

PUCRS

ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

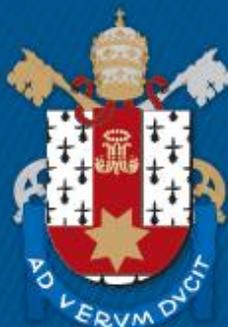
PEDRO HENRIQUE PAVANATTO DE FREITAS

**HARM PRINCIPLE, BEM JURÍDICO-PENAL E OFENSIVIDADE: SUAS IMPLICAÇÕES
RELATIVAS AO USO DE DROGAS**

Porto Alegre

2018

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

PEDRO HENRIQUE PAVANATTO DE FREITAS

**HARM PRINCIPLE, BEM JURÍDICO-PENAL E OFENSIVIDADE: SUAS
IMPLICAÇÕES RELATIVAS AO USO DE DROGAS**

Dissertação de Mestrado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Ciências Criminais.

Área de Concentração: Sistema Penal e Violência
Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza

Porto Alegre

2018

Ficha Catalográfica

F866h Freitas, Pedro Henrique Pavanatto de

Harm Principle, Bem Jurídico-Penal e Ofensividade : suas implicações
relativas ao uso de drogas / Pedro Henrique Pavanatto de Freitas . – 2017.
131 f.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências
Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza.

1. Harm Principle. 2. Teoria do Bem Jurídico-Penal. 3. Princípio da
Ofensividade. 4. Uso de drogas. I. Souza, Paulo Vinícius Sporleder de. II.
Título.

PEDRO HENRIQUE PAVANATTO DE FREITAS

**HARM PRINCIPLE, BEM JURÍDICO-PENAL E OFENSIVIDADE: SUAS
IMPLICAÇÕES RELATIVAS AO USO DE DROGAS**

Dissertação de Mestrado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Ciências Criminais.

Aprovada em: 24 de novembro de 2017.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Paulo Vinícius Sporleder de Souza - Orientador

Prof. Dr. Marcelo Almeida Ruivo - Ulbra

Prof. Dr. João Alves Teixeira Neto – Pós-Doutorando PPGCCRIM

Dedico esta dissertação a todos que tiveram suprimida sua liberdade pelo Estado por se relacionar com drogas “ilícitas”.

AGRADECIMENTOS

Apesar deste trabalho envolver um afastamento social, por vezes, até mesmo um isolamento e sofrimento, como o estudo intelectual deve ser, importa, agradecer aqueles e àquelas que ajudaram das mais diversas maneiras para o sucesso dessa empreitada. Meu imenso obrigado:

À PUCRS, por toda a infraestrutura disponibilizada, em especial a biblioteca e as bases de dados que assina, por ser o território do meu aprendizado jurídico e de vida, desde minha graduação, especialização e, agora, mestrado.

Ao PPGCCrim, que o faço em nome da Prof^a. Dr^a. Ruth Gauer, pela oportunidade de estar convivendo com mentes tão brilhantes e pesquisadores que elevam a pesquisa em ciências criminais à excelência. Ao programa ainda devo toda a possibilidade de engrandecimento acadêmico, pois me recompensou com uma bolsa de pesquisa da CAPES, sem a qual este trabalho não seria possível.

Aos professores, em especial meu professor orientador, Paulo Vinícius Sporleder de Souza, que sempre foram disponíveis, atentos e perseverantes, me ensinaram mais do que apenas conteúdos, mas a pensar de maneira racional e desprendida de preconceções, a aceitar a crítica – como elogio acadêmico – e a querer ser como eles no futuro.

Aos colegas pela parceria e amizade que fizeram da nossa turma a mais lembrada da história deste programa, onde imperou a humildade, a vontade de aprender juntos, sem deixar ninguém para trás e com uma fraternidade exemplar para sociedade.

Aos meus amigos e parentes, que faço em nome dos meus tios Mario e Madalena Soares, por estarem sempre disponíveis quando precisei de seus auxílios, por entenderem meu afastamento e porque não desistiram nunca de me convidar para os mais diversos tipos de encontros.

À minha família, Marta, Henrique, Ana Paula e João Arthur, por entenderem minha ausência e nunca deixarem de me amar pelo que sou. Especialmente aos meus pais, por acreditarem no conhecimento como força transformadora da sociedade.

À Laura Hypolito, por me ajudar nesta pesquisa com seu conhecimento invejável sobre o tema, fazendo com que eu me empenhasse ao máximo a cada frase escrita, pelas revisões e, principalmente, por me abraçar nos momentos em que eu mais precisava.

Algum dia, quando a descriminalização das drogas for uma realidade, os historiadores olharão para trás e sentirão o mesmo arrepio que hoje nos produz a inquisição.

Javier Martínez Lázzaro – Juiz Penalista.
Madrid, Espanha

RESUMO

Neste estudo abordam-se as implicações (dogmáticas e político-criminais) do *Harm Principle*, da Teoria do Bem Jurídico-Penal e do Princípio da Ofensividade referentes ao uso de drogas. Para tanto, aprofunda-se sobre tais princípios nos dois primeiros capítulos, dando ênfase à análise e problematização dos aspectos dogmáticos e político-criminais. Ainda, por se tratarem de princípios de matrizes diferentes - sendo o *Harm Principle* anglo-americano, e a Teoria do Bem Jurídico-Penal e o Princípio da Ofensividade europeus continentais - utiliza-se da metodologia do direito penal comparado para fornecer as bases necessárias para tal tipo de aproximação, analisando-se a sua aplicabilidade prática em relação à jurisprudência canadense e brasileira relacionada ao uso de drogas. Verifica-se a impossibilidade, em um Estado Democrático de Direito, de encontrar legitimação intrassistêmica para proibição do consumo de drogas, tidas erroneamente como ilícitas, tratando-se de uma criminalização onde inexistente bem jurídico-penal legítimo e a possibilidade de afetação de algum bem jurídico, tanto pela perspectiva da ofensividade como pelo *Harm Principle*, é inconsistente.

Palavras-chave: *Harm Principle*. Teoria do Bem Jurídico-Penal. Princípio da Ofensividade. Uso de drogas.

ABSTRACT

This study address with the implications (dogmatic and political-criminal) of Harm Principle, Theory of Legal Good and the Principle of Offensiveness concerning the use of drugs. In order to do this, our first two chapters are based on these principles, emphasizing the analysis and problematization aspects of dogmatic and criminal policy. Moreover, since they are the principles of different matrices, the Harm Principle, Anglo-American, and Theory of Legal Good and Offensiveness, continental Europeans, use the methodology of comparative criminal law to provide as bases approach, and to analyze its practical application in relation to the Canadian and Brazilian jurisprudence related to the use of drugs. Thus, it is impossible for a democratic state ruled by law to find an intrasystemic legitimation to prohibit the use of drugs, erroneously considered as illicit, in the case of this criminalization where there is no legitimate legal good and the possibility of affectation of some legal good, both from the perspective of offensiveness and by the Harm Principle, is inconsistent.

Keywords: Harm Principle. Theory of Legal Good. Principle of Offensiveness. Drug Use.

LISTA DE SIGLAS

CF – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CP – Código Penal Brasileiro

CPP – Código de Processo Penal Brasileiro

DF – Distrito Federal

HC – Habeas Corpus

OEA – Organização dos Estados Americanos

RE – Recurso Extraordinário

RHC – Recurso em Habeas Corpus

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	HARM PRINCIPLE	17
2.1	JOHN STUART MILL E A ORIGEM DO HARM PRINCIPLE.....	17
2.2	JOEL FEINBERG E A SISTEMATIZAÇÃO DO HARM PRINCIPLE.....	23
2.3	A NATUREZA DO HARM PRINCIPLE.....	29
2.4	FUNÇÕES DO HARM PRINCIPLE.....	32
2.5	HARM TO OTHERS.....	34
2.6	PROBLEMAS COM O CONCEITO DE HARM (DANO).....	39
2.7	LIMITES OU UMA TENTATIVA DE IMPOR BARREIRAS A EVENTUAIS ABUSOS	44
3	LIMITES MATERIAIS NO CIVIL LAW	48
3.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS: DA PERSPECTIVA POSITIVA-LEGALISTA À PERSPECTIVA RACIONAL.....	48
3.2	TEORIA DO BEM JURÍDICO-PENAL.....	50
3.2.1	Construção histórica do Bem Jurídico-Penal	50
3.2.2	Estado da arte	57
3.2.3	Definição	64
3.2.4	Bens Jurídicos individuais e supraindividuais	67
3.3	PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE.....	70
4	HARM PRINCIPLE, TEORIA DO BEM JURÍDICO-PENAL E PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE: COMPARAÇÃO E SUA APLICAÇÃO NO USO DE DROGAS	78
4.1	MÉTODO DE DIREITO COMPARADO E GLOBALIZAÇÃO.....	78
4.2	HIBRIDIZAÇÃO DE SISTEMAS JURÍDICO-PENALIS A PARTIR DA METODOLOGIA DO DIREITO PENAL COMPARADO.....	84
4.3	HARM PRINCIPLE, TEORIA DO BEM JURÍDICO-PENAL E PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DO SEU ENTENDIMENTO E ACEITAÇÃO A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA AO USO DE DROGAS.....	89
4.3.1	A jurisprudência canadense: The Queen v. Malmo-Levine, The Queen v. Caine case	90
4.3.2	A jurisprudência brasileira: o Recurso Extraordinário nº 635659	99
4.4	HARM PRINCIPLE, TEORIA DO BEM JURÍDICO-PENAL E PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE: A ILEGITIMIDADE DA PROIBIÇÃO DO USO DE DROGAS.....	107

5	CONCLUSÃO	120
	REFERÊNCIAS.....	123

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente importa pontuar que esta dissertação versa sobre grandes problemas do direito penal: é possível estabelecer limites ao poder de incriminar do legislador? Quais condutas o Estado deve e pode proibir? Pode-se proibir condutas meramente morais? Essas perguntas serão respondidas neste estudo. Sem a pretensão de esgotar as problematizações possíveis de serem relacionadas ao tema, mas sendo capaz de apontar as direções para seu entendimento.

Político-criminalmente, sabe-se que embora haja delitos que apontem para a proteção de bens e valores fundamentais - como a vida, a integridade corporal e a liberdade - e, portanto, têm suporte praticamente unânime, proibições criminais mudam com a passagem do tempo, bem como suas respectivas penalidades. Ao mesmo tempo, diferentes crimes podem ser entendidos como legítimos ou não, em diferentes lugares. Portanto, o que é punível hoje pode ser socialmente aceito amanhã. Isso devido às mudanças sociais, mas não somente a elas.

Deste modo, existem aspectos normativos relevantes que, ao seu turno, determinam a legitimidade ou não de uma determinada conduta. Assim, o presente trabalho irá averiguar o *Harm Principle* de forma a introduzi-lo a questões relativas ao seu conteúdo histórico, filosófico e normativo. Tal princípio advém do século XIX, momento em que é apresentado por John Stuart Mill, e a partir daí é incorporado ao ideal liberal de sociedade. Assim, através dos séculos que sucederam é desenvolvido e normatizado, a deixar de ser um ideal político-social, e passar a ter grande influência no direito anglo-americano. A afirmação de que o único fim para com que o Estado está autorizado a restringir a liberdade individual de alguém é para evitar dano a outros é incorporada ao pensamento social e jurídico, de modo a impor limites e dar a devida função ao direito penal, sem, no entanto, encontrar grandes dificuldades frente a desejos punitivistas mais amplos.

