



Bruno Espiñeira Lemos

Discussões atuais de
DIREITO PENAL

Relato de uma breve experiência na Alemanha

D'PLÁCIDO
EDITORA

Discussões atuais de Direito Penal:

Relato de uma breve
experiência na Alemanha

Bruno Espiñeira Lemos

3ª edição



D'PLÁCIDO
EDITORA

Copyright © 2016, D' Plácido Editora.
Copyright © 2016, Bruno Espiñeira Lemos.

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa
Leticia Robini de Souza

Diagramação
Leticia Robini de Souza

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia da D' Plácido Editora.



Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843 , Savassi
Belo Horizonte - MG
Tel.: 3261 2801
CEP 30140-007

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

LEMOS, Bruno Espiñeira

Discussões atuais de Direito Penal: relato de uma breve experiência na Alemanha -- Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2016.

Bibliografia

ISBN: 978-85-8425-236-7

1. Direito 2. Direito Penal I. Título II. Direito

CDU343

CDD 341.5

Agradecimentos

O presente livro que agora ganha sua 3ª edição e será disponibilizado em plataforma digital graças ao visionário Plácido Arraes, cuja editora D'Plácido, vejo como a futura maior e melhor editora jurídica do país, diante do cuidado e atenção que dedica aos autores e leitores, corrige uma omissão que foi o não agradecimento expresso e merecido a Denis Ortiz Jordani nas edições anteriores. Denis, que se tornou um grande amigo, advogado criminalista e professor de mão cheia foi quem me falou da *Escuela de Verano* pela primeira vez, fonte inspiradora deste trabalho.

O meu jovem sócio Victor Minervino Quintiere, filho “jurídico” ficou de fora das referências de gratidão também por falha e agora recebe o meu abraço diante do talentoso advogado que se tornou, a cada dia fortalecendo minha convicção do acerto da sua escolha como parceiro de escritório com quem divido lições, estórias e histórias.

O grande amigo e jurista José Carlos Porciúncula que tanto nos incentiva é aqui ladeado no permanente agradecimento aos nossos mestres comuns e fontes de inspiração, Nabor Bulhões, maior advogado criminalista do país e Eugenio Pacelli, processualista penal maiúsculo que agora dignifica a advocacia.

No mais, seguimos dedicando este trabalho a todos os advogados criminalistas, em especial à figura chave do advogado de defesa, por vislumbrarmos nesse defensor a

figura imprescindível que se contrapõe à ideia do punitivismo cego. Atribui-se a ele erroneamente a conduta do defendido, o que gera má interpretação em relação ao seu ofício. Nas palavras de Carvalho Neto: “Pobre terra! Até as árvores não podem crescer! Reinado de *liliput*...”¹

Aos advogados de defesa, necessariamente incluindo os defensores públicos, igualmente advogados, com dimensão de Gulliver, que impedem, com sua luta perene por Justiça, que o Brasil em matéria de direitos fundamentais e das garantias individuais se transforme em uma *Lilliput*. Que ser humano algum dia, não desejou no seu lado monstro, recordando-me aqui da obra de Robert Stevenson “O médico e o monstro”, que ocorresse uma rápida suspensão dessas regras e garantias fundantes e fundamentais, que limitam ao máximo nossa possibilidade de autotutela e impedem, por conseguinte, a barbárie; uma suspensão rápida, ainda que, por um átimo de segundo, para que se pudesse fazer, diante de quem imaginássemos merecer, justiça com as próprias mãos? A cara democracia nos impede que voltemos à barbárie, inclusive, impede o próprio Estado que lhe serve de “garante”, de abusar e de se exceder em seu nome.

Aos advogados que militam no foro criminal, partícipes avançados de um caro processo civilizatório. Eles são essenciais para o equilíbrio social, quando, por meio de sua atuação, mediam e pelem por afastar permanentemente o desejo natural de linchamento do senso comum, ao lado da voracidade punitiva do aparato estatal. Por meio desse conflito dialético provocado, eles permitem funcionamento eficaz do aparato de justiça.

