes ofereceriam um critério determinado para a crítica da atividade legislativa em matéria penal⁶³.

⁵⁶ O BGH corresponde ao nosso STJ. A decisão causou grande repercussão na Alemanha, sendo reprovada pela maioria dos defensores da teoria do bem jurídico. Sobre isto, cf. ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. In: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 15-01, p. 1-27, 2013; STUCKENBERG, Carl-Friedrich. As deficiências constitucionais da teoria do bem jurídico. In: *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 3-14, 2014.

⁵⁷ “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 clareza o que é um *Rechtsgut* [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.”. *Ibidem*, p. 7.

⁵⁸ STRATENWERTH, Günter. *Op. cit.*, p. 144-148.

⁵⁹ Quanto à crueldade com animais, para um argumento a favor de sua tutela penal com base na teoria do contrato social, cf. GRECO, Luís. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. In: *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 3, p. 47-59, 2010a.

⁶⁰ RENZIKOWSKI, Joachim. Teoria das normas e dogmática jurídico-penal In: RENZIKOWSKI, Joachim. *Direito penal e teoria das normas*: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetivo e do domínio do fato. Org. e trad. Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto Assis. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 39.

⁶¹ HIRSCH, Hans Joachim. *Op. cit.*, p. 377.

⁶² “A respeito do conceito *a priori* de bem jurídico se chegou à conclusão de que, segundo a opinião unânime, ele não existe.”. Tradução livre. *Ibidem*, p. 379.

⁶³ “Assim, se a pena não está permitida porque a evitação ou contenção das ações em questão pode ser obtida também com meios menos intensos ou sem medidas estatais, então não há legitimação alguma para apenar.”. Tradução livre. *Ibidem*, p. 378.

O argumento da necessidade de apoio na Constituição: Amelung⁶⁴, por sua vez, entende que a função crítica ao sistema da figura do bem jurídico seria decorrente de uma série de erros e falácias históricas. O autor também critica as concepções personalistas de bem jurídico, aludindo ao exemplo da proteção de animais. Para ele, cabe ao legislador, respeitando os limites constitucionais, determinar o que é ou não útil sob o prisma jurídico-penal. Stuckenberg aponta a falta de um fundamento convincente na Constituição, além de defender que o motivo de o Direito penal só tutelar bens jurídicos ainda carece de melhores fundamentações⁶⁵.

O argumento do caráter antiliberal do conceito: Renzikowski⁶⁶ sustenta que um conceito de bem jurídico baseado nos valores de uma sociedade liberal e que compatibilize poder punitivo estatal e garantias individuais não é possível a partir da teoria das normas⁶⁷. O que significa, segundo o autor, que o conceito de direito subjetivo é que deveria assumir a tarefa que a doutrina dominante confere à figura do bem jurídico⁶⁸.

Para o professor alemão, o conceito de bem jurídico só possibilita um pensamento em termos de dano, o que estaria incorreto, pois a mera ocorrência de lesão ainda não fundamenta a responsabilidade de alguém. Enquanto isso, o conceito de direito subjetivo como uma relação tríplice entre dois sujeitos de direito e um contexto fático permitiria o desvio do foco da lesão e o redirecionamento para o acontecimento como tal⁶⁹. Além disso, assevera que o conceito de direito subjetivo se adequa melhor à concepção liberal-individualista adotada pela Constituição alemã⁷⁰. Para o autor, a ideia de direito subjetivo, ao contrário do conceito de bem jurídico, teria ainda mais uma vantagem: fundado na ideia de contrato social, seria um rol

⁶⁴ AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 149-206.

⁶⁵ “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 óbvio.”. STUCKENBERG, Carl-Friedrich. Loc. cit.

⁶⁶ RENZIKOWSKI, Joachim. Teoria das normas..., p. 21-55.

⁶⁷ Ibidem, p. 39-40.

⁶⁸ Ibidem, p. 40.

⁶⁹ Ibidem, p. 35.

⁷⁰ Ibidem, p. 32-34. O autor argumenta baseando-se nos valores da dignidade humana, dos direitos humanos e das garantias fundamentais, também presentes na Carta Magna brasileira.

de valores preexistentes ao sistema jurídico e somente juridicamente reconhecidos, conferindo-lhes um maior potencial crítico⁷¹.

A maior limitação do conceito de bem jurídico, para o professor alemão, residiria no fato de que o ordenamento jurídico não levaria em conta interesses individuais. Pelo contrário, o ordenamento somente conferiria esferas de liberdade juridicamente garantidas em que os cidadãos teriam amplo espaço para viver de acordo com suas respectivas vontades e objetivos. A estes espaços de liberdade, deu-se o nome de “direitos subjetivos”, que não seriam os interesses em si, e sim o meio para a perseguição de tais interesses⁷².

2.3 Os parâmetros norteadores do conceito de bem jurídico neste trabalho

Antes de se estabelecer quais parâmetros devem guiar a figura do bem jurídico, é preciso enfrentar as críticas observadas no item anterior.

Primeiramente, ao posicionamento de Jakobs. Ao afirmar que o direito penal não protege bens jurídicos recorrendo aos fatos naturais que lesam bens, o autor deixa implícito que a resposta penal só poderia proteger bens jurídicos caso fosse possível prevenir qualquer tipo de lesão, inclusive as provenientes de causas naturais, o que é evidentemente absurdo. O Direito destina-se a regular as relações entre seres humanos, sendo obviamente irrelevantes os eventos não provocados por pessoas (como, por exemplo, fatos naturais ou gerados por animais). Além disso, o professor alemão aparentemente ignora a característica fragmentária do direito penal. Não é qualquer tipo de lesão, tampouco qualquer bem que adquire relevância penal, o que é determinado pela norma penal⁷³. Afinal, ao direito penal não cabe a total proteção de bens jurídicos, e sim a tutela de forma subsidiária⁷⁴. Também não procede a objeção de que o direito penal não chega a tempo de proteger o bem jurídico, pois não cabe ao

⁷¹ “Em compasso com a tradição que fundamenta o direito e a sociedade na teoria do contrato social, que vai de Locke a Kant, funda-se a ordem jurídica no reconhecimento recíproco de indivíduos como pessoas dotadas de autodeterminação. Direitos subjetivos não são, assim, os resultados de benesses com as quais o soberano agracia os seus subordinados. Eles não são criados originariamente pelo Estado, senão que são conceitualmente preexistentes e juridicamente reconhecidos.”. *Ibidem*, p. 32.

⁷² *Idem*. Fundamentação da norma e imputação – fundamentos para um conceito restritivo de fato. In: *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetivo e do domínio do fato*. Org. e trad. Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto Assis. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 102.

⁷³ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Op. cit.*, p. 121.

⁷⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. *O direito penal...*

direito penal restaurar o bem já lesionado, e sim visar a prevenção de lesões ou exposições a perigo futuros⁷⁵. Críticas ao funcionalismo sistêmico extrapolariam o âmbito temático deste estudo, optando-se, assim, por não se fazer tal abordagem.

Contra os argumentos sobre a incerteza do conceito de bem jurídico, recorre-se primeiramente a um ponto já mencionado no presente estudo: assim como no caso da proporcionalidade, um conceito fechado de bem jurídico não seria funcional à luz da Tripartição de Poderes. Uma resposta mais contundente é oferecida por Schünemann⁷⁶: tal crítica exige o implausível, que seria uma espécie de definição classificatória, o que já está ultrapassado na moderna filosofia da linguagem. Com isso, a proteção de bens jurídicos nada mais é do que “uma diretriz normativa carecedora, mas também passível de concretização.”⁷⁷. Concretamente, isso significa que a ideia de bem jurídico não deve ser necessariamente abandonada somente pelo fato de que ainda não há uma maior concretude ao termo. Em vez disso, pode-se buscar o aprimoramento da teoria.

A proposta de Stratenwerth de relativização do conceito de bem jurídico retira do jurista um importante instrumento de controle de legitimidade da intervenção penal. E isso porque o citado autor nega a validade da teoria do bem jurídico, mas não fornece outro instrumento de controle da produção legiferante em matéria penal, chegando a propor que até meros tabus morais sejam legitimados. Ignorar a teoria do bem jurídico foi o que motivou o BGH a declarar a constitucionalidade do crime de incesto na Alemanha. O direito penal, como instrumento de potente intervenção estatal na esfera de liberdade individual, precisa ter limites de legitimidade que justifiquem o especial impacto que o Estado causa no apenado.

É de se concordar com Hirsch quando este diz que a proporcionalidade e a subsidiariedade servem como critérios legítimos para verificar a conveniência da intervenção penal. Além disso, concorda-se parcialmente com o autor quando este afirma não existir uma definição de bem jurídico prévio ao sistema jurídico. Apesar dessa assertiva não estar de todo incorreta, ela parece ignorar o fato de que existem direitos do indivíduo que o Estado não concede, e sim reconhece. De qualquer forma, tal reconhecimento realmente é necessário para que o bem se torne jurídico. Entretanto, não se pode acompanhar o autor nas suas conclusões

⁷⁵ “não é que o direito penal chegue demasiado tarde, senão que chega *quando pode chegar e não pode chegar antes.*” (grifos no original). POLAINO NAVARRETE, Miguel. Op. cit., p. 123.

⁷⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal... op. cit., p. 17-18.

⁷⁷ Ibidem, p. 17.

acerca do tema. Primeiramente, pois como já foi dito acima, um conceito fechado de bem jurídico não seria funcional. Em segundo lugar, já é possível dizer, no mínimo, valores que *não* constituem um bem jurídico legítimo, como será exposto abaixo⁷⁸.

