

Uma publicação do ITEC (Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais) e da SÍNTESE, uma linha de produtos jurídicos do grupo SAGE.

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores. Os originais não serão devolvidos, embora não publicados. Os artigos são divulgados no idioma original ou traduzidos.

Os acórdãos selecionados para esta Revista correspondem, na íntegra, às cópias dos originais obtidas na Secretaria do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais.

Proibida a reprodução parcial ou total, sem autorização dos editores.

E-mail para remessa de artigos: conselho.editorial@sage.com.br

REVISTA DE ESTUDOS CRIMINAIS – ANO XI – Nº 51

Periodicidade trimestral – Tiragem 2.000 exemplares

ASSINATURAS:

São Paulo: (11) 2188-7507 – Demais Estados: 0800.7247900

SAC e Suporte Técnico:

São Paulo e Grande São Paulo (11) 2188-7900

Demais Estados: 0800.7247900

www.sintese.com

***IOB FOLHAMATIC ebs > sage**

IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda.
R. Antonio Nagib Ibrahim, 350 – Água Branca
05036-060 – São Paulo – SP
www.iobfolhamatic.com.br

Telefones para Contatos

Cobrança: São Paulo e Grande São Paulo (11) 2188.7900
Demais localidades 0800.7247900

SAC e Suporte Técnico: São Paulo e Grande São Paulo (11) 2188.7900
Demais localidades 0800.7247900

E-mail: sacsintese@sage.com

Renovação: Grande São Paulo (11) 2188.7900
Demais localidades 0800.7283888

CONTROLE DAS ESCOLHAS DE INCRIMINAÇÃO E ECLIPSE DO BEM JURÍDICO: O CASO DO INCESTO NO DIREITO ALEMÃO*

ATTILIO NISCO**

RESUMO: O presente contributo tem origem em um recente caso de incesto entre irmãos filhos dos meus pais ocorrido na Alemanha, sobre o qual se pronunciou tanto o Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) quanto o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. As duas cortes julgaram o crime de incesto, previsto no Código Penal alemão (§ 173, 2º, *StGB*), compatível com a Constituição alemã (*Grundgesetz*) e com a Convenção Europeia de Direitos do Homem. Esse resultado suscitou várias críticas na doutrina do Direito Penal, que há tempo tem dúvidas da legitimidade de tal incriminação. Depois de haver descrito o caso, o autor analisa as citadas decisões, revisando os limites principais na falta de um controle de tipo “substancial” da norma incriminadora, ou seja, de um controle que identifique a existência de um bem jurídico tutelável penalmente.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal alemão; incesto; controle de constitucionalidade; proporcionalidade; bem jurídico.

ABSTRACT: The present article emanates from a recent incest case between siblings in Germany, which was discussed both at the German Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*) and at the European Court of Human Rights. Both courts have declared the crime of incest in the German Penal Code (§ 173, para. 2, *StGB*) com-

* O presente trabalho repropõe reflexões já realizadas em Nisco, “*Principio di proporzionalità ed eclissi del bene giuridico in una recente sentenza della Corte costituzionale tedesca in materia d’incesto*”, in Fondaroli (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2008, p. 147 ss.; Id., *L’incesto innanzi alla Corte europea dei diritti dell’uomo. Margine di apprezzamento e controllo delle norme penali*, in *Riv. trim. pen. cont.*, 2-3/2012, p. 70 ss. (disponível em: www.penalcontemporaneo.it). O autor é muito grato aos tradutores Marcelo Almeida Ruivo e Cássio Chechi de Assis pela versão portuguesa do artigo.

** Doutor em Direito e Processo Penal pela Universidade de Bolonha.

patible with the German Basic Law (*Grundgesetz*) and the European Convention on Human Rights. This result caused a critical reaction of many criminal Law scholars, who are quering since a long time the legitimacy of criminal sanctions in the case of incest. After a description of the case, the author analyzes the mentioned decisions of the Courts, and he concludes that their most evident limit is a lack of “substantial” control on the incrimination, *i.e.* a control that checks the existence of an interest, which may be legitimately protected by criminal law.

KEYWORDS: German Criminal Law; incest; constitutional control; proportionality; legal protected interest (*Rechtsgut*).

SUMÁRIO: 1 Premissa; 2 A decisão do Tribunal Constitucional alemão; 2.1 O caso; 2.2 Os fundamentos da decisão; 2.3 O método: a proporcionalidade; 3 As reações críticas da doutrina penal; 4 O valor simbólico da incriminação; 5 A discutível tutela penal de convicções sociais e dos sentimentos; 6 A presumida inutilidade do bem jurídico; 7 O confronto com os direitos humanos: a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e os seus pontos críticos; 8 Observações conclusivas sobre a necessidade de um controle substancial da incriminação.

1 PREMISSA

O § 173, número 2º, do Código Penal alemão (StGB), que pune o incesto entre irmãos filhos dos mesmos pai e mãe¹, tem recentemente passado ileso ao controle, primeiramente do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*)², e depois do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH)³. Antes de realizar algumas reflexões a respeito, faz-se necessário um esclarecimento. Com a expressão “incesto”, faz-se aqui referência a uma conduta sexual *consciente* entre membros *adultos* de uma família, ausente de violência ou abuso⁴. Tal comportamento é punido autonomamente em

- 1 § 173, número 2º StGB: “*Wer mit einem leiblichen Verwandten aufsteigender Linie den Beischlaf vollzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft; dies gilt auch dann, wenn das Verwandtschaftsverhältnis erloschen ist. Ebenso werden leibliche Geschwister bestraft, die miteinander den Beischlaf vollziehen*”.
- 2 BVerfG, 2 BvR 392/07, 26.02.2008. Disponível em: www.bverfg.de/entscheidungen.
- 3 *Case of Stübing v. Germany*, 12.04.2012, *Application no. 43547/08*, in: www.echar.coe.int.
- 4 Cf. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, *Stellungnahme zu dem Fragenkatalog des Bundesverfassungsgerichts in dem Verfahren 2 BvR 392/07 zu § 173 Abs. 2 S. 2 StGB – Beischlaf zwischen Geschwistern*. Fassung 19. November 2007, organizado por Albrecht-Sieber, p. 27. Trata-se do parecer realizado pelo instituto para o Tribunal

alguns ordenamentos, em vez de (ou não somente) como tipo penal majorado ou minorado⁵. Essa escolha deriva das convicções religiosas, morais, sociológicas, eugênicas ou simplesmente de um tabu⁶. Contudo, não de uma explicação científica. De fato, os numerosos estudos antropológicos, psicoanalíticos e biológicos dedicados ao tópico não foram capazes de lançar plena luz sobre a origem dessa atávica proibição, somente formulando hipóteses, talvez sugestivas, sobre a sua função⁷, perante as quais, todavia, o penalista não pode deixar de restar perplexo.

As perplexidades dizem respeito a uma questão fundamental: se a relação sexual entre parentes ofende um *bem jurídico*, individual ou coletivo, ou se ainda é prejudicial para a sociedade⁸. O delito de incesto torna-se, assim, campo para avaliação do processo de emancipação do Direito Penal da

Constitucional alemão relativo ao incesto, subdividindo-se em uma primeira seção – dedicada a um exame histórico-comparado – e uma segunda seção – sobre os perfis criminológicos do fenômeno. O documento citado – que constitui uma espécie de “parte geral” do parecer – está publicado no *website* [www.mpicc.de](http://www.mpicc.de/de/data/pdf/05-08-inzest_gutachten.pdf) (http://www.mpicc.de/de/data/pdf/05-08-inzest_gutachten.pdf). As relações das regulamentações do incesto nos vinte países considerados pela pesquisa comparada está para ser publicada pelo Instituto. Por gentil concessão do Professor Ulrich Sieber, diretor do *Max-Planck-Institut* e corresponsável pelo projeto, é possível consultar os relatórios individuais, doravante citadas como parte da referida *Stellungnahme*, segundo a paginação do respectivo texto.