Este trabalho, agora em 3ª edição, segue dedicado àqueles membros do Ministério Público que atuam na área criminal e já aprenderam a interpretar a Constituição

¹ CARVALHO NETO, Antônio Manuel de. *Advogados: Como aprendemos, como sofremos, como vivemos*. São Paulo: Aquarela, 1989, p. 14.

brasileira com os olhos que lhes permitiram perceber a sua real dimensão republicana. Eles, portanto, sabem requerer a condenação e, quando é o caso, pugnam pela absolvição, diminuição da pena ou mesmo pela adoção de medidas cautelares e/ou restaurativas.

Dedicamos, também, esse livro aos magistrados que, acima dos códigos e leis esparsas, têm na Constituição Federal o seu referencial judicante.

A justiça tardia que fiz na 2ª edição aos queridos Felipe Caldeira, Ivo Höhn Júnior, Lélío Braga Calhau, Paulo Queiroz, Rodrigo Iennaco e Sebastião Alves dos Reis Junior, companhias imprescindíveis na Alemanha, fontes de inspiração para este trabalho e partícipes solidários presentes no sucesso do lançamento da esgotada 1ª edição, segue nesta 3ª edição e seguirá sempre perene.

Sumário

Prefácio à 1ª edição	11
Prefácio à 2ª edição	13
Introdução à 1ª edição	23
Introdução à 2ª edição	27
1. A discussão sobre bem jurídico	29
1.1. A ideia de bem jurídico.....	29
1.2. Bens jurídicos coletivos.....	34
1.3. Bens jurídicos aparentes ou inexistentes.....	35
1.4. Claus Roxin em sua aula magna a respeito do bem jurídico.....	37
1.5. Bem jurídico e dever normativo: para além do bem jurídico?.....	46
2. Um pouco da ideia de proporcionalidade na perspectiva do Tribunal Constitucional alemão e a criminalização do incesto	53
3. Direito Penal e Neurociência na perspectiva sistêmica de Günther Jakobs e a visão de outros autores	65

4. Terrorismo e criminologia	79
5. Aberturas para debate em matéria penal pós-experiência alemã	89
5.1. A atual dinâmica penal brasileira diante da violência doméstica contra a mulher.....	96
5.2. A criminalização das imigrações	101
6. Pós-escrito (in)conclusivo	107
Referências	111

Prefácio à 1ª edição

Quando cursei a universidade, brincava-se dizendo que todo estudante de Direito namorava com o Penal e se casava com o Civil. No caso do autor, algo diferente aconteceu. Ele namorou com o Direito Penal, casou-se com o Civil, mas não resistiu ao primeiro amor e caiu de novo nos braços do Penal.

E a entrega foi total, de corpo e alma. Porém, apesar da paixão devastadora, recém-descoberta, o autor não perdeu o olhar crítico necessário ao estudo desse ramo do Direito.

Essa paixão, que não o impediu de ter uma visão crítica e objetiva do Direito Penal, permitiu-lhe compreender, com rara felicidade, o que se passa hoje não só na Alemanha, mas, por que não dizer, na Europa e também na América Latina.

Nesta obra, o autor nos apresenta uma síntese dos debates ocorridos durante a Escuela de Verano de 2013, evento realizado na Universidade de Georg-August, em Göttingen, com a presença dos Professores Claus Roxin, Günter Jakobs, Luís Greco, Kai Ambos e Maria Laura Böhm, entre outros. Na plateia, juristas de toda a América Latina.

O autor concentra-se, portanto, nos três temas que provocaram mais debates: o bem jurídico; o Direito Penal e a Neurociência; e o terrorismo e a Criminologia.

Assim, o autor revela, mais uma vez, sua intensa relação com o Direito Penal e consegue, com êxito, mostrar-nos

por que possui tanto encanto por esse ramo do Direito, sua eterna paixão.