Além disso, não se entende por que o autor abandona o conceito de bem jurídico crítico ao sistema em prol da proporcionalidade e subsidiariedade. Primeiramente, a proporcionalidade e a subsidiariedade carregam a mesma incerteza que a proteção a bens jurídicos. Em segundo lugar, subsidiariedade, proporcionalidade e proteção a bens jurídicos não são excludentes entre si. Pelo contrário: se utilizados de forma conjunta, respeitando-se os princípios penais e constitucionais, servem de instrumento idôneo para o controle de legitimidade da intervenção penal⁷⁹. A análise da legitimidade do bem jurídico declarado será sempre precedente à aferição dos critérios de proporcionalidade, subsidiariedade e *ultima ratio*.

O posicionamento de Amelung tem o ponto positivo de reconhecer na Constituição a principal fonte para o juízo de legitimidade da resposta penal, não pode ser subscrita. Entretanto, o autor parece pressupor erroneamente que o legislador sempre fará a análise de legitimidade jurídico-constitucional adequada, o que não pode ser assegurado a ponto de se dispensar os instrumentos de crítica à atividade legiferante. Em um país constitucionalista, como são Brasil e Alemanha, o legislador está vinculado aos limites traçados na Carta Magna⁸⁰. E tal limite deve ser averiguado por meio de instrumentos de aferição de legitimidade.

Pode-se observar que a argumentação de Renzikowski – a favor da dispensa da ideia de bem jurídico, com o uso do conceito de direito subjetivo – aproxima-se fortemente de uma concepção naturalista de direito individual, o que tem a vantagem metodológica de se servir de um objeto crítico anterior ao próprio sistema jurídico. Entretanto, são possíveis algumas objeções. A primeira delas reside na seguinte questão: esses espaços juridicamente garantidos que correspondem ao conceito de direito subjetivo aparentam referirem-se justamente àqueles interesses juridicamente protegidos que correspondem à ideia de bem jurídico. Pode-se arguir que, na realidade, a ideia de direito subjetivo teria a vantagem de ser mais estrita que a de bem

⁷⁸ Vide *infra*, cap. 3.

⁷⁹ De acordo, NEUMANN, Ulfrid. “Alternativas...”, p. 106.

⁸⁰ Sobre isso, cf. HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 87-102.

jurídico. Ocorre que esta pode ser uma faca de dois gumes: um conceito estrito de direito subjetivo teria dificuldades em reconhecer valores referentes a bens jurídicos coletivos que ninguém questiona, como a administração pública ou a segurança da moeda. Para contornar essa questão, os defensores clássicos da teoria da lesão a direitos defendiam que o próprio Estado era detentor de direitos subjetivos merecedores de proteção penal, sustentando, inclusive, o caráter central dos direitos subjetivos do Estado, pois seriam condições para a realização dos direitos individuais⁸¹.

Além disso, essa vantagem metodológica do conceito de direito subjetivo não elimina o fato de que um valor só é juridicamente existente no momento em que é inserido no ordenamento jurídico. Em outras palavras, não importa se se considera um valor preexistente ao sistema se este não estiver tutelado na norma. A vida só é tutelada penalmente através do art. 121, CP a partir do momento em que tal tipo esteja dentro do ordenamento jurídico. Vale lembrar que o princípio da legalidade penal impediria uma eventual aplicação retroativa da norma penal incriminadora. A vida é um valor preexistente ao sistema, mas só possui relevância penal a partir do momento e na medida em que existem tipos penais que a tutelam. Além disso, ressalte-se que existem bens jurídicos coletivos legítimos, referentes, por exemplo, à estrutura do Estado, que não fazem parte de um direito subjetivo anterior ao sistema, e sim que surgem a partir da existência do sistema.

Sobre o conceito aqui adotado, cabe observar que qualquer tomada de decisão definitiva exigiria uma maior pesquisa e reflexão sobre o assunto, cujo tempo e espaço necessários não estão disponíveis nesta sede. Por isto, tomar-se-á um posicionamento de caráter heurístico, para que assim seja possível desenvolver o tema a que se propõe. Pode-se perguntar se não seria no mínimo imprudente dissertar sobre um instituto em que não se tem um posicionamento devidamente consolidado. Apesar de ser uma legítima questão, não é o caso neste estudo, pois, em que pese uma falta de posicionamento definitivo acerca da construção de uma teoria do bem jurídico, existem controles de legitimidade que já são possíveis de se fazer. São os casos de flagrante inconstitucionalidade⁸² do que se pretende

⁸¹ Esse fato de caráter histórico é observado por GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*. 1ª ed. Trad. Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madri: Marcial Pons, 2015, p. 259-260.

⁸² É de se concordar com Amelung quando ele afirma que o legislador deve agir nos limites da Constituição. A questão é que nem sempre a contradição com o texto constitucional será óbvia. Além disso, pode ser que o problema de legitimidade não seja por contrariar a Lei Fundamental, e sim por declarar um bem jurídico

tutelar ou falta de compatibilidade do bem jurídico tutelado com a própria realidade. Em suma, repete-se aqui o que já foi dito acima: nesta sede, trata-se mais de se aferir o que não é ou não pode ser bem jurídico do que propriamente criar um conceito que abarque todas as possibilidades existentes.

O primeiro critério a ser apresentado, portanto, é constitucional. O bem protegido não só precisa não colidir com princípios constitucionais, mas também *ser* ou *decorrer* de valores consagrados na Lei Fundamental. Em última instância, através do Direito penal o Estado ameaça uma garantia constitucional de natureza fundamental do indivíduo: a liberdade. Por uma questão de análise objetiva de proporcionalidade, não pode ser facultado ao Estado ameaçar uma garantia fundamental se o valor envolvido não justificar a gravidade dessa resposta⁸³. Entretanto, a mera referência à Constituição ainda não delimita o que deve se considerar como bem jurídico, tendo em vista que até o caráter federal do Colégio Pedro II está determinado na Carta Magna⁸⁴.

O segundo parâmetro a ser traçado é a vedação da tutela penal exclusivamente de um valor moral. Explica-se o motivo: em uma sociedade democrática e plural, não existem razões para o Estado pretender impor um tipo de pensamento aos seus cidadãos. E essa questão torna-se ainda mais grave quando a ameaça reside em última instância no cerceamento da liberdade do indivíduo. Observe-se que o problema não reside no fato de haver valores morais em questão. No homicídio, existe, em regra, um claro tabu de matar⁸⁵ e, portanto, um valor

inexistente. AMELUNG, Knut, Op. cit. No mesmo sentido, RODRIGUES, Joana Amaral. Op. cit., p. 171, que afirma que “Os limites à intervenção do direito penal ficam particularmente bem evidenciados se atentarmos na conexão entre o direito penal e a Constituição, já que encontramos nesta uma fonte legitimadora, mas também limitadora, daquele.”.

⁸³ No mesmo sentido, assevera Ferrajoli: “Seria ilógico, no entanto, entender que admita privações de um bem constitucionalmente primário, como é a liberdade pessoal, se não se fizer presente o intuito de evitar ataques a bens de categoria igualmente constitucional.”. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 380. Também RODRIGUES, Joana Amaral. Op. cit., p. 171-172, que afirma que o direito penal deve, “por imposição constitucional limitar-se ao *necessário* para *salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*.” (grifos no original).

⁸⁴ Exemplo dado por GRECO, Luís. Breves reflexões... op. cit., p. 254.

⁸⁵ Tal tabu, diga-se, tem um relevante papel na cultura ocidental. Pode-se observar isso quando Roxin, referindo-se à eutanásia, assevera: “De que maneira se poderá tomar posição a respeito disso? As propostas acima apresentadas não possuem, na Alemanha de hoje, chances concretas de serem reconhecidas, pois médicos, juristas e teólogos, e também associações influentes, como a Deutsche Hospizstiftung, consideram a eutanásia ativa simplesmente indiscutível. O dever de curar do médico, o *tabu do homicídio*, medos difusos de que se vá longe demais e a lembrança do chamado programa de eutanásia, da época nazista — que, por sinal, se referia a fatos completamente distintos —, constituem barreiras muito fortes a que se dê tal passo.” (grifo nosso). ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. In: ROXIN, Claus. Estudos de direito penal. Trad. Luís Greco. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 228.

moral. O que ocorre é que também há um bem jurídico – a vida humana – envolvido. Portanto, o problema não é a tutela penal de um fato considerado imoral, e sim a tutela de um fato que somente é imoral e que não causa alguma lesão que justifique a intervenção penal. Lembre-se que a pluralidade religiosa e a liberdade de pensamento e autodeterminação são cláusulas constitucionais.

Como demonstrou Schünemann, a fundamentação da tutela penal exige um salto qualitativo, tendo em vista a especial violência advinda dos efeitos da pena: a eliminação do convívio social e o alto grau de reproche ético-social. Tendo em vista essa resposta qualificada, deve caber ao Estado o recurso à tutela penal somente nos casos em que, como primeiro afirmou Roxin, forem essenciais para a manutenção de uma sociedade que garanta ao cidadão as condições necessárias para o seu livre desenvolvimento. Se não for possível vislumbrar esse grau de importância no objeto que se visa proteger, deve-se buscar meios menos violentos para a solução do problema. Nessa linha de raciocínio, deve-se ter em vista a proposta de Souza Santos⁸⁶ de relacionar o conceito de bem jurídico com a noção de liberdade substantiva, que tem relação com o âmbito de oportunidades reais disponíveis para alguém exercer o que lhe aprouver. Para o autor, o bem jurídico merecedor de tutela penal é aquele que serve à liberdade substantiva de seu titular. Com isso, em Souza Santos bens jurídicos são dados que conferem ao seu titular âmbitos de oportunidade reais para que ele realize o que tem razão para tal, em conformidade com o ordenamento constitucional vigente.

