

## **A criminalização no estágio prévio: um balanço do debate alemão**

*Luís Greco*

**Como citar este artigo:** GRECO, Luís. A criminalização no estágio prévio: um balanço do debate alemão. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 11-34, 2020. DOI: [10.46274/1809-192XRICP2020v5p11-34](https://doi.org/10.46274/1809-192XRICP2020v5p11-34).



# A CRIMINALIZAÇÃO NO ESTÁGIO PRÉVIO: UM BALANÇO DO DEBATE ALEMÃO

*CRIMINALIZATION IN THE PREVIOUS STAGE: A REVIEW OF THE  
GERMAN DEBATE*

Luís Greco

*Prof. Dr. Luís Greco (LL.M.), Universidade Humboldt de Berlin.*

**Data de recebimento:** 11/02/2020

**Última versão do autor em:** 16/05/2020

**Área:** Direito Penal

**Resumo:** O presente estudo esforça-se no sentido de oferecer um panorama do debate alemão em torno dos crimes de perigo/da antecipação da tutela penal/da “modernização do direito penal” e destacar alguns pontos especialmente merecedores de discussão.

**Palavras-chave:** Criminalização no estágio prévio. Crimes de perigo abstrato. Legitimidade da proibição penal. Autonomia dos cidadãos.

**Abstract:** *The present paper offers an overview of the German discussion on criminalization of crimes of endangerment / inchoate offenses and point out aspects which merit special discussion.*

**Keywords:** *Early stage criminalization. Abstract endangerment offences. Legitimacy of criminal prohibition. Autonomy of the citizen.*

**Sumário:** I. Introdução. II. Sobre o contexto (em especial legislativo) da discussão alemã. II.1. O contexto no último quarto do séc. XX. a) Núcleo da discussão: direito penal econômico, ambiental e de estupefacientes. b) A margem da discussão: direito penal de tóxicos, direito penal da criminalidade organizada. II.2. A discussão atual. II.3. Além da margem: outros delitos de perigo abstrato ou contra bens coletivos. II.4.

Uma pequena conclusão intermediária. III. Esboço de um posicionamento. III.1. Abandono de críticas “historicizantes”. III.2. Proteção de bens jurídicos? III.3. Estrutura do delito. a) Perigo abstrato: categoria útil? b) Necessidade de respeito à esfera nuclear de privacidade ou de autonomia. c) Consequências indiretas como razão para uma criminalização? IV. Conclusão.

## I. Introdução

O objetivo de minha exposição é fornecer uma espécie de *balanço* do debate alemão em torno da chamada criminalização no estágio prévio à lesão a um bem jurídico. Já procedi, em outro trabalho, a uma descrição das várias vozes que compõem esse debate.<sup>1</sup> Ainda que esse trabalho não tenha sido publicado em espanhol, penso que seria despendioso repetir, no presente estudo, essa descrição, máxime porque as principais posições do debate são bastante conhecidas na Espanha, país em que o debate foi recepcionado e levado adiante por alguns de seus mais reconhecidos estudiosos.<sup>2</sup> Pretendo, assim, dirigir as atenções a dois aspectos que podem ser ainda de algum interesse para o público espanhol: o contexto prévio dessa discussão, isto é, o desenvolvimento legislativo com que ela dialoga e que lhe serve de pano de fundo (abaixo II.); e minha avaliação personalíssima sobre o estado e o futuro dessa discussão, vale dizer: o balanço que acabo de mencionar (abaixo III.). Darei, assim, as linhas mestras do debate alemão como conhecidas; ao leitor que não está com elas familiarizado, recomendo a leitura dos trabalhos mencionados nas notas anteriores. Discutirei algumas das posições formuladas nesse debate, sem, contudo, maiores preocupações em descrevê-las de forma didática.

Antes de seguir, convém precisar o que se entende por *criminalização no estágio prévio*, a tradução para o português do termo alemão *Vorfeldkriminalisierung*.<sup>3</sup> O termo é usado para designar os tipos penais

<sup>1</sup> Greco, Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato, Rio de Janeiro, 2011.

<sup>2</sup> Destaco, apenas, *Silva Sánchez*, La expansión del derecho penal, 2ª ed., Madrid, 2001; *Gracia Martín*, Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia, Valencia, 2003.

<sup>3</sup> Sobre a história do termo *Moeller*, Definition und Grenzen der Vorverlagerung von Strafbarkeit, 2018, p. 94 e ss.

que abrangem não apenas a situação que “acaba mal”, mas também momentos anteriores. Há, principalmente, dois mecanismos dogmáticos para atingir esse fim.<sup>4</sup> O primeiro é a técnica dos chamados *delitos de perigo (abstrato)*, que criminalizam uma conduta independentemente da produção de qualquer situação real de perigo (chamado perigo concreto) para o bem jurídico tutelado; aqui, antecipa-se a proteção conferida pelo direito penal a um bem. O segundo caminho é mais sutil: ele consiste em antecipar não a proteção, e sim aquilo que poderíamos chamar de lesão, postulando um *bem coletivo*, que será afetado com independência e em geral antes da produção de um perigo concreto para qualquer bem individual. Muitas vezes, as duas técnicas são confundidas,<sup>5</sup> o que aqui não faremos; essa difundida confusão sublinha a proximidade funcional das duas técnicas de antecipação da criminalização.

## II. Sobre o contexto (em especial legislativo) da discussão alemã

A discussão alemã não ocorre a partir da torre de marfim de nossas universidades; pelo contrário, ela é uma resposta a uma situação legislativa bastante concreta,<sup>6</sup> em que o legislador cada vez mais frequentemente faz uso das duas técnicas que acima acabo de descrever. A discussão arranca no final da década de 1970 e início da década de 1980, com os esforços de fundamentar doutrinariamente o movimento de reforma legal em especial pelo grupo em torno de Tiedemann, e com a reação dirigida principalmente por autores da chamada Escola de Frankfurt a esse desenvolvimento. O direito penal econômico e o direito penal ambiental constituem, desde o início, o verdadeiro epicentro dessa discussão (abaixo, 1.a)). Mais à margem, situa-se o direito penal de drogas e da criminalidade organizada (abaixo, 1.b)). O contexto atual é marcado principalmente pelos novos tipos penais contra o terrorismo islâmico (abaixo, 2.). Ao final, apontarei para alguns delitos que também apresentam estrutura de perigo abstrato, mas que praticamente não figuram na presente discussão (abaixo, 3.).

<sup>4</sup> Cf. já Greco, *Modernização...*, p. 2; outros mecanismos são descritos por Moeller, *Definition und Grenzen...*, p. 81 e ss.

<sup>5</sup> Assim, principalmente, quando se afirma que os delitos contra bens coletivos seriam, em regra, delitos de perigo abstrato (cf. a acertada crítica a essa afirmação em Anastasopolou, *Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter*, 2005, p. 138 e ss.).

<sup>6</sup> Cf. já Greco, *Dos formas de hacer dogmatica jurídico-penal*, trad. Hernán Bouvier, in: *Discusiones* 8 (2008), p. 177 e ss.

## II.1. O contexto no último quarto do séc. XX

### a) Núcleo da discussão: direito penal econômico, ambiental e de estupefacientes

aa) (1) Talvez não seja um exagero afirmar que 1970 foi a década do direito penal econômico na Alemanha. Até então, o direito penal econômico era entendido, fundamentalmente, ou como direito “penal” administrativo (o chamado *Verwaltungsstrafrecht*),<sup>7</sup> ou, desde as reformas de 1950, como direito de contra-ordenações, que corresponde àquilo que em Espanha se conhece como direito administrativo sancionador. De qualquer forma, direito penal econômico era direito penal “secundário” ou “acessório” (*Nebenstrafrecht*) – com todos os ônus que isso representa. Sob o impulso científico de *Tiedemann*, que insistia na danosidade dos delitos econômicos,<sup>8</sup> procedeu o legislador por meio especialmente de duas leis, a Primeira e a Segunda Lei para o Combate à Criminalidade Econômica (*Erstes Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, 1. WiKG, de 1976, BGBl. I, 2034; *Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, 2. WiKG, de 1986, BGBl. I, 721), a uma ampla reforma cuja principal bandeira era prever delitos econômicos no próprio corpo do Código Penal, isto é, com a dignidade de “direito penal nuclear” (*Kernstrafrecht*).

