

Sobre a vida e sobrevida da teoria do bem jurídico: reflexões em diálogo com o livro “Ainda vive a teoria do bem jurídico?”, de Humberto Souza Santos

On the life and survival of the legal good theory: reflections in dialogue with the book “Ainda vive a teoria do bem jurídico?”, by Humberto Souza Santos

Hugo Soares 

Resumo: Partindo das ideias apresentadas na recém-publicada tese de Humberto Souza Santos, o presente artigo objetiva promover um diálogo a respeito do estado em que a teoria do bem jurídico atualmente se encontra. Promove-se, para tanto, um exame crítico tanto do conteúdo expositivo quanto do propositivo da obra. Traz-se, neste contexto, discussões sobre a função limitadora da teoria do bem jurídico, os seus pontos de tensão com o princípio democrático e a sua vulnerabilidade decorrente da consolidação da categoria de delitos de perigo abstrato. Igualmente, o artigo promove análises relativas ao reconhecimento de uma esfera imponderável da autonomia individual, à elevação do nexo de idoneidade entre conduta proibida e violação de bem jurídico à condição de critério de legitimidade de criminalização e ao adensamento do conceito de bem jurídico merecedor de tutela penal. Ao fim, chega-se à conclusão de que a teoria do bem jurídico, apesar de ainda carecer de aprimoramentos e complementações, permanece viva, preservando a sua capacidade de rendimento.

Palavras-chave: teoria do bem jurídico; limitação do poder de incriminar; princípio democrático; delitos de perigo abstrato; esfera imponderável da autonomia; barreiras deontológicas.

Abstract: Departing from the ideas presented in the recently published thesis by Humberto Souza Santos, this paper aims to promote a dialogue about the current state of the legal good's theory (*Rechtsgutslehre*). To do so, a critical exam of both the work's expository and propositional content is undertaken. Discussions about the limiting function of the legal good's theory, its tensions with the democratic principle, and its vulnerability due to the consolidation of the category of remote harms are included in this context. Likewise, the paper analyzes the recognition of an imponderable sphere of individual autonomy, the upgrade of the requirement of a suitability nexus between the prohibited conduct and the legal good's violation to the level of a criminalization's criteria of legitimacy, and the densification of the concept of a legal good worthy of criminal protection. Ultimately, it concludes that the legal good's theory remains alive and preserves its achievement potential, despite its need for improvements and complements.

Keywords: legal good theory; limits to the criminalization power; democratic principle; remote harm; the imponderable sphere of autonomy; deontological barriers.

Sumário: Introdução; 1 Análise do conteúdo expositivo; 2 Análise do conteúdo propositivo; Considerações finais; Referências.

Introdução

Ainda vive a teoria do bem jurídico? Para um leitor brasileiro, a pergunta título do livro de Humberto Souza Santos¹, lançado em 2020 e com o qual pretendo dialogar no presente artigo², talvez possa parecer um pouco descabida. Com efeito, a maioria dos manuais brasileiros trata da teoria do bem jurídico como um objeto já relativamente consolidado³ (ela, contudo, nem sempre é submetida a olhares efetivamente críticos, o que acaba por deixar as suas consequências mais relevantes por vezes sem o devido tratamento)⁴. A nossa familiaridade com a teoria do bem jurídico não decorre somente dos manuais, indo além. Seja por meio de relevantes coletâneas⁵, seja por meio de publicações nacionais e internacionais em revistas científicas⁶, seja por meio de monografias⁷, o público brasileiro pode acompanhar, não sem certas incompletudes, aspectos e polêmicas relevantes envolvendo a teoria do bem jurídico. Ademais, a doutrina lusitana⁸ (e também

1 SANTOS, Humberto Souza, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*

2 O presente texto foi idealizado como uma resenha. A discussão que se desenvolveu, contudo, mostrou-se mais profunda do que o inicialmente esperado, de modo que pareceu mais apropriado converter o texto para o formato de artigo científico.

3 Ver CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal* PG, p. 14-17; GUEIROS/JAPIASSÚ, *Direito penal*, p. 49; de modo um pouco mais profundo, mas ainda predominantemente expositivo, GALVÃO, *Direito penal*, p. 219-230; por outro lado, tendendo à rejeição da teoria do bem jurídico em nome da garantia da vigência da norma, inspirada em Jakobs, ESTEFAM, *Direito penal*, p. 40-46.

4 Excepcionalmente, MARTINELLI/DE BEM, *Lições fundamentais de direito penal*, p. 91-126, procuram adensar a discussão a respeito da teoria do bem jurídico, tratando, por exemplo, de seus embates com o moralismo e o paternalismo, além de trazer discussões mais recentes promovidas na Alemanha, país de origem da teoria.

5 Ver GRECO/TÓRTIMA, *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?*

6 Ver GRECO, *RBCCrim* 49, p. 89-147; GRECO, *RBCCrim* 82, p. 165-185; HEFENDEHL, *RBCCrim* 87, p. 103-120; NEUMANN, *RBCCrim* 116, p. 97-110; PRITTWITZ, Cornelius. Teoria pessoal do bem jurídico e as "vítimas de amanhã". *REC* 61, p. 9-24; e SOARES, *RBCCrim* 147, 333-374, entre outros. Para um posicionamento crítico à teoria do bem jurídico, ver STUCKENBERG, *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal* 2, p. 3-14. Ver, também, com outros fundamentos – e de modo muito mais lateral e superficial –, DIMOULIS, *Estudos críticos sobre o sistema penal*, p. 828.

7 Ver COELHO, *Bem jurídico-penal*; PRADO, *Bem jurídico-penal e Constituição*; SOUZA, *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*.

8 Ver, por todos, FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal* PG.

a jurisprudência constitucional)⁹, mais próxima das discussões originais, também nos permite acesso a um maior aprofundamento crítico. Em suma, parece claro que a teoria do bem jurídico, em que pese uma certa desconexão com o mundo prático, vive entre nós¹⁰.

O que nos faltava, no entanto, era uma obra que se dedicasse a uma discussão exaustiva e crítica sobre o estado atual da teoria do bem jurídico e os desafios concretos que foram impostos à sua pretensão de limitar o poder estatal de incriminar¹¹. Uma obra que se preocupasse em trazer a discussão brasileira sobre o tema para o estado da arte. Tal carência foi, em larga medida, preenchida pela publicação da tese de doutorado de Humberto Souza Santos.

