
DIREITO PENAL: ENTRE A TUTELA DE BENS JURÍDICOS E O *HARM PRINCIPLE*

CRIMINAL LAW: BETWEEN LEGAL ASSISTANCE AND HARM PRINCIPLE

José Roberto MACRI JÚNIOR¹

ISSUE DOI: 10.21207/1983.4225.469

RESUMO

O objetivo do trabalho é compreender como duas teorias – tutela de bens jurídicos e *harm principle* – acerca dos limites do poder punitivo estatal são afetadas pelo processo de recrutamento penal. Além disso, são apresentados possíveis benefícios que uma teoria pode trazer à outra.

Palavras Chave: Bem jurídico. *Harm principle*. Intervenção penal.

ABSTRACT

The purpose of the paper is to understand how two theories - guardianship of legal goods and harm principle - about the limits of state punitive power are affected by the criminal recruitment process. In addition, potential benefits that one theory can bring to the other are presented.

Keywords: Legal good. *Harm principle*. Criminal intervention.

1 O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – Universidade de São Paulo. Doutorando em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. e-mail: macrijunior@hotmail.com

A intervenção jurídico-penal deve ser limitada à função social do direito penal. Essa função “consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando essas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos”². Os objetos de regulação legítima das normas penais são os bens jurídicos³. Logo, de acordo com a doutrina clássica, todo delito deve lesionar ou colocar em risco de lesão algum bem jurídico⁴.

Assim, tendo em vista a lesividade de uma conduta em relação a um bem jurídico como critério de criminalização, é questionável o uso do direito penal como instrumento de gestão dos riscos modernos em detrimento de outros ramos jurídicos, tais como o direito civil ou o direito administrativo. Silva-Sánchez afirma que o direito penal é o ramo jurídico preferido para a gestão de novos riscos sociais, porque o direito administrativo sofre de uma crise de prestígio decorrente da enorme burocracia que o cerca; já o direito civil seria insuficiente para os fins propostos, uma vez que, por exemplo, os riscos podem gerar danos de magnitude global, não haveria seguradora capaz de ressarcir prejuízos⁵. Outros argumentos podem ser levantados tais como o poder intimidador do direito penal⁶ ou até mesmo o caráter mais garantista do direito penal em relação ao direito administrativo⁷.

² ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 16-17.

³ ROXIN, Claus. *Op.cit.* p.18.

⁴ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3.ed. São Paulo: RT, 2011, p.49. BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, *passim*. Nesse sentido, a doutrina é quase unânime, mas, vale ressaltar a observação de Greco. Referido autor reconhece que, em regra, o bem jurídico é condição necessária para incriminação; entretanto, tal regra admite exceções, e.g., maus tratos aos animais. GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.92.

⁵ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2.ed. Madrid: Civitas, 2001, pp. 61, 63 e 64.

⁶ “O direito administrativo, por sua vez, também não satisfaz as expectativas de inibição de atividades arriscadas. Seja pela ausência de estrutura adequada do Estado para identificar condutas ilícitas, por meio de uma ação fiscal ou policial preventiva, seja pela baixa capacidade de intimidação, decorrente das sanções estabelecidas, em geral pecuniárias, que não parecem ter envergadura suficiente para inibir atividades proibidas, este instrumento de controle de riscos não supre a demanda por maior segurança”. BOTTINI, Pier-

Diversas podem ser as conceituações de bem jurídico⁸. Entretanto, antes de mais nada, é necessário estabelecer a distinção entre o conceito dogmático e o conceito político-criminal de bem jurídico. Em uma perspectiva dogmática, bem jurídico é o “interesse protegido por determinada norma, e onde houver norma, haverá um tal interesse”⁹. Já um conceito político-criminal de bem jurídico deve ser crítico, estabelecendo limites ao poder legislativo¹⁰. Logo, um conceito político-criminal de bem jurídico pode determinar a ilegitimidade de uma incriminação¹¹. Dessa forma, vários conceitos político-criminais de bem-jurídico penal aparecem na tentativa de estabelecer um marco teórico de limitação ao legislador. Roxin trata desse tema ao discutir o “conceito material de delito”¹². O autor afirma que o conceito material de delito é prévio ao Código Penal e submete o legislador a um critério político-criminal sobre o que é ou não punível. Assim, o direito penal tem a função de proteção subsidiária de bens jurídicos¹³.

A maior parte da doutrina, na busca desse conceito político-criminal de bem jurídico, tenta encontrá-lo e fundamentá-lo na Constituição¹⁴. Tendo por base um conceito constitucional de bem jurídico, Roxin

paolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: RT, 2007, p. 89.

⁷ ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho penal económico y Constitución. *Revista penal*, v.1, 1998, p.14.

⁸ Regis Prado, *e.g.*, define: “o bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente protegido”. PRADO, Luiz Regis. *Op.cit.* p.52.

⁹ GRECO, Luís. *Op.cit.* p.77.

¹⁰ GRECO, Luís. *Op.cit.* pp.77-78.

¹¹ Greco faz referência à “*grande conquista*” do conceito político-criminal de bem jurídico: amplas descriminalizações no direito penal sexual alemão, sendo o caso mais significativo a descriminalização da homossexualidade na década de 70. GRECO, Luís. *Op.cit.* p.80. A propósito: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, *passim*.

¹² ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte general. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña *et al.* Madrid, Civitas, 1997, pp.51 e ss.

¹³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. *Op.cit.*, p.51.

¹⁴ GRECO, Luís. *Op.cit.* pp. 81 e 82. Nesse sentido, PRADO, Luiz Regis. *Op.cit.* p.66. Ainda Roxin: “El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante políticocriminalmente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad

defende algumas teses: I) cominações penais arbitrárias não protegem bens jurídicos e são ilegítimas, pois não servem à capacidade funcional do sistema social fundado de um Estado liberal; II) as finalidades ideológicas (e.g., purificação da raça ariana) não podem ser tuteladas pelo direito penal; III) as imoralidades não lesionam bens jurídicos, assim incriminá-las seria uma violação ilegítima da liberdade individual¹⁵.

Pelarin afirma que o discurso de modernização do direito penal na sociedade pós-industrial para tutela de novos bens jurídicos e novas formas de agressão a eles tende a retirar as amarras liberais do Estado, aumentando o intervencionismo estatal¹⁶. Dessa forma, o direito penal tutelaria “finalidades”, que não são bens jurídicos. “Finalidades” são “objetivos de organização política, social ou econômica”¹⁷. A incriminação de condutas sem danosidade social comprovada constitui uma disciplina penal dirigista, a qual acaba por renunciar a alguns princípios básicos do direito penal, como a lesividade¹⁸. E a banalização do princípio da lesividade enfraquece o conceito de bem jurídico, “favorecendo a proliferação de objetos fictícios de tutela, ao encontro da famigerada inflação penal”¹⁹. Conclui o autor que “a adaptação da intervenção penal à peculiaridade do fenômeno [sociedade pós-industrial²⁰] não pode comportar jamais *uma*

punitiva del Estado”. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op.cit.*, pp.55-56. Cf. PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: SAFE, 1989, *passim*.

¹⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op.cit.*, pp.56-57.

¹⁶ PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002, pp.114.

¹⁷ PELARIN, Evandro. *Op.cit.* 117.

¹⁸ PELARIN, Evandro. *Op.cit.*155.

¹⁹ PELARIN, Evandro. *Op.cit.*157.

²⁰ Cf. GIDDENS, Anthony. *Runaway world*. NewYork, 2.ed. Routledge, 2010. GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991. GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade pós-industrial. In: GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. *Modernização reflexiva*. Política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 2012. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010. BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. *Modernização reflexiva*. Política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 2012. BECK, Ulrich. *A Europa alemã*. A crise do euro e as novas perspectivas de poder. Trad. Kristina Michahelles. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

adaptação dos princípios de direito penal constitucional às exigências do controle”²¹.

A postura de derivar bens jurídicos da Constituição tem de enfrentar algumas problemáticas. Em primeiro lugar, a Constituição é aberta e comporta valores diversos, inclusive contraditórios. “A pergunta é, portanto, se a constituição, aberta como ela reconhecidamente é, pode excluir algum interesse, algum valor, para considerá-lo impassível de tutela através do direito penal”²². Mesmo na hipótese de resposta afirmativa, caso se entenda que alguns valores sempre preponderam sobre outros²³, surge outro questionamento: a argumentação valorativa constitucional não tornaria o conceito de bem jurídico dispensável?²⁴ Greco responde negativamente a essa pergunta, pois, o conceito de bem jurídico é muito mais restrito do que o conceito de valor²⁵.

Greco afirma que são três os pontos a serem fixados antes de qualquer tentativa de definição. Em primeiro lugar, o interesse protegido deve ser de importância fundamental, de modo que, se não houvesse proteção, o bem-estar ou a vida de alguém estaria seriamente ameaçada²⁶. Em segundo lugar, é necessário verificar se o interesse tutelado refere-se, necessariamente, a um indivíduo (mesmo que de forma indireta), ou é possível a referência a uma coletividade²⁷. Uma referência indireta ao indivíduo, segundo o autor, amplia de tal forma o conceito de bem jurídico que a diferença entre bem individual e coletivo seria meramente terminológica, sendo, portanto, forçoso aceitar a existência de bens coletivos ou supraindividuais²⁸. Por fim, é necessário conceituar bem jurídico como realidade fática ou entidade meramente ideal. Essa questão é relevante para a determinação de bens jurídicos aparentes²⁹. Greco entende que

²¹ PELARIN, Evandro. *Op.cit.* 158.

²² GRECO, Luís. *Op.cit.* p.82 (grifos no original).

²³ Greco afirma que leis penais de conteúdo discriminatório, e.g., sempre seriam ilegítimas. GRECO, Luís. *Op.cit.* pp.82 e 83.

²⁴ GRECO, Luís. *Op.cit.* p.83.

²⁵ O autor afirma estar nessa constatação a essência do princípio da subsidiariedade. GRECO, Luís. *Op.cit.* p.83.

²⁶ GRECO, Luís. *Op.cit.* p.85.

²⁷ GRECO, Luís. *Op.cit.* p.87.

²⁸ GRECO, Luís. *Op.cit.* p.87.

