# "ALTERNATIVAS: NENHUMA". SOBRE A CRÍTICA MAIS RECENTE À TEORIA PESSOAL DO BEM JURÍDICO

Alternatives: none. On the latest critique to the personal theory of legal interest

Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 116/2015 | p. 97 - 110 | Set - Out / 2015
DTR\2015\13609

Ulfrid Neumann
Professor de Direito Penal, Filosofia e Sociologia do Direito na Johann Wolfgang Goethe-Universität (Frankfurt am Main).

Raphael Boldt
Doutorando e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), com estágio de doutoramento na Johann Wolfgang Goethe-Universität (Frankfurt am Main). Pesquisador Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Espírito Santo (Fapes). Advogado.

Área do Direito: Penal; Fundamentos do Direito
Resumo: Escrito para o simpósio que marcou o 65.º aniversário de Winfried Hassemer, o artigo demonstra que seu pensamento continua atual e relevante. A partir de importantes contribuições da teoria penal de Hassemer, pergunta-se: em que condições o Estado pode proibir uma conduta por meio de uma pena? Segundo a teoria pessoal do bem jurídico, o Estado apenas pode punir comportamentos que violam interesses humanos que o direito penal deveria proteger. As críticas ao conceito de bem jurídico são então abordadas a partir de dois extremos: a crítica a sua estreiteza e a sua amplitude. Se de um lado a censura à concepção de bem jurídico sustenta a impossibilidade de integrar bens jurídicos coletivos, do outro se dirige à incapacidade de encontrar um limite para o direito penal.

Palavras-chave: Direito penal - Teoria pessoal do bem jurídico - Críticas - Alternativas - Winfried Hassemer.
Abstract: Written for the symposium marking the 65th anniversary of Winfried Hassemer, the article demonstrates that his ideas are still current and relevant. From important contributions of Hassemer's criminal theory, we ask: under which conditions can the State forbid an action threatening penalty? According to personal theory of protected legal interest, the State can only punish behaviors that violate human interests that criminal law should protect. The critical points of the conception of legal interest are then addressed from two extremes: the criticism of its narrowness and its breadth. On the one hand the critique is focused on the impossibility to integrate collective legal interests, on the other addresses the impossibility of finding a limit to the criminal law.

Keywords: Criminal Law - Personal theory of protected legal interest - Criticism - Alternatives - Winfried Hassemer.
Sumário:

1. A teoria pessoal do bem jurídico como filosofia prática do direito penal - 2. Características da teoria pessoal do bem jurídico: individualista, orientada para os interesses, crítica da ideologia - 3. Perspectivas teóricas penais - 4. A função do direito penal: proteção de bens jurídicos ou garantia da norma? - 5. As críticas - 6. Referências bibliográficas

## 1. A teoria pessoal do bem jurídico como filosofia prática do direito penal

A teoria pessoal do bem jurídico,[NT1] a qual se dedica nosso colóquio, tem especial importância na obra científica de Winfried Hassemer. Talvez seja sua contribuição mais pessoal no duplo sentido da palavra: como enfoque original, apenas um exemplo de abordagem científica comprometida, e ao mesmo tempo no sentido de uma concepção

teórica de direito penal que traduz as convicções ético-jurídicas e político-jurídicas de seu autor a um modelo consistente de direito penal. A teoria pessoal do bem jurídico é uma teoria que permite reconhecer, por meio de seu conteúdo científico, o perfil de seu autor.[1]

Isso, naturalmente, não diz nada sobre a possibilidade de objetivar a teoria, mas diz algo a respeito de sua localização lógica. A teoria pessoal do bem jurídico não tem seu lugar no campo da filosofia teórica, mas no da filosofia prática. Ela oferece resposta a uma questão normativa, prática. A pergunta que se faz é a seguinte: "Sob quais condições o Estado tem permissão para proibir uma ação utilizando-se da ameaça de uma pena?" A reposta da teoria pessoal do bem jurídico se coloca de maneira resumida: apenas se esta ação viola um interesse humano que demande proteção penal. Essa não é, desde a perspectiva da teoria pessoal do bem jurídico, uma resposta completa, pois assinala somente condições necessárias, mas insuficientes para a criminalização de um comportamento.[2] Também não se trata de uma resposta universal, pois seria necessário recorrer a modelos alternativos de legitimação.[3] Mas é uma reposta cientificamente convincente e inteligente do ponto de vista político-jurídico, para a qual não existe hoje alternativa evidente. Este é o tema e ao mesmo tempo a tese das minhas reflexões.