Por outro lado, respostas às perguntas iniciais serão apresentadas de forma normativa, e sua fundamentação se dará também através do estudo de outros princípios que dão função e limitam o direito penal, quais sejam: a Teoria do Bem Jurídico-Penal e o Princípio da Ofensividade. Será averiguado nesta dissertação o que várias pesquisas anteriores já demonstram em relação aos limites materiais relativos ao direito continental europeu, e que respondem através de seus estudos – em suas variadas formas – de maneira afirmativa. Ou seja, apesar dos vários

conceitos adotados e de diferentes visões, sintetiza-se afirmando que crime é lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos-penais legítimos. Além disso, serão expostos aspectos de importância fundamental para ser devidamente compreendido de que maneira a Teoria do Bem Jurídico-Penal se desenvolveu historicamente e será demonstrado como foram construídos os pilares que hoje a sustentam, bem como as críticas envolvidas.

Deste modo será apresentado ainda que a Teoria do Bem Jurídico-Penal dedica-se quase que exclusivamente a apontar a compreensão do objeto da tutela penal. Existe, então, um lapso no que diz respeito à afetação deste objeto através da conduta praticada. Isto é, o direito penal justifica a sua intervenção não só devido à natureza dos bens jurídicos em causa, mas também atendendo à intensidade da agressão que é levada a cabo para com esses bens jurídicos fundamentais.

Neste sentido, a hipótese que tem maior relevância para averiguar a intensidade da agressão é o Princípio da Ofensividade que completa a proposição de legitimidade e limite da atuação do conceito de bem jurídico-penal e este será, também, objeto deste estudo. Outra hipótese que tem sido estudada por penalistas contemporâneos aponta para a teoria anglo-americana do *Harm Principle* como possível de ser alinhada às outras para explicar, legitimar e limitar o poder punitivo estatal. Neste ponto específico ainda existe uma lacuna a ser preenchida pelas pesquisas no Brasil.

No presente trabalho, pretende-se adentrar nesse vazio acadêmico ao aprofundar o *Harm Principle*, em harmonização com as demais, por meio de uma metodologia comparativa e dedutiva-dialética. Isso porque vem a ocorrer na contemporaneidade uma inter-relação entre os sistemas jurídicos distintos, na medida em que existe um fenômeno de uniformização do direito em esfera global e, portanto, mostra-se necessário um aprofundamento para encontrar compatibilidades e limites de interferência. Pois categorias de um sistema têm geometricamente adentrando ao outro, e vice-versa, tornando mais uma vez a nos perguntarmos sobre como deve se dar tal interação.

Para isso, parte-se da premissa que os princípios tradicionais continentais são compatíveis com os princípios da *common law*, essencialmente, o *Harm Principle*. Justifica-se saber quais os limites dessa intersecção e se tanto o Princípio da Ofensividade quanto o *Harm Principle* caminham lado a lado na orientação da forma com que uma conduta pode afetar o objeto de proteção da norma, isto é, o bem

jurídico-penal.

Os princípios que serão aprofundados ao longo deste texto, não constituem um conceito fácil de ser fechado, sendo árdua a tarefa de adequá-los dentro de uma categoria única. Todavia, compreende-se que hoje é necessário discutir várias questões relativas a sua concreta verificação, para assim, saber se a lei penal protege autênticos bens jurídicos incriminadores e qual a forma dessa afetação. Por isso, no último capítulo, será apresentado um tema específico, que servirá perfeitamente como referencial para a aplicação destes princípios: o uso de drogas.

Assim sendo, ao utilizar o método do direito comparado, faz-se necessário analisar aspectos jurisprudenciais, pois em particular o direito anglo-americano é compreensível pelo seu fundamento histórico, sociológico e prático. Para preencher esta exigência metodológica pretende-se verificar como os princípios têm seu respaldo em julgamentos que foram especificamente recortados no que tange ao uso de drogas. Nesse sentido foram escolhidos cuidadosamente dois casos: o Julgamento da Suprema Corte Canadense no caso *The Queen v. Malmo-Levine*, *The Queen v. Caine*, onde o *Harm Principle* é profundamente debatido como um princípio fundamental em relação à Constituição; e o Recurso Extraordinário nº 635.659, ainda em julgamento no STF. Ambas decisões relacionam tais princípios legitimadores do direito penal com este objeto específico.

Tal objeto consiste em uma análise crítica da Lei nº 11.343/2006, a qual define a política pública em relação às drogas, e que acaba de completar dez anos de implementação com resultados desastrosos e grandes divergências entre a doutrina e a jurisprudência. Críticas criminológicas e político-criminais apresentam-se de maneira clara, e este trabalho não deixará de considerá-las, dando ênfase, principalmente, aos aspectos normativos-dogmáticos do uso de drogas em relação aos princípios abordados.

A posição que neste estudo será encontrada é clara. Não é uma legislação penal irrestrita, autoritária, antidemocrática que se deseja, mas sim, o seu uso moderado e legitimado do controle penal. Portanto, a presente dissertação, justifica-se na medida em que busca pontuar uma questão já secular da existência de limites a intervenção estatal, que se dá através do direito penal na esfera de liberdades do indivíduo.

Por fim, trata-se de um trabalho que tem objetivos claros e dinâmicos, que constituem em estudar princípios que dão função e limites ao poder punitivo estatal,

comparar e harmonizar, bem como, aplicar em um objeto específico que serve de plano prático para os ensejos teóricos.

2 HARM PRINCIPLE

Este capítulo faz referência aos aspectos históricos, normativos, natureza e função do *Harm Principle*, bem como aborda especificamente um princípio derivado deste, o *Harm to Others*, a problemática envolvendo o conceito de *harm* e seus limites.

2.1 JOHN STUART MILL E A ORIGEM DO HARM PRINCIPLE

De pronto, importa situar o *Harm Principle* historicamente, pois demonstrará qual o contexto onde John Stuart Mill apresentou tal princípio e a importância que hoje ainda se faz a fixação da liberdade individual frente à vontade social. O contexto no qual aparece o pensamento de Mill é o do século XIX, onde um iluminismo tardio chega à Inglaterra.

Sabe-se que os filósofos franceses do século XVIII serviram de exemplo para este pensamento iluminista que chegou à Inglaterra e sem dúvida houve grande influência destes pensadores na obra de John Stuart Mill.¹ O autor lembra dos jovens filósofos da década de 1820 da Europa Continental – e a partir deste contexto vem a introduzir um mundo de ideias que, ainda que contemporâneas do movimento romântico, discordavam fortemente dele. Baumer chama este conjunto de pensamentos oriundos do século XIX de Neo-Iluminismo, por causa da sua semelhança na disposição e na finalidade geral com o movimento Iluminista do século XVIII da Europa continental. Os seus principais proponentes eram os utilitaristas e os radicais ingleses, cujo Mill integra, os positivistas franceses, os jovens hegelianos da Alemanha, e determinadas categorias de realistas, cientistas, liberais e socialistas de toda a Europa. Apesar de alguma fertilização cruzada, é óbvio que estes grupos não constituíam uma espécie de pensamento único. No entanto, tinham algo em comum: todos eles trouxeram o espírito do iluminismo, em formas e graus diferentes, para meados do século XIX.²

Mill adotou um método – ressalta-se aqui que o século XIX foi o século do cientificismo - mais empírico e histórico, onde distinguia entre leis empíricas e verdadeiramente causais e acreditava que devido à grande complexidade dos

¹ MILL, John Stuart. **Autobiografia**. Tradução Alexandre Braga Massella. São Paulo: ILUMINURAS, 2007. p. 90 e ss.

² BAUMER, Frankilin. **Pensamento Europeu Moderno II**. Tradução Maria Manuela Alberty. Rio de Janeiro: Edições 70, 1977. p. 59.

assuntos humanos, só as primeiras, ou metodologicamente “generalizações aproximadas” eram possíveis para descrever cientificamente os fenômenos sociais – Mill descrevia a lógica como um manual sobre a doutrina oposta – que derivava todo o conhecimento obtido da experiência³ - , além disso, historicamente pensava a sociedade como uma matéria cuja as propriedades eram mutáveis. Portanto, nesse sentido opunha-se ao que foi o pensamento do século anterior de que a sociedade era a perpétua recorrência das mesmas séries numa ordem invariável. Para ele a ciência social era como o princípio do movimento na mecânica, ou da vida na biologia, “Se a formação do caráter individual já é um objeto complexo, muito mais complexo deve ser, pelo menos aparentemente, este outro objeto”⁴ tal objeto refere-se ao estudo da vida social, enfim, a extraordinária flexibilidade do ser humano em sua natureza.

Assim, Mill, percebeu que muito embora os aspectos morais do ser humano fossem formados pelas circunstâncias em que se encontravam, as características subjetivas dos indivíduos podem fazer muito para alterar as circunstâncias da vida. Assim a vontade, logicamente, é capaz de exercer influência sobre algumas circunstâncias, modificando hábitos futuros ou capacidades.⁵

Todo argumento que Mill apresenta no livro “Sobre a liberdade” pressupõe esta espécie de livre escolha para moldar o caráter humano e, deste modo, influenciar os acontecimentos.⁶ O ser humano não é uma máquina construída segundo um modelo, mas pode ser comparada a uma árvore que cresce “de acordo com a tendência das forças internas que a fazem uma coisa viva”.⁷

Esse pensamento de Mill no século XIX foi uma resposta ao novo “deus” que naquele contexto era a sociedade – e claramente o Estado – sendo, portanto, uma afirmação da liberdade individual frente à vontade social. Importante pontuar que Mill não foi ao extremo do individualismo – como foram alguns anarquistas do seu tempo v.g. Max Stirner – todavia, não abriu mão de defendê-lo acreditando que apenas

³ BAUMER, Frankilin. **Pensamento Europeu Moderno II**. Tradução Maria Manuela Alberty. Rio de Janeiro: Edições 70, 1977. p. 66.

⁴ MILL, John Stuart. **A Lógica das Ciências Morais**. Tradução Alexandre Braga Massella. São Paulo: ILUMINURAS, 1999. p. 73.

⁵ MILL, John Stuart. **A Lógica das Ciências Morais**. Tradução Alexandre Braga Massella. São Paulo: ILUMINURAS, 1999. p. 41-43.

⁶ BAUMER, Frankilin. **Pensamento Europeu Moderno II**. Tradução Maria Manuela Alberty. Rio de Janeiro: Edições 70, 1977. p. 80.

⁷ MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM Editores, 2016. p. 92.

o indivíduo era real, sendo o Estado um corpo fictício.⁸

Mill viu em sua época a necessidade de retificar as injustiças de uma sociedade industrial, mas o fez sem renunciar ao individualismo (como, por exemplo, fez a ideologia comunista), pelo contrário, tomou fortemente sua defesa desenvolvendo sérias dúvidas sobre a democracia igualitária, pensando até que poderia se tornar uma tirania da maioria, uma força repressiva da uniformidade:

Em uma sociedade, todo o progresso dependia do avanço da aplicação da verdade; os indivíduos descobriam novas verdades; conseqüentemente, a sociedade devia não só permitir, mas também encorajar a natureza humana “a expandir-se em diferentes e numerosas direções; qualquer tentativa para refrear este desenvolvimento livre, através da opinião pública ou qualquer outra, era obviamente uma demência completa; era este o argumento de Mill. Mill defendia o individualismo mais na base da utilidade do que do direito natural. Segundo o seu ponto de vista, a liberdade, a liberdade do indivíduo, tinha maior utilidade social do que a justiça ou a igualdade.⁹

Essa visão é complementada e forjada a partir da base teórica e ideológica na qual envolvia o pensamento da época – importa salientar que Mill era um filósofo político do século XIX sendo muito influenciado pelas ideias dos iluministas ingleses do século anterior, como Locke e Hume, estes empiristas e que se diferenciavam do racionalismo europeu continental. Entretanto, no século XIX as ideias românticas que influenciaram as revoluções na Europa Continental e na América tomaram força na Inglaterra acarretando no pensamento utilitarista. Mill, juntamente com Bentham, foi o expoente de tal visão:¹⁰

Considero a utilidade como a base última em todas as questões éticas; mas deve ser utilidade no sentido mais amplo, fundada nos interesses permanentes do homem como ser capaz de progresso. Sustento que tais interesses permanentes do homem como ser capaz de progresso. Sustento que tais interesses autorizam a sujeição da espontaneidade individual ao controle externo apenas no que se refere àquelas ações individuais que concernem ao interesse de outras pessoas.¹¹

Esse utilitarismo de Mill influenciado principalmente pela simplicidade de Bentham - a maior felicidade possível para o maior número de pessoas -, fez Mill ser

⁸ BAUMER, Frankilin. **Pensamento Europeu Moderno II**. Tradução Maria Manuela Alberty. Rio de Janeiro: Edições 70, 1977. p. 84.