3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS LIMITES DA INTERVENÇÃO JURÍDICO-PENAL SOBRE A LIBERDADE INDIVIDUAL

Questões paternalistas envolvem alguns dos tipos penais cujo bem jurídico declarado é a saúde pública, especialmente nos casos da Lei de Drogas. Portanto, faz-se necessária uma análise de tal instituto sob a ótica dos princípios que regem o Direito penal, a fim de viabilizar as pretensões do presente estudo. Cabe esclarecer que não se pretende esgotar o tema, mas tão somente dedicar alguns apontamentos, na medida em que for necessário para este trabalho.

⁸⁶ SANTOS, Humberto Souza. Os animais superiores podem ser titulares de bens jurídicos? In: CARVALHO, Érika Mendes de; PRADO, Alessandra Mascarenhas (orgs.). *Repensando a proteção do meio ambiente: 20 anos da Lei 9.605/98*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 327-328.

Um tema de grande complexidade não pode ser esgotado num simples tópico, tarefa que exigiria, no mínimo, um trabalho inteiro⁸⁷.

Primeiramente, deve-se esclarecer do que se trata a ideia de paternalismo, termo que é controvertido, alvo de divergências doutrinárias. Alega-se o caráter fragmentário do conceito, tendo em vista que não há um rol exaustivo de elementos necessários para a sua estável aplicação⁸⁸. Em linhas gerais, a melhor definição do tema é de Gerald Dworkin⁸⁹: “paternalismo é a interferência de um Estado ou de um indivíduo em outra pessoa, contra a vontade desta, e defendida ou motivada pela alegação que a pessoa intervencionada ficará melhor ou protegida de lesão”. Martinelli⁹⁰ observa que “o termo representa um tipo de comportamento de um superior sobre seu inferior, como o pai agindo sobre o comportamento do filho.”. Vale observar que para uma ação ser considerada paternalista, é necessário que haja uma violação à autonomia da pessoa⁹¹.

John Stuart Mill, em suas reflexões acerca das liberdades individuais, defendia que ao Estado não é legítimo intervir indiscriminadamente no âmbito de liberdade dos cidadãos. O filósofo anglo-saxão sustentava que o Estado não pode proibir um indivíduo de praticar condutas, mesmo que essa prática venha a prejudicar seu bem-estar físico e moral⁹², pois os indivíduos possuem o direito inalienável de perseguir sua felicidade à sua própria maneira, desde que não se cause danos a terceiros⁹³. É verdade que ele se utilizou de argumentos de índole consequencialista, cuja natureza dificilmente ensejará conclusões universais⁹⁴.

⁸⁷ Para uma abordagem mais completa do tema, cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais*. 1ª ed. São Paulo: LiberArs, 2015.

⁸⁸ RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel. A vueltas con el paternalismo jurídico. In: *Derechos y libertades: revista del filosofía del derecho y derechos humanos*, Madri, n. 15, p. 211-256, 2006, p. 220.

⁸⁹ Tradução livre do seguinte trecho: “Paternalism is the interference of a state or an individual with another person, against their will, and defended or motivated by a claim that the person interfered with will be better off or protected from harm.”. DWORKIN, Gerald. Paternalism. In: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>> Acesso em: 07 nov. 2017.

⁹⁰ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico...*, p. 85.

⁹¹ DWORKIN, Gerald. Paternalismo: algumas novas reflexões. In: *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, n. 7, p. 71-80, 2012, p. 74.

⁹² MILL, John Stuart. *On Liberty*. Londres: Peguin, 2010, p. 21; no mesmo sentido, Ramiro Avilés afirma: “O texto que encabeça este trabalho contém uma ferrenha defesa de um princípio que deveria ser básico em todo Estado de Direito: só quando existir dano a terceiras pessoas está justificada a imposição coativa de una conduta que restrinja a liberdade de ação.”. Tradução livre. RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel. *Op. cit.*, p. 212.

⁹³ Mill, John Stuart. *Op. cit.*, p. 21.

⁹⁴ Cf. GRECO, Luís. A crítica de Stuart Mill ao paternalismo. In: *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, n. 7, p. 81-92, 2012.

Portanto, ver-se-á que o paternalismo muitas vezes deverá ser deslegitimado em razão de fundamentos de ordem deontológica.

Mill idealizou o princípio do dano (*harm principle*)⁹⁵ para proteger as liberdades individuais. Segundo tal, a única hipótese de interferência do Estado na esfera da liberdade individual seria a de prevenir danos aos direitos de terceiros. Portanto, ações consentidas pelas partes, em regra, não constituem lesões. Entretanto, tal princípio não é absoluto, pois permite exceções. O próprio Mill⁹⁶ assevera que aqueles que não têm condições de realizar escolhas responsáveis devem ser tutelados paternalisticamente. Esta concepção é especialmente importante num Estado que respeita a autonomia individual e a consequente liberdade que uma pessoa deve ter para escolher qual é a melhor forma de viver a própria vida, desde que esta não invada a esfera de liberdade de terceiros.

Portanto, o Estado precisa justificar quando interferir na esfera de liberdade de um indivíduo, contra a sua vontade, para o seu próprio bem e quando este não está lesando a terceiros. E qual seria essa justificativa? A resposta já foi dada acima: quando o indivíduo que sofre a intervenção não estiver em condições de plena responsabilidade. Após o exposto, uma pergunta se torna obrigatória: em que circunstâncias um ordenamento jurídico que respeita as liberdades individuais deve considerar que uma pessoa não possui condições de escolher responsabilmente?

Em sede penal, o paternalismo se manifesta nas hipóteses de incriminação de autolesões ou de ações a despeito do consentimento do ofendido (heterolesões consentidas ou participação em autolesão de terceiro). O problema de tal configuração é o desrespeito ao princípio contido no brocardo latino *volenti non fit injuria*, ou seja: “para aquele que consente não há lesão”⁹⁷. Portanto, o problema está na colisão entre a conduta paternalista e os princípios da autorresponsabilidade e da proteção a bens jurídicos.

Se a liberdade é um bem fundamental na vida do cidadão e o direito penal deve agir na medida em que uma atitude lese um bem jurídico alheio, colocando em xeque o exercício da

⁹⁵ “Em síntese, o *harm principle* indica que o comportamento reprovável pelo direito penal, necessariamente, deve representar um prejuízo tangível considerável a um interesse socialmente relevante.”. MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. Harm principle e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 115, p. 255-290, 2015, p. 257.

⁹⁶ Mill, John Stuart. Op. cit., p. 17-18.

⁹⁷ MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. Op. cit., p. 262.

autonomia individual, a questão que se impõe é: de que modo uma tipificação paternalista visa garantir a autonomia do indivíduo? Ou: em que medida paternalismo e autonomia individual colidem entre si? Além disso, pode-se justificar o paternalismo por meio de algum interesse social?⁹⁸

3.1 Sobre a disponibilidade de bens jurídicos

Outra distinção que se faz necessária é aquela que consiste entre o bem disponível e bem indisponível. Este último é “aquele do qual seu titular não tem o direito de desistir ou alienar.”⁹⁹. E, portanto, bem disponível é o oposto, ou seja, aquele que seu titular tem o direito de desistir ou alienar. O que se fez foi distinguir as definições de disponibilidade e indisponibilidade. Agora, outra questão se torna imperativa: o que o ordenamento jurídico considera disponível e indisponível? Há divergência doutrinária quanto a essa resposta. O ponto mais pacífico se refere aos bens jurídicos coletivos, o que ocorre por uma razão simples: não se pode dispor de algo que pertence à coletividade¹⁰⁰. Ou seja, um indivíduo A não pode dispor do meio ambiente, tendo em vista que ele não é o único a usufruir de tal bem. A polêmica reside nos bens jurídicos individuais.

Minahim¹⁰¹ defende que é indisponível tudo o que for “essencial à natureza humana e que constitui condição de vida humana digna”. A citada autora, partindo de pressupostos diversos dos adotados no presente trabalho, entende que o fato de um bem jurídico ser individual não significa que este seja de interesse estritamente de seu portador. Para ela, além da dimensão individual de bem jurídico, há que se atentar também para a “sua dimensão coletiva, qual seja, o valor que o grupo confere àquele Estado, bem ou interesse.”¹⁰². A crítica a essa concepção é clara: trata-se de uma ideia antiliberal, que tolhe a liberdade humana sempre que se apontar uma “dimensão coletiva” de um bem individual. É preciso observar que essa sobreposição de um interesse difuso sobre os interesses individuais era uma das

⁹⁸ Veja-se que Feinberg observa que sempre há alguma razão de interesse pública envolvida, mesmo que em grau reduzido. FEINBERG, Joel. *Harm to self*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1986, p. 22.

⁹⁹ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico...*, p. 209.

¹⁰⁰ No mesmo sentido, Martinelli observa que “ninguém pode abrir mão da proteção de algo que não é exclusivamente seu.”. *Ibidem*, p. 211.