## 2. Características da teoria pessoal do bem jurídico: individualista, orientada para os interesses, crítica da ideologia

Posso pressupor, neste círculo, o conhecimento do conceito da teoria pessoal do bem jurídico, conforme desenvolvida por Winfried Hassemer. Ressalto, por isso, apenas os pontos que, desde o meu ponto de vista, tornam especialmente atraente esse conceito. Isto é, primeiramente, a característica individualista, nos termos da palavra "humano". A teoria pessoal do bem jurídico pensa o direito penal não a partir da sociedade, senão do indivíduo. Com isso, se aborda desde a perspectiva da teoria do Estado, o conflito entre os enfoques estadista e coletivista de um lado e os modelos individualistas de outro, posicionando-se claramente do lado dos últimos. Segundo, ela liga o direito penal aos interesses concretos das pessoas[4] e, por isso, consegue filtrar os componentes ideológicos que ameaçam o direito penal liberal, porque eles – ainda que sejam simples representações de valores sociais – atuam com a pretensão de serem valores obrigatórios. Finalmente, o conceito geral de bem jurídico se mantém de forma transversal a um modelo de direito penal autoritário que entende o delito como uma transgressão[5] ao dever e, com isso, instrumentaliza o direito penal como mecanismo para disciplinar o cidadão à obediência e à submissão. A teoria pessoal do bem jurídico corresponde, na abordagem metodológica, a uma ética embasada em interesses[6] que, devido à imediata compreensão de seu ponto de referência, pode pretender para si um alto poder de persuasão.

## 3. Perspectivas teóricas penais

Um modelo que obriga o direito penal à proteção de interesses e por meio deste ponto de vista o limita, ocupa ao mesmo tempo posição no conflito tradicional das teorias da pena. Obriga a pena estatal a uma função social e rejeita com isso finalidades da pena como "retribuição" e "expiação". A expiação tem seu lugar na transcendência; a retribuição, ainda que não fosse compreendida como padrão de pensamento de cunho religioso, não se trata, de qualquer maneira, de uma categoria do direito. A teoria pessoal do bem jurídico opta, forçosamente, com isso, por uma posição no campo das denominadas teorias relativas da pena.

Quando Winfried Hassemer salienta, todavia, também a sabedoria das teorias absolutas da pena,[7] concentra e diferencia claramente o conceito e a instituição da pena de um lado, de sua legitimação e finalidade de outro.[8] Ao conceito de pena, fazem justiça somente as teorias absolutas. A pena é conceitualmente uma violação de interesses que foi causada a uma pessoa por um comportamento desaprovado. Essa relação semântica se reflete na comunicação diária. A informação de que alguém foi punido provoca a pergunta "por quê?" e, nem sempre em primeiro lugar, a pergunta "para quê?" Aqui não

se trata apenas de um problema linguístico. As regras linguísticas, segundo as quais se emprega o conceito de pena, refletem as estruturas da instituição social. Punir é, institucionalmente, impor um gravame a uma pessoa em reação a seu comportamento desaprovado, logo, retribuição.

Entretanto, dessa relação conceitual e institucional entre retribuição e pena não se deduz de maneira nenhuma a legitimidade da pena retributiva. Que a pena seja necessariamente retributiva não quer dizer que a pena estatal o deva ser. Enquanto se tratar da legitimação da instituição da pena, somente pode ser sustentada uma argumentação normativa. Quem quiser justificar a pena estatal por intermédio da retribuição precisa demonstrar que um mundo no qual se reage a certas violações (do lado da vítima), com determinadas violações adicionais (em relação ao autor da infração penal), ceteris paribus, é um mundo melhor do que aquele em que se permanece com a lesão já ocorrida à vítima. Essa argumentação não deve ocorrer para além de uma concepção religiosa ou metafísica do mundo. A necessidade da pena estatal não se justifica com as considerações da justiça terrena contrárias à interpretação da "teoria da justiça":[9] a argumentação de que o autor deve ser punido porque do contrário se trataria igualmente a desigualdade, pressupõe o que se estaria por provar, a saber: que o autor e o não autor de um ilícito não são apenas desiguais quanto ao seu comportamento, senão que esta desigualdade justifica também a necessidade de uma reação retributiva. Por isso, o sentido e o fim da pena somente podem estar presentes em um Estado secular no campo da definição da finalidade social.