(2) O fundamento dogmático por trás da reforma era, em parte, a tese de que os delitos econômicos afetam não mais *bens* individuais, e sim *coletivos ou institucionais*.<sup>9</sup> O que isso significa fica manifesto se

<sup>7</sup> Sobre o chamado direito penal administrativo, cf. as clássicas obras de *Goldschmidt*, *Das Verwaltungsstrafrecht*, 1902; *E. Wolf*, *Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem*, in: *Festgabe für Frank*, Bd. 2, 1930, p. 516 e ss.; *Eb. Schmidt*, *Probleme des Wirtschaftsstrafrechts*, SJZ 1948, p. 225 e ss.; *idem*, *Straftaten und Ordnungswidrigkeiten. Erinnerungen an die Arbeiten der Wirtschaftsstrafrechtskommission (1947-1949)*, in: *Festschrift für Arnd*, 1969, S. 415 ff.; e minha síntese em *Greco*, *Von den mala in se zur poena in se. Reflexionen auf Grundlage der „alten“ Diskussion über das sog. Verwaltungsstrafrecht*, in: *Kretschmer/Zabel (coords.)*, *Studien zur Geschichte des Wirtschaftsstrafrechts*, Baden Baden, 2018, p. 175 e ss.

<sup>8</sup> *Tiedemann*, *Wirtschaftskriminalität als Problem der Gesetzgebung*, in: *Das Verbrechen in der Wirtschaft*, 1972, p. 10 e ss.; *idem*, *Welche strafrechtliche Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?*, in: *Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentages*, 1972, p. C 19 e ss.; uma síntese das ideias desse autor encontra-se em *Greco*, *Modernização...*, p. 5 e ss.

<sup>9</sup> *Tiedemann*, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, p. 119 e ss. (*bens* coletivos como “valores comunitários autônomos”, p. 120); *idem*, *JuS* 1989, p. 691.

compararmos o clássico delito de estelionato, previsto no § 263 I StGB, com o moderno *estelionato de crédito* (Kreditbetrug, § 265b I StGB), inserido pela 1. WiKG.

O primeiro exige, em seu tipo objetivo, quatro elementos: uma conduta de fraude, um primeiro resultado, que seria um erro do destinatário dessa conduta, um segundo resultado, na forma de uma disposição patrimonial por essa pessoa, e, por último, um dano patrimonial,<sup>10</sup> além do dolo e de elementos subjetivos especiais. A pena cominada é de privação de liberdade por até cinco anos. Já o § 265b StGB contenta-se com a conduta daquele que, em especial no contexto da concessão de um crédito, mente sobre alguma circunstância relevante para a tomada dessa decisão. A pena cominada é de privação de liberdade de até três anos. É verdade que a pena é menor que a do estelionato; ocorre que o legislador, aqui, deu-se por satisfeito com o primeiro dos quatro elementos do tipo objetivo, criminalizando, com independência de erro, disposição ou dano a mera conduta fraudulenta. Ainda que a instituição de crédito não acredite na mentira e que o estelionato do § 263 I StGB permaneça, assim, em fase de tentativa, o § 265b StGB já estará consumado.

Isso significa que se, de um lado, A pedir um empréstimo a seu vizinho B, e, de outro, o empresário X pedir um empréstimo ao banco Y, e ambos, A e X, mentirem sobre suas condições econômicas, sem que isso lhes garanta qualquer êxito, uma vez que B e Y recusam o solicitação, A cometerá uma tentativa de estelionato, enquanto X cometerá um estelionato de crédito consumado. Essa disparidade de tratamento é justificada pela opinião dominante, na esteira de *Tiedemann*,<sup>11</sup> com o argumento de que enquanto A afeta apenas o bem jurídico individual que é o patrimônio de B, X afeta o sistema de créditos enquanto instituição social, que é um bem da coletividade. O § 265b StGB anteciparia a tutela, uma vez que ele protegeria não o patrimônio, e sim a capacidade de funcionamento do próprio sistema creditício.

(3) A crítica dirigida por vários setores doutrinários, em especial pela chamada Escola de Frankfurt, à postulação de bens coletivos, é uma reação precisamente a essa forma de argumentar. Essa crítica erige, como contraprojeto, a chamada *teoria pessoal do bem jurídico*, segundo a qual bens jurídicos seriam, em última análise, sempre passíveis de uma

<sup>10</sup> Por todos *Hefendehl*, MK-StGB, 3ª ed., 2019, § 263 nm. 61 e ss., 249 e ss., 295 e ss., 365 e ss.

<sup>11</sup> *Tiedemann*, LK-StGB, 12ª ed., 2012, § 265b nm. 6 e ss.

recondução a indivíduos concretos,<sup>12</sup> ou até mesmo recupera a ideia iluminista de que o delito seria *lesão a um direito subjetivo*.<sup>13</sup>

bb) (1) Uma dinâmica similar se deu no *direito penal ambiental*, outro foco da discussão, em especial, a partir de 1980. Fundamental, aqui, foi a 18ª Lei de Reforma do Direito Penal – Lei de Combate à Criminalidade Ambiental (Achtzehntes Strafrechtsänderungsgesetz – Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität, 18. StrÄndG, BGBl I, 373), que introduziu no seio do Código Penal alemão um Apartado sobre os Crimes Ambientais (§§ 324 e ss. StGB), em que estão previstos crimes como a poluição de águas, do solo, do ar etc., que seriam puníveis independentemente da afetação de algum ser humano. O legislador afirma, expressamente, que o ancoramento dos delitos ambientais no próprio Código, isto é, no direito penal nuclear, tem por finalidade acentuar a consciência pública a respeito do ilícito desses comportamentos (BT-Drucksache 8/2382, p. 1).

(2) A partir daí, tem início uma *acirrada discussão*,<sup>14</sup> em que se qualifica o direito penal ambiental de direito penal simbólico, mero álibi político, que fingiria proteger o meio ambiente com a arma mais severa de que o Estado dispõe, uma vez que a destruição do meio ambiente se daria por vias principalmente legais. Nem mesmo ali, onde o direito penal poderia

<sup>12</sup> Nesse sentido, principalmente *Hassemer*, Grundlinien einer personalen Rechtsgut-slehre, in: Philips / Scholler (coord.), Jenseits des Funktionalismus, 1989, p. 89 e ss. (p. 91, p. 92); *idem*, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, in: ZRP 1992, p. 378 e ss. (p. 379); nesse sentido também *Hohmann*, Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht, em: GA 1992, p. 76 e ss.; *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat, 1998, p. 100.

<sup>13</sup> Cf. sobretudo *Naucke*, Kants Straftheorie, in: Über die Zerbrechlichkeit des rechtstaatlichen Strafrechts, 2000, p. 75; *idem*, Die Reichweite des Vergeltungsstrafrechts bei Kant, no mesmo volume, p. 79 e ss.; *idem*, Über die Zerbrechlichkeit des rechtstaatlichen Strafrechts, no mesmo volume, p. 411 e ss. (p. 414); cf. ademais *Klaus Günther*, Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts, in: Recht und Moral, 1991, p. 205 e ss. (p. 210); *idem*, Von der Rechts- zur Pflichtverletzung. Ein „Paradigmawechsel“ im Strafrecht?, in: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, p. 445 e ss.; *Kargl*, Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz, nesse último volume, p. 53 e ss. (p. 62).