²⁹ GRECO, Luís. *Op.cit.* p.88. Vale, nesse ponto, ressaltar o alerta de Pelarin: “Finalidades não são bens jurídicos em sentido tradicional (que é liberal), mas sim objetivos de

bem jurídico é uma realidade fática³⁰. Fixados os critérios negativos e positivos, pode-se definir bem jurídico³¹. Evidentemente, Greco estabelece apenas diretrizes para a doutrina, já que há abundância de definições. Entretanto, há lacunas nessas diretrizes: por exemplo, quem definiria ou como seria definida a importância de um interesse? Greco fornece apenas os contornos do caminho a ser trilhado pela doutrina do bem jurídico.

1.1 OFENSIVIDADE OU LESIVIDADE

Tendo estabelecido critérios para determinação de bem jurídico, passamos ao estudo do conceito de lesividade ou ofensividade³². A “ofensividade compreende não só a lesão, mas também o perigo de lesão a bens jurídico-penais. A lesão (dano) e o perigo, enquanto resultados prejudiciais ao bem jurídico e proibidos pela norma penal, são, nesta medida, formas de ofensividade”³³. Assim, pode-se afirmar que a lesividade é uma derivação do *harm principle*³⁴, por ser mais restrita: o primeiro,

organização política, social ou econômica. O Direito Penal não protege *funções*, mas sim bens concretos, passíveis de lesão material”. PELARIN, Evandro. *Op.cit.*, p.117.

³⁰ Realidade fática não se confunde com realidade empírica, o que excluiria do âmbito de proteção penal, *e.g.*, a honra. GRECO, Luís. *Op.cit.* p.88.

³¹ Destacamos, com intuito meramente ilustrativo, pois entendemos que esses critérios são mais relevantes do que o conceito propriamente dito, as seguintes definições: “[D]ados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional”. GRECO, Luís. *Op.cit.* p.89 (grifos no original). “[L]os bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Op.cit.*, p.56.

³² Os termos serão usados como sinônimos.

³³ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp.106 e 107, nota 245.

³⁴ “Although we are here predominantly interested in its role as a principle of criminalisation, the harm principle should prove to be a useful tool in the post delictum stage as well. It would be useful for a judge (or a prosecutor), first, in the already mentioned cases of bagatelle criminality (*de minimis non curat lex*), where the lack of harm (harmful consequences) or the minimal, insignificant harm would (in legal systems where the matter is tackled by the substantive criminal law) render the verdict of not guilty or (in legal systems where the matter is tackled by the procedural criminal law) trigger the waiver of procedure or prevent it from being instigated in the first place. Granted, the *de minimis* rule already exists and functions, even in the systems where there is no harm principle known. Having a principle, however, that expressly focuses on harm, would probably

como será discutido oportunamente, legítima a intervenção estatal em sentido amplo; a segunda, no âmbito penal.

A norma penal é, portanto, legítima se tutela um bem jurídico contra lesão ou risco de lesão³⁵. E é, precisamente, no âmbito da proteção no momento do risco em que surgem as maiores polêmicas. Afinal, mesmo sendo político-criminalmente conveniente antecipar ao dano a tutela penal, deve-se indagar de sua possibilidade constitucional³⁶. O direito penal não pode seguir a lógica do ótimo administrativo, devendo-se pausar em critérios de legitimidade da intervenção. Todo interesse – da otimização econômico-financeira ao combate ao terror – só poderá ser perseguido de acordo com e nos limites da legitimidade penal e constitucional. Assim, em casos de tensão entre direitos fundamentais e interesses preventivos (como a tutela de bens jurídicos supraindividuais) não deverá atender a uma lógica funcional-administrativa: deve-se atender ao possível em termos de legitimidade³⁷.

Amaral, ao tratar da criação de crimes de perigo abstrato para proteção de bens jurídicos, ou melhor, tendo em vista o “ideal de proteção ótima do bem jurídico” afirma que esses crimes representam uma bem prematura condição de perigo ou mera possibilidade de perigo. Incriminações desse tipo favorecem uma funcionalização que serve ao campo

trigger more analysis of the subject-matter and would thus help to elucidate also what harms (or harmful consequences) are ‘trivial’ or ‘insignificant’. Second, harm is an important element defining the seriousness (or gravity) of the offence, and as such it should play an important part on the sentencing level, as a part of another principle, namely, the principle of proportionality”. PERŠAK, Nina. *Criminalising harmful conduct*. The harm principle, its limits and continental counterparts. Springer: New York, 2007, p.73.

³⁵ “O Estado Brasileiro (...) adota o princípio da ofensividade como limite positivo para criminalização de condutas, sendo uma exigência constitucional para determinar a legitimidade do crime”. SATO, Catherine Ruriko. *Crimes de perigo abstrato e a questão da tentativa: limites da antecipação da tutela penal*. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo, 2012, p.34.

³⁶ “Parece-nos que o priorizar da dimensão político-criminal termina por inverter a correta ordem de enfrentamento dos problemas penais, suprimindo um momento prévio e fundamental de se pensar a prática penal: antes de discutirmos a bondade dos interesses político-criminais em questão, antes de perguntarmos pela adequação e utilidade político-criminal de determinadas medidas ou propostas, é preciso interrogar acerca da sua possibilidade jurídico-penal e jurídico-constitucional já como pergunta”. D’AVILA, Fabio Roberto. *Op.cit.* p.32.

³⁷ D’AVILA, Fabio Roberto. *Op.cit.* p.33.

científico, mas não ao jurídico-penal, que deve ser pautado nos princípios do Estado democrático de direito³⁸.

Ao tratar desse ponto, entre diferença do direito administrativo e do direito penal, Silva-Sánchez exemplifica com a questão da embriaguez ao volante. Em termos de gestão administrativa do risco no trânsito, com vista a reduzir o número de acidentes e mortes no tráfego, poder-se-ia estabelecer um limite de 0 mg de álcool por litro de sangue do motorista. Certamente, a redução de número de acidentes é um interesse legítimo. Essa política de tolerância zero tem todo sentido em termos globais de organização do setor viário. Mas em termos penais, não interessa o aspecto estatístico e sim se a pessoa, no caso concreto, pôs algum bem jurídico em perigo. Uma avaliação meramente estatística constituiria uma presunção *contra reo*³⁹.

O conceito de crime como ofensa – isto é, perigo ou dano – a um bem jurídico dotado de dignidade penal encontra no direito penal contemporâneo “um ambiente hostil de difícil afirmação e continuidade”⁴⁰. Os novos contornos sociais favorecem a ampliação do direito penal, com a criação de espaços complexos de intervenção jurídico-penal. Há, assim, um esfumamento ou dinamização dos valores tutelados, o bem jurídico perde seu caráter crítico (conceito político criminal de bem jurídico), o que implica a descaracterização da ofensividade como elemento de garantia⁴¹.

³⁸ AMARAL, Claudio do Prado. *Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea*. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p.173.

³⁹ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Op.cit.* p.128.

⁴⁰ D’AVILA, Fabio Roberto. *Op.cit.* p.57.

⁴¹ D’AVILA, Fabio Roberto. *Op.cit.* p.58. Nesse sentido: “La ‘desmaterialización’ y difuminación del bien jurídico tiene, sin duda, consecuencias dogmáticas y político-criminales importantes, que pueden afectar a cuestiones verdaderamente centrales. Entre ellas se pueden destacar las siguientes: delimitar si es lesionado o sólo puesto en peligro por la conducta típica; establecer la relación de causalidad entre la conducta y estos posibles efectos; concretar si el bien jurídico va referido, en última instancia, a intereses individuales o no; establecer la eventual compatibilidad o no de tal difuminación con los principios de necesaria lesividad del delito y de intervención mínima, así como, finalmente, aunque de no menor importancia, la cuestión de las posibles tensiones que pudieran surgir con principios básicos de atribución jurídico-penal de un comportamiento a su autor”. MENDONZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid, Civitas, 2001, pp. 69 e 70 (grifo no original).

No contexto da sociedade pós-industrial de risco desenvolvem-se novos bens jurídicos de caráter supraindividual⁴². Admitindo-se o caráter coletivo de bens jurídicos penais, não há razão em se negar tutela⁴³. Apenas é necessária cautela, pois a aceitação indiscriminada de bens coletivos (inclusive de bens aparentes) culmina na antecipação da tutela penal via antecipação da lesão ao bem, o que resolve – apenas retoricamente – os questionamentos quanto à legitimidade da intervenção⁴⁴⁻⁴⁵.

A maneira mais comum de proteção de bens jurídicos supraindividuais é por meio da criação de crimes de perigo abstrato⁴⁶.

1.2 POSICIONAMENTO DE HASSEMER

Hassemer, principal representante da Escola de Frankfurt, aponta cinco questões fundamentais sobre os bens jurídicos: (I) o que é um bem jurídico? (II) como surgem e se mantêm os bens jurídicos na realidade social e individual? (III) como se classificam os bens jurídicos (IV)

⁴² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003, p.57. Sobre o caráter supraindividual dos bens jurídicos, vale ressaltar a opinião de Mata y Martín no sentido de que há complementariedade entre bens individuais e coletivos. Pode-se falar, portanto, em uma tutela conjunta. Nos delitos de trânsito, e.g., uma mesma conduta imprudente apresenta duas consequências: menoscabo da segurança no trânsito e produção de perigo (concreto) para a vida ou integridade física dos transeuntes. MATA Y MARTÍN, R. M. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Granada: Editorial Comares, 1997, p.60.

⁴³ “[D]evem-se buscar meios de solução para que os interesses difusos não fiquem, fundamentais que são na sociedade moderna, desamparados. Que se deem lema e leme a um Direito Penal renovado, mas que se fixe o mesmo no respeito às garantias individuais e nos novos limites do Direito repressivo”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. *Op.cit.* p.33.

⁴⁴ Os quais são bastante frequentes quando da utilização de crimes de perigo abstrato.

⁴⁵ GRECO, Luís. *Op.cit.* 93. “Muito tranquilizadora à sociedade, não é de se ter um simbolismo penal respaldando um sistema cientificamente construído. A insegurança jurídica gerada pela presença do Direito Penal simbólico, em muito, supera a suposta segurança social dele oriunda. O risco entrópico do simbolismo ameaça todo o sistema penal. A esse simbolismo persistir, consolidar-se e se incrementar, as liberdades conquistadas desde o Iluminismo passam a ser ameaçadas”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. *Op.cit.* p.70.