4. A função do direito penal: proteção de bens jurídicos ou garantia da norma?

Com o estabelecimento de uma teoria que justifica a pena estatal unicamente por meio de seu papel social, não se decidiu ainda sobre a função de proteção dos bens jurídicos. O conceito de bem jurídico, como é conhecido, se encontra aqui em concorrência com concepções alternativas que não enxergam a atuação do direito penal na proteção de bens jurídicos, mas na garantia de validade da norma.[10] O direito penal, conforme a abordagem de Jakobs, não garante a segurança dos bens, mas a validade da norma.[11] Esse modelo se comporta, por isso, de maneira alternativa em relação ao conceito de proteção dos bens jurídicos, porque na postura originalmente defendida por Jakobs a tutela dos bens mediante a garantia normativa se declara expressamente como insignificante.[12] Somente como condição cognitiva prévia de estabilização da norma se deve garantir que os crimes não aumentem excessivamente.[13] Sob este aspecto, a ocultação de delitos tem o mesmo efeito que o seu impedimento.

Este não é o espaço para uma discussão sobre o modelo da pena como proteção da norma. A objeção central contra sua idoneidade como teoria normativa do direito penal[14] estaria no fato de que assume o ponto de vista neutro do observador e com isso se afasta necessariamente do discurso tradicional sobre as questões de legitimidade do fenômeno criminalizador. No círculo dos teóricos normativos do direito penal, o representante de uma análise do direito penal orientada de maneira funcionalmente externa é um convidado de pedra. O problema não está aqui no objetivo da proteção normativa, na qual se pode naturalmente aventurar como representante de uma teoria da prevenção geral positiva,[15] mas na absolutização deste objetivo, na renúncia a critérios materiais de legítima proteção normativa. Caso não se queira caminhar sobre gelo fino, arriscando-se com uma proteção penal da moral ou dos valores, a questão normativa decisiva é aquela que se faz sobre o âmbito protetor das normas e, com isso, mais uma vez, do bem jurídico afetado.

5. As críticas

O conceito de bem jurídico é um modelo de sucesso, especialmente na forma da teoria pessoal do bem jurídico.[16] Mas parece também que a crítica tem aumentado,[17] principalmente no debate alemão. Essa crítica visa, em parte, à abordagem metodológica, sobretudo ao desempenho prático do modelo. Como denominador comum, as críticas indicam: por um lado, a concepção de bem jurídico é excessivamente

estreita e, por outro, muito ampla. É estreita porque não é capaz de legitimar a proteção penal de determinadas ideias e sentimentos;[18] a teoria pessoal do bem jurídico ficou ainda marcada com a suposta incapacidade de integrar bens jurídicos coletivos.[19] De outro lado, o conceito de bem jurídico é amplo demais para conseguir delimitar eficientemente o direito penal; a ideia de bem jurídico favorece diretamente a uma ampla antecipação do direito penal[20] e carece, além disso, mesmo quando sua lógica interna limita o direito penal, de efeitos práticos.[21] Por detrás dessas críticas existem distintos mal entendidos e também alguns problemas com sérias consequências.

5.1 Crítica à estreiteza do conceito de bem jurídico

a) Há evidentemente um equívoco na afirmação de que a teoria pessoal do bem jurídico não pode integrar bens jurídicos coletivos em seu modelo.[22] Winfried Hassemer disse o necessário sobre isso e não preciso repeti-lo aqui.[23] Apenas resumidamente: ou os bens jurídicos coletivos se deixam reduzir a bens individuais e então não há nada no caminho de sua integração ao modelo da teoria pessoal do bem jurídico, ou se entende o bem jurídico coletivo como algo autônomo e não como bem derivado passível de proteção – Palavra-chave: proteção do meio-ambiente – e então há todos os motivos para encará-lo com desconfiança.

b) Problemas maiores levantam os tipos que tratam de proteger interesses não humanos – crimes de crueldade para com os animais – ou meros sentimentos ou ideias – a que se referem normalmente o crime de violação à memória dos mortos (§ 189 StGB[NT2]) ou o crime de ofensa às confissões religiosas (§ 166 StGB[NT3]). Tais tipos deram origem à recente proposta de complementar[24] ou até mesmo substituir[25] a concepção de bem jurídico pelo reconhecimento dos chamados "crimes de conduta". Esses crimes de conduta não devem submeter à pena a provocação de danos sociais, mas penalizar uma violação a ideais de valor e comportamento da sociedade.

c) Esta é – de qualquer maneira, na segunda variante – uma concepção radical e perigosa. É radical porque joga fora in toto a concepção de bem jurídico para lidar com problemas que surgem em zonas fronteiriças. E é perigosa porque ela própria renuncia à tentativa de um controle normativo da tendência punitiva da sociedade e, com isso, entrega o direito penal pacificamente às ideologias dominantes.[26] Há aqui apenas três opções consideráveis.