<sup>14</sup> Manifestações dessa ordem encontram-se em *Albrecht*, Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat, KritV 1988, p. 182 e ss. (188 e ss.); *Hassemer*, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, in: NSStZ 1989, p. 553 e ss.; *idem*, ZRP 1992, p. 378 e ss.; *Müller-Tuckfeld*, Traktat für die Abschaffung des Strafrechts, in: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, p. 461 e ss.

ser de alguma ajuda, ele atinge o seu objetivo, uma vez que esse direito estaria eivado de severos déficits de implementação. Alguns autores saíram em defesa do direito penal ambiental, dentre os quais destaco *Schünemann*,<sup>15</sup> que argumenta que seria um contrassenso que o direito penal castigasse o simples furto cometido contra um indivíduo e se desinteressasse por aquilo que constitui o patrimônio da humanidade como um todo.

### **b) A margem da discussão: direito penal de tóxicos, direito penal da criminalidade organizada**

aa) Outro setor que também figura na discussão do final do séc. XX, se bem que não com a mesma proeminência dos dois que acabo de mencionar, é o *direito penal de estupefacientes*. A Lei de Estupefacientes (Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln – BtMG, 1981, BGBl. I, 681), é sucessora da Opiumgesetz de 1929. Ela criminaliza, como costumam fazer leis do setor, a comercialização e a posse de substâncias estupefacientes independentemente da produção de um dano a algum indivíduo, sob o argumento de que estes comportamentos afetariam um bem coletivo, a *saúde pública*.<sup>16</sup> O bem saúde pública figura, desde então, como paradigmático exemplo de bem jurídico coletivo duvidoso ou mesmo falso (mais detalhes abaixo, IV. 2.).

bb) Por fim, parece-me importante mencionar o *direito penal da criminalidade organizada*. A categoria do crime organizado mal aparece, enquanto tal, no direito material alemão, que a tipifica, em especial, de duas maneiras: prevendo, principalmente em certos tipos agravados, os elementos típicos da profissionalidade (*Gewerbsmäßigkeit*) e do cometimento em um bando (*Bandenmäßigkeit*); e por meio de *tipos especiais de associação para delinquir* (§§ 129–129b StGB). O tipo básico, que provém já do texto original do StGB de 1871, passou por várias modificações desde o pós-guerra;<sup>17</sup> ele ganhou especial importância no contexto do terrorismo revolucionário marxista da Fração do Exército Vermelho, com que a Alemanha teve de se deparar nas décadas de 1970 e 1980.

A concepção dominante justifica esse dispositivo com base no bem jurídico coletivo da *segurança pública*. Uma ideia alternativa, que remonta

<sup>15</sup> *Schünemann*, Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft, GA 1995, p. 201 e ss. (203 e ss.); *idem*, Zur Dogmatik und Kriminalpolitik des Umweltstrafrechts, Festschrift für Triffterer, 1996, p. 437 e ss.

<sup>16</sup> Assim, o próprio legislador, BT-Drucksache 8/3551, p. 35; sobre a discussão, com amplas referências, *Oğlakçoğlu*, MK-StGB, 3ª ed., 2017, vor § 2 BtMG nm. 7 e ss.

<sup>17</sup> Para um rápido histórico cf. *Stein/Greco*, SK-StGB, 9ª ed., 2019, § 129 nm. 1 e ss.

fundamentalmente a *Rudolphi*, cujos comentários ao dispositivo tenho a honra de continuar, entende que o bem protegido é o mesmo dos delitos-fins da associação. Um terceiro e reduzido grupo de autores nega à criminalização qualquer legitimidade.<sup>18</sup>

## II.2. A discussão atual

A mais recente discussão tem por contexto o direito penal contra o *novo terrorismo*, de inspiração islâmica, que obtém seus agentes não mais integrando-os em uma organização hierarquizada, e sim e inspirando-os a um Jihad solitário, que será travado por cada um de forma independente. Em razão disso, e também para atender a exigências do direito europeu,<sup>19</sup> procedeu o legislador alemão, nos §§ 89a e ss. StGB, a uma ampla criminalização da preparação de “fatos violentos graves que geram perigo para o Estado” (*schwere staatsgefährdende Gewalttaten*), por meio da Lei para a Persecução da Preparação a Fatos Violentos Graves que Geram Perigo para o Estado (*Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten – GVVG, 2009, BGBl. I, 2437*). Esses dispositivos foram ampliados em 2015.<sup>20</sup>

Para que se tenha uma noção da antecipação da tutela que esses dispositivos promovem, menciono apenas dois dos comportamentos incriminados. O primeiro é o de preparar um fato violento grave por meio de “deixar-se ensinar a produção ou o manejo de armas de fogo, explosivos ... e de *outras capacidades*” com essa finalidade (§ 89a II Nr. 1 StGB). O legislador provavelmente pensou em condutas como a dos sujeitos que aprenderam a pilotar o avião que foi lançado contra as torres gêmeas de Nova Iorque em 2001; esse aprendizado deu-se, sabidamente, em solo alemão. O problema, obviamente, é que aprender a pilotar é uma conduta objetivamente neutra;<sup>21</sup> a marca de ilicitude só lhe é conferida uma vez que se tenha em conta a finalidade de quem a pratica, razão pela qual muitos afirmam tratar-se o dispositivo de direito penal de ânimo.<sup>22</sup> A mim me

<sup>18</sup> Cf. as referências a esses três grupos de opiniões em *Stein/Greco*, SK-StGB, 9ª ed., 2019, § 129 nm. 4 e s.

<sup>19</sup> Em detalhe *Sternberg-Lieben*, Sch/Sch-StGB, 30ª ed., 2019, § 89a nm. 1a.

<sup>20</sup> Pela Lei de Modificação da Persecução da Preparação a Fatos Violentos Graves que Geram Perigo para o Estado (*Gesetz zur Änderung der Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten*, de 2015, BGBl. I, 926).

<sup>21</sup> Nesse sentido *Hefendehl*, Über die Pönalisierung des Neutralen – zur Sicherheit, in: *Hefendehl* (coord.), *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?*, 2010, p. 89 e ss.

<sup>22</sup> *Radtke/Steinsiek*, Bekämpfung des internationalen Terrorismus durch Kriminalisierung von Vorbereitungshandlungen?, ZIS 2008, 392; *Eisele*, in: *Baummann/Weber/*

parece que o tipo apresenta insuperáveis problemas de indeterminação: até mesmo a matrícula em um curso de inglês está compreendida pelo tipo, se o autor estiver aprendendo o idioma com más intenções.<sup>23</sup>

O segundo exemplo é um dos acréscimos da mencionada reforma de 2015. O legislador agora criminaliza não apenas a conduta de aprender a atirar (pilotar ou falar inglês) etc., o que muitas vezes ocorre numa estadia de treinamento num chamado acampamento terrorista no oriente médio, como também o próprio *empreendimento de viajar para fora da Alemanha* a caminho de um tal acampamento (§ 89a IIa StGB). O autor já cometerá esse delito consumado quando se encontrar na fila do embarque para o seu vôo.<sup>24</sup>

### **II.3. Além da margem: outros delitos de perigo abstrato ou contra bens coletivos**

Com isso, ficam desenhadas, ainda que em forma de esboço minimalista, as linhas mestras do contexto em que se desenvolve o debate político-criminal alemão. Parece-me interessante observar, ademais, que há uma série de outros delitos de punição antecipada que, curiosamente, são quase de todo ignorados nesse debate mais amplo. Refiro-me, primeiramente, aos delitos de “perigo comum” ou contra a incolumidade pública, cujo carro-chefe é o delito de *incêndio*, em especial o § 306a StGB (incêndio grave), e aos delitos de trânsito, em especial o de *conduzir em estado de embriaguez* (§ 316 StGB). Esses dois grupos de delito figuram de forma proeminente no debate dogmático sobre o conceito de perigo (concreto) e sobre uma possível redução teleológica dos crimes de perigo abstrato em situações em que, de antemão, esteja claro que a conduta é inócua.<sup>25</sup> Não ocorre, entretanto, um questionamento generalizado da legitimidade desses delitos, tal qual era o caso diante dos exemplos que acabo de mencionar.