⁴⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. *Op.cit.* p.121.

como se devem integrar ao sistema jurídico? (V) pode-se criminalizar condutas que não afetem nenhum bem jurídico?⁴⁷

Em seguida, estabelece cinco pontos fundamentais sobre os bens jurídicos: (I) o bem jurídico é irrenunciável como parâmetro de boa política criminal; (II) o bem jurídico deveria centrar-se no núcleo negativo tradicional crítico ao direito penal; (III) os bens jurídicos universais são bens jurídicos em sentido penal; (IV) os bens jurídicos universais devem ter um referente individual, ou seja, devem funcionalizar-se partindo da pessoa; (V) a utilização de bens jurídicos muito vagos e genéricos danificam a política criminal moderna e o conceito tradicional de bem jurídico⁴⁸.

O autor explora a relação direito penal e direito constitucional a partir da noção de que ambos estabelecem limites ao poder punitivo estatal. Afirma, assim, que:

As limitações do direito penal provenientes da tradição da teoria do direito penal, por um lado, e as limitações das intromissões penais impostas pela Constituição, por outro, procedem em última instância da mesma fonte: uma fundamentação do direito penal e da pena baseada nos direitos fundamentais levados a cabo sobretudo pela filosofia política do Iluminismo⁴⁹.

A proteção de bens jurídicos é um princípio negativo, limitador do direito penal. Este princípio não contém a exigência de criminalizar

⁴⁷ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p.95.

⁴⁸ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? *Op.cit.* p.96.

⁴⁹ “[L]as limitaciones del Derecho penal provenientes de la tradición de la teoría del Derecho penal, por un lado, y las limitaciones de las intromisiones penales impuestas por la Constitución, por el otro, proceden en última instancia de la misma fuente: una fundamentación del Derecho penal y de la pena basada en los derechos fundamentales llevada a cabo sobre todo por la filosofía política de la Ilustración”. HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? *Op.cit.* p.97. Cf. HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad.* Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Trad. Francisco Muñoz Conde y M^a del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp.20 e ss.

toda conduta que lesione um bem jurídico; ao contrário, não fundamenta criminalizações em que um bem jurídico não seja lesado ou colocado em perigo de lesão⁵⁰.

Na discussão sobre a relação entre direito penal e direito constitucional dois conceitos de direito constitucional são importantes: a proibição de excesso (*Übermaßverbot*) e a proibição de proteção deficiente (*Untermaßverbot*). Na proibição de excesso se destaca a tradição clássica dos direitos fundamentais como fundamento dos direitos de defesa frente às intromissões estatais⁵¹. O bem jurídico determina a medida para valorar a proporcionalidade da intervenção penal, ou seja, quanto mais relevante o bem jurídico, mais adequada deve ser a tutela penal⁵². Já a proteção deficiente, por sua vez, estabelece um dever de proteção, dirigido ao legislador. Daí não se infere que a proteção deficiente seja um mandado de criminalização. Há, com efeito, muitas formas de conferir proteção jurídica⁵³.

Deve-se esclarecer que a proibição da proteção deficiente é, na verdade, o contraponto da teoria do bem jurídico: desta irradia uma mensagem negativa; daquela, positiva. Assim, a ideia de proteção deficiente não prescinde do conceito de bem jurídico⁵⁴.

⁵⁰ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? *Op.cit.* p.98.

⁵¹ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? *Op.cit.* p.98.

⁵² “[L]a jerarquía de los bienes jurídicos informa también sobre los grados de gravedad que determinan una proporción adecuada entre la prohibición de acción y la amenaza penal, por un lado, y la amenaza y el ataque, por otro”. HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? *Op.cit.* p.99. As questões sobre quando e como deve o legislador conferir proteção penal abarcam uma teoria da discricionariedade legislativa. A discricionariedade legislativa deve pautar-se nos seguintes princípios: lesividade social, proporcionalidade, subsidiariedade e tolerância. O princípio de proteção de bens jurídicos não pode guiar positivamente o legislador. Com efeito, o bem jurídico estabelece um critério negativo de criminalização. “Este principio no formula un mandato de criminalización o conminación penal al legislador cuando se trata de la protección de bienes jurídicos, sino una prohibición de criminalización cuando no se puede encontrar un bien jurídico”. HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? *Op.cit.* pp.100-101.

⁵³ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? *Op.cit.* p.101.

⁵⁴ “Sin el concepto de bien jurídico, ésta es mi tesis, es absolutamente imposible construir una prohibición de defecto en el Derecho constitucional – y, en consecuencia, también en el Derecho penal –. La admisión de un bien jurídico necesitado y merecedor de protección

Hassemer conclui afirmando que o bem jurídico é o fundamento necessário e constitucional tanto para se conceber um dever de proteção como para determinar os limites da intervenção estatal⁵⁵.

1.3 POSICIONAMENTO DE HEFENDEHL

Ao tratar da questão do bem jurídico, Hefendehl entende necessária a distinção entre bem jurídico tutelado e objeto da ação⁵⁶. Deve-se observar, no que respeita essa distinção, três técnicas legislativas: (I) coincidência formal e de conteúdo, tal como ocorre nos delitos de fraude, nos quais o bem jurídico “patrimônio” serve para descrever o objeto da ação; (II) coincidência apenas de conteúdo, por exemplo, no delito de homicídio, o qual o bem jurídico protegido é a vida e, apesar do objeto ser a pessoa humana, ambos os conceitos apresentam o mesmo conteúdo, qual seja, a proteção à vida; (III) ausência de coincidência formal e de conteúdo, quando o legislador proíbe a causação de uma modificação que não se pode considerar lesão ao bem jurídico⁵⁷. A terceira técnica deve ser excepcional, pois o legislador criminaliza meramente o menoscabo do objeto da ação⁵⁸.

É necessária a distinção entre bem jurídico e objeto da ação precisamente para a compreensão dos limitados efeitos de uma ação típica nos bens jurídicos coletivos – efeitos estes que não se devem dissimular apenas com a simples referência aos delitos de perigo abstrato⁵⁹.

es el fundamento del que surge el deber de protección; es el motor que impulsa una prohibición de defecto y que pretende obligar al legislador a actuar”. HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? *Op.cit.* pp.102-103.

⁵⁵ HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? *Op.cit.* p.104.

⁵⁶ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p.180.

⁵⁷ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. *Op.cit.* p.180.

⁵⁸ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. *Op.cit.* p.181.

⁵⁹ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. *Op.cit.* p.181.

Hefendehl tenta estabelecer critérios de identificação de bens jurídicos verdadeiramente coletivos⁶⁰. Para se definir o conceito de bem jurídico deve-se ter em mente dois conceitos: não exclusão (*Nicht-Ausschliessbarkeit*) no uso e não rivalidade (*Nicht-Rivalität*) no consumo⁶¹.

Hefendehl faz uma estruturação dos bens coletivos que será agora analisada. Em primeiro lugar, coloca-se o bem jurídico da confiança socialmente relevante. Cita-se como exemplo a confiança na segurança da circulação monetária. Deve-se diferenciar da confiança na vigência do ordenamento jurídico, irrelevante para o bem jurídico. Para algumas instituições, a confiança é constitutiva: está sujeita a pressupostos específicos tanto de desenvolvimento quanto de destruição, de modo que o objeto da confiança, seja uma pessoa ou instituição, deve cumprir exigências especiais de qualidade, para que as pessoas “se coloquem nas mãos” do que é digno de confiança. Além disso, a transformação da confiança em desconfiança é abrupta, ou seja, não é gradual. Esta característica de sensibilidade aponta a favor de uma configuração especial do bem jurídico confiança⁶². Em segundo lugar, tem-se os bens jurídicos consistentes em recursos escassos socialmente relevantes. Cita-se o direito penal ambien-

⁶⁰ Há que se destacar que muitos bens ditos coletivos não passam da reunião de bens individuais. Cite-se, por exemplo, o delito de insolvência como representante dos delitos econômicos. Esse delito protege o patrimônio do credor. Defende-se que se trata de um bem jurídico coletivo, pois há possibilidade de um efeito em cadeia que prejudicaria relações creditícias não circunscritas às partes. O autor destaca três âmbitos de argumentação no sentido de que se trata de um bem coletivo: (I) os grandes danos financeiros que afetam a economia de modo geral permitem a suposição de que se está diante de um bem supraindividual; (II) o segundo argumento se refere ao efeito em cascata provocado pela insolvência; (III) por fim, se alude à manutenção da solidez da ordem econômica e de suas diversas instituições. O autor questiona essa argumentação: “El hecho de que a través de los delitos de insolvencia se influya en la confianza de los dadores de crédito y de ese modo en la capacidad funcional de la economía crediticia en general afecta tan poco al bien jurídico como los atracos callejeros a la seguridad pública. El bien jurídico de un tipo se confunde con el motivo de su creación”. A particularidade da magnitude do dano ou de sua amplitude consiste apenas em sua extensão ou em sua forma de transmitir-se. Somente se pode falar de bem jurídico coletivo no âmbito econômico quando se coloca em perigo a capacidade da economia creditícia como tal. Nesse caso, argumenta-se com o perigo da perda de confiança nas condições de funcionamento da economia creditícia. HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. *Op.cit.* pp.183-184.

⁶¹ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. *Op.cit.* p.188.

⁶² HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. *Op.cit.* p.190.

tal. São bens consumíveis e limitados, não sendo reproduzíveis por mera vontade. A escassez é a razão determinante da especial proteção merecida⁶³. Em terceiro lugar, colocam-se os bens jurídicos para proteção das condições marco do Estado⁶⁴.

Hefendehl cita, apenas para esclarecimento, os falsos bens coletivos, ou melhor, os bens aparentemente coletivos, dos quais são exemplos: os delitos de drogas que, supostamente, protegem a “saúde pública”; os delitos de trânsito que, supostamente, protegem a “segurança do tráfego”⁶⁵. O autor afirma que os bens jurídicos coletivos aparentes devem ser eliminados: deve-se revelar sua natureza de bens jurídicos individuais para que busque suas condições de legitimação⁶⁶.