Por ser uma tese que vai além da mera exposição diagnóstica dos problemas enfrentados pela teoria do bem jurídico, propondo também soluções e complementos, o diálogo que pretendo realizar aqui será feito em dois blocos. O primeiro será dedicado a alguns aspectos relativos ao conteúdo expositivo do livro (1), onde apontarei um mérito, uma preocupação e uma ausência que me parecem dignos de nota. O segundo bloco, em seu turno, tratará do conteúdo

-
- 9 O Tribunal Constitucional de Portugal possui uma longa tradição de acolhimento da teoria do bem jurídico. Ver os Acórdãos nº 25/1984 (sobre a exclusão de ilicitude em alguns casos de interrupção voluntária da gravidez), nº 426/1991 (sobre a criminalização do tráfico de estupefacientes), nº 527/1995 (sobre a criminalização da deserção de navio da marinha mercante: “O direito penal é inquestionavelmente um ‘direito de proteção de bens jurídicos’”), nº 337/2002 (sobre a criminalização da condução de veículos sem habilitação legal), nº 377/2015 (sobre a criminalização do enriquecimento injustificado), nº 134/2020 e nº 72/2021 (ambos sobre a criminalização do lenocínio), e nº 867/2021 (sobre a criminalização dos maus tratos aos animais de companhia).
- 10 O que já não é o caso, por exemplo, da Argentina, nossa vizinha, onde o princípio do dano parece predominar como principal teoria da criminalização, sobretudo por força do art. 19 da Constituição do país. Tal dispositivo pode, em parte, ser descrito como “sonho de Stuart Mill”, em que pese a referência à “ordem e à moral pública”, que acaba, por outro lado, lhe conferindo também o título de “pesadelo”. Ver GARGARELLA, *Acciones privadas y constitución*, p. 109-132. Para uma instigante e detalhada discussão sobre o princípio do dano vinda do contexto argentino, ver RUSCA, *Política Criminal* 15, p. 811-839.
- 11 Apesar de demonstrar a intenção de trazer a discussão brasileira para o estado da arte, a relativamente recente monografia de Fábio Bozza não parece cumprir esse objetivo, mantendo um foco primordial em discussões das décadas de 1980 a 2000 (que não necessariamente deixam de ser relevantes, como o debate sobre delitos de perigo abstrato), e perdendo a oportunidade de efetivamente debater os novos desafios da teoria do bem jurídico. Afora uma certa falta de rigor técnico e alguns exageros retóricos (destaco a comparação descabida entre a realidade atual e o regime nacional-socialista alemão: “As experiências sofridas por Fraenkel ocorreram num período em que, oficialmente, foi suspensa a ordem jurídica contida na Constituição de Weimer [sic]. Hoje a realidade é um pouco pior”), não se percebe um diálogo com as tendências mais modernas a respeito da teoria do bem jurídico. No decorrer das mais de 300 páginas do livro, por exemplo, a palavra autonomia, expressão-chave no contexto dos recentes desdobramentos no entorno da teoria do bem jurídico, não aparece mais do que nove vezes, sendo que nem sempre empregada em referência direta à autonomia do indivíduo (fala-se, antes, de uma autonomia conceitual dos bens jurídicos coletivos perante os individuais). Ver BOZZA, *Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal*, p. 46, 85, 204, 221, 254, 255, 256, 301 (citação, p. 75).

propositivo (2), onde farei uma análise crítica das três principais teses sugeridas na obra.

1 Análise do conteúdo expositivo

Como de praxe na literatura a respeito da teoria do bem jurídico, o livro começa com uma breve *incursão histórica* a respeito de suas origens¹², discorrendo sobre a introdução do conceito de “bens” por Birnbaum¹³, passando pela contribuição de Binding¹⁴, as críticas não tão frutíferas de von Liszt¹⁵, o advento do conceito metodológico ou teleológico neokantiano¹⁶, a interrupção do desenvolvimento da teoria durante o período nacional-socialista na Alemanha¹⁷, a retomada do debate neokantiano acompanhada da ascensão do finalismo de Welzel¹⁸, desembocando, por fim, no conceito político-criminal de bem jurídico, inquestionavelmente preocupado com a limitação do poder estatal de incriminar¹⁹. O intento dessa *incursão* é o de evidenciar que a função da teoria do bem jurídico, em suas versões mais primitivas, dizia mais respeito à identificação da vontade do legislador do que a um papel efetivamente crítico de “fiscal de suas escolhas”. Teria sido somente no pós-guerra, mais exatamente a partir da década de 1960, que a teoria do bem jurídico, com a feição que hoje apresenta, ganhou força²⁰.

Se a teoria do bem jurídico possui desde seu princípio uma natureza liberal e voltada à limitação do Estado, trata-se de uma questão ainda não pacificada no debate penal²¹. Souza Santos, porém, certamente traz bons argumentos para uma resposta em sentido negativo a essa pergunta. De todo modo, afóra o interesse histórico desse debate, suas implicações práticas não parecem tão relevantes. Daí que merece destaque a observação de Souza Santos, segundo a qual a teoria do bem jurídico, independentemente de sua origem, exerce atualmente uma função

12 SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 32 e ss.

13 SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 32 e ss.

14 SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 34 e ss.

15 SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 36 e ss.

16 SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 39 e ss.

17 SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 42 e s.

18 SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 43 e ss.

19 SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 47 e ss.

20 SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 47.

21 Ver ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 2 nm. 6.

limitadora do poder de incriminar e, nesse sentido, liberal²². Essa contribuição tem o mérito de reforçar, no público brasileiro, uma postura necessária para o debate científico em geral e que, não raro, recebe um tratamento inadequado na ciência jurídica brasileira: a necessidade de focar nos argumentos e nas razões, e não em falácias, sejam elas formais ou informais. Descartar a teoria do bem jurídico, com todo seu potencial crítico, por não ter nascido “nobre”, consiste justamente no acolhimento de uma falácia genética. Ideias, porém, são instrumentos que podemos empregar para finalidades diversas. Daí que, a princípio, uma ideia concebida para uma finalidade pode ser redirecionada para outra diametralmente oposta. A incursão histórica promovida no início do livro, portanto, traz ao público brasileiro um meritório exemplo de que, mais do que a origem de uma ideia, é sua função que determinará se ela merece ou não ser seguida. Souza Santos contribui, desse modo, não só para a qualificação do debate em torno da teoria do bem jurídico, mas para o aprimoramento da ciência jurídica brasileira em geral.

Questão mais complexa consiste na discussão sobre o *fundamento de “autoridade”* da teoria do bem jurídico perante o legislador democraticamente eleito. Aqui, Souza Santos acompanha defensores clássicos da teoria do bem jurídico, como Figueiredo Dias, Roxin e Greco, enxergando na Constituição esse fundamento²³. Ela seria, assim, uma formulação do princípio constitucional da proporcionalidade orientada especificamente para a análise da vontade legislativa de incriminar²⁴. Parece tratar-se de uma solução acertada ou, ao menos, uma que aponte para um caminho promissor.