---

Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2016, § 2 Rn. 86; contra essa crítica BGH JR 2017, 650 nm. 37 e ss.

<sup>23</sup> Cf. meu argumento em *Greco*, Das Bestimmtheitsgebot als Verbot gesetzgeberisch in Kauf genommener teleologischer Reduktionen. Zugleich: Zur Verfassungsmäßigkeit von §§ 217 und 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB, in: ZIS 2018, p. 475 e ss. (482).

<sup>24</sup> Assim, *Sternberg-Lieben*, Sch/Sch-StGB, 30ª ed., 2019, § 89a nm. 17.

<sup>25</sup> A respeito desse debate, por todos, *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5ª ed., 2019, § 11 nm. 163 e ss.

Menciono também os *delitos de corrupção*, que são entendidos pela opinião majoritária como crimes de perigo abstrato,<sup>26</sup> embora sejam objeto de uma discussão político-criminal em separado. Discussões setoriais existem também sobre outros delitos de perigo abstrato, como a *difamação* (§ 186 StGB),<sup>27</sup> o *homicídio a pedido da vítima* (§ 216 StGB) e a *participação em rixa* (§ 231 StGB); em cada um deles, o que se tematiza é menos a legitimidade da antecipação da tutela do que o conflito com outros reconhecidos princípios jurídicos (como a liberdade de opinião,<sup>28</sup> a autonomia<sup>29</sup> e a culpabilidade,<sup>30</sup> respectivamente).

## II.4. Uma pequena conclusão intermediária

Pareceu-me importante desenhar esse panorama sobretudo porque é possível observar que ele como que se perde quando as teorias alemãs atravessam a fronteira. Considero de especial relevância a lista daquilo que pouco se discute, uma vez que qualquer reflexão teórica com pretensões universalizadoras ou ao menos generalizadoras teria de dar conta também dos integrantes dessa lista. Doutrou modo, sempre se poderá objetar que os críticos escolhem “adversários de peso leve”.<sup>31</sup> Talvez em razão disso, seja necessário renunciar ao projeto de uma teoria com tais pretensões (abaixo, III. 3. a)).

## III. Esboço de um posicionamento

Não posso, a seguir, pretender formular uma teoria geral dos limites dentro dos quais antecipações da tutela penal são legítimas. Minhas intenções são mais modestas: pretendo, levando adiante algumas reflexões que já formulei noutras sedes,<sup>32</sup> apresentar algumas diretrizes que creio fecundas para o prosseguimento do debate.

<sup>26</sup> Cf. apenas *Korte*, MK-StGB, 3ª ed. 2019, § 331 nm. 12.

<sup>27</sup> Concretamente, a conduta de atribuir a alguém um fato negativo, sem que se consiga comprovar a veracidade do fato; segundo a concepção dominante, essa incomprovabilidade seria uma condição objetiva de punibilidade, o que faria do delito um crime de perigo abstrato, uma vez que ele tutela a honra até mesmo contra verdades, desde que improváveis, isto é, até mesmo onde ela inexistente (por todos, *Eisele/Schittenhelm*, Sch/Sch-StGB, 30ª ed., 2019, § 186 nm. 1).

<sup>28</sup> Cf. unicamente *Rogall*, SK-StPO, 9ª. ed., 2017, § 186 nm. 4 e ss., 19 e ss.

<sup>29</sup> Em razão do problema do paternalismo, cf. com referências *Roxin/Greco*, Strafrecht..., § 2 nm. 33.

<sup>30</sup> Cf. somente *Wölter*, SK-StPO, 9ª. ed., 2017, § 231 nm. 12.

<sup>31</sup> Nesse sentido *Neumann*, Besprechung von Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, in: ZStW 106 (1994), p. 189 e ss. (195).

<sup>32</sup> A que farei repetidamente referência no presente trabalho, razão pela qual peço ao leitor paciência com a fato de que esse autor de nome *Greco* seja aqui o mais citado...

### III.1. Abandono de críticas “historicizantes”

Boa parte da discussão alemã travou-se sob a sombra de “grandes rubricas”: a de uma dicotomia entre um direito penal dito clássico (garantista, moderado, racional, esclarecido) e um direito penal moderno (funcionalista, ilimitado, emocional e populista);<sup>33</sup> a da sociedade do risco;<sup>34</sup> a do direito penal simbólico<sup>35</sup> e a do direito penal do inimigo.<sup>36</sup> Alguns dos debatedores também formulam sua análise crítica sob a rubrica da expansão do direito penal;<sup>37</sup> mais recentemente fala-se numa policialização do direito penal, que compreenderia o uso de incriminações antecipadas menos para obter condenações e mais para autorizar o emprego dos mecanismos coativos do direito processual penal e do direito de polícia.<sup>38</sup>

Não questiono o valor dessas categorias enquanto linhas gerais de orientação, que permitem ordenar a multiplicidade de fatos sob parâmetros placativos. Para uma discussão jurídica sobre os limites a uma antecipação da tutela penal, elas me parecem, contudo, inadequadas.<sup>39</sup> Elas são, em primeiro lugar, *imprecisas*: os delitos de corrupção são direito penal moderno ou clássico? Aqui há enormes cifras-negras e déficits de implementação: direito penal meramente simbólico e portanto ilegítimo?

Em segundo lugar, essas categorias *nem sempre se referem a um princípio normativo específico*, e, quando o fazem, pareceria mais apropriado

<sup>33</sup> Nesse sentido, especialmente, *Hassemer*, em vários trabalhos, entre os quais ZRP 1992, p. 378 e ss.; para ulteriores referências *Greco*, Modernização..., p. 16 e ss.

<sup>34</sup> Principalmente *Prittowitz*, Strafrecht und Risiko, 1993; mais recentemente *Reus*, Das Recht in der Risikogesellschaft, 2010, 71 ff.; *Großmann*, Liberales Strafrecht in der komplexen Gesellschaft, 2016, p. 24 e ss.

<sup>35</sup> *Hassemer*, Roxin-FS, 2001, 1001; *Lauterwein*, Symbolische Gesetzgebung, 2006; *Bloy*, Symbolik im Strafrecht, Frisch-FS, 2013, p. 59 e ss.

<sup>36</sup> Fundamental, *Jakobs*, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, in: ZStW 97 (1985), p. 751 e ss. (p. 753 e ss.); posteriormente, *Jakobs*, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar) ihrer Zeit, in: Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, p. 47 e ss. (p. 51 e ss.); idem, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS 2004, p. 88 e ss.; a respeito, *Greco*, Feindstrafrecht, 2010.

<sup>37</sup> Assim *Silva Sánchez*, Expansión..., cit.

<sup>38</sup> De uma perspectiva mais processual *Paeffgen*, „Verpolizeilichung“ des Strafprozesses – Chimäre oder Gefahr?, in: Wolter (Hrsg.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts, 1995, p. 13 e ss.; sobre o problema do uso do direito penal material para facilitar a persecução penal *Roxin/Greco*, Strafrecht..., § 2 nm. 49g e ss.