- 5 De forma difusa, Max-Planck-Institut, [n. 4], p. 28 ss. Aliás, nota-se que, assim como na Itália, o crime de incesto (art. 564 c.p.) passou incólume pelo controle de constitucionalidade, com um julgado muito criticado na doutrina (Corte cost., sent. n. 518/2000, in *Giur. cost.*, 2000, p. 4058, com comentário de Cerase, *Incesto tra affini e ragionevolezza negata*). A disposição do art. 564 do Código Penal italiano é a que segue: “Art. 564. Incesto. Chiunque, in modo che ne derivi pubblico scandalo, commette incesto con un discendente o un ascendente, o con un affine in linea retta, ovvero con una sorella o un fratello, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. La pena è della reclusione da due a otto anni nel caso di relazione incestuosa. Nei casi preveduti dalle disposizioni precedenti, se l'incesto è commesso da persona maggiore di età con persona minore degli anni diciotto, la pena è aumentata per la persona maggiorenne. La condanna pronunciata contro il genitore importa la perdita della patria potestà o della tutela legale”.
- 6 Ainda, Max-Planck-Institut, [n. 4], p. 56 ss. Anteriormente, Jäger, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine kriminalsoziologische Untersuchung*, Stuttgart, 1957, p. 56 ss.
- 7 Para um amplo exame, Ceccarelli, *Il tabu dell'incesto. I fondamenti biologici del linguaggio e della cultura*, Torino, 1978, 5 ss.
- 8 A questão é também aplicável a outros ordenamentos e encontra-se presente no debate penal há muito tempo: v. Cadoppi-Monticelli, *Incesto*, in Cadoppi-Canestrani-Manna-Papa

religião e da moral, que exige uma “verificação científica do uso da sanção criminal”⁹. No caso que examinaremos, a verificação efetuada pelos Tribunais Superiores não satisfaz as exigências do penalista, o que, como veremos, está em estreita conexão com um aviltamento do bem jurídico como instrumento de legitimação do direito punitivo.

2 A DECISÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO

2.1 O caso

O caso que deu origem ao acórdão do Tribunal Constitucional alemão merece uma breve reconstrução¹⁰. P. e K., respectivamente irmão e irmã germanos, cresceram distantes da família de origem. Após o divórcio dos genitores, pouco depois de seu nascimento, K. foi confiada à mãe. A conturbada situação familiar tornou necessária a intervenção dos serviços sociais. P., depois de sofrer reiterados maus-tratos pelo pai alcoolizado, permaneceu em um orfanatório a partir dos três anos de idade, para ser posteriormente adotado por uma família. A adoção interrompeu todo contato com a sua família de origem, até que, quando adulto, P. reencontrou sua mãe e, junto a ela, conheceu K., sua irmã, cuja existência desconhecia. Após a morte da mãe, P. e K. iniciaram um relacionamento do qual nasceram quatro filhos, dois deles deficientes. P. foi condenado por múltiplos episódios de “conjunção carnal entre parentes” (§ 173, n° 2, StGB), e também lhe foi cominada uma pena privativa de liberdade. K. foi declarada inimputável, por causa dos distúrbios da personalidade relacionados à difícil situação da família de origem. P. inter pôs recurso ao Tribunal Constitucional alemão e, após, ao TEDH.

No caso descrito, está ausente a violência funcional para a coarctação de um dos sujeitos da relação sexual, ou seja, para a instauração da dependência de um em relação ao outro¹¹. O incesto é desenvolvido no fundo de

(dir.), *Trattato di diritto penale*, Parte speciale, VI, Torino, 2009, p. 334 ss.; Spena, *Reati contro la famiglia*, in Grosso-Padovani-Pagliari (dir.), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2012, 99 ss.

9 A expressão é retirada de M. Romano, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 501.

10 A reconstrução baseia-se em fatos narrados no julgado (BVerfG, 2 BvR 392/07, Nr. 22).

11 Um episódio de violência, em realidade, não falta na história do casal: como relatado pelo julgado (BVerfG, 2 BvR 392/07, Nr. 22), P. foi condenado por lesões corporais por, em uma ocasião, ter desferido um soco em K. Todavia, o episódio não se enquadra na fenomenologia violenta descrita acima, assim como uma certa dependência psicológica de K. em relação a P. é de fato perceptível, mas é originada na preexistente fragilidade emotiva de K.

um ambiente familiar já degradado, do qual os protagonistas são vítimas e não autores¹².

2.2 Os fundamentos da decisão

O Tribunal Constitucional alemão foi chamado a decidir acerca da conformidade constitucional do § 173, n° 2, StGB, relativamente: a) ao art. 2, n° 1, combinado com o art. 1, n° 1, da Constituição alemã (GG), no que tange ao direito fundamental da “autodeterminação sexual” (*sexuelle Selbstbestimmung*); b) ao art. 3, n° 3, GG e ao art. 3, n° 1, GG, sobre o princípio da igualdade e a proibição de discriminação, a partir do momento em que a sanção criminal, prevista na norma, parece uma consequência jurídica “desproporcional”; c) ao art. 6, n° 1, GG, que tutela o matrimônio e a família.

O recurso foi desprovido pelas seguintes razões.

É inadmissível que os escopos da norma penal sejam deduzíveis da teoria do bem jurídico: “Não existe consenso quanto ao conceito de bem jurídico”; e, em todo caso, qualquer que seja tal conceito, esse “não fornece algum parâmetro em seu conteúdo que o direito constitucional seja forçado a implementar, sendo tarefa do direito constitucional impor limites externos ao poder regulador do legislador”¹³. Tal como a limitação à autodeterminação sexual, a proibição justifica-se mais ainda com fundamento nos efeitos que o incesto produz na família, na sociedade, nas crianças nascidas da relação incestuosa e, eventualmente, em relação ao “parceiro submisso”¹⁴.

O tipo penal de incesto tutela o matrimônio e a família, conforme o art. 6°, GG, como forma de vida preexistente ao Direito e reconhecida pela Constituição. No interior dessa comunidade, a separação dos papéis e das relações de parentesco, de acordo com um padrão social predefinido, constitui uma premissa essencial para o bem-estar da prole¹⁵. O incesto, pelo contrário, gera uma “sobreposição dos papéis” (*Rollenüberschneidung*)¹⁶. Ademais, não obstante tal assertiva não estar suficientemente demonstrada no plano empírico – como os próprios julgadores não hesitaram em reconhecer –, o incesto é capaz de causar – seja nos autores da conduta proibida, seja, sob a forma de

12 Trata-se de um estereótipo criminológico: cf. Max-Planck-Institut, [n. 4], p. 97.

13 BVerfG, 2 BvR 392/07, Nr. 39.

14 Ibidem, Nr. 40-41.

15 Ibidem, Nr. 43.

16 Ibidem, Nr. 45.

“danos indiretos”, nos outros membros da família – consequências no plano existencial: uma reduzida autoconsciência, distúrbios da sexualidade na idade adulta, déficit psicofísico, isolamento social e uma geral insatisfação com a vida¹⁷.