Não se deve entender que os delitos de perigo abstrato devem cuidar de todos os bens coletivos. Esta forma de criminalização não é sempre a mais adequada para várias estruturas estudadas. Além disso, esse entendimento ignora que o âmbito legítimo de aplicação dos delitos de perigo abstrato são as situações de risco para uma pluralidade indeterminada de indivíduos, tendo papel relevante na sociedade industrial⁶⁷. O

⁶³ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. *Op.cit.* p.190.

⁶⁴ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. *Op.cit.* p.190.

⁶⁵ No mesmo sentido, Schünemann defende a tese de que existem muitos bens jurídicos falsamente coletivos, ou seja, tratados como coletivos sendo individuais. Cita como exemplo os delitos de trânsito que tutelam o suposto bem jurídico coletivo “segurança do tráfego” que, na verdade, resulta na mera junção da segurança individual. Os tipos penais antecipam a punibilidade para proteger de forma eficaz bens jurídicos individuais. Estes delitos, afirma Schünemann, não devem ser interpretados de forma meramente formal. Deve-se ultrapassar o “umbral do perigo”. Assim, não basta o “mover das rodas”: é necessária uma velocidade idônea para lesionar terceiros. SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.218-223.

⁶⁶ “Si se determina y precisa un bien jurídico individual o colectivo a partir de su sistemática y estructura, resulta más fácil dar el siguiente e importante paso de desenmascarar construcciones de bienes jurídicos aparentes, incluyendo aquellas en que falta por completo un bien jurídico protegido”. HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. *Op.cit.* p.191.

⁶⁷ “Todavía más importante parece ser el descubrimiento, fruto de tal modelización diferenciadora, de que la estructura delictiva del delito de peligro abstracto es inadecuada para el grupo de los bienes jurídicos colectivos. Por el contrario, hay que desarrollar un tipo de delito propio para cada variedad estructural dentro de los bienes jurídicos colectivos. Sin

autor, portanto, não rejeita a legitimidade dos delitos de perigo abstrato. Afirma, inclusive, que em alguns casos são a única forma de estabelecer efetiva proteção penal. Por exemplo, em matéria de alimentos, o direito penal seria simbólico, por ser ineficaz e aleatório, se não fosse a criminalização do perigo. Destaque-se que esse exemplo é de uma pluralidade de bens jurídicos individuais, não de um bem jurídico coletivo⁶⁸.

Verificada a insuficiência do uso dos delitos de perigo abstrato, deve-se intensificar a busca da conexão entre a ação típica e o bem jurídico protegido. Para suprir a ausência de uma causalidade lesiva real deve-se adotar a chamada “equivalência material”. O “pensamento de acumulação” desenvolvido nos delitos de coautoria e contra o meio ambiente encarnam tal equivalência. Ações individuais, em si inócuas, sem a proibição penal poderiam se multiplicar em grandes proporções, resultando na perturbação das funções protegidas⁶⁹.

Assim, sintetizando o pensamento de Hefendehl, pode-se afirmar que a legitimidade do delito depende da combinação entre o bem jurídico e a estrutura delitiva⁷⁰.

1.4 POSICIONAMENTO DE SCHÜNEMANN

Schünemann afirma que a determinação do bem jurídico tutelado pela norma penal não pode ser um processo de “etiquetamento”, sob pena de cair no círculo vicioso de dizer que o bem protegido pela norma é precisamente o que a norma tutela. Com efeito, o bem jurídico é instru-

duda, cabe hablar de un delito de peligro abstracto cuando se realiza una conducción automovilística sin consecuencias bajo la influencia de bebidas alcohólicas, se trafica con drogas o el falseador de moneda fabrica euros falsos. Pero, como se evidencia ya en un examen superficial de tales casos, el potencial de peligro es completamente distinto en las tres constelaciones y sólo puede determinarse con exactitud si previamente está fijado el objeto puesto en peligro”. HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. *Op.cit.* p.193.

⁶⁸ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. *Op.cit.* pp.193-194.

⁶⁹ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. *Op.cit.* pp.194-195.

⁷⁰ HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. *Op.cit.* p.196.

mento de limitação da restrição da liberdade, logo, o processo interpretativo de determinação do bem tutelado é simultaneamente crítico⁷¹.

O autor se mostra como defensor da teoria dos bens jurídicos. Afirma que a ideia segundo a qual se exige uma definição classificatória dos bens jurídicos que poderia reduzir o trabalho dos concretos tipos penais à mera subsunção parte de pressupostos metodológicos falsos⁷².

Com efeito, nesse intento dever-se-ia escolher uma das três alternativas: (I) assinalar propriedades empiricamente mensuráveis, tal como fez Lineu na biologia; (II) definição tautológica, como prefere o normativismo de Jakobs; (III) remeter a outro sistema de atribuição de significados. Percebe-se, assim, que a definição de um conceito classificatório geral de bem jurídico, com elevado de grau de abstração, resultaria impossível⁷³.

Há, contudo, uma outra forma de se compreender o conceito de bem jurídico como conceito classificatório: a compreensão do bem jurídico como uma “diretriz normativa”⁷⁴.

A ideia de bem jurídico com diretriz normativa fica mais clara quando se verifica a evolução histórica do conceito de bem jurídico. O primeiro terço dos 250 anos de moderna teoria penal, que começa com Beccaria e termina com Birnbaum, chega-se, com pouca divergência, às seguintes conclusões: por meio de considerações jusracionalistas (como a ideia de contrato social) é possível desenvolver um conceito de delito, que não está à disposição de legislador, e que se define por um dano social. Logo, não basta uma mera infração religiosa ou moral. A infração deve menoscabar um bem necessário para todos e que se deve proteger para todos⁷⁵.

⁷¹ “Dicho de otro modo, la determinación del bien jurídico no se formula como mera etiqueta final sólo al término del proceso interpretativo, sino que con su impulso liberal, es decir, opuesto a las restricciones innecesarias de las libertades civiles, dirige la modelización de la materia prohibida, y, por consiguiente, respecto al proceso de interpretación es tanto inmanente como crítica”. SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. *Op.cit.* p.199.

⁷² *Idem.* p.200.

⁷³ *Idem.* p.201.

⁷⁴ *Idem.* p.202.

⁷⁵ “Al mismo tiempo, con el concepto de daño o (desde la perspectiva inversa) de bien se expresa que no puede ser objeto de protección penal cualquier interés, sino sólo un interés perentorio para la próspera vida en común, de modo que las meras contrariedades que se

Por fim, deve-se ressaltar que a teoria do bem jurídico não serve apenas como crítica, mas também para legitimação de tipos penais controvertidos. Cite-se, por exemplo, os delitos ambientais. Para o autor, trata-se de um caso totalmente normal de “delinqüência de bagatela”⁷⁶.

2 O HARM PRINCIPLE

2.1 ORIGEM EM JOHN STUART MILL

Stuart Mill, ao estudar a “natureza e os limites do poder que pode ser legitimamente exercido pela sociedade sobre o indivíduo”⁷⁷, constata que mesmo em regimes democráticos, nos quais o povo é o soberano, há espaço para opressão, uma vez que nesses regimes a “vontade do povo” nada mais é do que a vontade da maioria das pessoas. Dessa forma, mesmo nesses regimes é necessário tomar precauções quanto ao exercício do poder, estabelecendo o limite entre exercício legítimo e “tirania social”⁷⁸.

Sendo importante moral e culturalmente a liberdade de opinião, é preciso que as pessoas possam viver de acordo com essas opiniões, isto é, comportar-se conforme seus valores. Dessa forma, a maioria do povo não pode impor um *modus vivendi*. Entretanto, certas condutas devem ser reprimidas, controladas socialmente⁷⁹.

A criação de legislação penal é um dos atos de poder estatal mais intrusivos e repressivos. Nas modernas sociedades democráticas liberais há uma presunção de um “pré-arranjo” de regras de *fair play*, de modo que o Estado não possa proibir condutas a seu bel-prazer. A separa-

ciern sobre el individuo o las meras imperfecciones de la organización social no bastan para justificar el recurso al Derecho penal”. SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. *Op.cit.* pp.207-208.

⁷⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. *Op.cit.* pp.224-225.

⁷⁷ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Trad. Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p.25.

⁷⁸ MILL, John Stuart. *Op.cit.* pp. 26-30.

⁷⁹ MILL, John Stuart. *Op.cit.* p.91.

ção de poderes e a exigência de transparência governamental são exemplos de limitações ao Estado. No âmbito penal, a criminalização de condutas deve atender a certos princípios⁸⁰.

Mill conclui que há um princípio que justifica a interferência e controle social. É um princípio segundo o qual a intervenção é fundamentada em uma autoproteção. “É o princípio de que o único fim em função do qual o poder pode ser corretamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é o de prevenir dano a outros”⁸¹. Mill estabelece, assim, o *harm principle*.

Percebe-se, portanto, que o *harm principle* surge como um legitimador da intervenção estatal de caráter liberal. Transpondo esse princípio para o âmbito jurídico-penal, o *harm principle* seria condição necessária, mas não suficiente de incriminação⁸².

2.1 DESENVOLVIMENTO EM JOEL FEINBERG

A filosofia do direito anglo-americana reconhece quatro princípios de criminalização. O primeiro deles é o *harm principle*. Sob uma perspectiva liberal extrema, este é o único princípio legitimador de intervenção estatal. Nesse ponto, aparece a primeira diferença entre as teorias de Mill e Feinberg⁸³. O primeiro defende que o *harm principle* é a única

⁸⁰ PERŠAK, Nina. *Op.cit.*, p.1.

⁸¹ MILL, John Stuart. *Op.cit.* p.35.

⁸² HARCOURT, Bernard E. The collapse of the harm principle. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol.90, 1999, p.114.