O que me preocupa, porém, é o recurso, sem maiores ressalvas, à ideia de que a democracia esteja vinculada às “mesmas premissas das quais resultam a tarefa do direito penal referida ao respeito à autonomia e à autodeterminação do indivíduo”²⁵. Se não interpretada de forma meticulosa, tal perspectiva, que ecoa uma concepção corrente, mas, a meu ver, problemática, do princípio democráti-

22 SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 92 e s.: “Mas o reconhecimento de tal dado histórico não inviabiliza a continuidade da teoria político-criminal do bem jurídico no estágio em que se encontra, pois não é necessário recorrer à origem de uma concepção de quase dois séculos para legitimar o sentido que deve adquirir nos dias de hoje” (p. 93); ver, também, ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 2 nm. 6.

23 SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 47 e ss., também p. 128 e ss.

24 SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 134 e s. No mesmo sentido, ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 2 nm. 92a.

25 SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 135, citando quase diretamente ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 2 nm. 94 s.: “A democracia refere-se às mesmas premissas das quais a definição da tarefa do Direito Penal aqui defendida [proteção de bens jurídicos] provém, nomeadamente ao respeito à autonomia e autodeterminação do indivíduo”.

co²⁶, acabaria por reduzir a democracia a um “corolário” ou uma “derivação” do Estado de Direito. Esqueceria que, ainda que também seja possível reconduzi-la, em última análise, à liberdade individual²⁷, ela está, por definição, igualmente atrelada à ideia de um poder da coletividade, sendo a soberania do povo uma de suas premissas fundamentais²⁸.

Levada às últimas consequências, uma vinculação “negligente” da democracia à autonomia individual pode abrir espaço para uma “expertocracia da justiça”²⁹, uma democracia sem povo, pois qualquer vontade popular acabaria por sujeitar-se ao crivo dos professores especialistas³⁰, a quem caberia a tarefa de definir o conteúdo da autonomia individual. É possível que o conceito do qual eu parto seja considerado um “conceito positivisticamente restrito de democracia”³¹, mas remeter, sem os devidos cuidados, a democracia às mesmas premissas do

26 Por todos, ver a distinção entre democracia formal e substancial em FERRAJOLI, *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Para uma breve crítica a essa perspectiva, ver SOARES, *RBDPP* 7, p. 1535: “[...] sem fazer uma distinção tão clara entre os dois princípios – por aglutiná-los num amplo princípio democrático (contribuindo para a tendência de criar cada vez mais adjetivos e qualificações para o conceito de democracia, o que acaba esvaziando o seu significado)”.

27 Visão aceita mesmo entre os que se opõem à teoria do bem jurídico por conta do princípio democrático. Ver GÄRDITZ, *Der Staat* 3, p. 342: “A democracia baseia-se na ideia de liberdade individual. A autodeterminação democrática é, em última análise, uma consequência da autodeterminação individual”. No entanto, a liberdade individual, aqui, deve ser observada sob a perspectiva da igual autodeterminação dos indivíduos, de modo que o interesse de um tenha exatamente o mesmo peso que o de qualquer outro. Ver GÄRDITZ, *Der Staat* 3, p. 344: “O princípio da maioria, imanente ao sistema democrático, é consequência da igual autodeterminação e, dessa forma, expressão da pluralidade e mutabilidade de interesses e valorações legítimos”.

28 SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 129 e ss.: “A democracia, em verdade, repousa sobre dois princípios fundamentais ou primários, que lhe dão a essência conceitual: (a) o da *soberania popular*, segundo o qual o povo é a única fonte de poder, que se exprime pela regra de que *todo o poder emana do povo*; (b) a *participação, direta ou indireta, do povo no poder* para que este seja efetiva expressão da *vontade popular* [...]” (p. 131).

29 Expressão de GÄRDITZ, *Der Staat* 3, p. 337.

30 No contexto atual, em que uma cada vez mais politizada classe social, a comunidade científica, com seus interesses, vieses e ideologias, vem buscando, com relativo sucesso, legitimar-se como fonte de poder em nome da Ciência, essa preocupação torna-se mais relevante. Não é o caso, frise-se, de atribuir um poder absoluto à soberania popular, mas é preciso um contraponto às sanhas autoritárias de uma elite intelectual que, por vezes, se arroga ao papel de porta-voz do Estado de Direito e, também, da democracia. É preciso, afinal, reconhecer que a Ciência, a qual muitos se orgulham de, ainda que cegamente, seguir, é uma instituição composta por seres humanos, também falíveis, tanto em competência quanto em caráter. Não nego que o populismo demagógico seja, de fato, um risco à sociedade, pois ele é. Um risco tão grave quanto um novo despotismo esclarecido que clama, por exemplo, por um “autoritarismo necessário”, guiado, é claro, por si mesmo (ver, por todos, IAMARINO, *Folha de São Paulo*, 2021). Para uma denúncia similar contra um “elitismo democrático” assentado “em sua inerente desconfiança do povo, que reputa intrinsecamente incompetente”, ver SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 126 e ss. (citação p. 127). Para um exemplo, bem articulado, dessa desconfiança em relação à democracia, ver DIMOULIS, *Estudos críticos sobre o sistema penal*, p. 811 e ss.: “O poder constituinte desconfia do poder e dos desígnios da maioria” (p. 812).

31 Expressão de NEUMANN, *FS-Fischer*, p. 194.

Estado de Direito implicaria a criação de um princípio redundante, com reduzida capacidade de rendimento³² e sem aptidão para contrapor-se a tendências autoritárias de uma elite intelectual.

Pode objetar-se que, no caso da teoria do bem jurídico, não haveria muito espaço para o surgimento de um autoritarismo, já que ela apenas limitaria ímpetos punitivos advindos da vontade popular. O risco, aqui, é o de abrir uma porta para outras pautas – essas, sim, potencialmente autoritárias – da classe dos especialistas³³. Exemplo recente de concretização desse risco encontra-se no caso da criminalização da homofobia por via judicial, promovida em 2019 por meio da ADO 26. Não foi sem impulsos de especialistas, em nome do respeito à autonomia individual de minorias sexuais, que o Supremo Tribunal Federal foi levado a ignorar a soberania do povo, passando por cima da vontade popular de não criminalizar uma conduta³⁴.