¹⁰¹ MINAHIM, Maria Auxiliadora. O consentimento do ofendido em face de bens jurídicos indisponíveis. In: *Ciências Penais*: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, n. 9, p. 274-288, 2008, p. 282.

¹⁰² *Ibidem*.

características marcantes dos autoritarismos que protagonizaram a Segunda Guerra Mundial¹⁰³.

Por outro lado, Martinelli¹⁰⁴ sustenta que um bem é indisponível quando “sua ausência impedir o exercício da autonomia individual.”. O autor constrói a sua tese com a seguinte questão: pode um indivíduo usar da sua autonomia para deixar de ser autônomo? Um exemplo simbólico seria o caso hipotético de um contrato de escravidão voluntária. Conclui o autor que a resposta a tal pergunta “só pode ser negativa.”¹⁰⁵. Observe-se que nem sempre uma lesão a determinado bem tirará do portador do bem a sua autonomia, motivo que leva o autor a concluir que “não há bens absolutamente indisponíveis: a indisponibilidade varia de acordo com a autonomia individual em seu conceito histórico.”¹⁰⁶. Além disso, Martinelli¹⁰⁷ defende que a perda de autonomia que tornaria o bem indisponível deve ser imediata à lesão do bem, e que buscar em efeitos remotos a justificativa para uma criminalização “retira a legitimidade da norma penal.”.

3.2 A teoria da imputação objetiva e o princípio da autorresponsabilidade

Uma construção que pode ser intitulada antipaternalista é encontrada na teoria da imputação objetiva¹⁰⁸, em que vige o princípio da autorresponsabilidade: heterocolocações em perigo consentidas em determinadas circunstâncias ou participações em autocolocação em perigo alheia não estão no âmbito do risco proibido, desde que o consentimento seja responsabilmente realizado¹⁰⁹. É verdade que Roxin¹¹⁰ utiliza um *argumentum a maiore ad minus*, ou seja, quem pode o mais, deve poder o menos, pois na Alemanha não se pune a participação em suicídio, ao contrário do que ocorre no Brasil. Portanto, o argumento utilizado pelo professor alemão não pode ser transportado para o ordenamento jurídico

¹⁰³ A título exemplificativo, veja-se que no Nacional-Socialismo alemão dispensou-se um conceito liberal de bem-jurídico em favor de noções coletivistas de “lesão do dever”, “traição” contra a Nação ou “atuação contrária à cosmovisão nacional-socialista alemã”. GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto...* op. cit., p. 236-237.

¹⁰⁴ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico...*, p. 211.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 212.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ Por todos, cf. GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 70-79.

¹⁰⁹ ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 38, p. 11-31, 2002, p. 15-16.

¹¹⁰ *Ibidem*.

brasileiro. De qualquer forma, como observa Greco¹¹¹, esse argumento possui um problema: “ele só exclui a possibilidade de punir a participação culposa em uma autocolocação em perigo, e não a possibilidade de que se trate de verdadeira autoria.”.

Nos casos da participação em autocolocação em perigo alheia, o fundamento reside no respeito à autonomia individual. Se uma pessoa decide responsabilmente pela prática de uma atividade perigosa ou lesiva para si mesma, trata-se de uma conduta irrelevante penalmente¹¹². E, se o fato principal não é punível, tampouco poderia ser a sua mera participação. Entretanto, ressalte-se que o mesmo não pode ser dito se a pessoa que se lesiona não o faz responsabilmente. Nesses casos, há punibilidade de quem participa, em regra a título de autoria.

Já nas hipóteses de heterocolocação em perigo consentida a questão muda de figura. Há uma diferença entre contribuir para um fato alheio e ser o autor do fato. Se nos casos de participação em autocolocação em perigo alheia o domínio do fato é do próprio lesado, o mesmo não pode ser dito na heterocolocação em perigo consentida. Tendo em vista isso, podem ser encontrados na doutrina diversos parâmetros para fundamentar a exclusão da tipicidade¹¹³ nesses casos. O critério que mais convence até o momento parece ser o de Roxin¹¹⁴: excluir a imputação quando o caso concreto de heterocolocação em perigo possa equivaler a uma autocolocação em perigo. E isto ocorre quando duas exigências forem preenchidas: (i) o dano surgir necessariamente da ação e do risco que foram consentidos e (ii) a vítima ter o mesmo controle sobre o fato que o autor.

Portanto, também a teoria imputação objetiva visa respeitar a autonomia individual: se o fim da norma deve ser a garantia da autodeterminação de um indivíduo, tudo que não interfira na esfera jurídica de liberdade alheia não pode ser penalmente relevante. Caso contrário, o próprio Estado estaria fazendo o que deveria combater: uma não justificada intervenção na esfera jurídica de liberdade do cidadão.

¹¹¹ GRECO, Luís. Um panorama..., 2014, p. 73-74.

¹¹² “O Direito Penal não é o meio apropriado para proteger bens, interesses ou valores de comportamentos criados pelo próprio titular, desde que este titular atue por livre determinação e autorresponsabilidade e tenha pleno conhecimento do risco.”. BRITO, Alexis Couto de. *Imputação objetiva: crimes de perigo e direito penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 199.

¹¹³ Cf. *Ibidem*, p. 77-79.

¹¹⁴ Cf. ROXIN, Claus. Sobre a discussão acerca da heterocolocação em perigo consentida. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (orgs). *Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 563-586.

3.3 Um conceito de paternalismo penal adequado ao respeito à autonomia individual

Ao se pretender legitimar normas paternalistas no âmbito jurídico-penal, deve-se considerar todos os princípios que regem um direito penal liberal de matriz romano-germânica. Aqui se sustenta que a resposta penal só pode encontrar legitimação se esta objetivar a manutenção de uma sociedade em que os indivíduos possam conviver pacificamente e assim possam desenvolver a sua autonomia de forma livre¹¹⁵. E isto se faz através da tutela de bens jurídicos, como já defendido nesta sede¹¹⁶. E para buscar este objetivo, o Estado deve coibir condutas que lesem a bens jurídicos de terceiros. Em âmbito penal, é irracional proibir condutas estritamente autolesivas, entendendo que essa lesão deve ser imediata.

Tal irracionalidade é sustentada a partir da própria *ratio* do direito penal: para garantir o exercício da liberdade substantiva, a norma penal deve visar a proibição de condutas que lesem o exercício da autodeterminação, o que só pode ser feito por um terceiro. Para explicar de forma mais clara: não faz sentido uma pessoa ser vítima de si mesma ou, em termos técnicos, figurar tanto no polo ativo quanto no passivo de uma conduta típica. Todos devem ser livres para agir, na medida em que não interferirem na esfera de liberdade de terceiros. A criminalização de autolesão consistiria na punição de um indivíduo por exercer sua autonomia em nome da manutenção de sua própria capacidade de autodeterminação. Parece inviável fugir dessa contradição.

A tipificação de uma conduta meramente autolesiva deve ser considerada inconstitucional, pois consiste na violação de um núcleo imponderável de liberdade de um indivíduo. A autolesão não viola um bem jurídico de terceiro e faz parte da esfera jurídica privada do indivíduo. Pode-se observar, como consequências da criminalização de uma autolesão, a violação do direito à autodeterminação do indivíduo. A autonomia é um valor central para a realização humana, o que levou Feinberg¹¹⁷ a sustentar que aquela – que engloba

¹¹⁵ Apesar de construções por vezes muito diferentes, é o que boa parte da doutrina defende. Pode-se exemplificar JAKOBS, Günther. Sobre la normativización..., loc. cit.; ROXIN, Claus. Que comportamientos..., passim. No Brasil, MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo jurídico..., passim.

¹¹⁶ Vide *supra*, item 1.3.

¹¹⁷ FEINBERG, Joel. Op. cit., p. 31.

responsabilidade, autoestima e dignidade pessoal – não é uma mera condição, mas algo que se aspira como um ideal.

Com a exclusão de condutas somente autolesivas do alcance do Estado em âmbito jurídico-penal, resta a análise das heterolesões consentidas e das participações em autolesão de terceiro. Seguindo o princípio segundo o qual todos devem ter a sua autonomia respeitada, o paternalismo penal será justificado e necessário quando a pessoa protegida não tiver plenas capacidades de responsabilidade. E quais seriam essas hipóteses? Nos casos de fraude, coação ou em que a pessoa não seja considerada mentalmente capaz, seja por imaturidade, seja por enfermidade ou deficiência mental. Um exemplo de paternalismo desta natureza é o já citado artigo 217-A do Código Penal, que tipifica o estupro de vulnerável.

Entretanto, ainda há mais uma hipótese em que o paternalismo penal pode ser legitimamente utilizado: nos casos em que o resultado do fato for a perda de autonomia do sujeito lesado¹¹⁸. Ninguém pode consentir para uma ação que resulte na perda de sua autonomia. Seria algo simplesmente paradoxal. É o caso, por exemplo, do crime de redução a condição análoga à de escravo, contido no artigo 149 do Código Penal. Ninguém pode ser reduzido à condição de escravo, nem mesmo se consentir a isto.

4 O BEM JURÍDICO TUTELADO NOS CRIMES DE DROGAS

A lei 11.343/2006, por meio dos seus artigos 28 e 33 a 39¹¹⁹, e o Código Penal, nos artigos do Capítulo III do seu Título VIII, tipificam as condutas que têm como bem jurídico protegido primariamente a figura da saúde pública. Entretanto, a mera declaração de um bem jurídico protegido só atende, *prima facie*, às exigências dogmáticas de tutela de um bem. Resta a análise do bem jurídico sob a ótica da política criminal. Portanto, a primeira etapa a ser realizada é a análise do conceito de saúde pública.