⁹ BAUMER, Frankilin. **Pensamento Europeu Moderno II**. Tradução Maria Manuela Alberty. Rio de Janeiro: Edições 70, 1977. p. 85.

¹⁰ WEFFORT, Francisco C. **Os Clássicos da Política**. 11. ed. São Paulo: Ática, 2006. p. 191-199.

¹¹ MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM Editores, 2016. p. 24.

uma influência importante para o fortalecimento de uma democracia liberal e na afirmação dos direitos individuais contra a vontade geral da sociedade, inclusive pelo seu *Harm Principle*. Mas não só, cultivou o sentimento do poder da razão para desenvolver os indivíduos e as sociedades, portanto, um racionalismo reformista, que assume que a razão pode estabelecer metas adequadas a todos e persuadir os seres humanos, através do debate e das evidências, a segui-las: “*todas las grandes causas del sufrimiento humano pueden contrarrestarse considerablemente, y muchas casi enteramente, con el cuidado y el esfuerzo del hombre*”¹²

No aspecto racionalista de Mill, vê-se que esse tinha, talvez, uma concepção mais equilibrada de progresso intelectual. Compreendeu, bem como Marx, que os seres humanos eram colocados em circunstâncias econômicas, sociais e políticas e que as suas perspectivas eram formadas por meio delas. Mas os efeitos podiam reagir contra as causas, isto é, os seres humanos podiam, por sua vez, moldar e dar forma às circunstâncias. O que torna isso possível é, principalmente, a habilidade do homem de pensar e especular. A atividade intelectual produzia um novo conhecimento que, por sua vez, tornava possível a evolução material, moral e política. Foi com base nisso que Mill concentrou e defendeu a importância da liberdade, e a colocou com pedra angular do progresso da civilização.¹³

Ainda, sobre o pensamento utilitarista de Mill, salienta-se que a ênfase desse utilitarismo não é fundada no egoísmo (como muitos críticos desta corrente de pensamento pontuam), mas sim no altruísmo, de modo que a felicidade individual contém a simpatia aos outros. Sua opinião era que o egoísmo, fomentado pelas instituições modernas, podia ser gradualmente extirpado da humanidade, incluindo a multidão inculta e seus patrões, pois tal barreira não é própria, ou seja, de constituição essencial da natureza humana.¹⁴

Portanto, agora situado o autor base para o que virá a ser o *Harm Principle*, vê-se que a visão sobre a liberdade individual desenvolvida tornou-se uma forma de ver a liberdade na modernidade. Deste modo, tem-se como pilar para o princípio de John Stuart Mill:

¹² MILL, John Stuart. **El Utilitarismo**. Tradução Ramón Castilla. 3. ed. Buenos Aires: Aguilar, 1962. p. 43. (grifo nosso)

¹³ BAUMER, Frankilin. **Pensamento Europeu Moderno II**. Tradução Maria Manuela Alberty. Rio de Janeiro: Edições 70, 1977. p. 94.

¹⁴ MILL, John Stuart. **Autobiografia**. Tradução Alexandre Braga Massella. São Paulo: ILUMINURAS, 2007. p. 196 e ss.

O único fim, para o qual a humanidade está assegurada, individualmente ou coletivamente, em interferir com a liberdade de ação de qualquer indivíduo é a autoproteção. O único propósito pelo qual o poder possa ser legitimamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é evitar danos a outros. Seu próprio bem, físico ou moral, não é um mandado suficiente.¹⁵

Mill introduz o *Harm Principle* como um princípio muito simples, com o direito de governar de maneira bastante completa as relações da sociedade com o indivíduo na forma de coerção e controle. Assim ou a sociedade utiliza os meios de força física (coerção) sob a forma de penalidades legais, ou a opinião pública como meio de desaprovação moral.¹⁶

Além disso, é importante perceber o individualismo desta concepção, ou seja, o ordenamento justo deve ser pensado como uma soma de recursos sociais e precondições culturais que devem permitir ao sujeito individual articular, sem coerções, seu autêntico si mesmo ao longo de sua vida. As seções sobre a teoria da liberdade de Mill, são orientadas não simplesmente por uma ideia negativa de liberdade, mas por um ideal de autorrealização. Mill vê que é tarefa de todo governo criar, por meio das medidas educacionais adequadas e pela garantia estrita de um pluralismo da opinião pública, uma “atmosfera” de liberdade social, na qual os membros da sociedade possam chegar ao máximo do desenvolvimento individualizado de seus “atributos, faculdades e sensibilidades”.¹⁷ Mill via a margem de ação para a autorrealização subjetiva, que o Estado deve garantir mediante educação universal, diversidade de opiniões e de ofertas culturais, sendo limitada apenas pelo *Harm Principle*.

É possível perceber, a partir disso, que seu princípio não é apenas um princípio de criminalização, ou ainda, não é um princípio dirigido apenas ao Estado, mas à sociedade e à toda opinião pública. Nesse sentido, delimita-se a esfera da liberdade do indivíduo - área autoconsciente - da esfera que diretamente interessa à sociedade e na qual a sociedade tem, portanto, o direito de interferir com a vida do indivíduo. Não apenas sob a forma de criminalização, mas também como leis civis e

¹⁵ MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM Editores, 2016. p. 22.

¹⁶ MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM Editores, 2016. p. 22.

¹⁷ HONNET, Axel. **O Direito da Liberdade**. Tradução Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 75-76.

leis administrativas, proibições ou imposições de deveres de qualquer tipo e mesmo como medidas de controle social informal, por exemplo, coerção da opinião pública. O que Mill afirma é que dentro da esfera que diz respeito apenas ao indivíduo, a sociedade não pode interferir: "Na parte que se refere apenas a si mesmo, sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seu próprio corpo e mente, o indivíduo é soberano".¹⁸

Nesse sentido vê-se que a lógica de Mill aparece aqui, de tal modo que se qualquer pessoa pratica um ato danoso a outrem, nesta hipótese há aí uma ocorrência *prima facie* para puni-la, seja por lei ou, quando não há segurança para aplicação das penas de lei, pela desaprovação geral.¹⁹ Aqui fica claro que a proposta não se restringe à esfera criminal, posto que o *Harm Principle* é direcionado também à sociedade, não apenas ao Estado.

Ademais, existem também, além das ações, as omissões. Nestes casos, uma pessoa também pode ser coagida pelo Estado, estando assim obrigada a agir, v. g., prestar depoimento em um tribunal de justiça, salvar a vida de um semelhante ou intervir para proteger indefesos contra maus tratos. Nesse sentido o indivíduo pode ser legitimamente chamado a responder perante ao Estado e à sociedade caso não as faça. Salienta-se que para Mill uma pessoa pode causar dano a outras não só por suas ações, mas também por suas omissões, e em ambos os casos é legítimo que ela deva prestar contas por tal lesão.²⁰

Entretanto, para Mill existe uma esfera de ação em que a sociedade, no que se distingue do indivíduo, tem um interesse apenas indireto e circunscreve toda aquela parte da vida e da conduta de uma pessoa que afeta apenas a ela mesma ou, se vem a ferir outras também, é apenas com o consentimento e a participação livre, voluntária e sem ludíbrio dessas outras pessoas. E aqui importa pontuar uma questão de grande relevância: quando Mill fala em "apenas a ela mesma", quer dizer diretamente e em primeiro lugar, pois tudo o que afeta uma pessoa pode afetar outras pessoas por seu intermédio.

Compreende, primeiramente, o domínio interno da consciência, exigindo a

¹⁸ MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM Editores, 2016. p. 23.

¹⁹ MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM Editores, 2016. p. 24.

²⁰ MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM Editores, 2016. p. 24-25.

liberdade de consciência em seu sentido mais abrangente, a liberdade de pensamento e sentimento, a liberdade absoluta de opinião e sentimento sobre todos os assuntos, práticos ou reflexivos, científicos, morais ou teológicos.²¹

Logo, esse princípio da liberdade de Mill – de onde se extrai o *Harm Principle* - é a proposição de que o Estado tem legitimidade em intervir coercivamente para regular uma conduta humana, somente quando essa conduta causa danos a outros. A conduta em que a pessoa meramente prejudica a si mesmo, ou por outro lado, uma conduta que é pensada apenas como imoral, é ilegítima para ser objeto de uma proibição estatal.²²⁻²³

Percebe-se, enfim, que o *Harm Principle* de Mill é, por um lado, utilitarista, visto que se centra nos efeitos da conduta proibida, mas não apenas nestes, pois ao buscar criminalizar algumas condutas que venham a prevenir danos, consiste também em um pensamento deontológico no sentido de um princípio preventivo de dano²⁴ Todavia, isso não foi aprofundado pelo autor clássico e é o que se buscará fazer nos próximos pontos.

2.2 JOEL FEINBERG E A SISTEMATIZAÇÃO DO HARM PRINCIPLE

O *Harm Principle* foi implicitamente confirmado em 1957 pelo famoso Relatório de Wolfenden²⁵ de um Comitê Ministerial Inglês, que se manifestou a

²¹ MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM Editores, 2016. p. 25.

²² SIMESTER, A P; HIRSCH, Andreas von. **Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalization**. Oxford: Hart Publishing Ltd, 2011. p. 35.

²³ “*The principle is, that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number is self-protection. That the only purpose for which power can rightfully be exercised over any member of a civilised community against his will is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant.*” (grifo nosso) (SIMESTER, A P; HIRSCH, Andreas von. **Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalization**. Oxford: Hart Publishing Ltd, 2011. p. 35.)

²⁴ AMBOS, Kai. Bien Jurídico y Harm Principle Bases teóricas para determinar la función global del derecho penal internacional: una segunda contribución para una teoría coherente del derecho penal internacional. Tadução Carolina Aguilera Marinovic. **Revista De Derecho Penal y Criminología**, v. 3, n. 10, p. 355, 2013.