É certo que, a rigor, a violação do princípio da legalidade e da proibição de analogia em prejuízo do réu representa, também, um golpe contra o próprio Estado de Direito, e somente uma interpretação teratológica permitiria entender de outra forma³⁵. Por conseguinte, é justo afirmar que setores da classe dos especialistas da justiça, ao apoiar a criminalização judicial da homofobia, não se ativeram sequer à tarefa que lhes cabia, qual seja, ao dever de respeito à autonomia do indivíduo, que tem o direito fundamental de não ter sua liberdade restringida senão em virtude de lei (art. 5º, II, da CF), sobretudo no que diz respeito ao âmbito criminal (art. 5º, XXXIX, da CF). Tal fato, porém, depõe exatamente contra essa pretensão de maior esclarecimento dos especialistas, que não raro se creem aptos a conduzir o povo. Ao menos parte relevante dessa elite, afinal, chancelou e louvou, inclusive perante o público leigo, a chocante violação de um dos princípios mais basilares do Direito Penal, que é o princípio da legalidade³⁶.

32 É, por exemplo, a distinção entre o princípio democrático e o do Estado de Direito que se mostra capaz de explicar por que a clemência é aceitável no júri brasileiro, ao passo que a condenação sem provas é rechaçável. Ver SOARES, RBDPP 7, p. 1533 e ss.

33 Temor já antevisto em BOZZA, *Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal*, p. 317 e s.: “[...] há sério (e fundado) temor de que a abertura de um espaço político na interpretação do direito penal produza uma extensão da punibilidade, com violação do princípio da legalidade”.

34 Para um breve exame da relação entre o princípio da legalidade e a democracia, ver BORGES, *O crime de desobediência à luz da Constituição*, p. 19 e s.

35 Para um breve exame da relação entre o princípio da legalidade e o Estado de Direito, ver BORGES, *O crime de desobediência à luz da Constituição*, p. 18 e s.

36 Por todos, AMPARO, *Folha de São Paulo*, 2019: “Há momentos em que um tribunal constitucional reafirma a razão pela qual existe. Agiganta-se. Esta quinta-feira (23) foi um desses dias. O Supremo Tribunal Federal (STF)

De toda maneira, parece-me que tais ressalvas à vinculação do princípio democrático ao respeito à autonomia individual não são suficientes para deixá-la em desamparo, justamente pois o princípio do Estado de Direito, também vigente e com igual hierarquia, impõe a consideração dos direitos individuais frente aos coletivos. Afinal, em um Estado Democrático de Direito, síntese desses dois princípios fundantes, a democracia não é submissa, mas tampouco é absoluta. Parece-me que é exatamente nessa limitação do princípio democrático pelo do Estado de Direito que a teoria do bem jurídico pode ser inserida sem maiores transtornos. Ela deve, então, ser vista como a preocupação com a justiça e proporcionalidade da criminalização de condutas, como um contrapeso, ancorado no princípio do Estado de Direito, ao poder democrático de incriminar³⁷. Tem-se, aí, uma fonte suficiente de legitimação, não sendo necessário negar o caráter coletivo do princípio democrático. Um maior aprofundamento sobre essa tese requereria, porém, um espaço dedicado exclusivamente ao tema, motivo pelo qual deixarei ulteriores considerações para uma outra oportunidade.

Por fim, cabe apontar o que me parece ser a principal carência da parte positiva do livro. Com efeito, a teoria do bem jurídico vem travando suas principais batalhas em três *fronts*. Os dois primeiros, o do moralismo e o do paternalismo, foram devidamente tratados por Souza Santos³⁸. O flanco representado pela

fornou maioria de seis ministros a favor da criminalização da LGBTfobia". O nosso tribunal constitucional, de fato, agigantou-se.

37 Concordando, aqui, com SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 134 e s.; e ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 2 nm 92a. Ver, também, o Acórdão nº 134/2020 do Tribunal Constitucional português: “[A] intervenção criminalizante está sujeita a certas limitações constitucionais, encontrando no *princípio do direito penal do bem jurídico* (à semelhança do que, embora com variações, se verifica em vários outros ordenamentos jurídicos) um primeiro e fundamental constrangimento. Manifestação específica do imperativo de proporcionalidade a que transversalmente se subordina a restrição de direitos fundamentais, este princípio perfila-se como uma barreira ao excesso – seja ele arbitrário ou apenas inadvertido – na restrição do direito à liberdade pela via penal, proibindo toda a criminalização que não possa ser justificada em nome de outros direitos ou interesses constitucionalmente consagrados” (grifo no original). Daí que, a despeito de todas suas tensões com a soberania popular, é um exagero descrever a teoria do bem jurídico como um “desdém pela democracia” (ver STUCKENBERG, *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal 2*, p. 9 e ss.). Buscar limitar o poder democrático não implica o seu desprezo. Em certo sentido, significa precisamente o contrário: é da percepção da sua grandeza e intensidade que se deriva a preocupação em traçar critérios para o seu exercício proporcional. O ceticismo de Stuckenberg e seu alerta contra uma prepotência dos professores são válidos e devem ser tomados com seriedade, mas suas conclusões não são convincentes. A teoria do bem jurídico, afinal, consiste justamente em uma tentativa de “desenvolver parâmetros específicos para leis penais” (STUCKENBERG, *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal 2*, p. 11), tal qual defende o autor. O mais sensato, portanto, é investir no seu aprimoramento e na sua complementação, ao invés de dar início a um novo esforço limitador a partir da estaca zero. Em suma, do reconhecimento das deficiências da teoria do bem jurídico não se segue a necessidade de seu abandono.

38 Ver, por exemplo, SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 73 e ss., ao tratar da transposição do debate anglo-saxão para a teoria do bem jurídico.

ascensão e consolidação da categoria dos *delitos de perigo abstrato*, contudo, merecia um aprofundamento que não se encontra na obra.

Chamada por alguns de lado iliberal da teoria do bem jurídico³⁹, a antecipação da tutela penal para o campo do perigo abstrato abre margem para uma implosão dos esforços de construção de um conceito material de crime⁴⁰. Em um jogo de palavras esclarecedor, trata-se da “colocação do Direito Penal em perigo por meio do Direito Penal do Perigo”⁴¹. A rigor, e considerando a teoria da equivalência de condições, qualquer comportamento, como o respirar ou mesmo o pensar, pode ser inserido na cadeia causal de uma violação a um bem jurídico, e, nesse sentido, representar um perigo abstrato⁴². Tal qual as muralhas medievais, a teoria do bem jurídico parece não estar preparada para combater os “canhões” do Direito Penal moderno⁴³, correndo risco de morte, ou ao menos de defasagem quase absoluta, tornando-se “mera atração turística” ou, no máximo, “proteção contra pequena criminalidade”.