Em segundo lugar, a “autodeterminação sexual” não é estranha à tutela almejada pelo § 173, StGB, no que tange não às consequências em relação aos filhos nascidos da relação incestuosa, mas, sim, aos próprios sujeitos da relação, de cuja dinâmica frequentemente surge uma submissão de um em relação ao outro¹⁸. O Tribunal Constitucional alemão não deixa de sublinhar, outrossim, um liame entre incesto e um bem de caráter “eugênico”. A possibilidade de gerarem-se filhos portadores de sérias doenças, com base em estudos empíricos disponibilizados ao colegiado judicante, é ainda maior no caso de relações entre irmãos¹⁹.

Em conformidade com a sua reconstrução, o Tribunal Constitucional alemão traz um último argumento: a norma impugnada seria justificável com base em uma convicção há longo tempo radicada na cultura e na história da sociedade (*kulturhistorisch begründete, nach wie vor wirkkraftige gesellschaftliche Überzeugung*): aquela do merecimento da punição do incesto, como é possível apurar por meio de um exame histórico e comparativo²⁰. Em relação à tutela da autodeterminação da esfera sexual, da saúde da população e da família – que nas passagens anteriores do julgado são indicados como objetivos da proibição do incesto –, a norma desenvolve uma função de prevenção geral e de “estabilização” da eficácia normativa (*normstabilisierend*), manifestando, assim, a tabela de valores imposta pelo legislador e contribui para sua implementação²¹.

2.3 O método: a proporcionalidade

O Tribunal Constitucional alemão move-se segundo a vontade de testar o teor epistêmico do crime de incesto, procurando demonstrar os possí-

17 Ibidem, Nr. 44.

18 Ibidem, Nr. 47-48.

19 Ibidem, Nr. 49.

20 Ibidem, Nr. 50.

21 Ibidem.

veis danos derivados da realização da conduta. O seu método mostra, incontestavelmente, elementos de interesse²².

O Tribunal extrai os dados que fundamentam sua decisão de um parecer comissionado ao *Max-Planck-Institut* para Direito Penal estrangeiro e internacional de Freiburg²³. As conclusões do parecer são inseridas no plano da “proporcionalidade” (*Verhältnismäßigkeit*), particularmente em relação ao juízo de “idoneidade” da norma²⁴. Prossegue-se, portanto, a uma valoração da *proporção entre meios empregados e os fins* da norma colocada ao exame de constitucionalidade – avaliação habitual nos julgados do Tribunal Constitucional alemão, que serve para limitar a intervenção estatal – não só penal – nos direitos fundamentais²⁵.

Tendo em conta que o princípio da *ultima ratio* se equilibra com a necessária discricionariedade legislativa na escolha da criminalização visando à tutela de um “bem”, os limites dessa discricionariedade são, em primeiro lugar, a “idoneidade” (*Eignung*) e a “necessidade” (*Erforderlichkeit*). Uma norma penal é “idônea” quando é útil ao alcance do resultado esperado pelo legislador (embora não seja necessário que tal resultado seja atingido em todo caso concreto). A norma é, outrossim, “necessária” quando o legislador não dispõe de outro modo igualmente eficaz e menos invasivo no que tange aos direitos fundamentais²⁶. O juízo de proporcionalidade termina com a “exigibilidade” (*Zumutbarkeit*) do comportamento por parte do destinatário (“pro-

22 Cf. Belfiore, *Giudice delle leggi e diritto penale: il diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005, *passim*; Donini, *Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 39 ss. Muito depende da possibilidade do tribunal alemão possuir “conhecimento” sobre as circunstâncias do fato, que incluem também a efetividade da norma.

23 V. *retro*, nota 4.

24 O momento da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*) que possui mais conteúdo empírico do que os outros: Hassemer, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe*, in *Id.*, *Erscheinungsformen des modernen Rechts*, Frankfurt am Main, 2007, p. 192.

25 Sobre a aplicação da proporcionalidade no Direito Penal alemão: Hassemer, [n. 24], p. 191 ss.; Hörnle, *Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, Frankfurt a.M., 2005, p. 22 ss.; Vogel, *Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *StV*, 1996, p. 113-114; Weigend, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt*, in *FS für Hirsch*, Berlin-New York, 1999, p. 917 ss.

26 *Ibidem*, Nr. 36.

porcionalidade em sentido estrito”)²⁷. A violação de tal parâmetro importa um “excesso” no emprego do instrumento sancionatório (*Übermaßverbot*).

Estamos diante de um método de sofisticado raciocínio aberto ao dado empírico. Contudo, a decisão sobre o incesto suscita grande perplexidade a respeito do método lógico aplicado quanto ao uso do material empírico.

3 AS REAÇÕES CRÍTICAS DA DOCTRINA PENAL

Essa perplexidade está amplamente manifestada pela doutrina penal alemã²⁸, a começar pela opinião dissidente formulada pelo juiz do Tribunal

27 Ibidem, Nr. 37. Na verdade, o último critério previsto para a prova da *Verhältnismäßigkeit* – indicado em outros lugares como *Angemessenheit* (Weigend, [n. 25], p. 927) – prevê, por um lado, um balanceamento entre o interesse tutelado da norma penal e a sanção imposta ao destinatário; por outro lado, impõe um limite subjetivo à aplicação da sanção penal (v. Belfiore, [n. 22], p. 282-283). A exigibilidade é o limite máximo que alcança a *Verhältnismäßigkeit*: mesmo quando tudo está a indicar que uma norma é o melhor meio que o Estado dispõe para tutelar um interesse, o ordenamento é forçado a recuar perante a contingência de manipular-se um indivíduo para tutelar-se a coletividade (Hassemer, [n. 24], p. 194-195).

28 Em ordem cronológica, Hörnle, *Das Verbot des Geschwisterinzests – Verfassungsrechtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik*, in NJW, 2008, p. 2085 ss.; Greco, *Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutlehre übrig? Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts*, in ZIS, 5/2008, p. 234 ss.; Bottke, *Roma locuta causa finita? Abschied vom Gebot des Rechtsgüterschutzes?*, in FS für Volk, München, 2009, p. 93 ss.; Noltenius, *Grenzloser Spielraum des Gesetzgebers im Strafrecht? Kritische Bemerkungen zur Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. Februar 2008*, in ZJS, 2009, p. 15 ss.; Karst, *Die Entkriminalisierung des § 173 StGB*, Frankfurt am Main, 2009, 237-239; Roxin, *Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzeßes*, in StV, 2009, p. 544 ss.; Wittig, § 173, in Satzger-Schmitt-Widmaier, *StGB-Kommentar*, Köln, 2009, p. 1075; Dippel, § 173, in LK-StGB, Bd. 6, 12. Aufl., 2010, p. 721; Lenckner – Bosch, § 173, in Schönke – Schröder, *StGB-Kommentar*, 28. Aufl., München, 2010, p. 1607; T. Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 58. Aufl., München, 2011, p. 1106 ss.; Ritscher, § 173, in *Münchener Kommentar zum StGB*, Bd 3, 2. Aufl., München, 2012, p. 1209 ss. Criticando o julgado, mas sem seguir a abordagem dos autores supracitados (concentrandos-se em outros aspectos do juízo de proporcionalidade), Androulakis, *Abschied vom Rechtsgut – Einzug der Moralität?*, in FS für Hassemer, Heidelberg, 2010, p. 271 ss.; Krauß, *Rechtsgut und kein Ende. Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzeßes (BVerfGE 120, 224)*, *ivi*, p. 423 ss. Para uma crítica de ordem criminológica, Zabel, *Kriminologische Aspekte des modernen Rechtsgüterschutzes*, in MschrKrim, 2009, p. 405 ss. Defendendo, ao contrário, a legitimidade do § 173 (e o trabalho do Bundesverfassungsgericht): Frommel, § 173, in *Nomos Kommentar StGB*, Bd 2, 3. Aufl., Baden-Baden, 2010, p. 225; Schubarth, *Inzestverbot und Verfassung*, in FS für Dencker, Tübingen, 2012, p. 273 ss.; Tischler, *Der Geschwisterinzeß bei über 18-Jährigen*,