¹¹⁸ Como pode ser observado supra, item 2.3, isso é sustentado por João Paulo Martinelli. MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo jurídico..., p. 212.

¹¹⁹ MARCÃO, Renato. *Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: anotada e interpretada*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, passim.

4.1 O conceito de saúde pública

Como o nome sugere, trata-se de um bem jurídico costumeiramente classificado como supraindividual¹²⁰. Contudo, uma construção conceitual concreta encontra certas dificuldades. Esta pode ser a soma das saúdes individuais de todos os integrantes da sociedade, o sistema público de saúde, o conjunto de regras sanitárias e de higiene¹²¹ ou o estranho conceito da evitação “de uma prática social perigosa para a comunidade pela deterioração que se pode causar na população”¹²².

A primeira dúvida que se mostra é acerca dessa pluralidade de significados. Um bem jurídico precisa ter um conteúdo certo e delimitado, em razão do princípio do *nullum crimen sine lege*. Pode-se afirmar que a certeza conceitual de um bem jurídico constitui um imperativo hipotético de sua função dogmática ou imanente. E isto se deve a um motivo simples: se o bem jurídico serve de parâmetro para a interpretação de um tipo legal, deve se ter a certeza do objeto tutelado pela norma.

Das quatro definições acima expostas, a segunda e a terceira apresentam, *prima facie*, o mesmo vício: a instrumentalização do homem. Ao afirmar que o sistema de saúde ou um conjunto de regras se sobrepõem à saúde individual, coloca-se o homem como meio da norma, e não como fim. Pode-se afirmar que tanto o sistema quanto as regras existem para servir ao homem e que, portanto, o homem seria o fim da norma, no final das contas. Entretanto, existem problemas em tal construção, tendo em vista que estar-se-ia buscando efeitos remotos para o preenchimento do significado do bem jurídico.

No que tange ao sistema de saúde, este é um elemento que faz parte do bem jurídico “administração pública”. Portanto, o sistema de saúde estará legitimamente tutelado por todos

¹²⁰ No mesmo sentido, GIULIANI, Emília Merlini. A inadequação do conceito de saúde pública enquanto bem jurídico: uma análise sobre os fundamentos materiais do crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de medicamentos. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 124, p. 17-35, 2016.

¹²¹ Nas palavras de Augusto Silva Dias: “Já a saúde pública possui uma pluralidade de significados que têm concitado os esforços de clarificação da doutrina: assim, a saúde pública pode ser entendida i. como soma das saúdes individuais; ii. como complexo de condições de vida e de organização de processos sociais e económicos que garante a saúde da generalidade dos indivíduos; iii. como conjunto de regras sanitárias e de higiene pessoal”. DIAS, Augusto Silva. A saúde humana como bem jurídico-penal e os crimes contra a saúde no direito português. In: *Anatomia do crime: revista de ciências jurídico-criminais*, Lisboa, n. 1, p. 115-125, 2015, p. 117.

¹²² Em tradução livre de CARVALHO, José Theodoro Corrêa de. *Tráfico de drogas: prueba penal y medidas restrictivas de derechos fundamentales*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 55.

os tipos penais que possuem como valor a administração pública. Os crimes que possuem a saúde pública como bem declaradamente tutelado fazem menção, como será visto abaixo¹²³, a condutas que possuem potencialidade lesiva a saúdes individuais em larga escala. Se o sistema de saúde tem como fim tratar o homem, tem que estar apto a realizar tal tarefa¹²⁴. Criar tipos penais que tenham potencialidade lesiva à saúde do ser humano devem ter o próprio como referência. O mesmo se diga quanto às normas de higiene. E quanto a estas, um adendo: o homem, responsável, capaz e consciente, deve ter a liberdade de escolher não seguir tais normas. Se mero dever não é punível, o bem jurídico também não pode significar somente um dever¹²⁵.

O estranho conceito de “perigo para a comunidade pela deterioração que se pode causar na população” parece um recurso retórico que declara uma forma diversa e mais abstrata de construir um conceito análogo à tradicional soma das saúdes individuais, sem admitir que se trata disto, motivo pelo qual considerar-se-á tais definições como sinônimas, e são estas que passarão pela análise de legitimidade por meio dos parâmetros traçados por Hefendehl¹²⁶.

4.2 A aferição de legitimidade da saúde pública como bem jurídico

Não é suficiente limitar-se a declarar que se trata de algo que se refere à coletividade. É necessário demonstrar como isso se manifesta. A fim de se evitar uma fraude de etiquetas, é preciso criar critérios de aferição de legitimidade de bens individuais. O risco de uma aceitação acrítica de qualquer bem coletivo declarado é este tende a ser mais conveniente, pois dispensa a relevância do consentimento e justifica melhor delitos na modalidade de perigo, bem como a cominação de penas mais severas¹²⁷. Com isto, o princípio do bem jurídico perderia o seu caráter crítico.

¹²³ Vide infra, capítulo 3.

¹²⁴ Ademais, observe-se o observado por Luís Greco: “Ainda que majoritariamente não admiremos o ‘maconheiro’, ainda que ele onere nosso sistema de saúde – isso não autoriza a utilização do direito penal contra a posse de tóxicos, mas no máximo uma certa recusa a medidas assistenciais.”. GRECO, Luís. *Tem futuro...*, p. 178.

¹²⁵ Nas palavras de Luís Greco: “A proibição deve proteger um bem jurídico, o que significa que seu conteúdo não pode esgotar-se na mera violação de um dever, pelo dever.”. Idem. *Breves reflexões...*, p. 260.

¹²⁶ Vide supra, item 1.4.

¹²⁷ Nesse sentido, GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? In: MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PÜSCHEL, Flavia Portella. *Responsabilidade e pena no Estado*

Veja-se que, adotando-se os critérios elaborados por Hefendehl – a não exclusão no usufruto, a não rivalidade no consumo e a não distributividade entre os titulares¹²⁸ –, observa-se que a saúde pública não constitui um valor sustentável. E isto decorre do fato que tal conceito não preenche o requisito da não distributividade. Explica-se: se a saúde pública consiste na soma das saúdes individuais, isto significa que é um valor divisível, e tal divisão resulta nas integridades físicas individuais¹²⁹. O próprio desenvolvedor de tais requisitos afirma isto¹³⁰.

Greco¹³¹ também desenvolveu critérios para a aferição de bens coletivos, propondo um sistema mais completo de aferição das condições necessárias para um bem jurídico coletivo, que consiste em três regras de *caráter negativo* – sustentando que tais requisitos são necessários, mas não suficientes para um bem coletivo –, que são: o *teste da circularidade*, o *teste da distributividade* (ou *divisibilidade*) e o *teste da não especificidade*.

O *teste da circularidade* determina que o fato de um dispositivo penal não ser legítimo sem um bem coletivo não é razão suficiente para se postular um bem dessa categoria¹³². Por outro lado, do *teste da distributividade* (ou *divisibilidade*) conclui-se que arguir que um número indeterminado de pessoas possui interesse em um bem não é em si suficiente para se postular tal bem como coletivo¹³³. Por fim, do *teste da não especificidade* decorre que não é possível postular um bem coletivo nas hipóteses onde a afetação desse bem acarreta necessariamente na afetação simultânea de um bem individual¹³⁴. Esse sistema de três

democrático de direito: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, p. 434.

¹²⁸ HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 83.

¹²⁹ No mesmo sentido, COSTA, Helena Regina Lobo da. Op. cit., p. 792: “a saúde pública não se apresenta, em tal acepção, como um bem indivisível, característica fundamental dos bens jurídicos coletivos”. Também GRECO, Luís. Princípio da ofensividade..., 2004, p. 115: “Já o bem jurídico saúde pública, por exemplo, nada mais é do que a soma das várias integridades físicas individuais, de maneira que não passa de um pseudo-bem coletivo.”.

¹³⁰ Afirmando que “existem casos especiais que se encontram num ponto intermediário entre bens jurídicos individuais e coletivos, como por ex. a saúde pública no Direito Penal de tóxicos, a chamada segurança no trânsito, nos delitos de circulação, ou a segurança pública/o monopólio estatal do exercício da força, no Direito de Armas. Em tais casos, devem ser eliminados os bens jurídicos apenas aparentemente coletivos, para por às claras as condições de legitimidade da proteção de bens jurídicos individuais, que é o que está realmente ocorrendo.”. HEFENDEHL, Roland. Op. cit., p. 86.

¹³¹ GRECO, Luís. Existem critérios..., op. cit., p. 446.

¹³² Idem. Ibidem, p. 441.

¹³³ Idem. Ibidem, p. 443.

¹³⁴ Idem. Ibidem, p. 446.

regras proposto tem a vantagem de não se limitar a argumentos ontológicos, respondendo-se também a questões normativas e, com isso, não sendo suscetível de refutações por meio de observações estritamente ontológicas, sendo, até o momento, o melhor instrumento para aferição de possibilidade de postulação de bens coletivos.

Primeiramente, a saúde pública não passa no *teste da especificidade*. Todos os delitos da Lei de Drogas afetam um bem individual – a saúde individual ou integridade física, se se preferir o termo adotado pelo Código Penal e, em última instância, a própria vida –, de modo que não há como sustentar a afetação de um suposto bem coletivo. Em segundo lugar, uma hipotética arguição de que o bem jurídico coletivo faria a criminalização fugir das críticas ao seu paternalismo injustificado fica prejudicada pelo *teste da circularidade*. E, por fim, ancorar-se na mera soma dos bens jurídicos individuais encontra óbice no *teste da não distributividade*. O próprio Greco¹³⁵ conclui isso.