A sobrevida da teoria do bem jurídico parece depender do desenvolvimento de barreiras deontológicas à criminalização⁴⁴. Todavia, a única barreira até agora efetivamente desenvolvida (de forma ainda incipiente) consiste no âmbito nuclear de conformação da vida privada⁴⁵, do qual Souza Santos demonstra ter ciência⁴⁶, tentando inclusive aprimorá-la. O autor, contudo, não parece notar o problema da antecipação da tutela penal em si e, menos ainda, o potencial dessas barreiras para enfrentá-lo. Ao manter o foco apenas no potencial de contribui-

39 ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 2 nm. 12a.

40 Para uma leitura aprofundada sobre a relação entre a teoria do bem jurídico e delitos de perigo abstrato, ver ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, nm. 68 e ss. O apelo a consequências indiretamente danosas à sociedade, ademais, pode facilmente servir de argumento para uma incriminação de fundo moralista, ou seja, para a criminalização de condutas meramente contrárias aos costumes sociais. Ver JAKOBS, *Rechtsgüterschutz?*, p. 23. Sobre o moralismo velado, ver ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 2 nm. 19c e ss.

41 HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, p. 70.

42 Ver MÖLLER, *Definition und Grenzen der Vorverlagerung von Strafbarkeit*, p. 197 e ss., 296 e ss.: “Não existe comportamento ‘em si’ inofensivo” (p. 300). Ver, também, GRECO, *RBCCrim* 87, p. 93 e ss.: “Pensamentos também são perigosos” (p. 94); e GRECO, *RBCCrim* 82, p. 180: “[...] toda ação, por mais privada que seja, pode ter consequências indiretas para outros”.

43 É por isso que se compreende posturas como a de Juarez Cirino dos Santos, que rechaçam completamente a categoria de delitos de perigo abstrato (ver CIRINO DOS SANTOS, *Direito penal* PG, p. 17). Essa aversão, embora compreensível, mostra-se equivocada, o que se nota já no exemplo do tipo de envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, previsto no art. 270 do nosso Código Penal e cuja legitimidade poucos pretendem questionar (ver GRECO, *RBCCrim* 49, p. 123).

44 ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 2 nm. 12b.

45 Ver formulações iniciais dessa barreira em GRECO, *RBCCrim* 82, p. 179 e ss.

46 Por exemplo, SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 105 e p. 142 e ss.

ção para a proteção da autonomia, sobretudo contra posturas moralistas, Souza Santos lamentavelmente perde uma boa oportunidade de tratar da teoria do bem jurídico em todas as suas vulnerabilidades.

2 Análise do conteúdo propositivo

A parte mais autoral do livro traz consigo uma tese ambiciosa: reafirmar e promover a sobrevida da teoria do bem jurídico mediante a sua complementação por outros princípios limitadores⁴⁷. A ideia, em si, parece correta. Não é a primeira vez que se propõe algo na linha de um “macroconceito político-criminal de caráter mais amplo”⁴⁸, como a tentativa de complementação a partir de uma aproximação com a tutela penal de sentimentos⁴⁹. Embora não esteja claro se a proteção de sentimentos pelo Direito Penal representaria o melhor caminho a ser seguido⁵⁰, a necessidade de complementação da teoria do bem jurídico parece evidente.

Souza Santos propõe inserir a teoria do bem jurídico em um filtro trifásico: primeiramente, caberia analisar se a incriminação em exame afetaria a esfera imponderável e intocável da autonomia da pessoa⁵¹, passando, em seguida, para uma verificação da existência de um bem jurídico merecedor de tutela penal⁵², chegando, por fim, à observação de um nexo de idoneidade entre a conduta proibida e a violação do bem jurídico tutelado⁵³.

O primeiro filtro proposto por Souza Santos parece inspirar-se justamente nas já mencionadas barreiras deontológicas à criminalização de condutas. O autor parte da ideia de *autonomia* para estabelecer um espaço em que o legislador

47 SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 141 e ss.

48 Expressão de FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret Penal* 2/2008, p. 13. Em sentido convergente, ver NEUMANN, *RBCCrim* 116, tópico 5.1: “A terceira opção está na complementação da teoria do bem jurídico por meio de abordagens – adicionais, como, por exemplo, mediante o princípio da ofensividade (*Offense Principle*)”.

49 Ver SOARES, *RBCCrim* 147, sobretudo p. 364 e ss.

50 Contra, ROXIN/GRECO, *Strafrecht* AT I, § 2 nm. 26 e ss. Trata-se de uma questão que merece aprofundamento. A princípio, a proteção pura de sentimentos não parece recomendável. A inserção da tutela de sentimentos em uma teoria da criminalização, porém, talvez seja possível sob a forma de um filtro complementar à teoria do bem jurídico (ver SOARES, *RBCCrim* 147, p. 368). Entretanto, a autoridade para dizer ao poder democrático quais sentimentos ele pode proteger legitimamente ainda não me parece adequadamente fundamentada, razão pela qual se lançam dúvidas razoáveis a respeito da viabilidade desse caminho.

51 SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 142 e ss.

52 SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 152 e ss.

53 SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 201 e ss.

não está autorizado a promover qualquer tipo de ponderação⁵⁴. A dificuldade, nessa ideia, consiste em identificar os limites desse espaço⁵⁵. Souza Santos, nesse sentido, critica Greco, segundo o qual pertenceriam à esfera de autonomia as condutas cuja prática não exclui a possibilidade de que terceiros também a pratiquem⁵⁶, por considerar seu critério excessivamente impreciso. Haveria, afinal, comportamentos, como a ameaça e a calúnia, que colidem com a autonomia alheia apesar de não impedirem sua prática por terceiros⁵⁷. Trata-se de um argumento interessante e que, a princípio, parece correto. A “universalizabilidade” de uma conduta é um conceito complicado⁵⁸ e, de fato, não parece um bom critério para identificar uma esfera intocável e imponderável da autonomia.

No entanto, a solução proposta por Souza Santos tampouco se mostra útil. O autor recorre ao conceito de autonomia como condição de fato, de Joel Feinberg, segundo o qual doze virtudes condicionariam o indivíduo ao autogoverno⁵⁹, para, então, agrupá-las em três “aptidões de fato”⁶⁰, cuja afetação seria suficiente para retirar um comportamento da esfera intangível da autonomia⁶¹. Tal afetação, por sua vez, ocorreria sempre que se prejudicasse a manifestação de uma das doze virtudes que compõem o conceito de autonomia como condição de fato⁶².

Há dois problemas, de certa forma interconectados, nesse caminho. Primeiro, a questão do perigo, relativamente ignorada na parte expositiva do livro, volta aqui à tona. A flexibilidade das expressões “afetação” e “prejuízo” confere-

54 SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 143.

55 SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 143.

56 GRECO, *RBCCrim* 87, p. 96.

57 SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 146: “Na verdade, a possibilidade de comportamentos simultâneos pode ser observada em qualquer conduta que não necessariamente neutralize a capacidade de agir da mesma forma do outro”.