⁸³ Sobre as semelhanças e diferenças entre Mill e Feinberg, Peršak afirma: ““The two variations of the harm principle, posited against each other, reveal some divergencies. For Mill, the harm is the sole legitimate ground for criminalisation, for Feinberg it is only one of the legitimate grounds (he endorses the offence principle as well). Mill talks of society (not exclusively the state) and any kind of interference with the individual’s liberty, whereas Feinberg focuses chiefly on criminalisation (‘penal legislation’), and hence, only the state (this is not expressly mentioned, but since the state has exclusive jurisdiction over penal legislation, it is implied in the text). Feinberg also qualifies his principle by invoking so-called ‘mediating maxims’ (e.g. the social value of the behaviour etc.) and in general, tries to further operationalise the basic (Mill’s) harm principle. Last, but not least, Mill’s principle is formulated as a negative constraint on criminalisation, i.e. in the absence of harm the state is not justified to interfere, whereas Feinberg’s principle is positively formulated as a reason supporting criminalisation; as a ‘positive claim’. “On the other hand, the elements in the intersection, common to both of them, comprise: (a) (a conduct) causing or risking (‘likely to cause’ – Feinberg) (b) harm to (c) others as a justi-

razão legitimadora de criminalizações⁸⁴; o segundo entende que pode haver outro princípio⁸⁵.

O segundo princípio é o *offence principle*, aceito pela teoria liberal moderada. Condutas humanas que não causam dano (*harmless*), mas causem grande incômodo, podem ser legitimamente defesas pela lei, mesmo sobre a liberdade de outros. Feinberg distingue entre: (a) sentido geral de *offence*, que não integra o princípio: qualquer *disliked mental states*; (b) sentido normativo: estado mental provocado por conduta de outrem violadora de direito. Feinberg esclarece que *harm* e *offence* são diferentes, sendo o primeiro muito mais grave que o segundo, devendo ter, portanto, tratamento legislativo distinto (sanções de graus diferentes, por exemplo, multa e prisão)⁸⁶.

O terceiro princípio é o *legal paternalism*. Este permite a criminalização da autolesão (*self-harms*). O *soft paternalism* admite certas intervenções estatais quando o autor não se comporta de maneira totalmente voluntária, ou quando é necessário certo tempo de observação para determinar se o comportamento é ou não voluntário. Nina Peršak defende esse tipo de paternalismo, desde que a intervenção não se dê via direito penal⁸⁷.

O quarto princípio é o *legal moralism*. Primeiramente deve-se distinguir dois sentidos do termo moral: (a) moral como oposto de amoral (pertencente ou não ao âmbito da moralidade); (b) moral como oposto de

fiction for (d) the intervention of the state *vis-à-vis* the individual". PERŠAK, Nina. *Op.cit.* p.37.

⁸⁴ “[Harm principle] delineates the sphere of liberty of the individual (self-regarding area) from the sphere that may rightly concern the society and in which the society has, therefore, the right to interfere with the individual’s conduct or rightfully exercise its power over the individual in any form – not only in the form of criminalisation but also as civil-law and administrative-law restrictions, prohibitions or impositions of duties of any sort, and even as non-legal measures (e.g. ‘moral coercion of public opinion’), that is, informal social control”. PERŠAK, Nina. *Op.cit.* p.36. Assim, Feinberg afirma que Mill preocupava-se com formas extrapolíticas de controle social e extralegis de controle político. FEINBERG, Joel. *Harm to others*. The moral limits of the criminal law. New York: Cambridge University Press, 1984, pp.3-4.

⁸⁵ “Feinberg’s harm principle, as can be seen, is different from Mill’s. Whereas Mill’s conception of the principle is exclusive of any other principles, Feinberg’s harm principle can coexist with other principles (particularly, the offence principle). For Mill, the harm to others is the sole legitimate reason for repressive state intervention, for Feinberg it is a good reason but not necessarily the only reason”. PERŠAK, Nina. *Op.cit.* p.13.

⁸⁶ PERŠAK, Nina. *Op.cit.* pp.14-16.

⁸⁷ PERŠAK, Nina. *Op.cit.* pp.17-18.

imoral (contra a moralidade)⁸⁸. *Legal moralism* refere-se ao segundo conceito de moral, e, portanto, é rejeitado pelos liberais⁸⁹.

Os quatro princípios acima são princípios positivos de criminalização, ou seja, fornecem justificativas para a criminalização. Já os princípios da *ultima ratio* e da legalidade, entre outros, são princípios negativos, pois desestimulam o Estado de incriminar certas condutas⁹⁰.

O moralismo e o paternalismo são princípios amplamente rejeitados pelos liberais, pois desconsideram a autonomia individual. Entretanto, admitem-se intervenções paternalistas desde que não via direito penal, como, por exemplo, a alta tributação do cigarro, cuja função é desestimular o consumo⁹¹.

A doutrina anglo-americana discute se o *harm principle* perdeu seu caráter liberal. Bernard Harcourt defende que por uma mudança de discurso dos conservadores – a proibição de uma conduta é necessária não por ser imoral, mas sim por ser *harmful* – favoreceu o uso abusivo do *harm principle* tornando-o *illiberal*. Tal postura, segundo o autor, é apenas uma mudança da justificativa da necessidade de proibição, pois as condutas proibidas sob o argumento do *harm principle* são aquelas consideradas imorais pelos conservadores. O autor exemplifica o novo uso do *harm principle* em substituição aos argumentos morais: homossexualidade favorece a epidemia de AIDS; crianças criadas por casais homossexuais não conseguem desenvolver-se socialmente; a vadiagem cria uma

⁸⁸ “For example: if cleaning up one’s socks drawer is not an issue of morality, but a non-moral task, then we cannot discuss whether separating white socks from the coloured ones is moral (in the second sense) or immoral, because it is not a moral (in the first sense) issue at all, that is, an issue of morality of the first kind”. PERŠAK, Nina. *Op.cit.* pp.18-22.

⁸⁹ Cf. a propósito, a polêmica Hart-Devlin. HART, H. L. A. *Direito, liberdade, moralidade*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: SAFE, 1987. DEVLIN, Patrick. *La imposición de la moral*. Trad. Miguel Ángel Ramiro *et al.* Madrid: Dykinson, 2010.

⁹⁰ “Now, above these principles there are, of course, additional rule of law limitations (principle of legality, *ultima ratio* principle) that may block the criminalisation of conduct even when the requirements of the harm principle have been satisfied. In other words, even if we establish some ‘harm to others’, the *ultima ratio* requirement puts a brake on the criminalisation if there are less intrusive, less repressive alternatives available (for example, in civil law). These limitations represent not separate, additional or competing principles of criminalisation but rather restrictions on the existing four principles. They are, namely, different from the above four in that they do not represent ‘channels’ of criminalisation; they don’t show us ‘what’ to criminalise, but instead, what not to, or rather, where to stop”. PERŠAK, Nina. *Op.cit.* p. 22.

⁹¹ PERŠAK, Nina. *Op.cit.* pp. 32 e 39.

atmosfera que favorece a criminalidade; pornografia e prostituição favorecem diversas manifestações de comportamentos agressivos em relação à mulher (*e.g.* estupro)⁹².

Donald Driggs, posiciona-se de forma semelhante, afirmando que o *harm principle* é insuficiente e deficiente, não podendo definir os limites da intervenção estatal⁹³. Três características desse princípio têm sido responsáveis pelo seu uso indiscriminado. Primeiramente, a vaguidade do conceito de *harm*⁹⁴. Em segundo lugar, o princípio nada diz sobre balanceamento entre riscos e benefícios⁹⁵. E, por fim, a possibilidade de estabelecer cadeias longas e especulativas entre o agir e o possível (mesmo improvável) dano da conduta⁹⁶. O autor fornece como exemplo dessa terceira característica do *harm principle* a justificativa para a proibição para o uso da maconha: a justificativa para sua proibição é a de que, apesar de *harmless*, maconha é uma *gateway drug* que pode conduzir ao uso de drogas mais agressivas⁹⁷. Além disso, o autor defende a tese de que muitas condutas são lesivas justamente por serem criminalizadas⁹⁸:

Quase toda atividade torna-se perigosa quando criminalizada. Suponha que o governo proíba o consumo de café, ou uso de *jeans*, ou partidas de xadrez. Em breve surgiriam cafeterias, mercados de denim e

⁹² HARCOURT, Bernard E. *Op.cit. passim*.

⁹³ DRIPPS, Donald A. The liberal critique of the harm principle. *Criminal Justice Ethics*, v.17, 1998, p.3. Esta crítica, alias, já havia sido formulada por Jhering. Ver: JHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*. Tomo I. Trad. Heder k. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002, pp.359 e ss.

⁹⁴ DRIPPS, Donald A. *Op.cit.* p.8.

⁹⁵ DRIPPS, Donald A. *Op.cit.* p.10.

⁹⁶ “A little causal creativity can go a long way toward eviscerating the harm principle”. DRIPPS, Donald A. *Op.cit.* p.9. Destaque-se que Feinberg, ainda na década de 80, alertava para a confusão entre os princípios de criminalização (especialmente entre o moralismo e o harm principle). Tal confusão decorria, justamente, do alargamento dos conceitos de dano e de causalidade. FEINBERG, Joel. *Op.cit.* pp.12-13. Ainda: “Abuses may come through different doors. They may come via the generous, extensive and all-encompassing interpretation of ‘others’ (encompassing society, community, majority etc.). ‘Causes or likely to cause’ part of the definition of the principle, especially the ‘likely to cause’ part, is apt to cause trouble as well, since it allows the ‘endangerment’, which is far from the more solid ‘harm’, to qualify for the criminal proscription. But the simplest, easiest way to abuse the principle is through the extending of ‘harm’”. PERŠAK, Nina. *Op.cit.* p.87.

⁹⁷ DRIPPS, Donald A. *Op.cit.* p.9.

⁹⁸ DRIPPS, Donald A. *Op.cit.* p.10.

clubes de xadrez clandestinos. Seus operadores subornariam a polícia e entrariam em conflito entre si. Eles precisariam de recursos de violência privada para garantir o cumprimento de contratos. Em breve, o café seria adulterado com Deus sabe o que enquanto as fábricas clandestinas de denim explorariam trabalhadores em condições de insegurança. ‘Viciados’ em xadrez entrariam para o crime para conseguir pagar as altas taxas cobradas pelos operadores de clubes de xadrez clandestinos⁹⁹.

Husak defende tese semelhante ao afirmar que grande porcentagem das mortes registradas como decorrentes do uso de drogas são, na verdade, decorrentes da proibição do uso de drogas, pois, por exemplo, muitas das mortes são causadas por hepatite¹⁰⁰.