Constitucional Winfried Hassemer, o único penalista presente no órgão colegiado²⁹. Em síntese:

- a) a *família* a qual os sujeitos ativos do delito pertencem não é necessariamente lesada, como ocorre no caso em questão. Portanto tenta-se reconduzir a finalidade da proibição a uma “ordem familiar”, cuja estrutura transcende àquele singular agrupamento familiar: o que é “uma ficção, não um bem jurídico”. Outrossim, o argumento da confusão de papéis possui escasso valor, se considerarmos que a imagem constitucional da família prevê, sim, papéis, mas não os impõe sob ameaça de pena. Se assim fosse, deveríamos também admitir pena nos casos de adultério e da união homossexual³⁰.
- b) A *autodeterminação sexual* é um bem invocado inadequadamente no caso de incesto, compreendido como uma relação entre adultos conscientes, na qual, portanto, não há supressão da autonomia de alguém. Ademais, a norma impugnada pune ambos os partícipes, e não há uma vítima³¹, enquanto, caso se configurasse uma lesão à autodeterminação sexual de um dos sujeitos, se aplicaria outro tipo penal (e as agravantes do caso).
- c) A tutela dos descendentes contra *doenças genéticas* está fora de lugar³²: um ordenamento liberal não pode impor – e, de fato, não im-

Hamburg, 2009, p. 136 ss. Para uma crítica do tipo penal de incesto anterior à decisão em exame: Jäger, [n. 6], p. 67-68; Stratenwerth, *Inzest und Strafgesetz*, in *FS für Hinderling*, Basel, 1974, p. 301 ss.; Jung, *Zur Strafbarkeit des Inzests*, in *FS für Leferenz*, Heidelberg, 1983, p. 312 ss.; Klöpper, *Das Verhältnis von § 173 StGB zu Art. 6 Abs. 1 GG*, München, 1995, p. 47 ss.; Hörnle, [n. 25], p. 452 ss.; Maurach-Schroeder-Maiwald, *Strafrecht Besonderer Teil*, Teilband 2, 9. Aufl., Heidelberg, 2005, p. 182; Al Zand-Siebenhüner, *§ 173 StGB – Eine kritische Betrachtung des strafrechtlichen Inzestverbots*, in *KritV*, 2006, p. 69 ss.; Ellbogen, *Strafbarkeit des Beischlafs zwischen Verwandten. Ein Relikt aus der Vergangenheit*, in *ZRP*, 2006, p. 190 ss.

29 Abweichende Meinung des Richters Hassemers zum Beschluss des Zweiten Senats vom 26. Februar 2008 – 2 BvR 392/07 –, in *BVerfG*, 2 BvR 392/07, Nr. 73 ss.

30 Roxin, [n. 28], p. 546. Por outro lado, reconhece a relevância da família Dodaro, *La Corte costituzionale tedesca e l'incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 2115 ss.

31 T. Fischer, [n. 28], p. 1107.

32 T. Fischer, [n. 28], loc. ult. cit. Para um aprofundamento crítico desse assunto, Duttge, *Strafbarkeit des Geschwisterinzests aufgrund “eugenischer Gesichtspunkte”?*, in *FS für Roxin zum 80. Geburtstag*, I, München, 2011.

põe – proibições de que, aqueles que se sabe serem portadores de defeitos genéticos, venham a ser concebidos. De resto, é inconcebível a titularidade de um direito “de não nascer”, em vez de nascer doente em relação à eventual prole³³. Por fim, o delito previsto no § 173, StGB, também se configura quando são empregados métodos contraceptivos ou no caso de impossibilidade física de concepção (incluindo relações homossexuais). Assim, uma finalidade “eugênica” não daria conta da extensão da proibição.

- d) Uma *convicção social*, cultural e historicamente fundada acerca do “merecimento de punição” do incesto não é outra coisa que um sinônimo de uma moral dominante, e, portanto, não deve ser esse o argumento para respaldar uma criminalização³⁴. A mera tentativa de apelar-se a uma convicção histórico-cultural demonstra a insuficiência dos outros escopos³⁵. Como evidenciado por Hassemer:

A edificação ou a manutenção de um consenso social para a imposição de valores – no nosso caso, a proibição de conjunção carnal entre irmãos – não pode ser o fim imediato de uma norma penal. Para tal propósito, há outros meios mais adequados no sentido desejado pelos princípios da *ultima ratio* e da proporcionalidade como limites constitucionais à intervenção penal. O fortalecimento de concepções morais pode ser, neste caso, objeto mediato de expectativa de que o resultado a longo prazo termine numa equânime, clara, racional e constante regulamentação penal (*Strafrechtspflege*).³⁶

Tal ponto de vista, segundo Hassemer, não é desconhecido nem mesmo pelo julgado do qual ele dissente; apenas que

permanece aberta a questão do porquê uma legitimação sustentável deve residir em uma soma de finalidades inidôneas, não suficientes em todo, não fundadas conforme a interpretação concreta da norma e nem mesmo representativas. Em conclusão – prossegue Hassemer – o colegiado não oculta não haver algo contra a tutela penal de uma “convicção social histórica e culturalmente fundada” do merecimento da punição do incesto. Eu

33 Abweichende Meinung, [n. 29].

34 Cf. Greco, [n. 28], p. 235 ss.

35 Bottke, [n. 28], p., 103.

36 Abweichende Meinung, [n. 29], in BVerfG, 2 BvR 392/07, Nr.100.

creio que isso corresponda a uma tutela de uma concepção moral expressa pela sociedade (*gesellschaftliche Moralvorstellung*).³⁷

- e) A leitura dos *dados empíricos* disponibilizados à Corte e a ênfase depositada na difusão histórico-geográfica da proibição são discutíveis. Especificamente, o parecer do *Max-Planck-Institut* cita a existência de estudos acerca das consequências psicológicas e genéticas do incesto, mas, ao mesmo tempo, tem o cuidado de apontar a ausência de resultados seguros³⁸. Em relação ao dano à família, o parecer evidencia como o incesto amadurece em contextos familiares já comprometidos, colocando-se como consequência e não como causa de transtornos³⁹. Por fim, sob a óptica da subsidiariedade penal, os dados resultantes do parecer forneceria sugestões em vista da adoção de medidas assistenciais, e não de criminalização⁴⁰. Em seguida, quanto ao dado histórico-comparativo, para o Tribunal Constitucional alemão, a criminalização do incesto, na maior parte dos ordenamentos examinados pelo instituto de Freiburg⁴¹, é percebida como um dado exclusivamente *quantitativo*. Uma consideração à *qualidade* desses ordenamentos deveria desaconselhar o cômputo de países onde é prevista a pena de prisão perpétua por comportamentos semelhantes (como ocorre em algumas legislações estaduais norte-americanas) e experiências remotas, como o Levítico ou o Código de Hammurabi – por evidente a incompatibilidade desses com o Estado de Direito alemão –,⁴² sugerindo, ao contrário, maior atenção às codificações que aboliram tal incriminação mais recentemente e mais próximas ao ordenamento alemão (França e Espanha)⁴³.