²⁵ Vê-se que: “[...]o Comitê de Transgressões Homossexuais e Prostituição, presidido pelo Lorde Wolfenden (Comitê Wolfenden), com o intuito de analisar a conservadora legislação penal da Inglaterra então em vigor. Em 1957, o comitê apresentou seu relatório final, sugerindo reformas na lei criminal inglesa, sendo que, dentre as propostas de alterações apresentadas, destacava-se a descriminalização das práticas homossexuais privadas, realizadas, consensualmente, entre adultos, consideradas inofensivas para a sociedade, não mais justificando a coerção penal. Na análise do relatório Wolfenden, Devlin apresenta seus argumentos no sentido de que a sociedade tem o direito de impor sua moral compartilhada, bem como deve legislar para proteger seus institutos sociais valiosos, como forma de preservar seu tecido social de desintegração e decadência. Hart, por sua vez, critica a teoria devliniana

respeito da criminalização da homossexualidade e da prostituição, afirmando que deve subsistir alguma esfera de moralidade e imoralidade privada que não é um assunto para o direito, ou seja, não é um assunto legal. Em consequência, a criminalização de tais condutas só pode ser aplicada se causar danos a outros. A partir daí surgiu uma controvérsia na doutrina sobre a finalidade do direito penal, especialmente sobre as condutas ditas imorais, onde exista uma carência de vítimas.²⁶

Importa pontuar, a priori, que o sistematizador do *Harm Principle* foi Feinberg, isto porque, Mill, em sua obra não o fez dentro de um sistema jurídico, mas sim observando aspectos político-sociais. Feinberg, então sistematizou este princípio para que fosse aplicado normativamente no direito.

Nesse sentido, então, traça-se uma distinção entre o que conceituou Mill e o que fez Feinberg. Este o aprofundou nos quatro volumes da obra *Moral Limits Of Criminal Law*, especificamente nos dois primeiros volumes *Harm to others* e *Offense to others*. Essa distinção se inicia a partir do momento em que Feinberg, não vê o dano como o único a ser legitimado para tornar uma conduta crime, como também se uma conduta é considerada ofensiva para outros em um sentido mais estrito. Também discute, mas rechaça, o paternalismo jurídico (*harm to self*) e o moralismo jurídico como justificativas para uma penalização.²⁷

*[...] it is always a good reason in support of penal legislation that it would be effective in preventing (eliminating, reducing) harm to persons other than the actor (the one prohibited from acting) and there is no other means that is equally effective at no greater cost to the values.*²⁸

Ou seja, Feinberg acredita que é sempre uma boa razão apoiar uma legislação penal que poderia ser eficaz na prevenção (eliminação, redução) de danos

por entender não caber ao sistema jurídico limitar a liberdade individual, punindo imoralidades as quais não gerem danos efetivos a terceiros.” (MARQUES, Rogério César. Os reflexos do debate Hart-Devlin na Teoria do Direito de Hart. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade**, Natal, v. 6, n. 1, 11 ed., 2015.)

²⁶ AMBOS, Kai. Bien Jurídico y Harm Principle Bases teóricas para determinar la función global del derecho penal internacional: una segunda contribución para una teoría coherente del derecho penal internacional. Tradução Carolina Aguilera Marinovic. **Revista De Derecho Penal y Criminología**, v.3, n. 10, p. 356, 2013.

²⁷ AMBOS, Kai. Bien Jurídico y Harm Principle Bases teóricas para determinar la función global del derecho penal internacional: una segunda contribución para una teoría coherente del derecho penal internacional. Tradução Carolina Aguilera Marinovic. **Revista De Derecho Penal y Criminología**, v. 3, n. 10, p. 356, 2013.

²⁸ FEINBERG, Joel. **Offense to others**. New York: Oxford University Press, 1985. p. xix. (grifo nosso)

a outras pessoas que não o ator (a pessoa proibida de agir) e não há nenhum outro meio que é igualmente eficaz sem trazer maiores custos para a sociedade.²⁹

Explica-se, portanto, como chegou o autor a tal afirmação. Primeiramente, a pergunta de Feinberg é a pergunta sobre a legitimidade das leis penais e sobre quais condutas o Estado pode interferir na autonomia do indivíduo. Nesse sentido, percebe-se que o autor demonstra que a resposta a essa pergunta dá-se no sentido de promover alguns princípios que limitam os poderes de coerção do Estado sobre o indivíduo e, conseqüentemente, a liberdade individual.

De maneira sintática, os argumentos legitimadores de tal interferência são no sentido de que o Estado pode impor uma sanção criminal quando pretende prevenir dano aos outros (*harm to others principle*); para prevenir ofensa aos outros (*offense principle*); para prevenir dano à própria pessoa (*principle of legal paternalism*) e para prevenir uma conduta intrinsecamente imoral, quer esse comportamento seja ou não prejudicial ou ofensivo para qualquer pessoa (*principle of legal moralism*).

Neste contexto, Feinberg define que a partir de um estado liberal apenas a visão que entende como uma razão legítima para incriminar uma conduta é o Harm to Others e o Offense Principle, as demais não são razões legítimas. A partir daqui centra-se, portanto, o estudo normatizador do *Harm Principle*, pois sem uma elaboração detalhada o princípio é demasiadamente amplo, um "receptáculo vazio".³⁰

Faz-se necessário, primeiramente, estabelecer dois sentidos para *harm*: um não-normativo, onde *harm* é simplesmente um revés para os interesses da parte prejudicada, e um normativo onde *harm* é um injusto³¹ - uma violação do direito de alguém. O *Harm Principle* combina elementos chave dos dois significados, ou seja, para causar dano a outra pessoa deve-se contrariar, impedir ou anular seus interesses de uma forma que viole seus direitos.

Feinberg empreende então uma longa discussão da natureza dos interesses e das maneiras diferentes em que estes podem ser violados. O autor parte da premissa que é necessário pensar que cada pessoa tem interesses de bem-estar e interesses ulteriores. Interesses de bem-estar são os pré-requisitos básicos do viver bem, são os meios, muitas vezes indispensáveis, para o avanço de nossos objetivos

²⁹ PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct**: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts. New York: Springer, 2007. p. 37.

³⁰ FEINBERG, Joel. **Harm to others**. New York: Oxford University Press, 1984. p. 245.

³¹ Percebe-se que Feinberg usa a palavra *wrong* aqui traduzida por mim e por outros (Martinelli, Machado) como algo antijurídico, ilegal, ilícito.

últimos, quaisquer que sejam esses objetivos.³²⁻³³ Exemplos de interesses de bem-estar incluem um mínimo de renda e segurança financeira, um tolerável ambiente físico e uma certa quantidade de liberdade sem interferência e coersão. Em geral, uma invasão nos interesses de bem-estar são “os mais sérios tipos de danos que podem atacar uma pessoa”.³⁴

Nesse sentido, Martinelli afirma que os interesses de bem-estar (welfare) são exigíveis frente ao Estado “por excelência”. É importante garantir a todos, sem exceção, tais interesses de bem-estar e, por conta disso, os indivíduos podem se opor quando existir uma violação a estes direitos.³⁵ A partir desta afirmação é traçado um grande debate de ideais, pois ao legislador é impossível estabelecer exatamente o que é o bem-estar para cada indivíduo de tal modo que a ele apenas resta presumir.³⁶

A liberdade de escolha configura um dos mais importantes pontos no interesse de bem-estar. O Estado tem do dever de oportunizar ao sujeito o direito de escolha sobre aquilo que é melhor ao seu bem-estar. Ao entrar nesta questão, aponta a discussão que, segundo o autor, é a mais interessante: pode uma pessoa ter um interesse de bem-estar lesado mesmo que com seu inteiro consentimento? Feinberg argumenta que não, e o faz através do princípio *volenti non fit injuria*, que traduz como “para aquele que consente não há lesão”, tal discussão dar-se-á então na esfera da autonomia e voluntariedade do consentimento, só a partir daí será possível o uso do *Harm Principle* como legitimador da intervenção.³⁷

De outra senda, interesses ulteriores são interesses pessoais em satisfazer as metas e aspirações finais do indivíduo. Embora em certo sentido são claramente mais importantes do que os interesses de bem-estar, eles não são, na maior parte das

³² FEINBERG, Joel. **Harm to others**. New York: Oxford University Press, 1984. p. 42.

³³ RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 92-98. Importante ressaltar a imensa similaridade da noção de “primary goods” que Feinberg traz de Rawls.

³⁴ FEINBERG, Joel. **Harm to others**. New York: Oxford University Press, 1984. p. 38.

³⁵ MARTINELLI, João Paulo. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 297 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Pós-Graduação em Direito, USP, São Paulo, 2010. p. 126.

³⁶ Nesse sentido o autor traz o seguinte exemplo: “Há pessoas que se contentam com a pobreza, outras que não querem trabalhar, algumas que estão sofrendo com doenças. Nem sempre aquilo que o legislador imagina ser o melhor terá efeitos sobre o bem-estar desses sujeitos: alguns pobres podem recusar ajuda financeira, alguns vadios não querem que lhes ofereçam emprego e alguns doentes querem encurtar a vida para não prolongar o sofrimento”. (MARTINELLI, João Paulo. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 297 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Pós-Graduação em Direito, USP, São Paulo, 2010. p. 126.)

³⁷ MARTINELLI, João Paulo. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 297 f. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Pós-Graduação em Direito, USP, São Paulo, 2010. p. 127.

vezes, diretamente protegidos pela legislação.³⁸ Como regra, aqueles que invadem os interesses ulteriores pessoais de outra forma senão pela invasão através dos interesses de bem-estar, ou o fazem simplesmente no exercício de sua própria liberdade, sem culpa moral, ou, se incorrerem em culpa, o fazem de maneiras sutis, não se tornando uma questão legal.³⁹ Devido a isso, tais interesses raramente serão objeto para penalidades respaldadas no *Harm Principle*.

Entendida razoavelmente a questão dos interesses que constituem o pano de fundo, é necessário partir para questões difíceis de aplicação do *Harm Principle*, para as quais Feinberg busca uma resposta, por exemplo: Pode alguém sofrer pena por tornar alguém pior que aquela pessoa já tenha sido anteriormente? A resposta aqui é negativa. Não é necessariamente um interesse pessoal de alguém ter “seus gostos elevados, sua sensibilidade refinada, seus julgamentos aguçados, sua integridade fortalecida: em suma para se tornar uma pessoa melhor”.⁴⁰

Ninguém causa dano a alguém ao tornar essa pessoa uma pessoa pior, a menos que essa pessoa tenha um interesse anterior em ter um bom carácter moral. Por exemplo, mesmo que a moral atual⁴¹ diga que pornografia degrade a sensibilidade de quem é exposto a ela, o Estado não pode tomar isso em conta como uma razão para censurar isto com a guarida do *Harm Principle*.⁴²

Outra questão que se faz necessária é se o Estado pode legitimamente tratar falhas pra prevenir danos da mesma maneira que trata condutas danosas. E a resposta aqui, da mesma maneira que a anterior, é negativa. O Estado não pode criminalizar “maus samaritanos”. Claro, pode criminalizar indivíduos que se abstem de prevenir danos, ao menos nos casos em que o dano é sério e o risco é pequeno (v.g. omissão de socorro), entretanto, a negativa continua verdadeira, devido ao fato que a falta da prevenção de um dano possa, ou não, ser plausível de ser a causa do dano subsequente.⁴³

A sistematização de Feinberg ao fim busca trazer situações problemáticas onde deve ser aplicado o *Harm Principle* a partir do que ele chama de mediating

³⁸ FEINBERG, Joel. *Harm to others*. New York: Oxford University Press, 1984. p. 62.

³⁹ FEINBERG, Joel. *Harm to others*. New York: Oxford University Press, 1984. p. 62.

⁴⁰ FEINBERG, Joel. *Harm to others*. New York: Oxford University Press, 1984. p. 67.

⁴¹ Este exemplo usado pelo autor demonstra uma visão moral majoritariamente cristã puritana atrelada ao calvinismo anglo-americano. Mais *vide* UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE. *O pensamento de João Calvino*. São Paulo: Univ. Mackenzie, 2000.