Portanto, conclui-se que todos os tipos penais em que se declara a tutela da saúde pública devem ser interpretados à luz da integridade física individual¹³⁶.

4.3 O “controle estatal do comércio de tóxicos” como bem jurídico?

Antes de se adentrar na análise dogmática dos tipos penais utilizando como valor tutelado a integridade física, uma proposta merece análise. Schünemann¹³⁷ propôs a legitimidade de um bem jurídico intermediário, que consistiria no “controle estatal do comércio de tóxicos”, como forma de se conter os abusos decorrentes de uma análise paternalista do tipo que tutela o tráfico de entorpecentes. Concorde-se que há a necessidade de neutralizar os abusos decorrentes da interpretação dos tipos penais utilizando-se a saúde

¹³⁵ “Tampouco a saúde pública, dos delitos de tóxico do Direito alemão e brasileiro, passa no teste da não especificidade. A afirmação de que sem a saúde pública ter-se-ia um paternalismo injustificável é excluída pelo teste da circularidade. E as dimensões do bem que superam o teste da divisibilidade não superam o teste final, uma vez que elas jamais são diretamente atacáveis, mas apenas em conjunto, pelo menos com um perigo abstrato para bens individuais.”. Ibidem, p. 447.

¹³⁶ Um número cada vez mais crescente de autores tem criticado essa construção conceitual de saúde pública, defendendo que o que se tutela, de fato, é um bem jurídico individual. Por exemplo, SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal... op. cit., p. 26, que afirma que a saúde pública “na verdade é composta da soma das saúdes de cada cidadão individual”. No Brasil, por exemplo, COSTA, Helena Regina Lobo da. Op. cit., p. 792; GIULIANI, Emília Merlini. Op. cit., p. 27-31.

¹³⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponte de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 63-64.

pública como valor pendular. Se se está de acordo com as premissas, faz-se necessário refletir acerca da proposta.

Primeiramente, cabe ressaltar que tal proposta se refere especificamente aos crimes contidos na Lei de Drogas. Apontar isso significa elucidar que Schünemann não propôs uma substituição total da saúde pública pelo “controle estatal do comércio de tóxicos”, tendo em vista que os tipos contidos no Capítulo III do Título VIII do CP/1940 também têm a saúde pública como bem jurídico declarado.

O primeiro grande problema de tal proposição é o que está implícito nela. Explica-se: tornar o “controle estatal do comércio de tóxicos” um bem jurídico-penal é afirmar que somente o Estado possui a capacidade de definir o que é adequado ao cidadão consumir ou não. Ou seja: tal proposta não se afasta do paternalismo já denunciado neste trabalho. Além disso, por questões de ordem deontológica, é politicamente mais indicado assumir o que verdadeiramente se tutela em tais tipos penais: a saúde do usuário ou, se se preferir o termo empregado no CP/1940, a sua integridade física. Poder-se-ia arguir que, caso tal proposta fosse recepcionada, estar-se-ia punindo mera desobediência, não se fugindo verdadeiramente dos problemas que já se apresentam com a saúde pública. Ressalta-se que o próprio Schünemann assevera que a saúde pública “na verdade é composta da soma das saúdes de cada cidadão individual”¹³⁸.

Portanto, propõe-se que todos os tipos penais que declaradamente tutelem a chamada saúde pública sejam interpretados à luz do que realmente se trata: a saúde individual ou integridade física do cidadão.

5 UM ENSAIO PARA UMA INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA DOS CRIMES DE DROGAS À LUZ DA TUTELA DA SAÚDE INDIVIDUAL

Feitos todos os apontamentos preliminares em favor da desconstrução do conceito de saúde pública, torna-se um imperativo a proposição de uma hermenêutica dos tipos penais à luz do bem jurídico que realmente tutelam: a integridade física ou saúde individual. Serão analisados os tipos penais contidos na Lei 11.343/2006, conhecida como Lei de Drogas. São

¹³⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal... op. cit., p. 26.

eles: a posse de droga para consumo pessoal (artigo 28), o tráfico de drogas (artigo 33) e os tipos contidos entre os artigos 34 e 38 da citada lei, que serão analisados abaixo.

5.1 A posse de drogas para uso pessoal

O primeiro dos tipos a ser analisado é também o que mais tem gerado discussões no meio jurídico: a posse de droga para uso pessoal. A discussão ganhou tamanha proporção que chegou até a apreciação de sua constitucionalidade pelo STF (Supremo Tribunal Federal), através do Recurso Extraordinário n. 635.659, que possui repercussão geral. O Ministro Luís Roberto Barroso declarou, tanto no referido recurso, quanto no HC 143.798 MC/SP, que existem três razões jurídicas a favor da descriminalização: “(i) o direito à privacidade, (ii) a autonomia individual, e (iii) a desproporcionalidade da punição de conduta que não afeta a esfera jurídica de terceiros, nem é meio idôneo para promover a saúde pública.”¹³⁹, enquanto o Ministro Gilmar Mendes, relator do citado recurso extraordinário, declarou que “A criminalização da posse de drogas ‘para consumo pessoal’ afeta o direito do livre desenvolvimento de personalidade em suas diversas manifestações.”¹⁴⁰.

Parte da doutrina, considerando a saúde pública como bem jurídico protegido, entende de forma diversa. Para Marcão¹⁴¹, por exemplo, o motivo da tutela penal do porte de drogas para uso próprio reside no “perigo social que a conduta representa”. Como se pode observar, tal argumentação entra em colisão com os valores defendidos no presente estudo. O recurso a um bem jurídico coletivo aparente foi utilizado para fugir do que realmente se tutela: a saúde individual. O tal perigo social alegado, além de indemonstrado, configuraria, no máximo, um efeito remoto do uso de drogas, não servindo como argumento suficiente para a tutela penal contida no artigo 28 da Lei de Drogas.

Tendo em vista que o bem tutelado é a integridade física do próprio usuário, fica evidente que se trata da proibição penal de uma autolesão. Portanto, o tipo penal da posse de

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus nº 143.798 MC/SP*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/hc-barroso-importacao-semente-maconha1.pdf>> Acesso em 01 jan. 2017.

¹⁴⁰ Grifos no original. Idem. *Recurso extraordinário nº 635.659*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-pra-consumo-voto-gilmar.pdf>> Acesso em 01 jan. 2017.

¹⁴¹ MARCÃO, Renato. Op. cit., p. 54.

drogas para uso próprio constitui uma figura inconstitucional¹⁴². Por não violar um bem jurídico de terceiro, a tutela penal de mera autolesão constitui uma violação do direito à autodeterminação do indivíduo. Tendo em vista a ideia do Estado como instrumento em favor do indivíduo, o poder estatal deve respeitar liberdades individuais. Assim, observe-se que a autolesão ou autocolocação em perigo fazem parte do âmbito da esfera privada do indivíduo que é inalcançável pela tutela penal. Cabe observar que o artigo 5º, X da Constituição determina a inviolabilidade da intimidade e da vida privada do indivíduo, bem como a liberdade de consciência está garantida no inciso VI do mesmo dispositivo constitucional, de modo que cabe ao Estado não intervir na escolha do cidadão na medida em que este não ultrapasse a sua esfera de liberdade.

Como argumento adicional, cabe observar também o desrespeito ao princípio constitucional da proibição do excesso. Aqui, poder-se-ia observar duas vias: a primeira seria analisar sob o prisma da adequação: partindo-se de uma concepção segundo a qual cabe ao Estado, por meio do direito penal, garantir o exercício da liberdade humana em sua amplitude, a proibição jurídico-penal de ato meramente autolesivo não seria adequada ao fim pretendido, pois não há liberdade de autodeterminação posta em perigo. Na hipótese de não se recepcionar a tese da inadequação, ainda seria possível sustentar a violação à proporcionalidade em sentido estrito: os ganhos hipotéticos de tal proibição não superariam os seus efeitos, principalmente pelo potencial lesivo e pelo reproche desonroso que é inerente à proibição penal.

Por fim, o argumento da despenalização não é suficiente para mudar a inconstitucionalidade da proibição jurídico-penal de um ato autolesivo. Para isso, basta arguir que a ausência de pena privativa de liberdade em nada muda o reproche ético-social que advém de uma condenação penal.

5.2 O tráfico de drogas

Primeiramente, é necessária a leitura da extensa quantidade de verbos deste tipo penal, contido no art. 33 da Lei de Drogas: “importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar,

¹⁴² Classificando o tipo como “ilegítimo”, MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo na lei de drogas. In: *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 2, p. 13-24, 2009.

adquirir, vender, expor a venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente”. Além disso, a conduta deve ser realizada “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

Existe um sério problema desse tipo penal em relação ao princípio da culpabilidade pelo fato. A pena prevista para o tipo em questão varia entre 5 e 15 anos de reclusão. Pena maior que a do homicídio culposo (1 a 3 anos), da lesão corporal de natureza grave (1 a 5 anos ou 2 a 8 anos, dependendo do resultado) e da lesão corporal seguida de morte (4 a 12 anos), para ficar só nesses exemplos. O que causa perplexidade é que, sob o ponto de vista da proteção a bens jurídicos, de todas as condutas citadas, o próprio tráfico de drogas é o único tipo que não tutela a efetiva lesão do bem jurídico. Já em 2003, na vigência da antiga lei de tóxicos, Luís Greco já havia identificado o motivo: “(n)ão se trata de um tipo que descreve uma conduta proibida, mas de um tipo de autor, se bem que camuflado por trás das várias e várias ações mencionadas.”¹⁴³. Não se trata de punir pela gravidade do delito, e sim de punir gravemente a figura do traficante.