A primeira parte da obra é destinada a um debate sobre o bem jurídico, tendo em vista recente decisão do Tribunal Constitucional alemão, que julgou constitucional norma que penaliza o incesto. Dr. Bruno Espiñeira Lemos nos apresenta, além dos debates ocorridos, uma retrospectiva sobre o tema.

A segunda parte se reporta a outro tema igualmente palpitante: a Neurociência e o Direito. Nesse momento, o autor concentra a sua análise na aula magna do Prof. Jakobs.

Na terceira parte, a obra trata de um tema que, a meu ver, interessa não só àqueles que se dedicam ao Direito, mas também a todos que se interessam pelo que acontece no mundo atual: a Criminologia e o terrorismo.

Ao final, o autor apresenta outras questões que são lançadas para debate.

Com base nos temas apresentados, posso até dizer que a intenção do autor foi fazer a seguinte indagação: para onde caminha o Direito?

O autor não tem medo de expor e assumir suas ideias.

A obra reproduz, para aqueles que não tiveram a oportunidade de participar do evento, o espírito crítico e de vanguarda pelo qual se pautou a Escuela de Verano de 2013.

Aproveitem.

Sebastião Alves dos Reis Junior
Ministro do STJ

Prefácio à 2ª edição

É, para mim, uma honra receber o convite do meu dileto amigo, Bruno Espiñeira Lemos, para prologar a 2ª edição desta obra. Tomando por base as proficuas discussões ocorridas durante a *Escuela de Verano* de 2013 (evento que se realizou na prestigiosa Universidade de Göttingen, sob os auspícios de eminentes penalistas alemães de nossa época), o autor faz um interessante *tour d'horizon* por alguns dos principais problemas que afligem a moderna dogmática jurídico-penal.

O presente trabalho vem a lume em boa hora. Explico-me: tenho visto, com espanto e lamento, respeitabilíssimos juristas declararem, aos quatro ventos, que a Ciência do Direito Penal teria chegado ao fim; que tudo aquilo que poderia ser dito já o foi; que deveríamos deixar de lado as grandes questões teóricas (afinal de contas, dizem, elas já foram resolvidas!), para, partindo das bases hoje assentadas, dedicarmo-nos a problemas práticos.

Desconfio, seriamente, que esse discurso tenha um carácter estratégico... De qualquer sorte, ainda que outro possa ser o seu *Leitmotiv*, a História da Ciência mostra-nos que todos aqueles que ousaram anunciar o fim de uma determinada área do saber estavam absolutamente equivocados em suas previsões. Foi assim na Matemática, na Física e, inclusive, no próprio Direito Penal.

Na matemática, Kurt Gödel, possivelmente o maior lógico desde Aristóteles, provou, com a publicação em

1931 do seu trabalho *Über formal unentscheidbare Sätze der Principia Mathematica und verwandter Systeme*, que há um número infinito de proposições aritméticas verdadeiras, que não podem ser formalmente deduzidas de um número finito de axiomas, por meio de um conjunto de regras de inferência. Com seu teorema da incompletude, Gödel acabou por destruir o ilusório projeto de David Hilbert de uma axiomatização integral desse campo². A moderna teoria da informação algorítmica, fundada pelo cientista da computação norte-americano Gregory Chaitin, também demonstrou a complexidade infinita da Matemática. A teoria da informação algorítmica parte da ideia, já presente em 1686 nos *Discours de métaphysique* de Leibniz, de que uma teoria deve ser mais simples do que os dados que pretende explicar, pois, do contrário, não explicaria nada³. Apoiando-se nessa máxima, a teoria da informação algorítmica revela que certos fatos matemáticos, apesar de verdadeiros, não podem ser provados por nenhuma teoria, por serem logicamente irreduzíveis. É o que ocorre com o número Ω (ômega), que não pode ter seus primeiros N dígitos calculados por um programa de computador mais curto que N bits. E mais: Ω (ômega) contém um número infinito de bits irreduzíveis. A semelhança com o teorema da incompletude de Gödel é clara: existe um número infinito

² Sobre o tema cfr. Nagel/Newman, *Gödel's Proof*, New York/London, 2001, *passim*; Goldstein, *Incompleteness: the proof and paradox of Kurt Gödel*, New York, 2005, *passim*.