⁴² FEINBERG, Joel. *Harm to others*. New York: Oxford University Press, 1984, cap. 2.

⁴³ FEINBERG, Joel. *Harm to others*. New York: Oxford University Press, 1984, cap. 2.

maxims (por exemplo, o valor social do comportamento, consentimento etc.). O termo *mediating maxims* é um termo genérico que serve como guia para a aplicação do princípio em contextos práticos onde existam condições de incerteza e para que se atinja as máximas de justiça, servindo para marcar os limites morais dos interesses opostos.⁴⁴ Embora não representem um elemento ou componente do *Harm Principle*, pode-se dizer que elas formam uma parte importante da concepção que o autor dá ao princípio. São critérios suplementares, alguns dos quais representam "decisões morais controversas e máximas de justiça"⁴⁵ sem as quais o *Harm Principle* não pode ser aplicado de forma plausível, pois *harm* é um "conceito com dimensões normativas ocultas".⁴⁶

A definição é bastante clara, entretanto o restante de sua discussão (a lista dessas máximas mediadoras) deixa várias incertezas. Feinberg enumera, em vez de máximas claramente definidas, uma série de casos, dos quais se devem derivar as máximas, por exemplo, quando trata de danos agregados. O autor da mesma maneira afirma que existem diferenças moralmente significativas entre a pessoa que exerce a conduta e atinge claramente um dano a alguém e nos casos em que esses danos são remotos. Nesse sentido, o tratamento dado pela lei deve ser necessariamente diferente.⁴⁷

Nos casos em que o dano, ou a ausência dele, é uma consequência improvável da conduta, ele apresenta uma lista de critérios (*balancing requirements* ou *rules of thumb*), que o legislador deve levar em conta: (a) quanto maior a gravidade de um possível dano, menor a probabilidade de sua ocorrência ser necessária para justificar a proibição da conduta que ameaça produzi-la; (b) quanto maior a probabilidade de dano, o dano pode ser menos grave estando justificada a coerção; (c) quanto maior a magnitude do risco de dano, agravado por si mesmo em função da gravidade e da probabilidade, menos razoável é que o legislador aceite esse risco; (d) Quanto mais valiosa (útil) a conduta perigosa, tanto para o agente como para os outros, mais razoável é correr o risco de consequências nocivas e, para um comportamento extremamente valioso, é razoável correr riscos até ao ponto de perigo claro e presente; (e) quanto mais módico for o risco de dano (o perigo), o mais fraco é o caso de proibir

⁴⁴ FEINBERG, Joel. **Harm to others**. New York: Oxford University Press, 1984. p. 187.

⁴⁵ FEINBERG, Joel. **Harm to others**. New York: Oxford University Press, 1984. p. 188.

⁴⁶ FEINBERG, Joel. **Harm to others**. New York: Oxford University Press, 1984. p. 214.

⁴⁷ FEINBERG, Joel. **Harm to others**. New York: Oxford University Press, 1984. p. 216.

a conduta que o cria.⁴⁸

No caso de danos menores ou bagatelares, Feinberg aponta que apesar de serem danos, abaixo de um determinado limiar os danos não devem ser considerados como antijurídicos para os propósitos do *Harm Principle*, pois a interferência legal com bagatelares é provável que cause mais dano do que previna. A regra de minimis é também uma das máximas, bem como *volenti non fit iniuria*.⁴⁹

2.3. A NATUREZA DO HARM PRINCIPLE

De pronto, percebe-se que existem algumas dúvidas sobre a natureza do *Harm Principle*, v. g., ele é um princípio de natureza material ou processual? Ainda, é um princípio apenas ligado ao direito penal ou abarca outras esferas do direito? É um princípio legal ou extralegal? Ou até mesmo um princípio social?

A resposta para estas perguntas pode ser melhor respondida ao compará-lo com um princípio aparentado, qual seja, o princípio da *ultima ratio*. O *Harm Principle*, visto sob a ótica de um princípio criminal, primeiramente deve se afirmar que naturalmente como um princípio que visa estabelecer uma política criminal é, portanto, primeiramente, político-criminal. Contudo, isso não os impedem de ser estabelecidos legalmente, assim especificamente na parte geral dos códigos penais.⁵⁰

Tem-se isso claramente dividido no nosso código penal, enquanto a parte especial lista especificamente as condutas criminalizáveis, a parte geral é tradicionalmente reservada para princípios, justificações, excusas, doutrinas gerais e generalizações.⁵¹ Naturalmente, a simples inserção na parte geral do código não resolveria, por si só, a criminalização injustificada ou ilegítima, o que se quer dizer é que isso por si só não garantiria que o legislador, de fato, aderisse a um determinado princípio e isso claramente poderia vir a ocorrer com o *Harm Principle*, ou com qualquer outro princípio. Nesse quadro comparativo, percebe-se que mais importante do que estar o *Harm Principle* fixado na parte geral do código penal, juntamente com outros princípios clássicos (como por exemplo a Teoria do Bem Jurídico-Penal), é o

⁴⁸ FEINBERG, Joel. **Harm to others**. New York: Oxford University Press, 1984. p. 216.

⁴⁹ FEINBERG, Joel. **Harm to others**. New York: Oxford University Press, 1984. p. 217.

⁵⁰ PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts**. New York: Springer, 2007. p. 74.

⁵¹ HUSAK, Douglas. Limitations on Criminalization and the General Part of Criminal Law. In: SHUTE, Stephen; SIMESTER, Andrew (orgs.), **Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p.13-19.

fato de que ao olhar para a parte especial – e também para toda legislação extravagante – verificá-lo como pressuposto anterior a lei, ao especificar as ofensas e danos ali contidos, isto serve tanto para o *Harm Principle* como aos demais princípios do direito penal.⁵²

Ainda, ao buscar respostas sobre a natureza do *Harm Principle*, além de sua origem como princípio material, o mesmo pode também desempenhar um papel processual. Nesse sentido, serve como um instrumento para o juízo decidir se uma conduta é criminal ou não no caso concreto. Ou seja, a acusação de um crime só pode ser feita se tal crime efetivamente causou dano a outros.⁵³

No entanto, o fato do *Harm Principle* não estar no código, pode fazer com que se trate de um princípio extralegal ou metalegal. Nesse sentido, ao questionar seu caráter "legal", não se está debatendo a origem política do princípio, no que diz respeito ao fato de o *Harm Principle* dever ser uma categoria jurídica extralegal, ou seja, uma categoria fora do sistema positivado. Tendo isso como parâmetro, necessariamente o *Harm Principle* deve ser visto como extralegal justamente para poder executar uma função limitadora, pois, se fosse um conceito positivado, cada conduta que está sendo proibida por lei, necessariamente deveria conter "danos", *i. e.*, o próprio fato de que uma determinada conduta é proibida significaria que é danosa. Os danos resultariam do fato de ser proibido. Assim, a argumentação ao tentar avaliar se a criminalização é legítima - ou seja, se a conduta criminalizada contém danos - seria inteiramente circular, porque necessariamente haveria danos em todas as normas criminais, em todas as condutas criminalizadas. O *Harm Principle* seria então um princípio descritivo não normativo, e, portanto, em grande parte inútil. Esta é também a razão pela qual "dano" não deve ser traduzido, como sugerem alguns, por "a consequência proscrita", pois este último encontra-se sempre na norma criminal. Portanto, não pode desempenhar um papel de critério para julgar se a criminalização é justificada, ou se a conduta proscrita contém realmente danos aos outros.⁵⁴

A partir do exposto até esse momento, percebe-se que claramente o *Harm*

⁵² PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts.** New York: Springer, 2007. p. 74.

⁵³ PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts.** New York: Springer, 2007. p. 75.

⁵⁴ Nesse ponto é muito aparente a discussão no Brasil sobre o conceito metodológico do bem jurídico-penal, que em nada contribui para a crítica e para a limitação do poder legislativo. (PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts.** New York: Springer, 2007. p. 76.)

Principle, não precisa estar positivado no texto legal. Seria suficiente se ele fosse deste modo aceito pela doutrina, e assim afetando nossa maneira de pensar sobre esta questão. Além disso, não precisa ser incorporado no direito positivo, na medida em que se dirige também ao legislador. O princípio descreve "limites que devem ser respeitados na determinação inicial de empregar a sanção penal para proibir a conduta".⁵⁵ Entretanto, se fosse para ser positivado de alguma maneira, o princípio deveria estar na constituição e não em um código penal. Portanto, o *Harm Principle*, tem natureza de princípio meta-legal que capta sua natureza, necessariamente extralegal, da qual o dano representa.⁵⁶

Há também duas consequências dentro do *Harm Principle*, que merecem ser mencionadas. Em primeiro lugar, o princípio contém o princípio *dubio pro libertate*. No caso da criminalização, isto significa que, se o legislador estiver em dúvida se criminaliza ou não determinada conduta (por exemplo, o dano não é tão óbvio ou significativo), ele deve decidir contra criminalizá-la. A criminalização de um determinado tipo de conduta deve ser necessária. Comparativamente assim como um juiz não pode condenar alguém sem prova de sua culpa, o legislador não pode criminalizar um determinado tipo de conduta sem evidências de que a criminalização é necessária. E ainda, o ônus da persuasão quanto à prova da nocividade (significativa ou grave) da conduta a ser criminalizada deve caber aos defensores da criminalização. Estas duas derivações do *Harm Principle* estão logicamente ligadas da mesma forma que a conexão envolvida na relação entre a presunção processual de inocência e o ônus da prova do acusador.⁵⁷

⁵⁵ HUSAK, Douglas. Limitations on Criminalization and the General Part of Criminal Law. In: SHUTE, Stephen; SIMESTER, Andrew (orgs.), **Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 24.

⁵⁶ PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts**. New York: Springer, 2007. p. 76.

⁵⁷ PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts**. New York: Springer, 2007. p. 76.

2.4 FUNÇÕES DO HARM PRINCIPLE

Sobre a função do *Harm Principle* frisa-se que tem um cunho variável e dinâmico, cujo valor está nas funções que ele executa, o que ele faz e como faz.

Primeiro opera-se a função de limitação e delimitação, assim apenas o *harm to other* e o *offense to others* são uma base legítima para tornar uma conduta crime, ou seja, apresenta um fator que limita a vontade criminalizadora do Estado e ao fazer isso protege a liberdade individual e a autonomia. Além disso, o princípio desempenha uma função de delimitação do que é crime e do que não é – como é o caso do crime bagatelar⁵⁸ - e freia o impulso social em retaliar crimes com grande repercussão social. Generalizando, juntamente com o princípio da lei penal como *ultima ratio* trata o processo de criminalização de forma mais adequada dentro da sociedade moderna.⁵⁹

De outro modo, se observarmos o princípio em seu aspecto normativo (*Harm Principle* de Feinberg) ele se coloca como uma ferramenta indispensável da política criminal, ou seja, uma boa razão para criminalizar uma conduta. Nesse sentido, mostra-se como não somente um princípio contra a criminalização de condutas, mas também um princípio para criminalização. Entretanto, nesse aspecto importa revelar que essa criminalização tem que estar afiliada aos outros princípios constitucionais e com as outras leis do ordenamento infraconstitucional.

O *Harm Principle* não é, no entanto, apenas um instrumento de política criminal. É, também, normativo na medida em que a política criminal e o legislador ao implementar tal política se legitimam.⁶⁰

⁵⁸ Em suas palavras: *This is otherwise a controversial solution. The theory (at least a part of it) suggests that it would be a better solution to use the option "it shall not be punished". The bagatelle crime should lack punishability (Strafbarkeit); it should, however, remain unlawful. The quantity of harmful consequences should not, therefore, change the quality of an act (it would remain a crime), merely the end result, the final outcome.* (PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts.** New York: Springer, 2007. p. 71)

⁵⁹ PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts.** New York: Springer, 2007. p. 73.