37 Abweichende Meinung, [n. 29], in BVerfG, 2 BvR 392/07, Nr. 101.

38 Cf. Sobre a consequência psicológica do incesto, Max-Planck-Institut, [n. 4], 93 ss., e sobre danos genéticos, Max-Planck-Institut, [n. 4], p. 117. Sobre este ponto, vide também Bottke, [n. 28], p. 100-101, e, amplamente, Zabel, [n. 28], p. 406-407.

39 Max-Planck-Institut, [n. 4], p. 97 ss.

40 Abweichende Meinung, [n. 29].

41 Max-Planck-Institut, [n. 4], p. 4 ss.

42 Cf. Roxin, [n. 28], p. 549.

43 Ao quais pode ser adicionado Portugal, que, contudo, não estava presente no parecer do *Max-Planck-Institut*. O parecer atesta, no entanto, que sete ordenamentos dos vinte analisados não reconhecem a incriminação, e que a proibição não possui bases históricas assim consolidadas nem mesmo nos países que atualmente a preveem (é o caso da Romênia, onde a proibição foi introduzida em 1936, embora não existisse desde o primeiro código de

De resto, em relação à suposta convicção social do merecimento de pena na Alemanha, como foi competentemente observado, pois tendo o caso – mesmo antes do julgamento – sofrido uma ampla exposição midiática, pode-se dizer que, com base nas respectivas matérias jornalísticas, não transparece qualquer “tendência impelente para a punição”⁴⁴.

4 O VALOR SIMBÓLICO DA INCRIMINAÇÃO

Em complemento às críticas movidas pela doutrina, podemos supor uma série de vínculos, que extrapolam o raciocínio estritamente jurídico, mas em cuja base se atribui ao crime de incesto uma forte função simbólica.

Em primeiro lugar, deve-se considerar que a noção de incesto muda de acordo com o contexto científico. A etnologia fornece uma definição cultural, voltada mais ao papel das pessoas na família do que aos laços de sangue⁴⁵. Nesse âmbito, algumas teorias, que associam o fenômeno à função de proibição da endogamia, em um sentido amplamente “econômico”⁴⁶, mostram-se claramente inadequadas para uma sociedade que enquadra de modo diverso suas relações comerciais⁴⁷. Ao contrário, as ciências biológicas (sociobiologia e genética) concebem o incesto em razão da mistura de sangue, estabelecendo coeficientes de proximidade genética entre os parceiros⁴⁸, pressupondo, evidentemente, uniões aptas a procriar: o que o tipo legal ignora, mesmo que só

1864, cf. Rinceanu, *Die Strafbarkeit des Inzests in Rumänien*, in Max-Planck-Institut, [n. 4], p. 3). Faz-se necessária uma breve especificação quanto à França: a lei de 8 de fevereiro de 2010 reintroduziu o termo “incesto” (extirpado desde o Código Penal de 1810) no Código Penal, mas no que tange à violência sexual contra menores (art. 223-31-2, *Code Penal*). Não pode negar-se, todavia, que a intervenção normativa é expressão de uma renovada sensibilidade, ao menos da opinião pública, em relação ao incesto *tout court* (sobre o assunto, Germain, *L'inceste en droit pénal: de l'ombre à la lumière*, in *RSC*, 3/2010, p. 599 ss.).

44 Roxin, [n. 28], p. 549.

45 Cf. Szibor, *Inzest und Konsanguinität*, in *Rechtsmedizin*, 5/2004, p. 387.

46 Em toda notável tese de Claude Lévi-Strauss, segundo a qual a função da proibição do incesto, mais do que a repressão de um comportamento sexual, deve ser compreendida do ponto de vista da obrigação de buscar por esposas fora do próprio grupo familiar, de modo a incentivar a criação de uma série de relações entre grupos que é o fundamento da própria sociedade. Para uma síntese, com a devida referência bibliográfica, Remotti, voce *Famiglia, matrimonio e parentela in etnologia*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, v. VIII, Torino, 1992, p. 205 ss.

47 A inoperabilidade da tal teoria em sede penal é aventada, por exemplo, por Stratenwerth, [n. 28], p. 309-310, e por Torroba Gonzalez, *Comportamiento incestuoso e incriminacion penal*, Pt. I, in *Cuadernos de política criminal*, n. 29, 1986, p. 382.

48 Szibor, [n. 45].

sob a forma de perigo⁴⁹. Por fim, algumas definições criminológicas incluem a violência e a diferença de idade como elementos representativos do fenômeno⁵⁰, requisitos igualmente ignorados na proibição legal⁵¹.

Tais elementos, embora alheios ao contexto legislativo, têm, por vezes, influenciado a doutrina que é dedicada a favor da proibição penal, a ponto de fazê-la perder contato com as fórmulas empregadas pela lei⁵². Alguns estudos, por sua vez, revelam como a opinião pública tende a associar ao termo “incesto” uma conotação pejorativa, devido à tendência natural de associar-se ao aspecto de abuso e, assim, com tal sentido negativo, persiste-se em estigmatizar acontecimentos que são completamente alheios a tal perfil⁵³. Não se pode ignorar, com base em tais elementos, a hipótese de que também o Tribunal Constitucional alemão sofreu influência de uma difundida percepção de incesto, que atribui a sua proibição à função de admonição a não cometer outros abusos.

49 Cf. Klöpper, [n. 28], p. 99 ss.

50 Consulte, por exemplo, o item “Incest” in *Enciclopedia of Criminology*, vol. 2, organizado por Wright-Miller, New York-London, 2005, p. 723, que inicia definindo o incesto como “a form of child sexual abuse or child molestation”.

51 Certamente, se refere à noção de “incesto”, prevista *supra*, tópico 1.

52 Por exemplo, Temkin, *Do We Need the Crime of Incest?*, in *Current Legal Problems*, 1991, p. 185 ss. A partir da diferente definição do fenômeno em sede criminológica, a respeito do que é legislativamente previsto (no Direito Penal italiano), é conscientemente contrária ao exigir, claramente, a revogação do art. 564 do Código Penal italiano, Merzagora, *voce Incesto*, in *Dig. disc. pen.*, VI, Torino, 1992, p. 327 ss.

53 Instrutivo, nesse ponto, o estudo de N. L. Fischer, *Oedipus Wrecked? The Moral Boundaries of Incest*, in *Gender and Society*, v. 17, n. 1, Feb. 2003, p. 92 ss., que analisa dois episódios. O primeiro, relativo à publicação de um diário por parte de uma escritora sobre o seu próprio relacionamento com o pai. O segundo, relativo à história entre um notório diretor e a filha adotiva de sua esposa. Nesse episódio, como ausente, para ele, o laço sanguíneo, e com base na lei vigente do país onde o episódio ocorreu, não é possível se falar numa acusação de incesto. A explicação fornecida por Fischer sobre a reação da opinião pública em tais episódios é enquadrada na passagem – teorizada por Foucault – desde uma época na qual a sexualidade é baseada na reprodução e na criação de novas famílias, cuja relação com a conduta incestuosa apresenta-se em fator disfuncional e, portanto, imoral, a uma época em que a sexualidade é vista, em primeiro lugar, como uma necessidade individual. Nesta segunda fase, o juízo moral de uma determinada prática substitui eventual classificação dessa mesma conduta como “perversa” ou nociva à saúde. Esses novos parâmetros invadem o terreno das relações sexuais entre membros da mesma família, mesmo que adultos e conscientes, em substituição à simples censura dos relacionamentos entre indivíduos afetados por um vínculo de sangue. Segundo a autora, isso se deve à influência exercitada pelo movimento feminista sob a percepção do incesto.