A primeira: se designa como partidário da teoria pessoal do bem jurídico um ponto de vista heroico e se estigmatiza como ilegítimos[27] crimes como o de ofensa às confissões religiosas (§ 166 StGB). Essa é uma posição que pode ser sustentada parcialmente, mas atinge rapidamente os limites da aceitação social – talvez também os próprios limites. A segunda opção: considera-se o conceito de bem jurídico tão amplamente de forma que também a proteção de meros sentimentos e ideias pode ser atribuída à – tutela de bens jurídicos. Isso levaria a uma liquefação e a uma volatilização do conceito de bem jurídico, situação sobre a qual Winfried Hassemer, com razão e enfaticamente, alertou.[28] 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).[29] Concebível seria também, além do alcance do princípio do bem jurídico, abrir mão da justificação de fatos puníveis em sentido estrito, mas tomar nota da inevitabilidade do reforço penal de valores sociais elementares como resultado sociológico. Neste ponto, outras análises são necessárias e esperadas.

5.2 Crítica à amplitude do conceito de bem jurídico

a) A acusação apresentada de que o conceito de bem jurídico é excessivamente amplo para que se possa obter, até mesmo no plano teórico, uma delimitação relevante do direito penal, não encontra uma concepção que vincule de forma consistente o bem jurídico ao conceito de interesse[30] e entenda o bem jurídico como interesse jurídico a ser protegido. O certo é que, de fato, a discussão da dogmática penal mostra uma tendência à ontologização do conceito de bem jurídico, cuja consequência no final das contas pode

ser lançar o bem jurídico contra os próprios interesses daquele que deveria ser protegido. Este acaba atuando, em um modelo de bem jurídico substancializado, apenas como "portador" substituível do bem jurídico.

b) Um exemplo drástico ilustra a atual discussão sobre a eutanásia, na qual palpita o bem jurídico vida, para se retirar do paciente a decisão autônoma sobre sua morte – como se a vida não fosse dele, ele deve litigar o término dela com o Estado. Aqui o direito à vida é transformado, como resultado, em um dever à vida – um erro de categoria que leva tendencialmente a uma tirania do bem jurídico em relação ao seu detentor.[31]

c) O mesmo problema se apresenta com a greve de fome feita por presos. Aqui, medidas coercitivas e violentas também são justificadas em relação ao "portador" do bem jurídico para se proteger o bem jurídico "vida".[32] Na teoria pessoal do bem jurídico não se poderia firmar tais reinterpretações; a proteção penal de interesses justifica direitos, mas não deveres do protegido. Ameaças penais duramente paternalistas não são acobertadas pela teoria pessoal do bem jurídico.

d) A outra objeção, de que a ideia de bem jurídico favorece a uma ampla antecipação do direito penal[33] deve ser levada a sério, mas pode ser eliminada em um modelo complexo de um direito penal baseado no bem jurídico, pois a existência de um bem jurídico apresentável é meramente uma necessidade, mas não condição suficiente para a legitimidade de uma ameaça penal. Evidentemente a concepção de bem jurídico não pode por si só realizar a necessária limitação do direito penal.[34] Ela é atribuída, conforme ressaltou Winfried Hassemer, à complementação por meio de princípios normativos, como os princípios da proporcionalidade e da ultima ratio.[35] Aliás, limitações advêm da própria instituição da pena. Como instituição retributiva, a pena exige um comportamento anterior, que "merece" a imposição de uma sanção mediante medidas duras.[36] A partir de pontos de vista preventivos tão somente, a pena também se torna injustificável em um direito penal baseado na proteção de bens jurídicos.

e) A objeção da falta de vigor prático do conceito de bem jurídico repousa também em um mal-entendido. Não se conhece as potencialidades de um modelo jurídico quando, por exemplo, se afirma contra o poder crítico do conceito de bem jurídico, que a reforma dos crimes sexuais não foi um sucesso da teoria do bem jurídico, mas "simplesmente a consequência das percepções sociais modificadas em relação à sexualidade".[37] A teoria do bem jurídico não é um catecismo que se impõe a ferro e fogo, que transformaria moralistas do direito penal obstinados em liberais confessos. A concepção de bem jurídico depende, como todo modelo jurídico, de um clima intelectual e social que lhe ofereça apoio e permita o seu estabelecimento. A dependência entre modelo científico e desenvolvimento social se apresenta também na direção contrária: novas percepções sociais não se concretizam por si só, mas devem ser impostas de forma argumentativa; e para o estabelecimento (e manutenção) de um direito penal liberal, a concepção de bem jurídico é um auxílio argumentativo.[38] Nem mais, nem menos. Ou seja: o modelo de bem jurídico dificulta a criminalização para além do núcleo do direito penal e força seus proponentes a estratégias argumentativas arriscadas. Para tanto, mencionamos dois exemplos conclusivos.