<sup>39</sup> Cf. também *Greco*, Modernização..., p. 42 e s.: “slogans difamatórios”.

apontar diretamente para esse princípio, do que para a grande categoria. Concretamente: qual é o mal de um dispositivo ser simbólico? Quem defende a prevenção geral positiva – o que eu não faço<sup>40</sup> – atribui, expressamente, importância ao simbolismo. Qualificar um dispositivo como simbólico deixa a dever o princípio normativo que fundamenta a crítica por trás da qualificação, que é, a rigor, descritiva. Algo similar pode ser dito da categorização de algo como direito penal da sociedade do risco: e daí? Já a categoria do direito penal do inimigo, se entendida como topos crítico para criticar, por ex., os delitos de terrorismo acima descritos (II.3.), não representa ganho algum em comparação com outros tópicos, como a ideia de que haveria uma punição de meras intenções.<sup>41</sup> O mesmo se diga da policialização: o problema, aqui, parece ser o princípio da culpabilidade, que insiste em que a pena tem de ser adequada ao conteúdo de injusto do fato, o que exclui que ela seja prevista como mera ocasião para que se retire o autor de circulação.

### **III.2. Proteção de bens jurídicos?**

Não posso saltar nas profundas e turvas águas do debate sobre o bem jurídico, que foi reacendido pela decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, que, ao declarar a constitucionalidade do delito de incesto entre irmãos (§ 173 StGB), recusou a ideia de que o legislador estaria vinculado por uma teoria do bem jurídico.<sup>42</sup> Penso, com muitos outros, que a teoria do bem jurídico permanece correta e válida, a despeito de o que disse o Tribunal.<sup>43</sup> Ainda assim, parece-me que ela pouco tem a contribuir para o presente debate, ao contrário do que pensam muitos, principalmente fora da Alemanha, talvez sob influência da ideia italiana de ofensividade. Isso porque o cerne do problema diz respeito menos ao bem que se quer proteger e mais a “quão cedo” essa proteção pode ocorrer. Ainda que reconhecessemos como bens jurídicos apenas e ex-

<sup>40</sup> Cf. *Greco*, *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach*, trad. Dropulich/Béguelin, Madri, 2015, p. 316 e ss.

<sup>41</sup> Para essa crítica cf. a nota 21.

<sup>42</sup> BVerfGE 120, 224, 241 f.; sobre essa decisão, criticamente, *Roxin*, *Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests*, StV 2009, 544; *Greco*, *Tiene futuro la teoría del bien jurídico? Reflexiones a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán con respecto al delito de incesto (§ 173 del StGB)*, trad. E. Sarabayrouse, in: *Tortura, incesto y drogas. Reflexiones sobre los límites del derecho penal*, Buenos Aires, 2014, p. 66 e ss.

<sup>43</sup> Cf. meu estudo citado na nota anterior, bem como *Roxin/Greco*, *Strafrecht...*, § 2 nm. 7 e ss.

clusivamente a tríade clássica vida, corpo e liberdade, precisaríamos de argumentos adicionais para examinar se delitos como os previstos no § 89a StGB são ou não legítimos, uma vez que eles podem ser entendidos como um esforço de proteger esses bens. Noutras palavras: o problema central, como demonstraram *Hefendehl* e *Wohlers*,<sup>44</sup> não é o bem jurídico, e sim a chamada *estrutura do delito*. É dessa distinção fundamental que o debate tem, a meu ver, de partir.<sup>45</sup>

É justamente nesse ponto que se encontra aquilo que me parece a principal insuficiência da ideia italiana de *ofensividade*.<sup>46</sup> Ao afirmar que só há crime se um bem jurídico estiver submetido a lesão ou a perigo concreto, a ideia funde os dois planos, manifesta-se de forma prematura sobre a estrutura do delito, formulando uma afirmação que não tem como levar a sério, sem ter de acudir a uma série de artifícios conceituais (principalmente: o de inventar bens jurídicos ali onde um perigo concreto não puder afirmar-se, e o de manejar um conceito de perigo concreto que, de uma perspectiva alemã, designa uma forma de perigo abstrato).

Isso não significa, contudo, que a teoria do bem jurídico seja irrelevante para o presente problema. A ela incumbe dar resposta a um problema ainda não resolvido: o de *distinguir bens (coletivos) “reais” de meros bens “aparentes”*.<sup>47</sup> Como visto, a postulação de um bem coletivo é um dos dois mecanismos dogmáticos através dos quais se consegue justificar uma criminalização no estágio prévio. Enquanto for possível inventar bens jurídicos ao bel prazer – capacidade de funcionamento do sistema de crédito, saúde pública e paz pública, como vimos, ou, para mencionar um exemplo mais recente, a integridade da competição esportiva (que

<sup>44</sup> *Wohlers*, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, 2000, p. 281 e ss.; *Hefendehl*, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2003, p. 113 e ss.; sobre esses dois autores, com mais referências, *Greco*, *Modernização...*, p. 33 e ss.

<sup>45</sup> *Greco*, *Modernização...*, p. 99 e ss.; *Roxin/Greco*, *Strafrecht...*, § 2 nm. 85a

<sup>46</sup> A ideia tem pouca penetração na Alemanha; uma tentativa recente de recepcioná-la, entretanto, encontra-se em *Moeller*, *Definition und Grenzen...*, p. 167 e ss. A crítica é desenvolvida em detalhe em *Greco*, “Princípio da Ofensividade” e Crimes de Perigo Abstrato – Uma Introdução ao Debate Sobre o Bem Jurídico e as Estruturas do Delito, in: *Modernização...*, p. 77 e ss.

<sup>47</sup> Já *Greco*, *Modernização...*, p. 53 e s.; em profundidade *Greco*, *Gibt es Kriterien zur Postulierung eines kollektiven Rechtsguts?*, *Festschrift für Roxin II*, 2011, p. 199 e ss. (= Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos?, in: *Anuário de Derecho Penal Económico y de la Empresa [ADPE] 2 [2012]*, p. 63 e ss.).

seria o suposto bem jurídico por trás do delito de autodoping)<sup>48</sup> – será fácil escapar a qualquer escrutínio mais severo sobre a legitimidade de tipos penais de tutela antecipada, uma vez que, conceitualmente, já se terá antecipado a própria lesão.

Setores da doutrina têm, portanto, empenhado esforços no sentido de diferenciar os bens coletivos reais daqueles que não passariam de meras palavras. A lista desses últimos compreenderia os quatro exemplos que acabo de mencionar; os bens reais seriam, por vez, aqueles tutelados pelos delitos de corrupção, pelos delitos ambientais e pelos delitos de falsificação de moeda. Os critérios com base nos quais se há de proceder a essa distinção ainda não estão esclarecidos. No geral, afirma-se que os bens falsos não passam de uma soma de bens individuais – inexistiria uma saúde pública, diversa da saúde de cada indivíduo que compõe esse público – um argumento que, a meu ver, apresenta certas insuficiências. Em razão disso, propus três regras ou testes que teriam de ser atendidos por bens coletivos para que pudessem ser reconhecidos enquanto tais: um bem coletivo nunca pode ser introduzido sob o único argumento de que, doutro modo, a incriminação seria injustificada (teste da circularidade); bens de uma quantidade indeterminada de pessoas não configuram, só por isso, um novo bem coletivo (teste da distributividade); bens coletivos, uma vez que dotados de um conteúdo autônomo em relação a bens individuais, têm de ser passíveis de afetação com independência da afetação de qualquer bem individual (teste da não-especificidade).<sup>49</sup>

Essas regras conseguem demonstrar por que a saúde pública não é um bem coletivo autêntico – é impossível afetá-la sem que, ao menos abstratamente, se ponha em perigo a saúde de indivíduos – ao mesmo tempo em que deixam intocado o bem protegido pelos tipos de corrupção, uma vez que aqui se mostram imagináveis situações em que a conduta incriminada não afeta, nem mesmo abstrata ou indiretamente, a posição de qualquer indivíduo (ex.: um particular paga a um funcionário para que pratique ato administrativo vinculado a que o primeiro tem direito).