Impõe-se, em seguida, considerar a forte carga política dos valores que o Tribunal Constitucional alemão associa à norma: a “família” em primeiro lugar. Quando se invoca a tutela da família, faz-se necessário distinguir entre família “em concreto” e família como “instituição”⁵⁴. Quanto à primeira, resta suficientemente comprovado que o incesto é o efeito e não a causa da desordem familiar⁵⁵. Portanto recorre-se à família como “instituição”, ou seja, como fator fundamental para a sobrevivência da sociedade e para o desenvolvimento de seus membros, preservando-a de tensões sexuais externas à relação conjugal⁵⁶. A família, então, como ordem social predefinida, recebe do direito positivo mero reconhecimento. O incesto corroeria tal ordem natural, gerando uma “confusão de papéis”, segundo a já criticada posição do Tribunal Constitucional alemão.

Essa construção apresenta mais de uma semelhança com a explicação etnológica que vislumbra a função da proibição do incesto na manutenção de determinadas estruturas familiares, destinada, por sua vez, à conservação da sociedade⁵⁷. Agora, é útil relembrar as objeções movidas na literatura especializada⁵⁸: é verdade que a proibição do incesto contribuiu para moldar a estrutura da família que nós conhecemos. Entretanto, não é verdade que a sua ausência produziria efeitos destrutivos nessa família. Tais efeitos se produziriam em uma sociedade que *já* conhece a proibição, pois é a reação social que acompanha a violação do tabu – e não a sua violação como tal –, a temida fonte de ruptura do instituto familiar. Ainda, aqueles que sustentam que a tutela da estrutura familiar seria a razão da proibição partem da premissa segundo a qual sem a família – como sabemos, pois, também modelada pelo critério da proibição do incesto – a sociedade humana mergulharia no caos, o que não só é indemonstrável, mas é ainda historicamente passível de negação⁵⁹. De qualquer modo, baseia-se em uma hipótese tão válida quanto contrária, isto é, que a ordem social – na forma por nós conhecida, ou de outro modo – sobreviveria ao desaparecimento do tabu.

54 Cf. Al Zand-Siebenhüner, [n. 28], p. 72 e 77 ss.

55 Nestes termos, já Stratenwerth, [n. 28], p. 312.

56 Para uma construção destas perspectivas na doutrina e na jurisprudência alemãs, cf. Klöpper, [n. 28], p. 49 ss.

57 Em particular, a tese elaborada por Bronislav Malinowski ao fim dos anos 20, exposta por Ceccarelli, [n. 7], p. 25 ss., a qual se reenvia para as necessárias referências bibliográficas.

58 As observações críticas contidas no texto são tratadas ainda por Ceccarelli, [n. 7], p. 27 ss.

59 No lugar de muitos, Merzagora, [n. 52], p. 327 ss.

E, na verdade, a definição positiva da “família” vai ao encontro das notáveis dificuldades devido à relatividade e historicidade do conceito⁶⁰. No que concerne ao incesto, torna-se arbitrário proteger penalmente a comunidade familiar de origem dos autores, existente somente idealmente, prejudicando aquela comunidade de vida concreta a que a união incestuosa deu origem⁶¹. Isso implica um sacrifício dos direitos individuais em vantagem da família como instituição⁶². E significa fazer da família o veículo de uma “moral imposta”⁶³. Dessarte, retorna-se ao cerne da questão: se a sanção penal pode ser garantidora de uma convicção moral ou cultural.

5 A DISCUTÍVEL TUTELA PENAL DAS CONVICÇÕES SOCIAIS E DOS SENTIMENTOS

Devemos nos perguntar se o que o Tribunal Constitucional alemão chama de “convicção social” pode ser um argumento a favor da incriminação e se, nesse caso, um argumento semelhante possa se considerar diverso da tutela da moral *tout court*. Um suporte ao emprego dessa fórmula poderia ser alcançado pelo consenso, professado também pela mais convincente doutrina, de que o bem jurídico possa se exaurir em uma “convicção profundamente enraizada na sociedade”. Isso, todavia, se verificaria apenas em hipóteses excepcionais, e a doutrina não vislumbra razões suficientes para que tal hipótese ocorra no incesto.

Diversamente, poder-se-ia concordar que a pesquisa por um bem jurídico seja operação supérflua, entendendo a necessidade de punição, em certos casos, em vez da (acidental) lesão de bens ou direitos, no fato que a violação de algumas normas comportamentais, profundamente radicadas na consciência social, suscitam “desorientação” pelo efeito de indominável “medo” da sociedade; ou, também, no aparecimento de certas normas a um grupo de regras, a cuja validade uma comunidade subordina o próprio reconhecimento como comunidade de valores historicamente determinada (*diese Wertgemeinschaft*).

60 De um modo geral, Barcellona, voce *Famiglia* (dir. civ.), in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 779 ss.; entre os constitucionalistas, Bin, *La famiglia, alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 10/2000, p. 1066 ss.; entre os penalistas, recentemente, Riondato, *Introduzione a “famiglia” nel diritto penale italiano*, in Id. (a cura di), *Diritto penale della famiglia*, 2. ed., Milano, 2011, p. 4 ss.

61 Cf. Hörnle, [n. 28], p. 2086.

62 Cf. Klöpper, [n. 28], p. 85 ss.

63 A expressão é utilizada em Bin, [n. 60].

Fala-se de delitos de mera conduta (*Verhaltensdelikte*) e de delitos de proteção dos sentimentos (*Gefühlsschutzdelikte*) para evidenciar, respectivamente, uma repreensão ditada pela mera transgressão de um modelo comportamental e a tutela da sociedade por “sentimentos” de indignação. Essa categoria, todavia, não oferece algum fundamento ao crime de incesto. A tutela dos “sentimentos” não pode bastar para justificar uma incriminação, nem o incesto encontra uma explicação satisfatória em autores que confiam na existência dos delitos de mera conduta sem a necessidade de ofensa a um bem jurídico (*Verhaltensdelikte*). Na conduta incestuosa, não há um real distúrbio na esfera jurídica dos outros ou um perigo para o desempenho de uma pacífica convivência, elementos que, por vezes a prescindir das reservas teóricas acerca da ausência de um verdadeiro bem jurídico, podem sugerir uma escolha de incriminação.

No entanto a tese segundo a qual o legislador deve levar em conta uma enraizada convicção social ou mesmo que é impedido de modificar a tabela de valores penalmente protegidos, o que aumentaria a reação indignada dos concidadãos, emerge na experiência de alguns ordenamentos, nos quais essa tese é adotada entre os motivos da manutenção do crime de incesto. A reforma do Direito Penal diz-se que deve satisfazer determinantes concepções dos valores da população.

Nem mesmo essa impositação é convincente. Ela repousa em uma divisão artificial entre a regra moral e a reação social causada pela sua violação: baseando-se na reação presumida, tenta-se conferir uma aparência útil à escolha legislativa de defender a regra.

À parte da dificuldade de investigar empiricamente a existência de valores que provocam reações unânimes de indignação, o argumento seria utilizável praticamente em todas as ocasiões em que o direito recebesse nada mais que uma convicção moral: também a criminalização da homossexualidade se tornaria aceitável.