aa) O primeiro exemplo: apresentado no outono de 2005 por vários autores, no "projeto alternativo de morte assistida"[39] foi proposta a introdução de um crime de "apoio ao suicídio com finalidade de lucrar". Como resultado, deve ser punido com pena privativa de liberdade de até cinco anos ou com pena de multa quem "apoia o suicídio de outro com a finalidade de obter lucro" (§ 215a do projeto). O tipo penal visa evidentemente às atividades das chamadas organizações de auxílio à morte e deve intervir, de acordo com a vontade dos autores do projeto, quando, mediante a exploração da pessoa que deseja cometer suicídio, exige-se pagamento em dinheiro que é superior aos custos e às despesas, bem como à remuneração razoável; não é necessário que seja feita uma exigência de "grande montante" ou que seja exercida pressão sobre a pessoa que voluntariamente deseja se suicidar.[40]

O bem jurídico tutelado de tal norma não pode ser, evidentemente, a vida,[41] pois contra o suicídio autônomo (e também contra ações destinadas a seu apoio) o bem jurídico "vida" não é penalmente protegido. Qual seria então o bem jurídico que tal tipo traz consigo? Os autores do texto legal respondem a essa pergunta: "o bem jurídico de tal norma seria (…) a exploração da situação de uma pessoa letalmente doente que, em razão da busca por lucro, é eticamente condenável".[42] Mas que a redação seja defeituosa, não se trata de uma falta de jeito linguística, senão da dificuldade objetiva de se produzir aqui um bem jurídico viável. Como razão compreensível da criminalização proposta permanece apenas a ética repreensível da ação mencionada pelos autores do texto. Porém, a imposição de uma sanção penal (tão somente) em virtude de um comportamento antiético, é incompatível com a teoria do bem jurídico.

bb) O segundo exemplo: na discussão parlamentar sobre a punição da posse de pornografia infantil argumentou-se que, diante da evidente abjeção a este comportamento, a questão sobre o bem jurídico não era significativa.[43] Por trás de tal ideia, está visível a conclusão de que é difícil ou impossível se justificar o tipo mediante considerações pertinentes ao bem jurídico. E por trás disso encontra-se a concessão de que crimes devem ser legitimados, em princípio, sob o ponto de vista da proteção do bem jurídico. Estas são concessões que estão abertas à crítica do direito penal. A missão e a função da teoria do bem jurídico é permitir essa crítica. Mais do que isso não se pode esperar de uma teoria jurídica.

6. Referências bibliográficas

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

DUBBER, Markus. Positive Generalprävention und Rechtsgutstheorie: Zwei zentrale Errungenschaften der deutschen Strafrechtswissenschaft aus amerikanischer Sicht. ZStW 117, 2005.

FRISCH. An der Grenzen des Strafrechts. In: KÜPER, Wilfried; WELP, Jürgen (Hrsg.). Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag. Heidelberg: C.F. Müller, 1993.

HARE, Richard Mervin. Moral thinking: its levels, method and point. Oxford: The Clarendon Press, 1981.

HASSEMER, Winfried. Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre. In: HASSEMER, Winfried. Strafen im Rechtsstaat. Baden-Baden: Nomos, 2000.

_____. Nomos Kommentar Strafgesetzbuch. 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 1994.

_____. Variationen der positiven Generalprävention. In: HASSEMER, Winfried. Strafen im Rechtsstaat. Baden-Baden: Nomos, 2000.

_____; NEUMANN, Ulfrid. Nomos Kommentar Strafgesetzbuch. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2005.

HEFENDEHL, Roland. Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht. Köln: Heymanns, 2002.

HERZBERG, Rolf Dietrich. Zur Strafbarkeit der Beteiligung am frei gewählten Selbstmord, dargestellt am Beispiel des Gefangenensuizids und der strafrechtlichen Verantwortung der Vollzugsbediensteten. ZStW 91, 1979.

HERZOG, Felix. § 166. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (Hrsg.). Nomos Kommentar Strafgesetzbuch. Baden-Baden: Nomos, 2005.

HIRSCH, Andreas von. Belästigendes Verhalten. Gibt es ein strafrechtliches Belästigungsprinzip?. In: ARNOLD, Jörg; BURKHARDT, Björn; GROPP, Walter; HEINE, Günter; KOCH, Hans-Georg; LAGODNY, Otto; PERRON; WALTHER, Susanne (Hrsg.).

Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag. München: C.H. Beck, 2005.

_____. Der Rechtsgutsbegriff und das "Harm Principle". In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andreas von; WOHLERS, Wolfgang. (Hrsg.). Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?. Baden-Baden: Nomos, 2003.

JAKOBS, Günther. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar). In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn. (Hrsg.). Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. München: C.H. Beck, 2000.