58 Além da crítica de Souza Santos, a ideia de “universalizabilidade” está sujeita a outros questionamentos. Duvidando da possibilidade de uma universalização ordeira de qualquer conduta, por exemplo, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Manual de derecho penal* PG, p. 376: “Não há nenhuma conduta, por inofensiva que seja, que universalizada não cause um caos”.

59 FEINBERG, Joel. *The moral limits of the Criminal Law* 3, p. 32 e ss. As doze virtudes consistem em: autoposse, autoidentidade, autenticidade ou autosseleção, autocriação ou autodeterminação, autolegislação, autenticidade moral, independência moral, integridade ou fidelidade a si mesmo, autocontrole ou autodisciplina, autoconfiança, iniciativa e responsabilidade por si mesmo.

60 SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 149: aptidão de fato para formular os próprios juízos, aptidão de fato de ser fiel aos próprios juízos e aptidão de fato de elaborar planos de acordo com os próprios juízos.

61 SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 149: “[...] colidir ou negar a autonomia do outro [significa] afetar o exercício de sua autonomia de fato”.

62 SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 149: “[...] a integridade de cada aptidão é mantida conforme não seja prejudicada a manifestação de alguma das virtudes que a compõem”.

-lhes uma amplitude suficiente para englobar consequências diretas e indiretas, ou seja, amplitude suficiente para também compreender condutas que representem perigos, inclusive abstratos, à manifestação de uma das virtudes compiladas por Feinberg. Percebe-se, aí, uma insanável rachadura no dique de proteção da autonomia que Souza Santos pretende construir. Qualquer conduta, afinal, pode representar um perigo à manifestação de uma das doze virtudes compiladas por Feinberg e, por conseguinte, um prejuízo capaz de afetar uma das três aptidões de fato elencadas por Souza Santos.

O esforço de Souza Santos parte de um erro conceitual tão profundo que, em verdade, nunca houve possibilidade lógica de ele ser bem-sucedido. Aqui, chegamos ao segundo problema da sua proposição, dessa vez uma questão de fundo: ao condicionar as fronteiras de uma esfera intocável da autonomia à verificação empírica de uma afetação a aptidões de fato, a tese de Souza Santos retira a autonomia do plano apriorístico para submetê-la a juízos *a posteriori*, a juízos pautados por suas consequências. Acontece que uma autonomia condicionada a análises *a posteriori* já não é mais uma autonomia, visto que está sujeita a contingências do mundo empírico⁶³.

A título ilustrativo, pensemos no exercício da seleção sexual negativa⁶⁴, que parece ser um dos casos mais evidentes de comportamentos inseridos na esfera intocável da autonomia. É bastante plausível que esse exercício decorra de uma postura preconceituosa de um cidadão; ele pode recusar a relacionar-se sexualmente com membros de determinada raça ou com pessoas que não apresentem determinado órgão sexual. Tais motivações poderiam ser classificadas como racismo ou transfobia e, nessa medida, prejudicar a manifestação de alguma das doze virtudes no indivíduo sexualmente rejeitado (não se pode excluir que uma rejeição por motivos de raça ou gênero possa empiricamente prejudicar a autoconfiança da pessoa, afetando, assim, uma de suas aptidões de fato). Seguindo a lógica de Souza Santos, portanto, o exercício da seleção sexual negativa seria passível de criminalização ou, ao menos, passaria no primeiro dos seus filtros. Não se trata, aqui, de elucubração teórica ou “exemplo de livro”, mas de preocupação

63 Preocupação constante no pensamento de Luís Greco, a quem se deve muito do ainda tímido desenvolvimento de barreiras deontológicas à criminalização de condutas. Por todos, ver GRECO, *RBCCrim* 82, p. 180: “Quando se começa a perguntar pelas consequências, abandonou-se o campo dos imperativos de respeito e com isso o âmbito do intocável e imponderável”.

64 Talvez seja o caso de qualquer seleção negativa voltada para alguma forma de relação pessoal. Ver exemplo do “pai muçulmano que rompe laços com a filha, porque essa decide casar com um católico” em MONTENEGRO, *Por que se qualifica o homicídio?*, p. 150.

com o atual desenvolvimento do debate público – nacional e internacional – relativo ao combate às mais diversas opressões. Basta lembrar do caso das lésbicas acusadas de transfobia por recusarem sexo com mulheres trans⁶⁵, que poderia, então, tornar-se caso de polícia.

A tese de Souza Santos desembocaria, também, na chancela da criminalização da recusa à vacinação por adulto capaz. Frise-se que não se trata do debate, mais sensato, a respeito da legitimidade de alguma sanção negativa contra a recusa vacinal⁶⁶, mas sobre a imposição de uma pena, isso é, a imposição de um mal tão grave quanto a retirada da liberdade, um direito inato decorrente da própria condição humana⁶⁷, a quem ousar decidir de forma dissonante sobre quais substâncias serão artificialmente injetadas no próprio corpo.

A identificação dos limites da esfera intocável e imponderável da autonomia permanece, portanto, uma tarefa em aberto⁶⁸. Das falhas daqueles que, como Souza Santos, tentaram encontrar uma solução, contudo, é possível extrair lições: tanto a construção de uma noção de “universalizabilidade” quanto a sujeição dos limites da autonomia a condições empíricas parecem ter pouco futuro. A solução talvez perpassasse pela observação minuciosa dos direitos fundamentais em suas mais diversas modalidades, tentando, em cada um, encontrar seu conteúdo essencial, relacionado, em geral, com o livre desenvolvimento da personalidade. Falo aqui de figuras mais “concretas”, como o direito à seleção sexual negativa, o direito ao controle das substâncias artificialmente inseridas no próprio organis-

65 Ver LOWBRIDGE, *BBC News*, 2021.

66 Negando, por razões de respeito à autonomia e ao direito de decidir sobre quais substâncias serão artificialmente inseridas no próprio corpo, legitimidade a qualquer sanção negativa à recusa vacinal por cidadãos capazes, SIQUEIRA/SOARES, *REC* 81, sobretudo p. 38 e ss.: “Ante a ausência de um ilícito contra o qual o Direito pode reagir, não há fundamento que justifique uma sanção negativa – qualquer que seja sua natureza – à recusa à vacinação por um adulto capaz” (p. 53).