6 A PRESUMIDA INUTILIDADE DO BEM JURÍDICO

O Tribunal Constitucional alemão não é afeito a qualquer das teorias “alternativas” ao bem jurídico, supramencionadas, para justificar o crime de incesto. Pelo contrário, na decisão sobre o § 173, StGB, não só há negligenciadas as tentativas da doutrina penal de definir o conceito de bem jurídico, mas não há decretado *sic et simpliciter* o insucesso. A decisão é a confirmação de uma reivindicação de autonomia da jurisprudência constitucional no que diz respeito aos instrumentos elaborados pela doutrina do Direito Penal: já, no passado, para o Tribunal Constitucional alemão, o bem jurídico havia

coincido com os “fundamentais e elementares bens comuns (*Gemeinschaftsgüter*)”, dissolvendo-se nos fins legislativos, a respeito dos quais é conduzido o juízo de proporcionalidade.

Nesse sentido, a jurisprudência parece repreender algumas tomadas de posições teóricas, o que é útil resumir nas passagens essenciais:

- a) a teoria do bem jurídico não tem conseguido algum resultado certo e apreciável no mérito da definição e do conteúdo de tal categoria;
- b) a função atribuída ao bem jurídico pode-se considerar historicamente exaurida com a introdução de uma Constituição: os vínculos impostos pela fonte supraordinária delineia anacrônica a confiança no confronto do legislador, encarnada no recurso a um parâmetro pré-positivo;
- c) o entrincheiramento das ciências criminais atrás desse parâmetro, introduzindo um elemento de valor na análise do direito positivo, arrisca obscurecer a divisão entre o direito e a moral;
- d) a decisão sobre o que são os interesses merecedores de tutela (“poder de definição”, *Definitionsmacht*) – em um Estado Democrático fundado na Constituição – compete ao legislador. A essa decisão não se pode opor a noção de bem jurídico: mesmo a essência do delito torna-se a violação de uma norma de comportamento, da qual interessa apenas apurar a conformidade aos vínculos constitucionais, com a medida de um juízo de meios e fins (proporcionalidade), a partir do qual ao contrário do que é pretendido pela teoria do bem jurídico nenhum fim é excluído *a priori*.

É, todavia, possível replicar, ponto por ponto, tais afirmações.

- a) A primeira afirmação é estritamente dogmática e exigiria uma discussão autônoma e aprofundado tratamento, não concedido nessa sede. Basta dizer que, se é verdade que nesta questão a ciência penal é forçada a tomar nota da desproporção entre esforços e resultados conseguidos, a discussão está mais viva do que nunca, e é tudo menos estéril. Os seus frutos podem (e deveriam) propagar-se propriamente na imposição de barreiras constitucionais ao direito de punir, como melhor diremos (*infra*, n. 8).
- b) A função do bem jurídico não pode se declarar exaurida na presença da constituição: a teoria do bem jurídico – e seus precursores – nasceu, sim, antes da introdução de uma carta constitucional, mas extrai a sua nutrição ideológica da suposta vigência de um contrato social, que fixa e limita as prerrogativas do poder estatal, o que pre-

nuncia, portanto, a transposição de tal pacto em uma constituição, e permanece atual quando o que pressupunha vem formalizado.

- c) A pesquisa por entidades pré-positivas continua problemática, mas ao bem jurídico é atribuído exatamente o mérito de querer separar o direito da moral. E, em todo caso, além da exequibilidade prática de tal programa, o abandono da categoria em favor da “finalidade” não é certamente garantia de um resultado mais apreciável sob esse ponto de vista, se é verdade, como reconhecido pelos sustentadores da tese que se comenta (e como de resto demonstrado no acórdão do incesto alemão) que, substituindo o “bem” pela “finalidade”, pode muito bem legitimar a tutela penal de uma mera concepção moral.
- d) Finalmente, a tese pela qual a concepção do crime gravita em torno da violação de uma norma, ao passo que a punição mira o restabelecimento da validade da norma, promove uma associação entre algumas posições normativistas, concepção metodológica e jurisprudência constitucional. Se é assim, a premissa a qual move o juízo do Tribunal Constitucional alemão – vale dizer, uma atenta reconstrução dos pressupostos empíricos de incriminação – é destinada, desde o princípio, a derrubar o muro que o normativismo (radical) pretende construir entre as categorias penais e a empírica. Ao contrário, (apenas) a referência ao bem jurídico garantiria uma dialéctica constante entre a escolha normativa, a qual é a escolha dos objetos dignos de tutela penal, e a realidade, que aflora da seleção dos fatos lesivos ao bem escolhido.

7 O CONFRONTO COM OS DIREITOS HUMANOS: A DECISÃO DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM E OS SEUS PONTOS CRÍTICOS

Como antecipado, o caso examinado foi para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), cujo julgamento oferece sugestão para uma outra questão: se a categoria do bem jurídico pode ser substituída, com um resultado convincente, por um exame da norma incriminadora por meio do paradigma dos direitos humanos.

O recurso ao TEDH estava focado no art. 8 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (direito à família e à vida privada): o recorrente, ao qual as várias condenações impediam de educar os filhos e de exercer a própria liberdade sexual, invocava a ausência de uma “premente necessidade social” (*pressing social need*) a justificação da interferência no seu direito, assim como a insuficiência da argumentação adotada pelo Tribunal Constitucional ale-

mão sobre a legitimidade do § 173 (2), StGB. Ele ressaltou como a autoridade nacional não teve a devida consideração com o fato de que os dois parceiros da relação incestuosa não haviam crescido juntos e que, no seu caso, o incesto era causa de afeto e não causa de rupturas familiares. Com específico referimento à tutela da moral, o recorrente sublinhou que a eventual revogação da norma que criminaliza o incesto, de certo, não enfraqueceria o tabu.

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem reconheceu, com efeito, uma interferência no direito garantido pelo art. 8 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Essa interferência, todavia, não violaria o limite fixado no número 2 do mesmo art. 8. Na retomada do juízo do Tribunal Constitucional alemão, também o Tribunal Europeu atribui ao § 173, StGB, a “finalidade legítima” de proteger a “moral” (*morals*) e os “direitos dos outros” (*rights of others*), isto é, da ordem familiar, da liberdade sexual e da integridade genética.

O principal argumento do julgamento é a *margem de apreciação*, definível como a amplitude da “deferência ou erro” concedido aos organismos nacionais, perante o Tribunal a declarar a violação do TEDH. Esse parâmetro se sobrepõe à proporcionalidade no juízo de balanceamento entre os limites de tutela dos direitos humanos. Trata-se de uma clássica técnica argumentativa empregada pelo TEDH, que, todavia, carece de uma teorização realizada.

No caso do incesto, o dado comparatístico é interpretado como índice de compatibilidade do § 173, StGB, com o TEDH: o Tribunal observa que não há um “consenso europeu” sobre a legalidade do sexo consensual entre os irmãos, enquanto a maioria dos Estados-membros preveem a sua criminalização. Além disso, em uma questão “moral”, o Estado deve-se beneficiar de uma ampla margem de apreciação, apesar da interferência da proibição do incesto com um aspecto íntimo da esfera individual que é a sexualidade. A respeito da proibição de incesto, a falta de um “consenso europeu” seria suportada, antes de tudo, por um dado numérico: o número de estados que criminalizam o incesto, não por si só o consenso. O Tribunal menciona, todavia, também a normatividade extrapenal (proibição de contrair matrimônio), deduzindo a falta de evidência relativa a uma “tendência” direcionada à despenalização (*trend towards a decriminalisation*).

Em sentido crítico, deve ser antes de tudo relevada uma utilização quantitativa e acrítica da comparação. A mesma noção de “tendência” (*trend*) é muito ambígua. O Tribunal, além disso, não sopesa totalmente a lamentada interferência com o núcleo inviolável da vida privada, no caso em espécie da vida sexual (ao contrário do que parece ter feito antes).