_____. Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck. Paderborn: Ferdinand Schöningh Verlag, 2004.

_____. Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. Aufl. Berlin: Walter de Gruyter, 1991.

KAIAFA-GBANDI, Maria. Das Strafrecht an der Schwelle zum neuen Jahrtausend: Blick in die Zukunft ohne Blick zurück in die Vergangenheit? In: PRITTWITZ, Cornelius; MANOLEDAKIS, Ioannis. (Hrsg.). Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende. Deutsch-griechisches Symposium, Rostock 1999. Baden-Baden: Nomos, 2000.

NEUMANN, Ulfrid. Alternativen zum Strafrecht. In: NEUMANN, Ulfrid; PRITTWITZ, Cornelius (Hrsg.). Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005.

_____; KINDHÄUSER, Urs; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (Hrsg.). Nomos Kommentar Strafgesetzbuch. In: Baden-Baden: Nomos, 2005.

_____; SCHROTH, Ulrich. Neue Theorien von Kriminalität und Strafe. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1980.

ROXIN, Claus. Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts? In: HEFENDEHL, Roland. (Hrsg.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag. Köln: München, 2005.

SCHÖCH, Heinz; VERREL, Torsten. Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (AE-StB), GA. 2005.

STAECHELIN, Gregor. Interdependenzen zwischen der Rechtsgutstheorie und den Angriffswegen auf die dadurch bestimmten Güter. In: LÜDERSSEN, Klaus. (Hrsg.). Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? (Legitimationen). Baden-Baden: Nomos, 1998. Bd. 1.

STRATENWERTH, Günter. Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andreas von; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? Baden-Baden: Nomos, 2003.

_____. Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?. ZStW 105, 1993.

_____. Zum Begriff des "Rechtsgutes". In: ESER, Albin; SCHITTENHELM, Ulrike; SCHUMANN, Heribert (Hrsg.). Festschrift für Theodor Lencker zum 70. Geburtstag. München: C.H. Beck, 1998.

WOHLERS, Wolfgang. Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte. Berlin: Springer, 2000.

_____. Die Tagung aus der Perspektive eine Rechtsgutsskeptikers. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andreas von; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). Die Rechtsgutstheorie.

Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? Baden-Baden: Nomos, 2003.

NT1 Nota do Tradutor.Versão original alemã intitulada "Alternativen: keine". – Zur neueren Kritik an der personalen Rechtsgutslehre, publicada em: NEUMANN, Ulfrid; PRITTWITZ, Cornelius (Hrsg.). "Personale Rechtsgutslehre" und "Opferorientierung im Strafrecht". Frankfurter kriminalwissenschaftliche Studien– Bd. 104. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007.

1. HASSEMER, Winfried. Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre. In: HASSEMER, Winfried. Strafen im Rechtsstaat. Baden-Baden: Nomos, 2000; HASSEMER, Winfried. Nomos Kommentar Strafgesetzbuch. 1. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 1994. Vor § 1, Rn. 274; HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid. Nomos Kommentar Strafgesetzbuch. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2005. Vor § 1, Rn. 1.

2. HASSEMER, Winfried. Grundlinien einer… cit., p.. 88; HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid. Nomos Kommentar Strafgesetzbuch cit., 2. Aufl., Vor § 1, Rn. 147.

3. HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid. Nomos Kommentar Strafgesetzbuch cit., Vor § 1, Rn. 117.

4. Os bens jurídicos são, na concepção da teoria pessoal do bem jurídico, interesses jurídicos a serem protegidos. A respeito, ver: HASSEMER, Winfried. Grundlinien einer… cit., p. 166; HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid. Nomos Kommentar Strafgesetzbuch cit., Vor § 1 Rn. 62.

5. HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid. Nomos Kommentar Strafgesetzbuch cit., 2. Aufl., Vor § 1, Rn. 112.

6. HARE, Richard Mervin. Moral thinking: its levels, method and point. Oxford: The Clarendon Press, 1981 (Em alemão: Moralisches Denken: seine Ebenen, seine Methode, sein Witz. Frankfurt am Main, 1992).

7. HASSEMER, Winfried. Nomos Kommentar Strafgesetzbuch cit., 1. Aufl, Vor § 1, Rn. 413. HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid. Nomos Kommentar Strafgesetzbuch cit., 2. Aufl, Vor § 1, Rn. 107, p. 272.

8. Sobre isso e de forma mais detalhada: HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid. Nomos Kommentar Strafgesetzbuch cit., 2. Aufl., Vor § 1, Rn. 101; NEUMANN, Ulfrid. Alternativen zum Strafrecht. In: NEUMANN, Ulfrid; PRITTWITZ, Cornelius (Hrsg.). Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2005. p. 89.

9. NEUMANN, Ulfrid; SCHROTH, Ulrich. Neue Theorien von Kriminalität und Strafe. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1980. p. 15.