### **III.3. Estrutura do delito**

Como acabo de desenvolver, o núcleo do problema se encontra no plano daquilo que cada vez mais frequentemente se chama de “estrutura do delito”, isto é, no plano não mais de o quê se protege (bem

<sup>48</sup> BT-Drucks. 18/4898, S. 1; críticas em *Roxin/Greco*, Strafrecht..., § 2 nm. 49b e ss.

<sup>49</sup> *Greco*, Festschrift für Roxin II, 2011, p. 208, 210, 213; *Roxin/Greco*, Strafrecht..., § 2 nm. 45d e ss.

jurídico), e sim de como ou quão cedo essa proteção ocorre. Arrolarei a seguir uma série de questões que, penso eu, merecem ser objeto de atenção mais detida.

### **a) Perigo abstrato: categoria útil?**

Dissemos, ao início, que o delito de perigo abstrato é uma das duas figuras dogmáticas que permitem articular uma antecipação da proteção penal. Já por isso, a categoria parece indispensável. Ocorre que ela apresenta dois problemas, que tornam urgente a pergunta quanto a se vale a pena prosseguir utilizando-a para trazer alguma luz à questão da criminalização no estágio prévio.

O primeiro problema é a falta de clareza não a respeito de o que é perigo abstrato, e sim dos delitos a que a categoria se refere. Afinal, a caracterização de determinado delito como de perigo abstrato, de perigo concreto ou mesmo de lesão depende de como descrevemos o bem jurídico que o tipo penal tutela.<sup>50</sup> Concretamente: um delito ambiental como a poluição de águas, que se consuma quando alguém “polui, de forma não autorizada, águas, ou lhes modifica em sentido negativo as propriedades” (§ 324 I StGB), será delito de perigo abstrato, se se manejar um conceito antropocêntrico de bem jurídico ambiental, segundo o qual este não passa das condições para a vida e a saúde de seres humanos, mas será delito de lesão, se o bem jurídico for entendido de forma ecocêntrica, como a própria integridade do meio ambiente, entendido como valor em si. Ou, para usar um outro exemplo muito além da margem da discussão: o delito de receptação (§ 259 StGB) será de lesão ou de perigo abstrato, ou mesmo os dois simultaneamente, a depender de qual das suas rationes é considerada decisiva: se se trata de combater a perpetuação da lesão à propriedade, tem-se um delito de lesão; se se trata de combater os mercados de produtos furtados, há perigo abstrato.<sup>51</sup> O mesmo se diga do delito de posse de pornografia infantil (§ 184b III StGB):<sup>52</sup> ele será de perigo abstrato, na medida em que se entende que o possuidor fomenta um mercado e, com este, futuros delitos sexuais contra crianças; e de lesão, na medida em que se

<sup>50</sup> Observado por *Jakobs*, Strafrecht, 2ª ed., 1991, § 2 nm. 25b.

<sup>51</sup> Sobre essas duas rationes, por todos, *Hecker*, Sch/Sch-StGB, 30ª ed., 2019, § 259 nm. 1, 3.

<sup>52</sup> Sobre a legitimidade dessa incriminação *Greco*, SK-StGB, 9ª ed., 2017, § 184b nm. 1 e ss.

entenda que se trata do direito de personalidade / à imagem da criança cujo abuso é reproduzido.

O segundo problema é próximo, mas não idêntico ao primeiro. A categoria do delito de perigo abstrato abrange toda uma gama de delitos, cujo único traço comum é de uma certa, maior ou menor, distância entre o comportamento que os constitui e o bem que eles devem proteger. Vimos, ao descrever o contexto da discussão (acima, II.), que esses delitos são bastante heterogêneos – delitos de perigo abstrato são desde a preparação de ato violento grave na forma do § 89a StGB até a difamação do § 186 StGB. Com isso, torna-se urgente a pergunta quanto a se não convém recortar a matéria de outra maneira, mais precisa, deixando de perguntar, de forma vaga, sobre as condições de legitimidade de uma criminalização no estágio prévio ou de delitos de perigo abstrato, e sim valendo-se de subcategorias.

Nesse sentido, destaco em especial a reflexão de *Wohlers*,<sup>53</sup> cuja ideia central é abandonar a categoria do perigo abstrato em favor da tricotomia delito de perigosidade ou de conduta perigosa (*Gefährlichkeitsdelikt* – protótipo: condução embriagada), delito de preparação (*Vorbereitungsdelikt* – protótipo: posse de arma) e delito de acumulação (protótipo: delito ambiental), e formular requisitos próprios de legitimidade para cada uma dessas categorias. Tenho dúvidas, entretanto, no que diz respeito a se as três categorias propostas por *Wohlers* são exaustivas; tampouco estou seguro quanto a se todos os delitos até agora qualificados como de perigo abstrato podem ser por ela compreendidas. Pense-se na difamação ou no homicídio a pedido da vítima; tratar-se-ão de delitos de perigosidade? Porque delitos de preparação ou de acumulação eles definitivamente não são.

Enfim, tenho aqui mais perguntas do que respostas. Parece-me, porém, que apenas com as perguntas corretas é que a análise científica pode evoluir.

## **b) Necessidade de respeito à esfera nuclear de privacidade ou de autonomia**

Penso que a estrutura do delito é o local sistemático adequado para levar em conta um grupo de considerações que, até o presente momento, recebe atenção apenas marginal no debate. A análise pautada segundo

---

<sup>53</sup> *Wohlers, Deliktstypen...*, p. 284 e ss.

a proteção de bens jurídicos tem uma estrutura consequencialista; ela pergunta o que nós, enquanto sociedade, ganhamos de uma proibição.<sup>54</sup> A partir dessa perspectiva, toda proibição de conduta perigosa é *prima facie* legítima; e se quisermos afastar tal conclusão, o faremos com remissão aos inconvenientes que essa proibição acarreta também para os nossos interesses enquanto sociedade.

Essa análise não é errônea, mas apenas unilateral: ela desconhece que a perspectiva consequencialista, que é a da sociedade, não é a única que pode importar. Um direito penal que reconhece o indivíduo como sujeito de direitos tem de perguntar, também, se é legítimo exigir desse indivíduo que se atenha a uma determinada proibição. E a fundamentação dessa legitimidade não pode limitar-se a aludir a uma conveniência ou ganho da sociedade, porque de outro modo estar-se-ia a desconhecer o indivíduo como sujeito de direitos e a reduzi-lo a uma mero funcionário da sociedade, o qual tem de se contentar com aquelas posições jurídicas que esta lhe houver por bem conceder.

Parece-me que a mera alusão a um perigo não pode ser suficiente para legitimar a proibição diante do indivíduo afetado. Outra vez, coibir perigos é um interesse social; há perigos que são nosso direito criar. Isso fica evidente se nos recordamos naquilo que é a semente de todo delito doloso, e que, portanto, é a verdadeira fonte de qualquer lesão a bem jurídico oriunda da conduta humana: o *pensamento*.<sup>55</sup> Todo delito doloso tem início com a cogitatio; não se pode, assim, afirmar que esta não é perigosa. Mas cogitationis poenam nemo patitur – pensamentos, ainda que perigosos, não podem ser punidos, porque eles interessam apenas ao indivíduo que os pensa. Noutras palavras: existe algo como uma *esfera nuclear de privacidade*,<sup>56</sup> impenetrável para o Estado, que com-

<sup>54</sup> Cf. Greco, *Tiene futuro...*, p. 81 e ss.

<sup>55</sup> Greco, *Strafbarer Drogenbesitz, Privatsphäre, Autonomie. Überlegungen anlässlich der Entscheidung des argentinischen Verfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit des Straftatbestandes des Besitzes von Betäubungsmitteln zum Zwecke des Eigenkonsums*, in: Hefendehl (coord.), *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts*, 2010, p. 73 e ss. (p. 81 e s.).