Não só. A margem de apreciação confirma a sua capacidade de turvar o juízo de proporcionalidade. O balanceamento não tem em conta o fato de

que a interferência no direito humano é qualificada como “crime” e que a liberdade pessoal, no caso do recorrente, é limitada em concreto (a interferência, isto é, não se manifesta apenas sob a forma de imposição de uma proibição, mas, sim, é substanciada em uma efetiva e intensa ingerência do poder estatal na esfera pessoal). São dados que o TEDH poderia (*rectius*: deveria) tomar em consideração, devendo judicar um caso concreto e não se sentir vinculado à etiqueta com a qual o Estado classifica ilícito e sanção, essa tem uma completa visão dos elementos a ponderar.

Excluindo, pelos motivos antes ditos, o não diretamente relacionado bem da liberdade sexual, ocorre perguntar se verdadeiramente a confusão dos papéis familiares, uma difusa convicção moral e a improponível finalidade eugenética, vale quanto uma restrição da liberdade como aquela infligida ao recorrente. Se, entre as “finalidades” ora mencionadas, de fato, somente a ordem da vida familiar possui uma aparência de “bem” de nível constitucional – cuja noção, como é dito, é dificilmente reconstruível em um ordenamento laico –, é também verdadeiro que a família é um bem coletivo, ao qual a tutela deveria recuar quando está em jogo um bem pessoal como a liberdade do indivíduo. Por outro lado, no caso em exame, a família como instituição, inspirada a uma “ordem”, existe somente idealmente: a única família existente no momento da intervenção penal era aquela nascida da união incestuosa.

Ao fim, caso a especificidade do Direito Penal fosse devidamente considerada, não teria valor a referência do TEDH sobre a proibição (extrapenal) de contrair matrimônio, prevista também nos ordenamentos em que o incesto não é punido, com a finalidade de retratar uma difusa hostilidade dos Estados-membros em relação ao incesto. A proibição extrapenal poderia antes ser lida como sintoma da não necessidade da pena e da persecução com outros meios, menos opressores, a finalidade de perseverar um tabu (ou qualquer que seja outra remota finalidade que se esconde dentro disso).

8 OBSERVAÇÕES CONCLUSIVAS SOBRE A NECESSIDADE DE UM CONTROLE SUBSTANCIAL DA INCRIMINAÇÃO

A sobrevivência de uma incriminação, tão criticada pela doutrina penal em um sistema de controle constitucional “multinível” (Tribunal Constitucional e Tribunal Europeu), evidencia um problema sistemático: a impossibilidade de controlar, ao lado das questões de legalidade (*como proibir*), o ponto de vista *substancial* da incriminação (*o que proibir*). A necessidade de um controle substancial é dado adquirido da ciência penalística europeia: por assim ser, um crime deve ser construído ao redor de um “dano”.

Os Tribunais de Karlsruhe e de Strasburgo, valendo-se dos seus pontos de vista, resolveram o seu juízo na proporcionalidade, que, todavia, é um procedimento instrumental: a proporcionalidade não orienta a procura de um bem passível de dano, mas é, sem mais, orientada para qualquer valor que a precede. Isto é, essa pressupõe a individualização de uma finalidade legítima. Sem uma seleção preliminar orientada a por em relevo uma danosidade qualificada, essa finalidade pode se comprimir à *ratio legis*, limitada somente não contrariedade aos valores constitucionais: um filtro excessivamente amplo, além do qual não passam somente as incriminações ditadas por finalidades abertamente contrastantes com a democracia ou com a dignidade humana.

Na tradição penal germanófila, a exigência de um controle substancial tem tomado forma na categoria do bem jurídico, elemento de diagnóstico crítico da *ratio legis*, integrável no princípio da proporcionalidade. O bem jurídico é suscetível de crítica e de melhoramentos teóricos, mas reivindica para sempre uma irrenunciável exigência crítica da legislação penal (*gesetzgebungskritische[r] Anspruch*). O bem jurídico, em outros termos, pode guiar a escolha de uma finalidade legítima de entrar nas margens da proporcionalidade, limitando a seleção aos valores não somente úteis, mas estritamente necessários à exigência da sociedade, antepondo, a essa última, a defesa do indivíduo. Bens não somente tuteláveis, mas também penalmente tuteláveis, apreensíveis e não consistentes somente em abstrações ideais ou concepções morais. Na tradição italiana, em que o bem jurídico se funda (mas não se confunde) com o princípio da ofensividade, requer-se um bem comparável com aquele sobre o qual incide a pena: a liberdade pessoal.

A respeito de tais premissas de ordem substancial, rege a distinção entre Direito Penal e outros ramos do ordenamento jurídico, além do que entre o Direito Penal e moral.

Na Alemanha, essas premissas têm sido sistematicamente refutadas pelo Tribunal Constitucional, que as considera no máximo anseios políticos, não princípios justiciáveis. O resultado, em alguns aspectos paradoxais, é que foi muito mais fácil declarar inconstitucionais normas processuais ou relativas à proteção dos dados pessoais como contrários ao direito à reserva da vida privada que normas penais substanciais privadas de um bem jurídico, apesar da bem mais grave interferência dessa última nos direitos fundamentais.

As mesmas premissas parecem alheias à jurisprudência do TEDH. Considera-se, de fato, que a utilização de determinados critérios de política criminal, como a seleção de comportamentos ofensivos de um bem jurídico,

não seja objeto de um direito humano e que, portanto, não entre no controle do Tribunal. A isso se deve acrescentar que os arts. 8 a 11 da CEDH, ao selecionar os interesses legitimantes de uma restrição de direitos ali tutelados, esboçam macrovalores muito vagos, concordando, entre outros, que os tais valores sejam extraídos da moral. E a moral é sempre uma presença “irritante” para o penalista. Daí segue que, embora no sistema convencional seja visto como o último posto avançado do garantismo penal, o juízo do Tribunal Europeu é propriamente distantes de alguns pressupostos essenciais do garantismo: separação ente direito e moral, teoria do bem jurídico e princípio da ofensividade.

Poder-se-ia objetar, entre outras coisas, que uma verificação de conteúdo da incriminação exporia os juízes aos delicados juízos de valor e implicaria uma ingerência na escolha político-criminal do legislador. Trata-se de objeção marcada pelo realismo, não desconhecido ao debate sobre o constitucionalismo penal.

Mas a linguagem das diretivas favorecem *em todo caso* o ingresso do juiz de valor na interpretação jurídica. As individualizações dos irrenunciáveis *core rights* e a concessão de uma margem de apreciação na restrição de direitos fundamentais são juízos muito mais precários que a necessária lesividade do crime cara aos penalistas: aqueles critérios não nos dizem verdadeiramente em que são diversos da criminalização da homossexualidade, apresentada inaceitável de toda a forma, e aquela do incesto, atualmente, poupada de toda forma. Muito modestamente, eles fornecem uma veste retórica, respectivamente, a um alterado ou inalterado endereço social acerca da reprovabilidade de certos comportamentos, não administram impulsos críticos, parafraseam (conjecturadas) convenções sociais.

De resto, recorda-se como o sistema da CEDH revelou-se, em alguns aspectos, mesmo incisivo sobre o lado “de conteúdo” da política criminal: um juízo de valor orientado às consequências e não às “etiquetas”, reside na elaboração de uma matéria penal por parte do Tribunal Europeu. E também a individualização das obrigações positivas de incriminação, que problemáticamente se apresentam na atividade do Tribunal, constitui uma segura intromissão nas escolhas político-criminais dos legisladores nacionais.