



## SUMÁRIO

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





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



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



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



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