⁶⁰ PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental**

O *Harm Principle* exerce também uma função na aplicação do direito, em uma fase pós-delito. Nesse sentido ele seria útil para um juiz (ou um promotor), em primeiro lugar, nos casos de crimes bagatelares em que a falta de danos (consequências prejudiciais) ou o dano mínimo e insignificante. Assim, serviria tanto para absolver um indivíduo, ou sequer processá-lo. Entretanto, nosso sistema já conta com tal regra, mesmo não tendo um princípio para aplicá-la. A introdução do *Harm Principle* nesse momento, que focalize expressamente o dano, provavelmente desencadearia uma maior análise do assunto e ajudaria a elucidar também quais danos (ou consequências danosas) são insignificantes. Além disso, ainda como ferramenta de aplicação, o *Harm Principle* é um importante elemento para definir a gravidade de uma ofensa, podendo ser de grande relevância na sentença judicial, como parte do princípio da proporcionalidade.⁶¹

O princípio aliviaria também parte da carga que os outros princípios clássicos do direito penal, em especial o princípio da legalidade, têm de suportar. Por exemplo, a descriminalização da prostituição (voluntária) ou de uma conduta similar - quando foram criminalizados como delitos contra a moralidade sexual - deve ser discutida avaliando que se trata de uma criminalização baseada no moralismo legal - legislação legal moralista que não é um fundamento legítimo para a criminalização em uma sociedade secular e moderna. Não seria, então, necessário argumentar que uma tal infração fosse despojada (isto é, descriminalizada) porque o termo "imoralidade" não é claro, o que, por conseguinte, viola o princípio da legalidade ou "do ponto de vista do princípio da legalidade" um perigo para os direitos humanos.⁶²

É verdade que a noção de imoralidade não é clara, como é indiscutível que a falta de clareza viola a *lex certa* exigência do princípio da legalidade. No entanto, não é primariamente a falta de clareza ou ambiguidade que causa, especificamente, tal ilegitimidade, mas sim os fundamentos moralistas sobre os quais tal conduta inofensiva é proibida. Se não se usa o *Harm Principle*, tem-se que criticá-la apenas do ponto de vista formal - por exemplo, do ponto de vista do princípio da legalidade - e isso é problemático por duas razões. Primeiro, evita a questão real, a da legitimidade do Estado em interferir na autonomia do indivíduo (sua liberdade de ação) ou a

Counterparts. New York: Springer, 2007. p. 73.

⁶¹ PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts.** New York: Springer, 2007. p. 73.

⁶² PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts.** New York: Springer, 2007. p. 73.

questão dos fundamentos legítimos para a criminalização. Em segundo lugar, pode não ser sempre eficaz para eliminar as incriminações inadequadas, v.g., o legislador pode defender-se contra as acusações de ausência de taxatividade, especificando com mais detalhes o que ele quer dizer com termos vagos, a listar os casos, onde o termo se aplica, ou fatores que, quando cumpridos, determinam se algo é "imoral" ou não. O legislador pode esclarecê-lo, mas ainda assim não seria uma criminalização legítima conforme os postulados do *Harm Principle*.⁶³

2.5 HARM TO OTHERS

A percorrer o caminho traçado até este ponto, percebe-se que o *Harm Principle* não legitima a criminalização de qualquer tipo de dano ou danos em geral. Claramente, quando o raio atinge uma casa ou uma árvore, certamente causa um dano, mas isso não é obviamente dano para os propósitos do *Harm Principle*. O dano deve resultar de uma conduta prejudicial. No entanto, a conduta prejudicial em relação a si mesmo (o dano causado pelo ser humano a si mesma – *harm to self*) também não se qualifica. Este último seria um motivo separado para a criminalização, se aceitássemos o paternalismo legal como um princípio criminalizante legítimo, o que não é defendido aqui.⁶⁴

Assim, além do dano e os problemas relativos a sua limitação, outra questão importante é identificar quem são os "outros". Nesse sentido pode-se afirmar que no direito penal a melhor identificação dá-se com a vítima. Mas quem são as vítimas? As vítimas são apenas as outras pessoas? Ou podem ser as entidades abstratas, como a sociedade, o Estado, o coletivo, o meio ambiente?⁶⁵

Claramente, no Código Penal Brasileiro – e em muitos outros – existem muitos exemplos que afirmam que sim, o Estado pode ser vítima de crimes. Entretanto, para evitar a chamada falácia *Humeana* (ou a Lei de Hume) de derivar "deve" de "é", deve-se, independentemente da aparentemente incontestabilidade desses crimes em nossos códigos criminais, inspecionar sua legitimidade, ou seja, a legitimidade da sua

⁶³ PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts**. New York: Springer, 2007. p. 73.

⁶⁴ PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts**. New York: Springer, 2007. p. 48.

⁶⁵ PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts**. New York: Springer, 2007. p. 48.

inclusão nos códigos penais, autonomamente da atual prática de direito formal-positivista. Devem, por outras palavras, atos indesejáveis contra o Estado ser realmente tratados como crimes? O Estado pode ser considerado vítima, que necessita de proteção por via penal?⁶⁶

Mill não foi muito claro a respeito desta questão. Se não fosse por algumas passagens de seu livro *Sobre a Liberdade*, poderíamos facilmente concluir que o que ele tinha em mente era "outros indivíduos". Afinal, estaria isso em sintonia com o ideal de seu trabalho, no qual ele justapõe o indivíduo e a sociedade. A sociedade como sendo aquela que criminaliza, intervém, restringe a liberdade individual. Dentro do quarto capítulo, no entanto, ele menciona "quando uma pessoa por conduta que diz respeito exclusivamente a si mesma, fica incapacitada de cumprir um dever para com o público que é de sua competência específica, ela se torna culpada de um crime social".⁶⁷ Em suma, quando há claro prejuízo, seja ao indivíduo ou ao público, o caso sai do campo da liberdade e ingressa no campo da moralidade ou da lei.⁶⁸ Mill nunca usou o termo "o Estado"; em sua obra o indivíduo é sempre confrontado com o público ou, mais frequentemente, com a sociedade (que quer agir contra ele), não o Estado como instituição. No entanto, a sociedade é um termo usado frequentemente como um sinônimo para Estado. Em regimes totalitários, o termo muitas vezes (ab)usado como um eufemismo para o Estado: os chamados interesses da sociedade eram realmente os interesses do Estado. "Perigo para a sociedade" era um conceito de direito penal frequentemente usado para governantes contra sua oposição política.⁶⁹

Por seu turno, Feinberg, ao perceber que alguns crimes, regularmente incluídos em nossos códigos penais, dizem respeito à conduta que raramente causa danos claros e substanciais a qualquer pessoa ou grupo específico, mas que é dito causar danos ao público, à sociedade, ao Estado, às instituições ou práticas públicas, à economia, o clima ou o meio ambiente; faz uma distinção entre danos públicos e danos privados. Embora ele não rejeite a legitimidade da noção de danos públicos, insere, no entanto, uma explicação, o que soa mais como uma advertência conceitual.

⁶⁶ PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts**. New York: Springer, 2007. p. 49.

⁶⁷ MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM Editores, 2016. p. 125.

⁶⁸ MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM Editores, 2016. p. 125.

⁶⁹ PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts**. New York: Springer, 2007. p. 50.

A saber, que: os ilícitos que podem ser rotulados de danos públicos em oposição aos danos privados, desde que se tenha em mente que o público é composto por indivíduos que mantêm relações sociais e jurídicas complexas uns com os outros. Sublinha também que o termo interesse público (que constitui dano público quando retrocedido ou violado) é vago e a sua aplicação difícil em casos não óbvios.⁷⁰

Nesse sentido, o autor adverte sobre seu potencial de abuso: os defensores da coerção legal estão sempre tentados a usar a imprecisão do interesse público para esticar o *Harm Principle* para que justifique a proibição criminal de condutas, que inicialmente atentam contra o interesse público, ou outras noções semelhantes, tais como "o Estado", "a nação" ou mesmo "o tecido da sociedade", são todas abstrações e como tais mais ou menos persuasivas são facilmente abusivas e manipuláveis em direito penal.⁷¹

Feita a crítica, faz-se necessário dentro de uma sociedade pós-industrial, do risco, pensar no Estado como vítima. Pode-se, ainda, argumentar que um mero indivíduo não pode causar um dano ao Estado de certa maneira que ele enfrentaria a extinção ou seria gravemente prejudicado de forma comparável aos danos que podem ser infligidos a indivíduos. Mas mesmo que isso fosse possível, a menos que exista alguma conexão (ou seja, algum dano causado) a outros indivíduos, seus interesses indevidamente regredidos (*setting back of interests*), o Estado (por exemplo, seus símbolos) não deveria *a priori* ser protegido pelo direito penal. Lembra-se que o uso do direito penal não é moralmente neutro.⁷²

Da mesma forma, parece que não há qualquer justificação substancial para tornar a sociedade um objeto de proteção do direito penal, para além dos seus membros, pois, será que existem realmente quaisquer valores ou interesses protegidos que pertencem somente à sociedade e não ao indivíduo também? Há realmente algum objetivo comum que não fosse, antes de tudo, sentido como objetivos pelos próprios indivíduos? No caso de, por exemplo, um ambiente saudável, que é, sem dúvida, um objetivo comum, o indivíduo tem um direito ou reivindicação (moral, senão legal) de ter e viver em um ambiente saudável? O ambiente não saudável não só arruinaria seu interesse em ter uma vida agradável, mas também

⁷⁰ FEINBERG, Joel. **Harm to others**. New York: Oxford University Press, 1984. p. 11.

⁷¹ FEINBERG, Joel. **Harm to others**. New York: Oxford University Press, 1984. p. 12.

⁷² PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts**. New York: Springer, 2007. p. 51.

afetaria sua saúde, seus filhos, sua propriedade?⁷³

Para Mill um ser humano é capaz de apreender uma comunidade de interesses entre ele próprio e a sociedade humana de que faz parte, de modo que qualquer conduta que ameace a segurança da sociedade em geral, está ameaçando a sua própria. O que é da sociedade, também é seu. "Societal" envolve necessariamente o "individual", e, além disso, o "individual" engloba "societal". O isolamento do indivíduo da sociedade ou comunidade em que vive e, portanto, seus valores, não pode nunca ser completo. Os valores comunitários são, neste sentido, indubitavelmente o sentido central de identidade dos seres humanos.⁷⁴

The liberal no less than the communitarian can insist that the individual whose autonomous right of self-government is so important to him is a social being through and through, and that many of his more important interests he shares with others in communities large and small. His community memberships, his assigned roles, his group allegiances form an important part of his conception of who or what he is. In a familiar sense, therefore, they form a part of his identity, the "true self" that rightfully determines his lot in life.⁷⁵

Sabe-se, então, que a comunidade e o indivíduo se inter-relacionam, sendo um parte do outro e, portanto, os valores da comunidade representam alguns dos valores do próprio indivíduo. Por conseguinte, poderia argumentar que o círculo da área autoconsciente deveria aumentar, à medida que o indivíduo se tornou mais exterior e se preocupa também com outros bens (fora dele), bens que são supraindividuais. O exemplo da natureza é porque ela é sua, tais bens também são seus, bem menos intrinsecamente dele do que, por exemplo, seu corpo, mas, no entanto, sua, ou seja, uma parte dele. Nesse sentido, pode-se sustentar que os interesses coletivos ou certas práticas sociais valiosas podem então ser considerados legítimos através do direito penal, mas somente quando estes podem, em última instância, ser contabilizados pelas preocupações dos indivíduos prejudicados.⁷⁶

É certo que essa concepção de redução do coletivo ao indivíduo pode parecer muito individualista. Certamente alguns autores falam sobre os laços genuínos existentes entre o indivíduo e sua comunidade (a comunidade é entendida

⁷³ PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts**. New York: Springer, 2007. p. 51-52.