Assim, as características do *harm principle* favoreceram seu uso abusivo, porque lhe retirou o caráter liberal, deixando de garantir liberdades individuais para, ao contrário, limitá-las¹⁰¹.

O *harm principle* tem as funções limitadora e delimitadora. É um fator de limitação ao exercício do poder estatal (*limiting factor*). Também serve para delimitar o que é e o que não é crime (*delimiting factor*)¹⁰². Deve-se, contudo, esclarecer o conceito de *harm*, sob pena de confusão entre princípios legítimos e ilegítimos de criminalização¹⁰³.

⁹⁹ “Almost any activity can be made harmful by making it criminal. Suppose the government banned coffee, or blue jeans, or chess. Soon enough underground coffee bars, denim markets, and chess clubs would come into existence. Their operators would bribe the police and feud with each other. They would need resort to private violence to enforce their contracts. Soon coffee would be adulterated with God knows what while underground denim factories exploited workers in unsafe conditions. Chess addicts would turn to crime to pay the high fees charged by underground club operators”. DRIPPS, Donald A. *Op.cit.* p.10.

¹⁰⁰ HUSAK, Douglas. *Overcriminalization*. The limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 2008, p.46, nota 227.

¹⁰¹ “The harm principle is effectively collapsing under the weight of its own success”. HARCOURT, Bernard E. *Op.cit.* 113. Donald A. *Op.cit.* p.11. Em sentido contrário, respondendo à Harcourt, Smith afirma “So even if such claims sometimes weaken or blunt the force of the harm principle, they do not negate it; nor do they call into question the principle’s essentially liberal orientation”. SMITH, Steven D. Is the harm principle illiberal? *The American Journal of Jurisprudence*, v.51, 2006, p.2.

¹⁰² PERŠAK, Nina. *Op.cit.* p. 71.

¹⁰³ FEINBERG, Joel. *Op.cit.* p.14.

Harm pode ser entendido, de acordo com Feinberg, em três sentidos. O primeiro é o sentido derivativo ou de transferência: nesse sentido, qualquer coisa pode ser danificada, por exemplo, uma janela ou um jardim. O dano é, na verdade, à propriedade de alguém¹⁰⁴.

Harm no sentido não normativo (*harm as setbacks to interest*). Nesse sentido, *harm* deve ser entendido como risco para um interesse. Assim, alguém tem um interesse em X quando há possibilidade de ganho ou perda dependendo da condição de X (ex. ações de uma empresa).

Em um terceiro sentido, *harm* pode ser entendido no sentido normativo do termo. *Harm* seria a violação de um direito alheio (*wrong*)¹⁰⁵.

O conceito de *harm* integrante do *harm principle* é a intersecção entre o segundo e o terceiro sentido de *harm*, ou seja, é prejuízo de um interesse por meio da violação de direito alheio¹⁰⁶.

Com isso em mente, deve-se esclarecer que o tipo de vontade que cria um interesse não é meramente um desejo momentâneo, como a vontade de ir ao cinema. É necessária a significância e estabilidade da vontade, cuja realização possa ser, a um só tempo, razoavelmente expectável e influenciável pelos esforços da própria pessoa¹⁰⁷.

¹⁰⁴ FEINBERG, Joel. *Op.cit.* p.32.

¹⁰⁵ FEINBERG, Joel. *Op.cit.* pp.33-34.

¹⁰⁶ “The sense of ‘harm’ as that term is used in the harm principle must represent the overlap of senses two and three: only setbacks of interests that are wrongs, and wrongs that are setbacks to interest, are to count as harms in the appropriate sense”. FEINBERG, Joel. *Op.cit.* p.36. Veja-se a crítica de Peršak à terminologia empregada por Feinberg: “However, opting for the Feinberg’s non-normative formulation of harm does not in any way suggest that our analysis of the criminalisation and the harm principle is value-neutral. It is very much normative, for we are offering a principle (or theory) on how criminalisation *should* be based. Also, having in mind that harms (the substance) are normative by nature, the formulations themselves, which precede them, may, in fact, on closer inspection, prove to move much more along the axis of more/less normative than normative/non-normative. However, with this in mind, we shall continue to use Feinberg’s notion of a ‘non-normative’ formulation of harm, meaning solely that we rely on Feinberg’s interest-based concept, instead of on his wrong-based (‘normative’) concept of harm”. PERŠAK, Nina. *Op.cit.* p. 60. Entendemos, contudo, que a terminologia de Feinberg justifica-se: o autor diferencia legalidade e legitimidade. Assim, ainda que uma Constituição hipotética permitisse a criação de leis absurdas de restrição de liberdade, estas leis seriam ilegítimas, ainda que juridicamente válidas. FEINBERG, Joel. *Op.cit.* pp.5-7.

¹⁰⁷ FEINBERG, Joel. *Op.cit.* p.45.

Fixado o conceito de interesse¹⁰⁸, deve-se analisar o conceito de dano. Nem tudo que é negativamente valorado pelo sujeito lhe causa dano. Uma conduta indesejável só é *harmful* quando, de qualquer forma, limita interesse alheio¹⁰⁹⁻¹¹⁰. Esclareça-se, contudo, que o dano deve ser suficientemente sério¹¹¹ e provável¹¹², sob pena de expansão ilegítima do *harm principle*¹¹³.

¹⁰⁸ Hirsch entende que deve interesse ser concebido como um recurso sobre cuja integridade tenha uma pretensão a pessoa. Em outras palavras, uma conduta lesiva é o menoscabido de um recurso a cuja existência íntegra tem direito outra pessoa. “Recurso”, por sua vez, é definido como “un medio o una capacidad que, en el caso normal, posee un cierto valor para el mantenimiento de un estándar de calidad de vida”. HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p.42.

¹⁰⁹ “An undesirable thing is harmful only when its presence is sufficient to impede an interest”. FEINBERG, Joel. *Op.cit.* p.47.

¹¹⁰ Um mal pode não constituir um *harm* e, portanto, não ser digno de proteção sob o prisma do *harm principle*. No entanto, isso não exclui a aplicação de outro princípio de limitação da liberdade (como o *offense principle*) com o uso do direito penal. “We can interpret the offense principle as authorizing legal coercion to prevent ‘offenses’ in the widest possible interpretation of that term, in which it includes offenses proper (e.g. revulsion and disgust), hurts (e.g. ‘harmless’ throbs and pangs), and ‘others’ (e.g. shame and embarrassment). Surely if ‘offenses proper’, for example those caused by obscene posters or racial slurs, can rightly be punished by the criminal law, then any intense pains that somehow fail to qualify as harms might also be preventable by similar means”. FEINBERG, Joel. *Op.cit.* p.48.

¹¹¹ “The answer to this seems to depend, to a large extent, on the degree of likelihood of harm (or/and the occurrence of at least some of the harmful consequences). On the so-called ‘Standard Harm Analysis’, if the degree of likelihood of the full-blown ultimate harm is very high and some harmful side consequences have occurred, then the degree of ‘harmfulness’ present in a certain conduct is – despite being smaller than the harmfulness of the ultimate harm (harm that may occur), nevertheless – sufficient, i.e. harmful enough to be criminalised. (...). We are then faced with two cases: (1) if we are ‘aware’ of the degree of risk that constitutes ‘jeopardy’ and the future harm (envisaged harm) is ‘catastrophic’, then the criminalisation is warranted; (2) if, however, jeopardy (i.e. substantial risk) is present, while future, envisaged harm is ‘serious but not catastrophic’, it is the regulation (i.e. the imposition of safety mechanisms) or reparation which are more appropriate. Even this account is not entirely bulletproof or comprehensive, of course; apart from the fact that one needs to establish, which harm should qualify as ‘serious’ and which as ‘catastrophic’, and, of course, what amount of risk qualifies as ‘jeopardy’, the very fundamental assertion that jeopardy equals harm can be contested. It is worth remembering that, if we follow Mill, we do not need (nothing but) ‘harm’ for the legitimate criminalisation under the harm principle; Mill allows us (as does Feinberg) to criminalise the ‘possibility’ of harm, so the criminal code expressing that a particular norm does not prohibit ‘harm’ but its ‘likelihood’, would still be valid under the harm principle. Howev-

Por fim, há que se discutir o conceito de “others” na ideia de *harm to others*¹¹⁴.

Nina Peršak, ao estudar esse ponto, entende que quando se fala de bens jurídicos não concretos, como o meio ambiente, está-se, na verdade, fazendo referência a outros bens com referentes individuais¹¹⁵. A autora, contudo, não ignora a existência de bens puramente estatais, ou seja, sem referentes individuais. No entanto, questiona a legitimidade da proteção penal desses bens¹¹⁶.

2.2 DOUGLAS HUSAK E A OVERCRIMINALIZATION

Nesse tópico será abordado a questão dos limites do direito penal, isto é, a legitimidade da tutela penal. Para tanto será utilizada larga-

er, not every risky situation should be treated as ‘harm’. We can and should, instead, call it as it is – a mere risk, endangerment, likelihood (of harm) – and thereby avoid the danger of extending the harm too much”. PERŠAK, Nina. *Op.cit.* p. 44.

¹¹² “It concerns endangerment (danger, risk, remote harm): not the harm itself, but the possibility of harm. The state does and may, according to Mill, properly interfere with the actor’s conduct, if it generates a likelihood of harm. If the actor causes this likelihood, the responsibility is imputed to him”. PERŠAK, Nina. *Op.cit.* p. 41.

¹¹³ FEINBERG, Joel. *Op.cit.* p.12.

¹¹⁴ “But who are the victims? Are the victims only the other people or can the abstract entities such as the society, the state, the collective, the environment etc. qualify as well? And what about individuals; should they have some special characteristics such as being citizens or permanent residents? In the ambit of criminalisation (i.e. criminal law) we can without hesitation reply to the last question in a negative way. The criminal law itself uses the term ‘who’ or ‘whoever’ (does this or that), it addresses an individual as such (e.g. not merely a citizen). Yet, there are certain criminal offences that do specify the perpetrator or the victim (the ‘other’) in more detail (e.g. criminal offence of assassination of the highest representatives of the state (Art. 352 of the Slovenian Criminal Code) that can be committed only against certain officials). In general, however, the criminal offences are ‘general’, i.e. addressing all and everyone”. PERŠAK, Nina. *Op.cit.* p. 49.