Feitas as devidas observações preliminares, é o momento de conferir como a doutrina tradicional interpreta o tipo. Mais uma vez, entende-se que o bem jurídico tutelado é a saúde pública¹⁴⁴. Afirma-se ser um crime permanente, onde a mera prática de qualquer dos verbos já configura a sua consumação¹⁴⁵. Pode-se observar como a opinião dominante peca ao confundir a simples realização do verbo com o perigo abstrato, não se exigindo sequer a aferição *ex ante* do risco criado. Além disso, há certa dúvida jurisprudencial acerca da possibilidade da modalidade tentada¹⁴⁶. Diz-se que se trata de uma lei penal em branco¹⁴⁷.

Da opinião dominante, discorda-se quase que integralmente. O ponto de partida é o bem jurídico: tutela-se a saúde individual ou integridade física, e não a saúde pública. Além disso, o termo “droga” constitui um elemento normativo do tipo, e não um elemento em

¹⁴³ Grifos do original. GRECO, Luís. Tipos de autor e lei de tóxicos ou: interpretando democraticamente uma lei autoritária. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 226-238, 2003, p. 229.

¹⁴⁴ Por todos, cf. MARCÃO, Renato, op. cit., p. 94, que, apesar de afirmar a saúde pública como bem jurídico tutelado, aduz que a lei objetiva “evitar o dano para a saúde que o uso de drogas causa.”

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 98-99.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 112-113.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 105.

branco¹⁴⁸. E isto ocorre porque, em que pese o termo “droga” ter seu significado em uma norma extrapenal, ele possui conotação idônea para integrar o conteúdo de significação do tipo penal. Por outro lado, o termo “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” constitui um elemento em branco¹⁴⁹, tendo em vista que se refere a um dever decorrente de uma proibição extrapenal, cujo significado extrapola o tipo penal em questão.

Por constituir um caso de participação em autocolocação em perigo de terceiro, deve-se dividir a análise do tipo penal em duas constelações de casos: (i) nas hipóteses onde a droga em questão ameaça seriamente a capacidade de autodeterminação do indivíduo e (ii) os casos onde essa séria ameaça inexistente. Primeiramente, deve-se esclarecer o que constitui uma ameaça séria para a capacidade de autodeterminação de alguém. O posicionamento que mais respeita a liberdade individual e que deve ser utilizado no caso é o que afirma que “ameaça séria” significa alta probabilidade de causar dependência química em um único uso. Aqui não é possível afirmar taxativamente quais substâncias possuem esse potencial, cabendo à ciência especializada essa aferição. O certo é que tal exame deve ser feito a partir do homem médio, tendo em vista que cada organismo pode reagir à droga de forma diferente e o princípio do *nullum crimen* exige que o conteúdo da proibição seja determinado. Portanto, deve se aferir quais substâncias provavelmente causariam dependência em um único uso num homem médio.

Com isso, é o momento de analisar como o tipo deve ser interpretado segundo cada grupo de casos. O primeiro grupo, o das substâncias que ameaçam seriamente a autodeterminação do indivíduo, deve ser interpretado de forma mais abrangente, sem considerar a vontade do usuário em nenhuma hipótese. Como já foi afirmado, o ordenamento jurídico não deve tolerar que uma pessoa use de sua autonomia para perdê-la. Seria quase que paradoxal: o consentimento responsável geraria a incapacidade de consentir responsabilmente. Essa interpretação é simples para os verbos “vender”, “expor a venda”, “oferecer”, “prescrever”, “ministrar”, “entregar a consumo” e “fornecer”, tendo em vista que são, sob o ponto de vista da proteção ao bem jurídico tutelado, os verbos que constituiriam atos aptos a gerar lesão ou perigo ao bem jurídico tutelado.

¹⁴⁸ No mesmo sentido, HORTA, Frederico. Op. cit., p. 110.

¹⁴⁹ No mesmo sentido, GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014, p. 31.

Para os casos da segunda constelação, a de drogas que não geram grande perigo à autodeterminação do usuário, a teoria da imputação objetiva traz a solução: se puder ser aplicado o princípio da autorresponsabilidade, o fato será materialmente atípico. Se o usuário não puder ser considerado responsável no caso concreto, seja pelo critério etário, seja por debilidade mental, dependência química, ou até mesmo mediante fraude ou qualquer outro critério de exclusão de responsabilidade¹⁵⁰, dever-se-á afirmar a tipicidade da conduta.

Todos os outros verbos contidos no tipo seriam mais adequados como atos preparatórios ou a título de participação e, portanto, entram naquela categoria de delitos que Wohlers¹⁵¹ denominou como “delitos de preparação”. Portanto, essa classe de delitos precisa de uma especial fundamentação¹⁵². Para a situação específica de crimes que envolvem a lei de drogas, pode-se arguir o potencial lesivo que a substância representa para a capacidade de autodeterminação do cidadão. Portanto, tais verbos só podem ser aplicados no primeiro grupo de casos. Na segunda constelação, trata-se o manuseio de produtos que já *prima facie* não agridem a capacidade de autodeterminação de alguém, em que a esfera do punível só reside nos casos em que a vítima não seja responsável. Portanto, não se vislumbra, para o segundo grupo de casos, legitimidade nos delitos de preparação, devendo-se sempre interpretar a conduta em questão como materialmente atípica.

Restam ainda as análises dos parágrafos do citado artigo 33. O seu parágrafo 1º possui três incisos, nos quais quem os realiza incorre nas mesmas penas determinadas no caput. O inciso I possui os mesmos verbos que o caput do artigo, com a diferença de que devem ser realizados em relação a “matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas”, em vez da “droga” mencionada no *caput*. Portanto, tudo que foi dito no *caput* também vale para este inciso.

Já o inciso II faz menção a quem “semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em

¹⁵⁰ No mesmo sentido, GRECO, Luís. Princípio da ofensividade... op. cit., p. 114: “Primeiramente, vemos a criticabilidade da proibição, que tutela um bem jurídico individual mesmo contra a vontade de seu titular. E com isso *abrimos as portas para uma interpretação teleológica restritiva do tipo*: este tipo só deverá aplicar-se caso a vontade do titular do bem jurídico seja juridicamente irrelevante, por estar viciada em erro, por ser ele doente mental, menor, louco ou inculpável por qualquer outro motivo” (grifos no original).

¹⁵¹ “Tratam-se de modalidades de comportamento cujo potencial de risco reside no fato de, ou o próprio autor, ou outra pessoa, poderem praticar uma conduta conectada ao resultado do comportamento prévio em questão.”. WOHLERS, Wolfgang. Teoria do bem jurídico e estrutura do delito. Trad. Alaor Leite. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 90, p. 87-107, 2011, p. 103.

¹⁵² Conforme exposto *supra*, item 1.5.

matéria-prima para a preparação de drogas”. O inciso III, por sua vez, prevê pena a quem “utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente” para o tráfico de drogas. Ambos os incisos são delitos de preparação, devendo ter o mesmo tratamento dado aos verbos do mesmo grupo contidos no *caput*.

Os parágrafos segundo e terceiro mencionam, respectivamente, quem “induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga” e “oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem” e devem ser interpretados da mesma forma que foi proposta para os verbos do *caput* do artigo.

Com o exposto, torna-se evidente que, de *lege ferenda*, é necessária uma reestruturação do tipo penal do tráfico de drogas. Conviria separar, à luz da integridade física individual, os delitos de conduta concretamente perigosa dos delitos de preparação, oferecendo uma melhor clareza conceitual ao intérprete da norma. Além disso, seria útil que a própria autoridade administrativa competente fizesse uma divisão pormenorizada de grupos de substâncias proibidas com base no seu potencial lesivo à capacidade de autodeterminação de um indivíduo.

5.3 Os demais tipos

Os demais tipos penais estão contidos entre os artigos 34 e 39 da lei de drogas. Os tipos dos artigos 34, 35, 36, 37 e 39 constituem delitos de preparação e devem ser interpretados da mesma forma que foi exposta no item anterior. Ou seja: deve-se adotar uma interpretação restritiva, sendo somente puníveis as hipóteses em que esteja comprovado o envolvimento de substâncias com alto potencial lesivo à autodeterminação do indivíduo.

Já o artigo 38 é destinado para quem “Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Por se tratar de um delito de conduta concretamente perigosa, deve-se analisar se a droga em questão era idônea, a menos num juízo *ex ante* ao fato, para prejudicar a saúde da (suposta) vítima. É importante observar que se trata de um crime culposo. Se for realizado de forma dolosa, a subsunção correta ao fato é a do artigo 33 da mesma lei. Vale também observar que se trata de crime próprio, só podendo ser realizado

por profissional que tenha a incumbência legal de prescrever ou ministrar drogas a seus pacientes¹⁵³.