⁷⁴ MILL, John Stuart. **El Utilitarismo**. Tradução Ramón Castilla. 3. ed. Buenos Aires: Aguilar, 1962. cap. II.

⁷⁵ FEINBERG, Joel. **Offense to others**. New York: Oxford University Press, 1988. p. 120. (grifo nosso)

⁷⁶ PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts**. New York: Springer, 2007. p. 52.

no sentido mais amplo) e visam proteger os interesses coletivos, separadamente dos interesses individuais. Mas talvez seus pontos de vista sejam dependentes do conteúdo e, conseqüentemente, mudariam se o Estado (ou comunidade) se tornasse menos orientado para o bem-estar, menos "amigável ao indivíduo".⁷⁷

Pode-se fazer uma objeção válida, dizendo que as instituições do Estado, seja o próprio funcionamento do sistema, seus regimes e práticas, são legitimamente protegidos criminalmente, uma vez que a conduta que atenta contra sua integridade prejudica os regimes implementados pelo Estado que existem para o benefício de toda coletividade.⁷⁸ A questão que Persak coloca é, no entanto, se podemos sem dúvida supor que um determinado regime de Estado realmente existe e funciona para o benefício de todos nós. E se eles deixarem de ser benéficos, e começarem a fazer mais mal do que bem? Por exemplo, não fornecendo serviços que os contribuintes pagam, mas gastando dinheiro em aumentar os salários dos altos funcionários, abusando das licitações, comprando carros e equipamento militar desnecessário ao invés de construir hospitais etc. Certamente, a ligação entre a existência desses regimes e o "benefício para todos nós" seria então quebrada.⁷⁹

Finalmente, aqui temos um grande problema,⁸⁰ mas deve-se focar, ou transpassar tal questão, pois o ponto a ser objeto aqui não diz respeito à existência

⁷⁷ PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts**. New York: Springer, 2007. p. 52.

⁷⁸ SIMESTER, A. P; HIRSCH, Andreas von. **Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalization**. Oxford: Hart Publishing Ltd, 2011. p. 11.

⁷⁹ PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts**. New York: Springer, 2007. p. 55.

⁸⁰ Percebe-se, portanto, que um problema relevante no que diz respeito ao *Harm Principle* diz respeito a quem seriam os *Others*, nesse sentido, vê-se tal problema também pela ótica da Teoria do Bem Jurídico-Penal, onde debatesse a possibilidade de tutela de bens supraindividuais pelo direito penal. Isso também acontece sob a ótica do *Harm Principle*. Nesse sentido demonstra-se a posição de Persak: A autora posiciona-se no sentido da dificuldade de afirmação da tutela de "interesses coletivos", assim se se presume que os códigos criminais protegem os valores fundamentais ou interesses legítimos de natureza, mais ou menos permanente, então a obrigação legal e moral do indivíduo de obedecer à lei, em particular, no que se refere a crimes contra o Estado, suas instituições e regimes, tal obrigação demonstra-se independente do conteúdo. Por outro lado, se a obrigação é, no entanto, dependente do conteúdo, então não existe uma obrigação moral *per se* de obedecer à lei. Pode-se, assim como Pogge (que sustenta que temos o dever de desobedecer à lei se a lei é ilegítima), afirmar que temos o dever de desobedecer ao direito penal, quando protege as instituições e práticas do Estado que são realmente prejudiciais para a liberdade individual. Portanto, ao proteger tais interesses através do direito penal o Estado conta com um instrumento muito perigoso a ser usado contra aqueles indivíduos que legitimamente o fizessem. Na tese da autora o Estado só pode ser justificadamente protegido separadamente pelo direito penal, se ele significativamente e substancialmente protege os fracos e impotentes contra a onipotência, violência e arbitrariedade dos poderosos, portanto, especialmente na esfera do direito penal, também, paradoxalmente, contra o próprio Estado. (PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts**. New York: Springer, 2007. p. 55.)

de interesses coletivos e nesse sentido, pode-se argumentar que há outros valores que são legítimos para se proteger, interesses que não podem derivar unicamente de interesses individuais. A questão é, no entanto, se esses interesses devem ser protegidos pelo direito penal. Do caráter subsidiário do direito penal, enfatizado pelo princípio da *ultima ratio*, pode-se concluir que apenas uma seleção de interesses protegidos por lei deve ser, de fato, protegida pelo direito penal, trata-se de uma seleção, muito provavelmente compreendendo apenas os interesses que não podem ser protegidos de outra forma ou que são de uma importância tão grande que precisam ser (ou merecem ser) protegidos adicionalmente desta forma.⁸¹

2.6 PROBLEMAS COM O CONCEITO DE HARM (DANO)

Um outro problema reside no objeto do *Harm Principle*, ou seja, na noção de dano. O que conta e qual dano é o apropriado para se qualificar sob o princípio? Não há nenhum problema de aferição com dano físico direto, mas o que dizer sobre o dano indireto, remoto ou psicológico?

Quando proposto por Mill, o autor não dá uma explicação muito profundada a respeito do conceito, que é um problema que expressa uma maior dificuldade em relação à sua descrição do dano. É difícil, se não impossível, aplicar seu *Harm Principle* se não se sabe o que significa dano. Feinberg, por seu turno, busca uma resposta definindo-o como um retrocesso aos interesses (*setting back of interests*), – o que ainda gera problemas, pois é de difícil explicação o que conta como interesses e quais interesses devem ser protegidos do dano. Hirsch tenta esclarecer questões definindo um interesse, ou seja, como um recurso, no qual se tem uma reivindicação válida. Mas isso ainda não elimina as dúvidas no que tange à determinação do que é dano.⁸²

Simester e Hirsch⁸³ buscam trazer o *Harm Principle* para *civil law*, por isso precisaria de mais aprofundamento no conceito de interesses, a simples adição à visão de Feinberg do termo “recurso” (usado pelos autores) não parece ser satisfatória.

⁸¹ PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts.** New York: Springer, 2007. p. 55.

⁸² SIMESTER, A P; HIRSCH, Andreas von. **Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalization.** Oxford: Hart Publishing Ltd, 2011. p. 36-37.

⁸³ SIMESTER, A P; HIRSCH, Andreas von. **Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalization.** Oxford: Hart Publishing Ltd, 2011.

Busca afirmar que existe uma “reivindicação válida” a assinalar que não se refere apenas a uma reivindicação “legal”, mas também a uma reivindicação “moral”. Todavia, isso poderia gerar os mesmos problemas referentes ao paternalismo e ao moralismo legal.⁸⁴

A definição de Hirsch de interesse, isto é, recurso em que se tem uma reivindicação válida legal e moral, não é isenta de dúvidas. As questões, entretanto, se colocam, pois, apesar do autor ter aceitado originalmente (preferido) o senso não-normativo de *harm* de Feinberg, não acaba definindo normativamente o conceito de “interesse” e, em função disso, acaba com uma concepção normativa previamente evitada do dano. De fato, ele mesmo acaba admitindo isso, pois enquanto ele segue uma a estrutura de *harm* de Feinberg, na medida em que apela ao “retrocesso de interesses”, na segunda parte do seu conceito, a reivindicação normativa aparece com os “interesses” e “recursos”.⁸⁵

Devido a essa dificuldade, mesmo ao evitar a normatividade do dano na sua formulação - por exemplo, usando a formulação não-normativa de “retrocesso de interesses” de Feinberg, a normatividade, é claro, penetra em sua substância. *Harm* é um valor carregado, conceito que varia, no tempo e no lugar. Todavia, este problema não nos faz concordar com a afirmativa de que as concepções de dano e, em particular, julgamentos sobre a gravidade relativa dos danos, variam com diferentes perspectivas morais, então o *Harm Principle* será virtualmente inútil como um guia para a política criminal.⁸⁶

Ao contrário, pensa-se que dentro da sociedade civil posta e neste tempo particular, é possível estabelecer razoavelmente, pelo menos bases fundamentais, valores e interesses como sociedade, e isto independentemente perspectivas morais individuais. Nesse núcleo básico, os interesses compartilhados seriam então considerados motivos para criminalização de condutas.⁸⁷

No entanto, o problema com a substância de dano e, portanto, a aplicação do *Harm Principle*, é nítido quando afasta-se dos danos claramente perceptíveis por

⁸⁴ PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts.** New York: Springer, 2007. p. 77.

⁸⁵ PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts.** New York: Springer, 2007. p. 77.

⁸⁶ PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts.** New York: Springer, 2007. p. 77.

⁸⁷ PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts.** New York: Springer, 2007, p. 77-78

todos. A exemplo, de quando certos grupos de pressão tentam introduzir algo que não é amplamente percebido como dano como política de criminalização, modificando o que até então a sociedade não via como prejudicial; ou quando o público se torna sensibilizado a um ato particular cuja nocividade pode ou não ser aparente e quer, por populismo penal, que seja criminalizado. Aqui, um problema adicional vem à tona. O corolário para o problema de não especificar o dano é ou deve ser, como medir isto, é, nomeadamente, o seu potencial de abuso. Não saber o que o dano é pode capacitá-lo a ser qualquer coisa, permitindo a ampliação da noção de dano *ad infinitum* e assim enfraquecendo; ou mesmo chegando ao seu colapso.⁸⁸⁻⁸⁹

A infinitude das noções abstratas que definem o *Harm Principle* são, infelizmente, abertas também a vários abusos; abusos que podem, em última instância, derrotar a função principal do princípio, isto é, a função de estabelecer rigorosos limites à criminalização. Tais abusos podem vir de diferentes maneiras. Eles podem vir através da interpretação abrangente de quem seriam os “outros” (*harm to others* e *offense to others* englobando a sociedade, comunidade, maioria etc.). Também da definição de “provável para causar”, também é capaz de causar problemas, uma vez que entra na seara do perigo, que está mais longe de um dano mais sólido. Mas a maneira mais simples e fácil de abusar do princípio é através da extensão da qualificação do que é dano.