³ Leibniz, *Discours de métaphysique*, Paris, 1907, VI: “Ainsi on peut dire que, de quelque maniere Dieu auroit créé le monde, il auroit toujours esté regulier et dans un certain ordre general. Mais Dieu a choisi celui qui est le plus parfait, c'est à dire celui qui est en même temps le plus simple en hypotheses, et le plus riche en phenomenes, comme pourroit estre une ligne de geometrie dont la construction seroit aisée et les proprietes et effects seroient fort admirables et d'une grande étendue”.

de bits de Ω (ômega), que não podem ser calculados por um programa finito de computador⁴.

No campo da física teórica, o projeto de elaborar uma *synthèse de l'univers* já não passa de um antigo sonho laplaciano⁵. De fato, as recentes tentativas de unificar a relatividade geral e a física quântica ainda não conduziram (e provavelmente não conduzirão) a uma *Grand Unified Theory*. Tradicionais defensores de uma *Theory of Everything* já não mais acreditam na sua viabilidade. Esse é justamente o caso do proeminente físico britânico Stephen Hawking, que agora sustenta, com fundamento no teorema da incompletude de Gödel, a impossibilidade de se alcançar uma *Ultimate Theory*. Ouçamos as palavras do professor emérito da Universidade de Cambridge: “Até agora, a maioria das pessoas tem implicitamente assumido que há uma teoria definitiva, que eventualmente vamos descobrir. De fato, eu mesmo sugeri que poderíamos encontrá-la muito em breve. No entanto, a Teoria-M me fez perguntar se isso é verdade. Talvez não seja possível formular uma teoria do universo em um número finito de proposições. Essa é uma

⁴ Cfr. Chaitin, *Thinking about Gödel and Turing. Essays on Complexity (1970-2007)*, Singapore, 2007, *passim*.

⁵ Laplace, *Essai Philosophique sur les Probabilités*, 5^a ed., Bruxelles, 1829, p. 3, afirmava o seguinte: “Nous devons donc envisager l'état présent de l'univers, comme l'effect de son état antérieur, et comme la cause de celui qui va suivre. Une intelligence qui, pour un instant donné, connaîtrait toutes les forces dont la nature est animée, et la situation respective des êtres qui la composent, si d'ailleurs elle était assez vaste pour soumettre ces données à l'analyse, embrasserait dans la même formule les mouvemens des plus grands corps de l'univers et ceux du plus léger atome: rien ne serait incertain pour elle, et l'avenir comme le passé, serait présent à ses yeux. L'esprit humain offre, dans la perfection qu'il a su donner à l'Astronomie une faible esquisse de cette intelligence. Ses découvertes en Mécanique et en Géométrie, jointes à celle de la pesanteur universelle, l'ont mis à portée de comprendre dans les mêmes expressions analytiques, les états passés et futurs du système du monde”.

O presente trabalho é fruto de aulas, leituras e profícuos debates ocorridos na Universidade Georg-August em Göttingen, na Alemanha, durante a Escuela de Verano de 2013, evento organizado pelos professores Kai Ambos e Maria Laura Böhm, contando com renomados juristas do Direito Penal, Processo Penal e Criminologia, incluindo a participação de profissionais e acadêmicos de toda a América Latina, além de uma representante de Portugal e outra da Espanha.



D'PLÁCIDO
EDITORA

www.livrariadplacido.com.br

ISBN 978-85-8425-236-7



9 788584 252367