6 CONCLUSÃO

Chega-se ao fim do presente estudo. Cabe, a título de conclusão, um panorama do resultado das reflexões tidas nesta investigação:

- 1- A figura do bem jurídico exerce uma função indispensável de racionalização e contenção do poder punitivo estatal. Não se pode admitir a intervenção estatal de forma abusiva na esfera de liberdade de um indivíduo. Isso significa que deve haver uma fundamentação para a intervenção jurídico-penal que justifique o potencial lesivo de seu emprego;
- 2- Não basta a mera declaração de um bem jurídico para a conclusão de sua legitimidade. Primeiramente, deve-se aferir se o bem jurídico possui legitimidade constitucional e necessidade penal. No caso dos bens jurídicos coletivos, é preciso avaliar se tal bem realmente existe ou se é meramente aparente;
- 3- Deve-se considerar sempre inconstitucional a proibição jurídico-penal de um ato autolesivo ou de autocolocação em perigo. Isto se dá em razão da falta de fundamentos que superem a grande contradição que existe em apenar um indivíduo por este estar lesando exclusivamente a si mesmo, em nome da proteção do bem jurídico desta mesma pessoa. Isso fere o direito à autodeterminação individual e o princípio da proporcionalidade;
- 4- Nos casos das participações em autolesões ou autocolocações em perigo, o paternalismo penal encontra justificção em duas constelações de casos: (i) quando a pessoa lesada não possui responsabilidade plena para consentir ou (ii) nos casos em que o resultado do consentimento acarreta na perda de autonomia individual;
- 5- As heterocolocações em perigo consentidas devem receber o mesmo tratamento das participações em autocolocação em perigo, na medida em que aquelas possam ser consideradas equivalentes a estas;

¹⁵³ No mesmo sentido, MARCÃO, Renato. Op. cit., p. 201.

- 6- A saúde pública não atende aos requisitos básicos que configuram um bem jurídico coletivo. Portanto, trata-se de um bem aparente. Na verdade, o que se tutela é o conjunto de integridades físicas (ou saúdes individuais) ou, potencialmente, de vidas de vários integrantes da sociedade;
- 7- A interpretação dos tipos penais em que se declara a saúde pública como bem jurídico tutelado deve ser feita à luz do que se visa proteger, que é um bem jurídico individual, sendo este normalmente a integridade física (ou saúde individual), ou, potencialmente, a vida;
- 8- A solução para os casos onde a pena cominada seja desproporcionalmente alta em relação à gravidade abstrata da conduta descrita no tipo penal é o emprego de uma interpretação restritiva, de forma que só condutas cujo desvalor possa justificar a pena cominada sejam subsumidas.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 149-206.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação de princípios jurídicos*. 4ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore. *Bem Jurídico-Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 23ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 143.798 MC/SP. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/hc-barroso-importacao-semente-maconha1.pdf>> Acesso em 07 nov. 2017.
- _____. _____. Recurso extraordinário nº 635.659. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>> Acesso em 07 nov. 2017.

BRITO, Alexis Couto de. *Imputação objetiva: crimes de perigo e direito penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, José Theodoro Corrêa de. *Tráfico de drogas: prueba penal y medidas restrictivas de derechos fundamentales*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2009.

COSTA, José de Faria. *Tentativa e dolo eventual*. 1ª ed. 1ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 1996.

DIAS, Augusto Silva. A saúde humana como bem jurídico-penal e os crimes contra a saúde no direito português. In: *Anatomia do crime: revista de ciências jurídico-criminais*, Lisboa, n. 1, p. 115-125, 2015.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O “direito penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional à luz da jurisprudência constitucional portuguesa. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (orgs). *Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

DWORKIN, Gerald. Paternalism. In: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/paternalism/>> Acesso em: 07 nov. 2017.

_____. Paternalismo: algumas novas reflexões. In: *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v.4, n. 7, p. 71-80, 2012.

FEINBERG, Joel. *Harm to self*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3ª ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRISCH, Wolfgang. Delito y sistema del delito. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (orgs). *El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Trad. Guillermo Benlloch Petit, Nuria Pastor Muñoz, Ramon Ragués i Vallès, Ricardo Robles Planas, Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez e Jesús-Maria Silva Sánchez. Madri: Marcial Pons, 2004, p. 193-280.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. ¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico? In: *Doxa*, Alicante, n. 5, p. 155-173, 1988.

GIULIANI, Emília Merlini. A inadequação do conceito de saúde pública enquanto bem jurídico: uma análise sobre os fundamentos materiais do crime de falsificação, corrupção,

adulteração ou alteração de medicamentos. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 124, 2016. p. 17-35.

GRECO, Luís. A crítica de Stuart Mill ao paternalismo. In: *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v. 4, n. 7, p. 81-92, 2012.

_____. Breves reflexões sobre os princípios da proteção a bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito penal. In: *Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*, Cuiabá, ano 2, n. 3, p. 249-275, 2007.

_____. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? In: MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PÜSCHEL, Flavia Portella. *Responsabilidade e pena no Estado democrático de direito: desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia*. São Paulo: FGV Direito SP, 2016, p. 433-463.

_____. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*. 1ª ed. Trad. Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madri: Marcial Pons, 2015.

_____. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 89-147, 2004.

_____. Proteção de bens jurídicos e crueldade com animais. In: *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 3, p. 47-59, 2010a.

_____. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 82, p. 165-185, 2010b.

_____. Tipos de autor e lei de tóxicos ou: interpretando democraticamente uma lei autoritária. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 226-238, 2003.

_____. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Norma penal em branco e outras técnicas de reenvio em direito penal*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2014.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal. In: *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 37-46, 2013.

_____. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 9-22.

HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. In: GRECO, Luís;

TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 69-94.

_____. Uma teoria social do bem jurídico. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 87, p. 103-120, 2010.

HIRSCH, Hans Joachim. Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico. In: CEREZO MIR, José (org). *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madri: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, p. 371-387.

HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

JAKOBS, Günther. Danosidade social? Anotações sobre um problema teórico fundamental do direito penal. In: POLAINO-ORTS, Miguel; DINIZ, Eduardo Saad (orgs). *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 93-107.

_____. *Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed. cor. Madri: Marcial Pons, 1997.

_____. O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência a norma? In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 207-232.

_____. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. 1ª ed. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madri: Civitas, 2003.

KINDHÄUSER, Ürs. Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos. Trad. Beatriz Corrêa Camargo. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 95, p. 85-95, 2012.

MARCÃO, Renato. *Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006: anotada e interpretada*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais*. 1ª ed. São Paulo: LiberArs, 2015.

_____. Paternalismo na lei de drogas. In: *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 2, p. 13-24, 2009.

_____; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. Harm principle e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 115, p. 255-290, 2015.

MENDES, Paulo de Sousa. Em defesa do particularismo moral e do pluralismo liberal. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (orgs). *Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 661-668.

MILL, John Stuart. *On Liberty*. Londres: Penguin, 2010.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. O consentimento do ofendido em face de bens jurídicos indisponíveis. In: *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 5, n. 9, p. 274-288, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: parte general*. 8ª ed. rev. Valência: Tirant lo Blanch, 2010.

NEUMANN, Ulfrid. “Alternativas: nenhuma”. Sobre a crítica mais recente à teoria pessoal do bem jurídico. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 116, p. 97-110, 2015.

_____. Bem jurídico, Constituição e os limites do direito penal. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (orgs). *Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 519-532.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. Proteção de bens jurídicos e confirmação da vigência da norma: duas funções excludentes? In: POLAINO-ORTS, Miguel; DINIZ, Eduardo Saad (orgs). *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 109-127.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel. A vueltas con el paternalismo jurídico. In: *Derechos y libertades: revista del filosofía del derecho y derechos humanos*, Madri, n. 15, p. 211-256, 2006.

REALE JR, Miguel (coord.). *Código penal comentado*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RENZIKOWSKI, Joachim. *Direito penal e teoria das normas: estudos críticos sobre as teorias do bem jurídico, da imputação objetiva e do domínio do fato*. Org. e trad. Alaor Leite, Adriano Teixeira e Augusto Assis. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

RODRIGUES, Joana Amaral. A teoria do bem jurídico-penal: várias dúvidas e uma possível razão. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 23, p. 167-213, 2013.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 11-31, 2002.

_____. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. In: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 15-01, p. 1-27, 2013.

_____. *Estudos de direito penal*. Trad. Luís Greco. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. Sobre a discussão acerca da heterocolocação em perigo consentida. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (orgs). *Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 563-586.

_____. 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?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 233-275.

RUDOPH, Hans-Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. In: *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, Buenos Aires, ano 4, p. 329-347, 1975.

SANTOS, Humberto Souza. Os animais superiores podem ser titulares de bens jurídicos? In: CARVALHO, Érika Mendes de; PRADO, Alessandra Mascarenhas (orgs.). *Repensando a proteção do meio ambiente: 20 anos da Lei 9.605/98*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 317-335.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 7ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de Sísifo? In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 91-111.

_____. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos: sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Trad. Luís Greco. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 53, p. 9-37, 2005.

_____. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponte de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 23-68.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Bem jurídico-penal: leituras conflituosas. In: POLAINO-ORTS, Miguel; DINIZ, Eduardo Saad (orgs). *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 129-147.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal: direito penal econômico e novo direito penal. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (org.). *Inovações no direito penal econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011, p. 105-145.

_____; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

STRATENWERTH, Günter. Sobre o conceito de “bem jurídico”. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 129-148.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. As deficiências constitucionais da teoria do bem jurídico. In: *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 3-14, 2014.

TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función em derecho penal*. Trad. Monica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WOHLERS, Wolfgang. Teoria do bem jurídico e estrutura do delito. Trad. Alaor Leite. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 90, p. 87-107, 2011.