10. JAKOBS, Günther. Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2. Aufl. Berlin: Walter de Gruyter, 1991; JAKOBS, Günther. Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck. Paderborn: Ferdinand Schöningh Verlag, 2004. p. 26.

11. Conferir: JAKOBS, Günther. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar). In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn. (Hrsg.). Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. München: C.H. Beck, 2000. p. 47-49.

12. JAKOBS, Günther. Strafrecht Allgemeiner Teil cit., p. 1-16.

13. Idem, ibidem. Em trabalho posterior, a produção de efeitos preventivos foi reconhecida como função latente da pena (em adição à função manifesta de confirmação da norma). Verificar: JAKOBS, Günther. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft… cit., p. 50.

14. Não contra a sua adequação como arquétipo de explicações sociológico-criminais.

15. A respeito da posição de Hassemer, conferir: HASSEMER, Winfried. Variationen der positiven Generalprävention. 1998. In: HASSEMER, Winfried. Strafen im Rechtsstaat. Baden-Baden: Nomos, 2000. p. 199; HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid. Nomos Kommentar Strafgesetzbuch cit., 2. Aufl., Vor § 1, Rn. 288, p. 272.

16. Conferir: KAIAFA-GBANDI, Maria. Das Strafrecht an der Schwelle zum neuen Jahrtausend: Blick in die Zukunft ohne Blick zurück in die Vergangenheit? In: PRITTWITZ, Cornelius; MANOLEDAKIS, Ioannis. (Hrsg.). Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende. Deutsch-griechisches Symposium, Rostock 1999. Baden-Baden: Nomos, 2000. p. 43-45 (A teoria do bem jurídico como "um dos legados mais importantes da ciência penal alemã na cultura jurídica europeia"). Por fim, ver também: DUBBER, Markus. Positive Generalprävention und Rechtsgutstheorie: Zwei zentrale Errungenschaften der deutschen Strafrechtswissenschaft aus amerikanischer Sicht. ZStW 117, 2005. p. 485.

17. HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid. Nomos Kommentar Strafgesetzbuch cit., 2. Aufl., Vor § 1, Rn. 116.

18. Como exemplo: WOHLERS, Wolfgang. Die Tagung aus der Perspektive eine Rechtsgutsskeptikers. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andreas von; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? Baden-Baden: Nomos, 2003. p. 281-283.

19. HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid. Nomos Kommentar Strafgesetzbuch cit., 2. Aufl., Vor § 1, Rn. 117.

20. FRISCH. An der Grenzen des Strafrechts. In: KÜPER, Wilfried; WELP, Jürgen (Hrsg.). Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag. Heidelberg: C.F. Müller, 1993. p. 69.

21. WOHLERS, Wolfgang. Die Tagung aus der Perspektive… cit., p. 281.

22. Sobre o problema dos bens jurídicos coletivos: HEFENDEHL, Roland. Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht. Köln: Heymanns, 2002; ANASTASOPOULOU, Ioanna. Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter. München: C.H. Beck, 2005.

23. HASSEMER, Winfried. Grundlinien einer personalen… cit., p 91; HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid. Nomos Kommentar Strafgesetzbuch cit., 2. Aufl., Vor § 1, Rn. 131.

NT2 Nota do Tradutor. O tipo prevê que a conduta de depreciar a memória de uma pessoa falecida será punida com pena privativa de liberdade de até dois anos ou multa.

NT3 O § 166 dispõe, por exemplo, que quem, publicamente ou por meio da divulgação de escritos, insulta o conteúdo de crenças religiosas ou ideológicas de forma suscetível a perturbar a paz pública, é punido com pena preventiva de liberdade de até três anos ou multa.

24. HEFENDEHL, Roland. Op. cit., p. 52.

25. STRATENWERTH, Günter. Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter.

In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andreas von; WOHLERS, Wolfgang (Hrsg.). Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel? Baden-Baden: Nomos, 2003. p. 255-257. Conferir também: STRATENWERTH, Günter. Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?. ZStW 105, 1993, p. 679-692; STRATENWERTH, Günter. Zum Begriff des "Rechtsgutes". In: ESER, Albin; SCHITTENHELM, Ulrike; SCHUMANN, Heribert (Hrsg.). Festschrift für Theodor Lencker zum 70. Geburtstag. München: C.H. Beck, 1998. p. 377.