<sup>56</sup> A ideia encontrou boa acolhida na doutrina, cf. Roxin, *StV* 2009, p. 547 e s.; *idem*, *Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand*, GA 2013, p. 433 e ss. (452 e ss.); Hefendehl, *Der fragmentarische Charakter des Strafrechts*, JA 2011, p. 403 e ss. (405); Saliger, *Saliger, Was schützt der liberale Staat?*, in: Siep et alii (coords.), *Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen*, 2012, p. 183 e ss. (212 e s.); Sternberg-Lieben, *Sternberg-Lieben, Die Sinnhaftigkeit eines gesetzgebungskritischen Rechtsgutsbegriffs – exemplifiziert am Beispiel der*

preende, no mínimo, nossos pensamentos. O que mais ela compreende, é difícil determinar; tentei, em um estudo específico, delinear de forma mais precisa o conteúdo dessa esfera nuclear.<sup>57</sup>

### **c) Consequências indiretas como razão para uma criminalização?**

Por fim, gostaria de recordar mais uma ideia que tenho defendido em uma série de trabalhos e que é correlacionada à ideia de privacidade que acabo de introduzir. Cada vez mais torna-se habitual justificar uma proibição aludindo não a consequências, por assim dizer, diretas do comportamento proibido, mas a suas implicações longínquas. Acabamos de ver duas instâncias desse argumento no caso da recepção e da pornografia infantil, quando se menciona a ideia de que quem pratica essas condutas contribui para a existência de um mercado que, por sua vez, promove a reitaração da prática de delitos como o furto e os abusos sexuais contra crianças.

O problema do argumento é que ele funciona não apenas diante dessas hipóteses, cujo merecimento de pena é claro, mas também diante de qualquer situação que se examine de forma mais detida. Não há uma conduta (ou uma omissão sequer) que não afete, indiretamente, a esfera de outrem. O fato de eu me encontrar, no presente momento, escrevendo este trabalho para meu amigo *Alonso Rimo* significa que não estou gastando dinheiro no centro comercial mais próximo ou no supermercado, nem queimando gasolina no meu carro (e com isso nem explorando o meio ambiente, de um lado, nem movimentando a economia, de outro), que não estou produzindo dados para o Google (mas sim para a Microsoft, pelo uso do word, e para a Dropbox) etc. Não há, em especial no mundo digitalizado em que vivemos, a poucos anos da chegada da big data, esfera nuclear em que o indivíduo se encontre, verdadeiramente, só, em que seus comportamentos afetem única e exclusivamente a ele próprio. Ainda assim, parece-me estranho extrair daí a conclusão de que não há comportamentos por cuja prática o indivíduo não possa ter de prestar contas para o Estado.

---

Beschimpfung religiöser Bekenntnisse, Festschrift Paeffgen, 2015, p. 31 e ss. (39); críticas em *Goeckenjan*, Überprüfung von Straftatbeständen anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, 2015, p. 184 e ss. (206 e ss.).

<sup>57</sup> *Greco*, Strafbarer Drogenbesitz..., p. 81 e ss.

Em razão disso venho propondo, em várias publicações,<sup>58</sup> que se considere insuficiente fundamentar uma proibição unicamente em *consequências indiretas* da prática do comportamento proibido. A dificuldade dessa posição, contudo, está na própria noção de consequência indireta; toda consequência, em certo sentido, é indireta, porque, se ela, enquanto consequência, é já por definição diversa da conduta, sempre é possível postular algum elo intermediário entre a conduta e ela. Talvez o caminho mais adequado seja o de não tentar mais distinguir o direto e o indireto, e sim valorizar a pergunta a respeito daquilo pelo qual o indivíduo pode ser chamado a prestar contas sob ameaça de pena. Parece intuitivo que eu não preciso prestar contas do uso dos dados os quais o Google colhe a partir de meus clicks, tampouco das consequências da queima de combustível para a economia ou para o meio ambiente (ao menos penalmente, e sim no máximo moralmente). O problema dessa ideia é que ela é provavelmente circular ou vazia de conteúdo: suspeito que ela se limite a repetir a intuição de que algo não pode importar ao poder de punir, mais do que de oferecer o real fundamento dessa intuição.

Enfim, também aqui tenho mais dúvidas e perguntas do que certezas e respostas. Se permitirmos, com a opinião dominante, um amplo recurso a consequências indiretas, cairemos naquilo que a literatura de língua inglesa chamou de *collapse of the harm principle*;<sup>59</sup> sempre será possível proibir qualquer comportamento. Se erigimos uma barreira, compramos o problema de fixar o seu concreto alcance. Prefiro essa segunda via à primeira, mas aqui estamos diante mais de um projeto de reflexão do que de uma solução acabada.

#### **IV. Conclusão**

Encerro minhas considerações. Esforcei-me por oferecer, numa primeira parte (acima, II.), um panorama do contexto legislativo em que a discussão alemã se formou, para, em um segundo momento (abaixo, III.), apresentar algumas ideias próprias, na maior parte incipientes e inacabadas. Essas ideias são, em síntese, a necessidade de abandonar qualquer projeto global e apressado de análise com base em grandes

<sup>58</sup> Por último, Greco, Verbreitung pornographischer Schriften, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, vol. IV, 2019, § 10 nm. 18.

<sup>59</sup> Harcourt, The Collapse of the Harm Principle, Journal of Criminal Law and Criminology 90 (1999), p. 109 e ss.

slogans (III.1.), e talvez mesmo a categoria genérica do crime de perigo abstrato (acima, III. 3. a)], em favor de uma análise meticulosa e pormenorizada, que terá de resolver ao menos três problemas: (1) Quais bens coletivos realmente podem ser reconhecidos enquanto tais (acima, III. 2.)? (2) Há barreiras intransponíveis a qualquer incriminação, relativas à privacidade ou a autonomia dos destinatários da proibição (acima, III. 3.b)]? (3) Em que medida é possível limitar a liberdade dos cidadãos aludindo a consequências mais ou menos indiretas do uso dessa liberdade (acima, III. 3. c)]?

### Referências

ALBRECHT, Peter-Alexis. Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat. Entwicklungstendenzen des materiellen Strafrechts. KritV 1988.

ANASTASOPOULOU, Ioanna. Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter. München: C.H. Beck, 2005.

WOLF, Erik. Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, in: HEGLER, August [Hrsg.]: Festgabe für Frank, Bd. 2. Tübingen, 1930.

SCHMIDT, Eberhard. Probleme des Wirtschaftsstrafrechts. SJZ, 1948.

\_\_\_\_\_, Straftaten und Ordnungswidrigkeiten. Erinnerungen an die Arbeiten der Wirtschaftsstrafrechtskommission (1947-1949), in: EHMKE, Horst [et al.] [Hrsg.] Festschrift für Arndt, 1969.

EISELE, in: Baumann/ Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12 Auflage, 2016.

EISELE/SCHITTENHELM, Sch/Sch-StGB, 30<sup>a</sup> ed., 2019.

GOECKENJAN, Ingke. Überprüfung von Straftatbeständen anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, 2015.

GOLDSCHMIDT, James. Das Verwaltungsstrafrecht: Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage. Berlin: Carl Heymanns Verlag, 1902.

GRECO, Luís. Das Bestimmtheitsgebot als Verbot gesetzgeberisch in Kauf genomener teleologischer Reduktionen. Zugleich: Zur Verfassungsmäßigkeit von §§ 217 und 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB, in: ZIS, 2018.

\_\_\_\_\_, Dos formas de hacer dogmatica jurídico-penal. Trad. Hernán Bouvier, in: Discusiones 8, 2008.

\_\_\_\_\_, Feindstrafrecht. Baden-Baden: Nomos, 2010.

\_\_\_\_\_, Festschrift für Roxin um 80. Geburtstag. Berlin/New York: DeGruyter, 2011.