¹¹⁵ “In the case of, for example, a healthy environment, which is, undoubtedly, a common goal – does not the individual have a (moral, if not legal) right or claim (himself) to have and live in a healthy environment? Would not the unhealthy environment not only ruin his interest in having a nice view but also affect *his* health, his children, *his* property?” PERŠAK, Nina. *Op.cit.* p. 52.

¹¹⁶ PERŠAK, Nina. *Op.cit.* p. 55.

mente a teoria desenvolvida por Douglas Husak¹¹⁷, por sua coerência e reconhecimento na doutrina anglo-americana.

O autor, preocupado com a expansão do direito penal, pretende desenvolver uma teoria sobre o que criminalizar, para romper a tendência de criação de novas leis penais. O recrudescimento penal culmina no aumento da punição. E essa punição, segundo Husak, pode ser injusta, por dois motivos: I) por ser excessiva; II) por recair sobre condutas que não deveriam ter sido criminalizadas¹¹⁸.

Husak não acredita que a criminalização massiva de condutas possa ser necessária para alcançar um bem maior, ou o bem-estar social. Ao contrário, os custos de um sistema excessivamente punitivo são astronômicos. Logo, o abuso de direito penal não seria economicamente vantajoso. Entretanto, o sistema penal não parece obedecer à lógica do custo benefício¹¹⁹.

¹¹⁷ HUSAK, Douglas. *Op.cit.*

¹¹⁸ HUSAK, Douglas. *Op.cit.* p.3. Na mesma página o autor afirma: “In short, the most pressing problem with the criminal law today is that we have too much of it”.

¹¹⁹ HUSAK, Douglas. *Op.cit.* pp.7-8. Entendemos, seguindo Débora Pastana, que o motivo pelo qual a expansão direito penal não obedece à lógica econômica é a cultura do medo. O medo interfere nas nossas relações sociais contemporâneas mostrando-se, no caso específico da violência criminal, como instrumento de dominação política. A cultura do medo é responsável pela propagação de uma ideologia autoritária, que visa manter interesses políticos, à custa de direitos dos cidadãos. A ideologia “quando reinterpretada como uma forma de garantir a ordem, controlando a criminalidade violenta, ganha legitimidade perante uma sociedade amedrontada e que se sente insegura”. Assim, seria politicamente interessante manter alta a sensação de insegurança por dois motivos: I) o medo facilita a dominação política; e II) o trabalho legislativo na área penal é sempre bastante reconhecido, mesmo quando absolutamente inútil. PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2003, *passim*. Quanto ao segundo motivo, Amelung entende que a criação de legislação penal é tão ambivalente do ponto de vista psicológico e tão impregnada de oportunismo político que não é possível acreditar sempre na racionalidade desse procedimento. Psicologicamente, por trás da lei penal, escondem-se: busca por vingança, moralismo, cuidados proteção de bens jurídicos e, até mesmo, indicação de “bode expiatório”. “Desde el punto de vista político, la combinación de la siempre disponible excitación con la delincuencia y la función simbólica de la pena parece seducir a la mayoría gubernamental a demostrar actividad político-criminal, seducción que apenas puede ser resistida por quienes no han conseguido mucho por otros medios”. AMELUNG, Knut. El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p.239. Veja-se também Peršak: “Well, how then, one may justifiably ask, is a new piece of criminal legislation

Husak afirma que uma das formas de identificar o que seria *overcriminalization* seria submeter o tipo penal ao *laugh test*: criminalização de condutas tão específicas e peculiares que dificilmente seriam levadas à sério. O autor alerta que, embora indicativos de uso abusivo (e no caso, ridículo) de direito penal, não são os crimes reprovados no *laugh test* a causa do excesso de punição, pois estes são “*rarely enforced*”¹²⁰.

O autor distingue três novas formas de criminalização: I) *overlapping crimes*; II) *offenses of risk prevention*; III) *ancillary offenses*. *Overlapping crimes* seriam novas formas de criminalização de uma conduta já criminalizada. Seria uma espécie de reforço de criminalização¹²¹. No ordenamento jurídico brasileiro temos como exemplo de *overlapping crime* o §3º do art.158 do Código Penal, incluído pela Lei 11.923/09, haja vista que o “sequestro relâmpago” já era crime antes de 2009. *Offenses of risk prevention* são condutas incriminadas apenas pela possibilidade de causar um dano (*harm*)¹²². Essa modalidade será discutida adiante. *Ancillary offenses* são condutas criminalizadas por razões práticas, pela facili-

passed? If there are no principles to guide the process and content of criminalisation, is the field left more or less to its own devices? A look at some recent examples would probably suggest an affirmative answer. Criminal policy in Slovenia has been left in the hands of ‘practitioners’ for some time now. The proponents of the new criminal legislation are usually politicians with an agenda often focused on the gathering of votes for reelection. To propose a new incrimination is, namely, the cheapest, quickest, most memorable and media-inviting act the Member of Parliament can do – the most efficient for a legislator (securing re-election) and the least truly efficient, i.e. problem-solving. It conveys the message that he/she is serious, truly ‘cares’ about the issue and is ‘doing something’, however, what he is doing is far from resolving actual problems because the issues are usually complex (crime, in general, is) and just raising the sentence may be ineffective or counterproductive. The drafters, on the other hand, are mostly employees of the Ministry of Justice and a particular Ministry that has the highest stake in the proposed legislation, and are driven by the mandates of ‘productiveness’ (which in criminal substantive law often, unfortunately, translates into more severe and repressive criminalisation). The productivity or efficiency understood in this way is frequently the exact opposite of justice or fairness. Academics and criminal-law scientists are often either uninvited to participate or invited (in small numbers) and ignored”. PERŠAK, Nina. *Op.cit.* p.27. Para uma análise da cultura do medo para além do âmbito penal, ver: GLASSNER, Barry. *The culture of fear*. New York: Basic Books, 2009.

¹²⁰ HUSAK, Douglas. *Op.cit.* p.35.

¹²¹ HUSAK, Douglas. *Op.cit.* p.36.

¹²² “New crimes of risk prevention can easily be generated by proscribing conduct more and more remote from the ultimate harm to be prevented”. HUSAK, Douglas. *Op.cit.* p.38.

dade probatória. O exemplo citado por Husak é o de posse de entorpecentes, que é mais facilmente verificado do que o uso da substância¹²³.

Husak tenta construir uma teoria de legitimação do direito penal, não, esclareça-se, para justificar sua expansão e sim para prover os princípios basilares para refrear a tendência do *overcriminalization*¹²⁴.

O primeiro princípio ou limite de criminalização seria o de “dano substancial” (*nontrivial harm or evil*)¹²⁵. *Harm* refere-se ao efeito de uma conduta sobre uma pessoa ou instituição¹²⁶. Sendo assim, não é legítima a criminalização de condutas que: I) causem um mal menor (*lesser evil*); II) sejam consentidas pela vítima; III) causem dano insignificante (*de minimis*)¹²⁷. A segunda restrição ao direito penal é a de que esse não pode ocupar-se de condutas não reprováveis¹²⁸. Este é o princípio da reprovabilidade (*wrongfulness*). O terceiro princípio é o da punição justa e estritamente necessária¹²⁹.

Husak entende o direito penal como o conjunto de leis que submete o indivíduo a uma punição estatal¹³⁰. Todas as formas de punição envolvem privações e tratamento rígido. A resposta estatal a uma conduta só pode ser qualificada como punição se visa à censura ou ao estigma¹³¹. Portanto, a criminalização deve ser justificada, pois, segundo o autor, as pessoas têm o direito de não sofrer punições (“person have a *right not to be punished*”)¹³². Esse direito de não ser punido é incondicional, não comportando uma *unless clause*¹³³.

¹²³ HUSAK, Douglas. *Op.cit.* p.40.

¹²⁴ HUSAK, Douglas. *Op.cit.* p.55.

¹²⁵ “[C]riminal offenses are designed to proscribe a nontrivial harm or evil”. HUSAK, Douglas. *Op.cit.* pp.66-67.

¹²⁶ HUSAK, Douglas. *Op.cit.* p.70-71. O autor afirma que este é um dos poucos pontos pacíficos sobre o *harm principle*.

¹²⁷ HUSAK, Douglas. *Op.cit.* pp.66-67.

¹²⁸ “Penal liability may not be imposed unless the defendant’s conduct is (in some sense) wrongful”. HUSAK, Douglas. *Op.cit.* p.73.

¹²⁹ “Punishment is justified only when and to the extent it is deserved”. HUSAK, Douglas. *Op.cit.* p.82.

¹³⁰ “The criminal law is that body of law that subjects offenders to state punishment”. HUSAK, Douglas. *Op.cit.* p.92.

¹³¹ HUSAK, Douglas. *Op.cit.* p.93.

¹³² HUSAK, Douglas. *Op.cit.* p.94.

¹³³ HUSAK, Douglas. *Op.cit.* pp.96-97.

Sendo incondicional, o direito de não ser punido não pode ser extinto (*cancelled*), mas pode ceder ao direito punitivo estatal (*overriden*)¹³⁴. Dessa forma, a pessoa, apesar do direito a não ser punida, pode sofrer punição se houver uma justificativa para a sanção.

O direito de não ser punido é fundamental. Sendo assim, uma lei penal só seria legítima se cumprisse com todos os princípios já referidos: *nontrivial harm or evil; wrongfulness; desert*. Afinal, uma lei que viola um direito fundamental é inconstitucional. Uma “teoria constitucional respeitável” deveria estabelecer a impossibilidade de criação de leis penais que não observem os limites de legitimidade¹³⁵. Entretanto, o autor afirma que a teoria constitucional atual “não é respeitável”, ou seja, uma lei penal não precisa passar pela verificação dos princípios de legitimidade¹³⁶. Atualmente, basta que a lei tenha alguma relação com o interesse perseguido pelo Estado¹³⁷.