26. O conceito é entendido aqui, evidentemente, em sentido neutro, cujo emprego se encontra na sociologia do conhecimento. Na tese de que o direito penal pode ser usado legitimamente para a proteção das regras sobre as quais uma sociedade se constitui em sua identidade específica, a concepção de Stratenwerth encontra-se de modo bem diferente em relação à posição de Jakobs ("a pena é a confirmação da identidade da sociedade, da estabilidade da norma". JAKOBS, Günther. Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft… cit., p. 49). Ao invocar a luta legítima de culturas oprimidas em favor de "suas" regras ("Em muitos lugares da Terra pessoas ainda lutam e morrem por causa de regras, de acordo com as quais querem viver como seres sociais (…)"), Stratenwerth refere-se à clara distinção que deve ser feita entre o direito de viver de acordo com suas próprias regras e o direito de oprimir, por meio do direito penal, a excepcionalidade dessas regras (STRATENWERTH, Günter. Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsgüter… cit., p. 256-257.

27. Criticamente: HERZOG, Felix. § 166. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (Hrsg.). Nomos Kommentar Strafgesetzbuch. Baden-Baden: Nomos, 2005. Vor § 166 Rn. 1 (Embora, por fim, aceite o tipo a partir do ponto de vista da proteção da paz pública).

28. HASSEMER, Winfried. Nomos Kommentar Strafgesetzbuch cit., 1. Aufl., Vor § 1, Rn. 265; HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid. Nomos Kommentar Strafgesetzbuch cit., 2. Aufl., Vor § 1, Rn. 122.

29. Para tanto, ver: HIRSCH, Andreas von. Der Rechtsgutsbegriff und das "Harm Principle". In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andreas von; WOHLERS, Wolfgang. (Hrsg.). Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?. Baden-Baden: Nomos, 2003. p. 22; HIRSCH, Andreas von. Belästigendes Verhalten. Gibt es ein strafrechtliches Belästigungsprinzip?. In: ARNOLD, Jörg; BURKHARDT, Björn; GROPP, Walter; HEINE, Günter; KOCH, Hans-Georg; LAGODNY, Otto; PERRON, Walter; WALTHER, Susanne (Hrsg.). Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag. München: C.H. Beck, 2005. p. 189.

30. Conferir, acima, a nota 5.

31. Crítica em: NEUMANN, Ulfrid; KINDHÄUSER, Urs; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (Hrsg.). Nomos Kommentar Strafgesetzbuch. Baden-Baden: Nomos, 2005. Vor § 211, Rn. 3.

32. Conferir: HERZBERG, Rolf Dietrich. Zur Strafbarkeit der Beteiligung am frei gewählten Selbstmord, dargestellt am Beispiel des Gefangenensuizids und der strafrechtlichen Verantwortung der Vollzugsbediensteten, ZStW 91, 1979, p. 557.

33. FRISCH. Op. cit., p. 72.

34. Verificar a nota 3.

35. HASSEMER, Winfried. Nomos Kommentar Strafgesetzbuch cit., 1. Aufl., Vor § 1, Rn. 293; HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid. Nomos Kommentar Strafgesetzbuch cit., 2. Aufl., Vor § 1, Rn. 151, p. 272.

36. Quanto ao pressuposto da "culpabilidade", ver: HASSEMER, Winfried. Nomos Kommentar Strafgesetzbuch cit., 1. Aufl., Vor § 1, Rn. 183; HASSEMER, Winfried; NEUMANN, Ulfrid. Nomos Kommentar Strafgesetzbuch cit., 2. Aufl., Vor § 1, Rn. 49, p. 272.

37. WOHLERS, Wolfgang. Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte. Berlin: Springer, 2000. p. 279; WOHLERS, Wolfgang. Die Tagung aus der Perspektive… cit., p. 281.

38. Sobre a função crítica desempenhada pela concepção de proteção do bem jurídico em relação ao legislativo (definição dos critérios que não podem justificar uma criminalização): ROXIN, Claus. Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts? In: HEFENDEHL, Roland. (Hrsg.). Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus. Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag. Köln: München, 2005. p. 135.

39. SCHÖCH, Heinz; VERREL, Torsten. Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (AE-StB), GA 2005. p. 553. O projeto foi elaborado por uma equipe interdisciplinar, da qual se destacam vários professores, membros de um grupo de trabalho composto por professores de direito penal da Alemanha, Áustria e Suíça. (Nota do Tradutor.)

40. Idem, p. 582.

41. Idem, ibidem. A localização proposta de um tipo correspondente aos delitos contra a vida também deveria ser, na visão dos autores do projeto, contrária ao sistema.

42. Idem, ibidem.

43. STAECHELIN, Gregor. Interdependenzen zwischen der Rechtsgutstheorie und den Angriffswegen auf die dadurch bestimmten Güter. In: LÜDERSSEN, Klaus. (Hrsg.). Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? (Legitimationen). Baden-Baden: Nomos, 1998. Bd. 1, p. 239.