67 Sobre o conceito material de pena, ver ROXIN/GRECO, *Strafrecht* AT I, § 2 nm. 1a e ss.

68 É de se registrar que, talvez, a esfera intocável da autonomia não seja a única forma de barreira deontológica à criminalização. Na Alemanha, a antecipação da tutela no Direito Penal do Terrorismo tem trazido incriminações de cariz cada vez mais autoritário, chegando à possibilidade de punição da tentativa de sair do país em busca de instrução para praticar “atos graves de violência que ponham o Estado em risco” (§ 89a IIa StGB), ou seja, a punição da tentativa de preparação da preparação de um delito (para críticas, ver *Ibid.*, § 2 nm. 12a e 69). Além da demonstração do absurdo de uma antecipação *ad infinitum* da tutela penal, o que parece chocar nesse exemplo é a possibilidade de o Estado proibir a saída de seus cidadãos em nome da proteção contra perigos abstratos. Tal possibilidade aproxima-se muito de ações típicas de Estados arbitrários como Cuba e Coreia do Norte, parecendo guardar pouca ou nenhuma compatibilidade com um Estado de Direito. Neste contexto, nos casos em que não seja mais possível distinguir uma antecipação da tutela penal de uma ação típica de um Estado de Arbitrariedade, talvez seja o momento de se pensar em uma barreira deontológica pautada diretamente em considerações de Estado de Direito (e não mais exclusivamente em questões relacionadas à autonomia, à dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade).

mo⁶⁹ ou, quiçá, o direito à livre expressão dos próprios juízos de valor em comunicações confidenciais⁷⁰. São caminhos efetivamente árduos e tortuosos, mas até o momento parecem ser os que oferecem resultados mais promissores.

O primeiro critério do filtro trifásico de Souza Santos consiste na proposição mais inovadora de sua tese. Porém, ele também traz interessantes sugestões relativas aos demais critérios, as quais abordarei de forma mais breve. Por uma questão de tamanho das considerações, inverterei a ordem de meus comentários, falando primeiro do terceiro critério, a saber, o *nexo de idoneidade* para violação do bem jurídico protegido⁷¹. Com efeito, o estabelecimento de tal critério é um corolário da ideia de que uma alegação não basta se não vier acompanhada de uma demonstração. A mera postulação de um bem jurídico ou a descrição de uma conduta com aparência de ilicitude, de fato, não é suficiente para legitimar uma criminalização, e Souza Santos agiu bem ao elevar essa constatação à condição de critério de legitimidade para o exercício do poder de incriminar. A dúvida que fica, no entanto, diz respeito à autoridade para questionar a prerrogativa de avaliação do Parlamento. Para quem coaduna com a resposta ao problema da autoridade da teoria do bem jurídico em geral, trata-se, de todo modo, de uma dúvida facilmente superável.

Quanto ao segundo critério, a *verificação de um bem jurídico merecedor de tutela penal*, o autor defende uma reelaboração do conceito de bem jurídico a partir do conceito de liberdade substantiva de Amartya Sen⁷², propondo defini-lo como aquele que “serve à liberdade substantiva de seu titular ao fornecer um conjunto de oportunidades reais de realizar, à sua escolha, aquilo que valoriza”⁷³. É de se questionar a necessidade de uma ancoragem tão intensa em um conceito não exatamente consensual – o que acaba enfraquecendo a tese –, mas, de todo modo, trata-se de um adensamento do conceito de bem jurídico que, se não parece cogente, não deixa de ser bem-vindo, sobretudo por promover uma visão mais clara do que efetivamente pode ser considerado um bem jurídico.

A extração de consequências dessa nova definição para os bens jurídicos coletivos, contudo, mostra-se, em alguns aspectos, um tanto duvidosa. Souza

69 SIQUEIRA/SOARES, *REC* 81, p. 58.

70 Sugestão inspirada na decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre monitoramento de correspondências em sede de execução penal. Ver *BVerfG*, NJW 1995, 1015.

71 SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 201 e ss.

72 SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 152 e ss. Liberdade substantiva como aspecto da liberdade “relacionado à aptidão real de um indivíduo fazer as distintas coisas que ele valoriza” (p. 154).

73 SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 163.

Santos defende que um bem jurídico coletivo consistiria em “algo que confira à coletividade um âmbito de oportunidade autônomo [...]”⁷⁴, o que não parece errado. O problema de sua visão reside, porém, na ideia de que a coletividade a ser considerada não consiste na sociedade como um todo, mas em coletividades específicas, como a do exemplo, dado pelo autor, de uma comunidade ribeirinha na Amazônia⁷⁵. Para Souza Santos, o indivíduo dessa comunidade que viajar para São Paulo perde, ainda que transitoriamente, sua membresia, passando, porém, a integrar, de forma também temporária, a coletividade paulistana⁷⁶. Ocorre que, então, a punibilidade de um dano ambiental em um local absolutamente afastado – eliminação de alguma espécie endêmica de uma ilha inabitada no meio do Atlântico, por exemplo – restaria excluída, ante a ausência de uma comunidade local que gozasse de um âmbito de oportunidade de algum modo relacionada à existência da espécie levada à extinção.

Outra consequência dogmática dessa visão diz respeito à possibilidade de se consentir com lesões a bens jurídicos coletivos: se eles pertencem a grupos específicos, e não à sociedade em geral, então é possível imaginar que os membros dessa coletividade, em sua totalidade ou mesmo em sua maioria, possam consentir com a afetação de um dado bem jurídico, afastando, assim, sua ilicitude. Em um curto exemplo, fica a dúvida sobre se a comunidade ribeirinha da Amazônia (junto com aqueles que transitoriamente lá se encontram) poderia consentir com a destruição de um corpo d’água em suas imediações.

Trata-se de problemas talvez solucionáveis (ou mesmo não problemas, o que talvez venha a ser a resposta liberal apropriada). No quarto capítulo da obra, dedicado à análise de tipos penais específicos, Souza Santos chega a afirmar que a punibilidade, no caso de delitos referidos à flora, está condicionada à “afetação causada no âmbito de oportunidades de realizar o que se valoriza conferido pelo dado ou realidade à coletividade”⁷⁷. É um forte indício relativo à resposta que seria dada aos problemas que aqui levantei. Fica, porém, a impressão de que essa questão poderia ter sido enfrentada de forma mais direta.

74 SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 193.

75 SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 195.

76 SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 195.

77 SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 223.

Considerações finais

As discussões que tive a oportunidade de travar no presente espaço não esgotam o conteúdo presente na obra de Souza Santos. Elas representam apenas uma fração de tudo o que foi discutido no decorrer do livro. A título de exemplo, o espaço do presente texto não me permitiu discutir o princípio do dano e a sua relação com a teoria do bem jurídico⁷⁸, ou debater as exceções à teoria do bem jurídico⁷⁹. Os “testes práticos” das considerações teóricas, contidos no quarto capítulo da obra⁸⁰, também não puderam ser abordados diretamente, o que não significa que sua leitura seja dispensável.