\_\_\_\_\_, Gibt es Kriterien zur Postulierung eines kollektiven Rechtsguts?, Festschrift für Roxin II, 2011. in: Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa, 2012.

\_\_\_\_\_, Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Trad. Dupulich/Béguelin. Madrid: Marcial Pons, 2015.

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

\_\_\_\_\_, §§ 184-184e. In: WOLTER, Jürgen. (coord.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, vol. IV, 9<sup>a</sup>. ed. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2017.

\_\_\_\_\_, Strafbarer Drogenbesitz, Privatsphäre, Autonomie. Überlegungen anlässlich der Entscheidung des argentinischen Verfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit des Straftatbestandes des Besitzes von Betäubungsmitteln zum Zwecke des Eigenkonsums, in: HEFENDEHL (coord.), Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts, 2010.

\_\_\_\_\_, Tiene futuro la teoría del bien jurídico? Reflexiones a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán con respecto al delito de incesto (§ 173 del StGB), trad. E. Sarabayrouse, in: Tortura, incesto y drogas. Reflexiones sobre los límites del derecho penal, Buenos Aires, 2014.

\_\_\_\_\_, Verbreitung pornographischer Schriften, in: HILGENDORF; KUDLICH; VALERIUS, Handbuch des Strafrechts, vol. IV, 2019.

\_\_\_\_\_, Von den mala in se zur poena in se. Reflexionen auf Grundlage der „alten“ Diskussion über das sog. Verwaltungsstrafrecht, in: Kretschmer/Zabel (coords.), Studien zur Geschichte des Wirtschaftsstrafrechts, Baden-Baden, 2018.

GROSSMANN, Sven. Liberales Strafrecht in der komplexen Gesellschaft. Zürich: Nomos, 2016.

HARCOURT, Bernard. The Collapse of the Harm Principle, Journal of Criminal Law and Criminology, n. 90, 1999.

HASSEMER, Winfried. Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, in: PHILIPS / SCHOLLER (coord.), Jenseits des Funktionalismus, 1989.

\_\_\_\_\_, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, in: ZRP, 1992.

\_\_\_\_\_, Roxin-FS, 2001.

\_\_\_\_\_, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, in: NStZ, 1989.

HECKER, Bernd. Sch/Sch-StGB, 30<sup>a</sup> ed. München: C.H. Beck, 2019.

HEFENDEHL, Roland. Der fragmentarische Charakter des Strafrechts, JA 2011.

\_\_\_\_\_, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2003.

\_\_\_\_\_, MK-StGB, 3<sup>a</sup> ed., 2019.

\_\_\_\_\_, Über die Pönalisierung des Neutralen – zur Sicherheit, in: HEFENDEHL (coord.), Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?, 2010.

HOHMANN, Olaf. Von den Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht, in: GA, 1992.

JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS 2004.

\_\_\_\_\_, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar) ihrer Zeit, in: Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000.

\_\_\_\_\_, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, in: ZStW, 1985.

\_\_\_\_\_, Strafrecht, 2<sup>a</sup> ed. Berlin: De Gruyter, 1991.

KARGL, Walter. Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz, in: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts. Frankfurt am Main, 1995.

GÜNTHER, Klaus. Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts, in: Recht und Moral. Baden-Baden: Nomos, 1991.

\_\_\_\_\_, Von der Rechts- zur Pflichtverletzung. Ein „Paradigmawechsel“ im Strafrecht?, in: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts. Frankfurt am Main, 1995.

KORTE, MK-StGB, 3<sup>a</sup> ed. 2019.

LAUTERWEIN, Carl. Symbolische Gesetzgebung: Eine Untersuchung am Beispiel Strafrecht. Munique: Voegel, 2006.

BLOY, René. Symbolik im Strafrecht, Frisch-FS. Berlin: Duncker & Hum-bolt, 2013.

MOELLER, Uriel. Definition und Grenzen der Vorverlagerung von Stra-barkeit. Hamburg: Vandenhoeck & Ruprecht, 2018.

MÜLLER-TUCKFELD, Jens. Traktat für die Abschaffung des Strafrechts, in: Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts. Frankfurt am Main, 1995.

NAUCKE, Wolfgang. Die Reichweite des Vergeltungsstrafrechts bei Kant, in: Über die Zerbrechlichkeit des rechtstaatlichen Strafrechts. Baden-Baden, 2000.

\_\_\_\_\_, Kants Straftheorie, in: Über die Zerbrechlichkeit des rechtsta-atlichen Strafrechts. Baden-Baden, 2000.

\_\_\_\_\_, Über die Zerbrechlichkeit des rechtstaatlichen Strafrechts, in: Über die Zerbrechlichkeit des rechtstaatlichen Strafrechts. Baden-Baden, 2000.

NEUMANN, Ulfrid. Besprechung von Herzog, Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, in: ZStW, 1994.

OĞLAKCIOĞLU, MK-StGB, 3<sup>a</sup> ed., 2017, vor § 2 BtMG.

PAEFFGEN, „Verpolizeilichung“ des Strafprozesses – Chimäre oder Gefahr?, in: WOLTER, Jürgen (Hrsg.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts. Neuwied, 1995.

PRITTWITZ, Cornelius. Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1993.

RADTKE, Henning; STEINSIEK, Mark. Bekämpfung des internationalen Terrorismus durch Kriminalisierung von Vorbereitungshandlungen?, ZIS. Baden-Baden: Nomos, 2008.

REUS, Katharina. Das Recht in der Risikogesellschaft. Berlin: Duncker & Humblot, 2010.

ROGALL, SK-StPO, 9<sup>a</sup> ed., 2017.

ROXIN, Claus. Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand, GA. München, 2013.

\_\_\_\_\_, StV 2009.

\_\_\_\_\_, Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests, StV 2009.

ROXIN, Claus. GRECO, Luís. Strafrecht Allgemeiner Teil, 5<sup>a</sup> ed. München: C.H. Beck, 2019.

SALIGER, Frank. Was schützt der liberale Staat?, in: SIEP, Ludwig. [et al.] (coords.), Von der religiösen zur säkularen Begründung staatlicher Normen. Mohr Siebeck, 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft. GA, 1995.

\_\_\_\_\_, Zur Dogmatik und Kriminalpolitik des Umweltstrafrechts, Festschrift für Triffterer. Wien, 1996.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La expansión del derecho penal, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 2001; GRACIA MARTÍN, Luis. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. Valencia, 2003.

STÄCHELIN, Gregor. Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat. Berlin: Duncker & Humblot, 1998.

Sternberg-Lieben, Sch/Sch-StGB, 30<sup>a</sup> ed., 2019.

\_\_\_\_\_, Detlev. Die Sinnhaftigkeit eines gesetzgebungskritischen Rechtsgutsbegriffs – exemplifiziert am Beispiel der Beschimpfung religiöser Bekenntnisse. In: STUCKENBERG, Carl-Friedrich [et al.] [Org.]. Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat: Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.

TIEDEMANN, Klaus. JuS 1989, p. 691.

\_\_\_\_\_, LK-StGB, 12<sup>a</sup> ed., 2012.

\_\_\_\_\_, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht: Untersuchungen Zu Einem Rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, Entwickelt Am Problem des Wirtschaftsstrafrechts. Heidelberg: Mohr Siebeck, 1969.

\_\_\_\_\_, Welche strafrechtliche Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?, in: Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentage. München: C.H. Beck, 1972.

\_\_\_\_\_, Wirtschaftskriminalität als Problem der Gesetzgebung, in: \_\_\_\_\_ [Org.]. Das Verbrechen in der Wirtschaft. München: C.H. Beck, 1972.

WOHLERS, Wolfgang. Deliktstypen des Präventionsstrafrechts. Berlin: Duncker & Humblot, 2000.

\_\_\_\_\_, SK-StPO, 9<sup>a</sup> ed., 2017.