O direito penal deve estar voltado para satisfação de um interesse do Estado – proscricção de um *harm*. O legislador deve, portanto: I) identificar um interesse estatal; II) verificar sua legitimidade; III) decidir sobre sua relevância¹³⁸. Logo, pode-se concluir que nem todo interesse estatal é legítimo, e nem todo interesse estatal legítimo pode ser perseguido pelo direito penal.

Como já foi dito, na sociedade pós-industrial há a criação de novos bens jurídicos que, por sua relevância, não admitiriam um direito penal do resultado, sendo preciso a antecipação da tutela penal¹³⁹. E é nesse contexto que surgem os *crimes of risk prevention*. Husak acredita que grande parte desses crimes passariam por seus critérios gerais de

¹³⁴ “[T]he person whose right not to be punished is overridden is owed a rationale or justification for the way she is treated”. HUSAK, Douglas. *Op.cit.* p.97.

¹³⁵ “If we agree that the right not to be punished has the same normative status, all criminal laws should be made to satisfy the same stringent justificatory criteria that apply to deprivations of our fundamental rights”. HUSAK, Douglas. *Op.cit.* p.126.

¹³⁶ HUSAK, Douglas. *Op.cit.* p.125.

¹³⁷ HUSAK, Douglas. *Op.cit.* pp.122-125.

¹³⁸ HUSAK, Douglas. *Op.cit.* pp.132-133.

¹³⁹ Vide amplamente MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. Sato afirma que há “uma proporção inversa entre magnitude e probabilidade do dano: quanto mais provável o dano, menor deve ser sua magnitude para justificar a coerção. Porém, quanto maior dano, menor sua probabilidade para identificar a necessidade de intervenção penal”. SATO, Catherine Ruriko. *Op.cit.* p.89.

legitimação¹⁴⁰. Entretanto, estabelece quatro princípios para limitação da autoridade estatal para punir condutas meramente arriscadas e não danosas¹⁴¹. Em primeiro lugar, o risco deve ser relevante¹⁴². Em segundo lugar, a incriminação deve diminuir a probabilidade do dano ocorrer¹⁴³. Em terceiro lugar, não pode haver proscricção de condutas que causem risco de um evento danoso se a proscricção de uma conduta que intencionalmente cause o mesmo dano for ilegítima¹⁴⁴. Daí infere-se a necessidade de deixar explícito qual o interesse estatal, qual o *harm* proscrito. Por fim, o indivíduo deve ser culpado pelo risco, não cabendo punição caso o agente simplesmente aja – sem nenhum grau de culpabilidade – de forma a deixar o dano mais provável¹⁴⁵.

3 A RELAÇÃO ENTRE O HARM PRINCIPLE E A PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS

O *harm principle* é um critério legitimador de intervenção penal bastante estudado nos países de *Common Law*, ao passo que os países de *Civil Law* adotam como critério de legitimação a lesividade de uma conduta ao bem jurídico penal tutelado. Percebe-se, portanto, que os conceitos de *harm principle* e bem jurídico tutelado exercem funções semelhantes, mas não se confundem: “o *harm principle*, ao contrário da teoria do bem jurídico, concentra-se na efetiva produção do dano a um terceiro. Não busca a definição substancial do objeto de proteção, apenas questiona sobre os limites da atuação do Estado sobre a liberdade do indivíduo”¹⁴⁶.

¹⁴⁰ HUSAK, Douglas. *Op.cit.* p.159.

¹⁴¹ HUSAK, Douglas. *Op.cit.* p.161.

¹⁴² The *substantial risk* requirement. HUSAK, Douglas. *Op.cit.* p.161.

¹⁴³ The *prevention* requirement. HUSAK, Douglas. *Op.cit.* p.162.

¹⁴⁴ The *consummate harm* requirement: “the state may not proscribe conduct to reduce the risk of a given harm unless the state would be permitted to proscribe conduct that intentionally and directly causes that same harm”. HUSAK, Douglas. *Op.cit.* pp.165-166.

¹⁴⁵ The *culpability* requirement: “This principle withholds liability from persons who create a risk of harm unless they have some degree of culpability for the ultimate harm risked. It is not enough that the performance of the proscribed conduct just happens to make the occurrence of the ultimate harm more likely”. HUSAK, Douglas. *Op.cit.* p.174.

¹⁴⁶ SATO, Catherine Ruriko. *Op.cit.* p.59.

O *harm principle* e o princípio de proteção de bens jurídicos se desenvolveram em sistemas jurídicos distintos – *Common Law* e *Civil Law*, respectivamente. Entretanto, a semelhança da função desempenhada por ambos – de limitação do poder punitivo – permite indagações sobre se uma teoria poderia influenciar a outra.

Hirsch afirma que a razão para na Alemanha e nos demais países do sistema romano-germânico falar-se em bem jurídico ao invés de menoscabo de direito alheio tem raiz, provavelmente, no esforço por ampliar o âmbito de significado de *harm to other*. Assim, são reconhecidos como bens jurídicos entidades puramente fáticas ou relações funcionais, como o funcionamento do mercado de capitais¹⁴⁷.

O autor entende, portanto, que como a discussão alemã sobre bens jurídicos é muito mais ampla do que a discussão anglo-americana, a teoria do bem jurídico pouco tem a ganhar com o *harm principle*¹⁴⁸.

Nina Peršak entende, por sua vez, que as teorias têm vários pontos de contatos e, portanto, é possível o desenvolvimento recíproco¹⁴⁹. No que concerne à relação entre *harm principle* e bem jurídico¹⁵⁰, a autora entende que o *harm principle* pode servir como base crítica para determi-

¹⁴⁷ “Es un hecho que en Alemania existe la tendencia a ampliar el marco de los potenciales bienes jurídicos, que el bien jurídico es entendido de manera muy amplia y, en particular, que se renuncia a vincularlo a los intereses individuales”. HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. *Op.cit.* p.43.

¹⁴⁸ HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. *Op.cit.* p.44.

¹⁴⁹ “Within the Continental criminal-law theory of Germanic legal circle, it is possible to locate areas where there is a possibility of concurrence with the Anglo- American harm principle. The Continental counterparts could be searched for: (1) within the so-called ‘general paradigm (or general notion) of the criminal offence’, (2) within the concept of ‘legal goods’ (*Rechtsgüter*), (3) within the classical criminal-law principles (principle of *ultima ratio* and principle of legality), or (4) in the ‘proscribed consequence’ (*Erfolgsumrecht*)”. PERŠAK, Nina. *Op.cit.* p. 95.

¹⁵⁰ “A setback to a (criminal-law) *Rechtsgut* (the interest therein protected) would, on this account, constitute ‘harm’. Harm would be, in other words, the criminal-law negation (infringement) of the *Rechtsgut* and so, it is reasonable to believe that the function of legal goods could correspond to the function(s) of harm, or rather, the harm principle. Both concepts, ‘harm’ and ‘legal good’, overlap in their common ‘building block’, namely the ‘interest’. ‘Interest’ is their point of convergence, for ‘harm’ is a ‘setback to an interest (of another)’ and ‘legal good’ (or *Rechtsgut*) a ‘legally protected interest’”. PERŠAK, Nina. *Op.cit.* p. 105.

nação da legitimidade do bem jurídico tutelado. Em outras palavras, o *harm principle* pode ser útil para encontrar falsos bens jurídicos¹⁵¹.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Claudio do Prado. *Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.
- AMELUNG, Knut. El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.
- ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho penal económico y Constitución. *Revista penal*, v.1, 1998.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- BECK, Ulrich. *A Europa alemã*. A crise do euro e as novas perspectivas de poder. Trad. Kristina Michahelles. São Paulo: Paz e Terra, 2015.
- _____. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. *Modernização reflexiva*. Política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 2012.
- _____. *Sociedade de risco*. Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: RT, 2007.
- D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- DEVLIN, Patrick. *La imposición de la moral*. Trad. Miguel Ángel Ramiro *et al.* Madrid: Dykinson, 2010.
- DRIPPS, Donald A. The liberal critique of the harm principle. *Criminal Justice Ethics*, v.17, 1998.
- FEINBERG, Joel. *Harm to others*. The moral limits of the criminal law. New York: Cambridge University Press, 1984.

¹⁵¹ “It is perhaps better, instead of trying to see whether ‘harm’ and (the negation of) ‘legal good’ overlap, to see what, if anything, the harm principle theory could contribute to the *Rechtsgut* theory. The juxtaposition with the previously expounded harm principle indicates that the harm principle and harm, as conceived, might provide exactly that critical dimension the concept of legal good requires, in order to break away from merely describing what is in the positive (criminal) law”. PERŠAK, Nina. *Op.cit.* p. 118.

- GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.
- _____. A vida em uma sociedade pós-industrial. In: GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. *Modernização reflexiva*. Política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 2012.
- _____. Risk and responsibility. *The Modern Law Review*, v.62, 1999.
- _____. *Runaway world*. New York, 2.ed. Routledge, 2010.
- GLASSNER, Barry. *The culture of fear*. New York: Basic Books, 2009.
- HARCOURT, Bernard E. The collapse of the harm principle. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol.90, 1999.
- HART, H. L. A. *Direito, liberdade, moralidade*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: SAFE, 1987.
- HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Trad. Francisco Muñoz Conde y M^a del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- _____. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.
- HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.
- HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.
- HUSAK, Douglas. *Overcriminalization*. The limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 2008.
- JHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*. Tomo I. Trad. Heder k. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- MATA Y MARTÍN, R. M. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Granada: Editorial Comares, 1997.
- MENDONZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid, Civitas, 2001.

- MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Trad. Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: SAFE, 1989.
- PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.
- PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002.
- PERŠAK, Nina. *Criminalising harmful conduct*. The harm principle, its limits and continental counterparts. Springer: New York, 2007.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3.ed. São Paulo: RT, 2011.
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. *Derecho Penal*. Parte general. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña *et al.* Madrid, Civitas, 1997.
- SATO, Catherine Ruriko. *Crimes de perigo abstrato e a questão da tentativa: limites da antecipação da tutela penal*. Dissertação de mestrado – Universidade de São Paulo, 2012.
- SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.
- SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2.ed. Madrid: Civitas, 2001.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- _____. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003.
- SMITH, Steven D. Is the harm principle iliberal? *The American Journal of Jurisprudence*, v.51, 2006.