Quanto às críticas que teci às ideias do livro, sobretudo ao aspecto propositivo, devo registrar que elas são, por si só, testemunhas da riqueza da tese. É justamente por seu notável espírito científico, sempre pautado por argumentos e constantemente atento à objetividade, que essa tese se faz merecedora de um diálogo efetivamente crítico. Quando uma tese é boa, afinal, tanto seus méritos quanto suas falhas poderão servir de contribuição para o progresso científico.

A teoria do bem jurídico ainda preserva uma capacidade de rendimento preciosa, sendo sua discussão necessária para todos que se preocupam com a limitação do poder de impor um mal tão grave quanto uma pena. Para que sua relevância não se esvaia, porém, ela carece de muitos aprofundamentos e complementos, havendo ainda muito a ser desenvolvido e aprimorado. Após ler a tese de Humberto Souza Santos, porém, posso afirmar não só que a teoria do bem jurídico sobrevive, mas que ela está viva, pulsante e gerando frutos.

Referências

AMPARO, Thiago. Ao criminalizar LGBTfobia, STF reafirma seu papel perante Legislativo. *Folha de São Paulo*, 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/thiago-amparo/2019/05/ao-criminalizar-lgbtfobia-stf-reafirma-seu-papel-perante-legislativo.shtml>. Acesso em: 7 jun. 2022.

BORGES, Francisco. *O crime de desobediência à luz da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2011.

78 SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 59 e ss.

79 SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 82 e ss. e, também, p. 212 e ss.

80 SANTOS, *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 211 e ss.

- BOZZA, Fábio da Silva. *Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal*. São Paulo: Almedina, 2015.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014.
- COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- DIMOULIS, Dimitri. Direito penal constitucional. Finalidade, fundamentos, dimensões. In: ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio (org.). *Estudos críticos sobre o sistema penal*. Homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário. Curitiba: LedZe Editora, 2012. p. 828 ss.
- ESTEFAM, André. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico: Recensión a Roland Hefendehl (Ed.). "La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, editorial Marcial Pons, Madrid y Barcelona 2007, 478 páginas. In *Dret Penal*, Barcelona, n. 2, p. 1-16, 2008. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2592887&orden=0&info=link>. Acesso em: 7 jun. 2022.
- FEINBERG, Joel. *The moral limits of the Criminal Law: harm to self*. Oxford: Oxford University Press, v. 3, 1989.
- FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. 2. ed. Coimbra/São Paulo: Coimbra/Revista dos Tribunais, t. I, 2007.
- GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 7. ed. Belo Horizonte: D'Placido, 2015.
- GÄRDITZ, Klaus Ferdinand. Strafbegründung und Demokratieprinzip. *Der Staat*, [s.l.], v. 3, p. 331-367, 2010.
- GARGARELLA, Roberto. ¿Cómo interpretar el artículo 19 de la Constitución Argentina? Entre el "sueño" y la "pesadilla" de John Stuart Mill. In: GARGARELLA, Roberto; ÁLVAREZ MEDINA, Silvina; IOSA, Juan (org.). *Acciones privadas y constitución: la autonomía personal en la interpretación del artículo 19 de la Constitución Nacional*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2021. p. 109-132.
- GRECO, Luís. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, a. 18, v. 87, p. 84-102, 2010.

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

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

GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GUEIROS, Arthur; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Direito penal*. São Paulo: Atlas, 2018.

HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 18, v. 87, p. 103-120, 2010.

HERZOG, Felix. *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge: Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*. Heidelberg: R.v. Decker, 1991.

IAMARINO, Atila. Autoritarismo necessário: ou será preciso calar as vozes antivacina ou tornar a vacina compulsória. *Folha de São Paulo*, 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/atila-iamarino/2021/01/autoritarismo-necessario.shtml>. Acesso em: 7 jun. 2022.

JAKOBS, Günther. *Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*. Paderborn: Schöningh, 2012.

LOWBRIDGE, Caroline. As lésbicas acusadas de transfobia por recusarem sexo com mulheres trans. *BBC News*, 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-59052341>. Acesso em: 7 jun. 2022.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Lições fundamentais de direito penal: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2017.

MÖLLER, Uriel. *Definition und Grenzen der Vorverlagerung von Strafbarkeit: Diskussionsstand, Rechtsgeschichte und kausalitätstheoretische Bezüge*. Göttingen: V&R Unipress, 2018.

MONTENEGRO, Lucas. *Por que se qualifica o homicídio?* Um estudo sobre a relevância da motivação em direito penal, por ocasião da lei do feminicídio (Lei 13.104/2015). São Paulo: Marcial Pons, 2017.

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

NEUMANN, Ulfrid. De zision statt Argumentation? Zur (post)modernen Kritik der Rechtsgutslehre. In: BARTON, Stephan (Hrsg.). *Festschrift für Thomas Fischer*. München: C.H. Beck, 2018. p. 183-197.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PRITTWITZ, Cornelius. Teoria pessoal do bem jurídico e as “vítimas de amanhã”. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 61, p. 9-24, 2016.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht*. Allgemeiner Teil. Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre. 5. Auflage. München: C.H. Beck, v. I. 2020.

RUSCA, Bruno. En defensa de una interpretación consecuencialista del principio del daño. *Política Criminal*, v. 15, n. 30, p. 811-839, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v15n30/0718-3399-politcrim-15-30-811.pdf>. Acesso em: 7 jun. 2022.

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

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIQUEIRA, Flávia; SOARES, Hugo. Vacinação compulsória? Sobre os limites da atuação do Estado no combate à Covid-19. *Revista de Estudos Criminais*, v. 21, n. 81, p. 28-60, 2021.

SOARES, Hugo. Clemência no Tribunal do Júri? Reflexões derivadas do argumento a fortiori trazido no voto-vogal do Min. Fachin em sede do ARE 1225185, Tema/RG 1.087. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 7, n. 2, p. 1513, 2021. DOI: 10.22197/rbdpp.v7i2.468.

SOARES, Hugo. Podem ser legítimos crimes sem referência a bens jurídico-penais? Elementos para uma teoria sentimentalista do valor jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 26, v. 147, p. 333-374, 2018.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2007.

Conflito de interesses

O autor declara a ausência de conflito de interesses na produção do presente trabalho.

Sobre o autor:

Hugo Soares | E-mail: hsoares14@gmail.com

Mestre (Universidade de Lisboa/Portugal) e doutorando em Direito (Humboldt-Universität zu Berlin/Alemanha).

Recebimento: 21.06.2022

Aprovação: 07.07.2022