Em relação à expansão da criminalização fundamentada no *Harm Principle*, duas tendências distintas parecem evoluir, ou melhor, duas formas diferentes (mas paralelas) de expor. A primeira tenta manter o *Harm Principle* intacto, isto é, usá-lo em um sentido estrito e original, onde danos são apenas diretos e físicos (danos psicológicos extremos). No desejo de expandir o alcance do direito penal emprega, portanto, outros princípios disponíveis, como o paternalismo legal ou o moralismo legal (e o *offense principle*, talvez) para justificar a intervenção do Estado. O segundo grupo parece ficar mais fiel a Mill, aceitando apenas o *Harm Principle* como único fundamento justificado para a criminalização. No entanto, o que essa segunda opção faz é expandir o dano interpretando extensivamente o que é outra forma de paternalismo ou moralismo legal, como um dano assim – tão abrangente – perde-se

⁸⁸ PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts.** New York: Springer, 2007, p. 78

⁸⁹ HARCOURT, Bernard E. The Collapse of The Harm Principle. **The Journal of Criminal Law & Criminology:** Northwestern University, School of Law, Chicago, v. 90, n. 1. p. 109-194, 1999.

sua delimitação ao torná-lo pouco efetivo para a limitação do poder punitivo.⁹⁰

Com esta tendência em mente, Harcourt fala sobre o *Collapse of The Harm Principle* observando que "em vez de discutir sobre a moral, os proponentes da expansão do direito penal estão falando de danos individuais e sociais em contextos onde, há trinta anos, o *Harm Principle* teria impedido a regulamentação ou proibição".⁹¹ Ele menciona exemplos de fechamentos de lojas de bebidas alcoólicas em Chicago em 1998, como parte da campanha do prefeito de Chicago para revitalizar os bairros: "A campanha se concentra nos danos que as empresas relacionadas com bebidas alcoólicas produzem em um bairro, não na moral ou na imoralidade de beber".⁹² Ele percebe mudanças semelhantes na justificativa em uma ampla gama de debates sobre o regulamento ou proibição de atividades tradicionalmente associadas à ofensa moral (prostituição, pornografia, drogas, homossexualismo etc.) – argumentação feita anteriormente com base na moral, passou a ser feita com base em danos.⁹³

O *Harm Principle* está efetivamente entrando em colapso sob o peso de seu próprio sucesso. Clamores por danos tornaram-se tão perversos que o princípio se tornou sem sentido: o princípio não serve mais à função de um princípio crítico porque danos inofensivos permeiam o debate. Hoje, a questão não é mais se uma ofensa moral causa danos, mas sim o tipo e a quantidade de danos causados pela conduta criminalizada e como os danos se comparam. Esta é uma mudança radical do discurso teórico liberal progressivo da década de 1960.⁹⁴

O culpado dessa tendência é o que o Harcourt chama de liberalismo-conservador. Os próprios critérios liberais não mudaram. Mas o mapa do liberalismo mudou. "Nos anos 60 e 70, o liberalismo era predominantemente progressista, hoje é ambos, progressista e conservador. Os conservadores estão adotaram o *Harm Principle* e estão cada vez mais "criando" novos danos".⁹⁵

⁹⁰ HARCOURT, Bernard E. The Collapse of The Harm Principle. **The Journal of Criminal Law & Criminology**: Northwestern University, School of Law, Chicago, v. 90, n. 1. p. 109-110, 1999.

⁹¹ HARCOURT, Bernard E. The Collapse of The Harm Principle. **The Journal of Criminal Law & Criminology**: Northwestern University, School of Law, Chicago, v. 90, n. 1. p. 109-110, 1999.

⁹² HARCOURT, Bernard E. The Collapse of The Harm Principle. **The Journal of Criminal Law & Criminology**: Northwestern University, School of Law, Chicago, v. 90, n. 1. p. 110, 1999.

⁹³ HARCOURT, Bernard E. The Collapse of The Harm Principle. **The Journal of Criminal Law & Criminology**: Northwestern University, School of Law, Chicago, v. 90, n. 1. p. 110, 1999.

⁹⁴ HARCOURT, Bernard E. The Collapse of The Harm Principle. **The Journal of Criminal Law & Criminology**: Northwestern University, School of Law, Chicago, v. 90, n. 1. p. 113, 1999.

⁹⁵ HARCOURT, Bernard E. The Collapse of The Harm Principle. **The Journal of Criminal Law & Criminology**: Northwestern University, School of Law, Chicago, v. 90, n.1. p. 115-116, 1999.

Esse fenômeno, no entanto, é verdade, não deve desacreditar os liberais que ainda confiam no princípio como sendo uma ferramenta analítica útil, uma ferramenta que vem recentemente sendo abusada na prática e que tentam redefinir, para torná-la menos propensa a ser abusada pelos conservadores (seja "liberal" ou de outra forma).

Hirsch e Simester, defensores do *Offense Principle* em separado, apresentam os "princípios mediadores", cuja tarefa seria, na opinião deles, fortalecer e complementar os critérios para criminalização. Ao definir alguns princípios mediadores buscam delimitar quais seriam as *offenses* apropriadas para criminalização, ou seja, se uma conduta for fraca, provaria-se imprópria de criminalização e, assim, apenas uma *offense* "real" mereceria chegar ao patamar penal.⁹⁶

Um cético talvez possua uma questão aqui sobre a eficácia de tal divisão entre o *Offense Principle* e o *Harm Principle*. Mesmo que seja verdade que um princípio adicional poderia devolver ao *Harm Principle* a sua forma original e ajudar a reduzir esse estado de "excesso de criminalização" ou "inflação criminal", isso realmente aconteceria? Em outras palavras, que garantia temos de que as políticas penais de hoje, com tolerância muito baixa (ou mesmo zero) em relação a alguma conduta socialmente indesejável, não simplesmente continuarão abusando do *Harm Principle* na forma como tem ocorrido, mas, agora, com o auxílio de uma nova ferramenta aprovada por estudiosos liberais?⁹⁷

Embora esta seja uma das principais razões pelas quais alguns pensadores liberais enfatizam a necessidade de um *Offense Principle* separado, deve ser também claramente afirmado que o fato de ocorrer abusos não faz com que o princípio possa ser invlaidado. É importante estar ciente das dificuldades potenciais, e por essa razão tentar, por exemplo, refinar o princípio introduzindo algumas redes de segurança adicionais (como os "fatores limitantes"), ou esforçar-se para evoluir a teoria sobre o conceito de dano. Os problemas na prática não desqualificam a solidez de um princípio teórico como tal.⁹⁸

⁹⁶ SIMESTER, A P; HIRSCH, Andreas von. **Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalization.** Oxford: Hart Publishing Ltd, 2011. p. 4.

⁹⁷ HARCOURT, Bernard E. The Collapse of The Harm Principle. **The Journal of Criminal Law & Criminology:** Northwestern University, School of Law, Chicago, v. 90, n. 1. p. 118, 1999.

⁹⁸ PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts.** New York: Springer, 2007. p. 78-79

Em qualquer caso, se alguém adota a ideia da necessidade de um princípio separado (*Offense Principle*) ou não, a crítica de Harcourt deve estimular os defensores do *Harm Principle* em demonstrar os usos "falsos" da retórica do dano e revelam que grande parte da argumentação de hoje, apesar de usar o *Harm Principle*, deriva, de fato, do moralismo ou do paternalismo jurídico.

Mas, enfim, o conceito mais seguro a ser adotado é direcionado ao dano que se mostra relevante para o *Harm Principle* é aquele que é causado a terceiros, sem o consentimento deles e de forma injusta, ou seja, passível de reprovação. Se assim compreende-se o dano, este é capaz de legitimar o legislador a restringir a liberdade daquele que realiza tal comportamento criminalizando-o e evitando abusos.⁹⁹

2.7 LIMITES OU UMA TENTATIVA DE IMPOR BARREIRAS A EVENTUAIS ABUSOS

Outro aspecto de difícil reparação sobre o *Harm Principle* é estabelecer os limites próprios dele, como já exposto por Feinberg. Com suas "*mediating maxims*" o autor tenta fazê-lo, entretanto, não obtem um sucesso pleno nessa tentativa, restando muitos aspectos nebulosos, principalmente ao estabelecer um critério que se aplicaria a todos os casos e não apenas em casos especiais como o estabelecido por ele.

Feinberg, além de estabelecer este critério, expressou a necessidade do *Harm Principle* ser complementado por outros princípios e máximas - como o objetivo do princípio é "prevenir apenas os danos que são ilícitos" e "o princípio precisa ser complementado por um elaborado conjunto de *mediating maxims*, rankings de interesses, princípios de justiça e coisas semelhantes, antes que possa ser aplicado a verdadeiros problemas legislativos".¹⁰⁰ O legislador deve, por exemplo, além do dano da conduta, considerar também o valor social compensatório da conduta, o potencial que as proibições têm sobre a quebra da privacidade ou da autonomia pessoal, bem como, a viabilidade prática da política criminal empregada.¹⁰¹

⁹⁹ MACHADO, Tomás Grings. **Harm Principle e Direito Penal**: em busca da identificação de limites ao crime de lavagem de dinheiro. 2017. 339 f Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS, Porto Alegre, 2017. p. 309.

¹⁰⁰ FEINBERG, Joel. **Harm to others**. New York: Oxford University Press, 1984. p. 36.

¹⁰¹ SIMESTER, A P; HIRSCH, Andreas von. **Crimes, Harms, and Wrongs**: On the Principles of Criminalization. Oxford: Hart Publishing Ltd, 2011. p.187.

Além disso Persak aponta algumas direções que poderiam delimitar o princípio. Três são os argumentos principais que serviriam para balancear o *Harm Principle*: (a) o estabelecimento claro dos valores principais a serem enfrentados pela lei penal, ou seja, a conduta que não é significativamente censurável não deve ser criminalizada e, inversamente, quanto maior o valor penal (abstrato), mais fortes são as razões para a criminalização; (b) um argumento utilitário que envolve a avaliação do peso dos argumentos relativos à necessidade, aos custos de controle e à ineficiência; e finalmente (c) um argumento humanitário que avaliará o peso dos argumentos sobre a proporcionalidade e os interesses das vítimas.¹⁰²

Isto seria uma possibilidade sistemática, mas não só. Ainda é possível sugerir que são vários os fatores que devem ser levados em consideração no processo de criminalização e, buscando uma estrutura parte-se que todo o processo de criminalização deve ter três filtros: o Filtro de Princípios, o Filtro de Presunções e o Filtro Pragmático. Uma criminalização legítima e justificável, deve passar por todos eles no procedimento de filtragem. No primeiro nível, o Filtro dos Princípios, o legislador deve determinar se a ação em questão está dentro da autoridade moral do Estado. No segundo filtro, haveria uma inspeção de outros meios possíveis de coibir a conduta, menos coercitivos e intrusivos do que a legislação penal, que poderia executar a tarefa de forma satisfatória, ou seja, reduzir a ocorrência do comportamento negativo a um nível aceitável. E, finalmente, no terceiro, Filtro Pragmático, que executaria uma análise do custo-benefício que inspecionava as consequências de decretar e de fazer cumprir uma proibição.¹⁰³

Destas duas linhas de sugestões de limitação apresentadas Persak extrai-se uma síntese, afirmando que se levarmos em conta os fatores e princípios que deveriam desempenhar um papel importante na aplicação do *Harm Principle* - podemos construir um modelo de um processo de criminalização em três passos ideais: O *Harm Principle* deveria evidentemente situar-se na área do primeiro filtro, ou melhor, deveria vir através do primeiro, Filtro dos Princípios, e assim qualquer moralismo legal e o paternalismo estariam excluídos.¹⁰⁴

¹⁰² PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts.** New York: Springer, 2007. p. 91.

¹⁰³ PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts.** New York: Springer, 2007. p. 92.

¹⁰⁴ PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts.** New York: Springer, 2007. p. 93.

No Filtro de Presunções, Persak aponta que poder-se-ia colocar os princípios da *ultima ratio* e da legalidade, além do "princípio da humanidade" que colocados na prática representariam um filtro que permitiria que a incriminação proposta passasse somente se nenhuma outra medida menos intrusiva, menos repressiva e mais humana estivesse disponível. Este filtro presumivelmente acolheria hipóteses onde a punição não deveria ser infligida, ou seja, quando a punição seria desnecessária devido às ofensas serem melhor tratadas por outros meios, *v.g.*, por meio de medidas educativas ou administrativas.¹⁰⁵

O último, o Filtro Pragmático, trataria então de questões como: os custos (financeiros) da criminalização e da execução, os custos sociais da criminalização e a eficácia. Se, após este último passo, os benefícios da nova legislação penal ainda compensassem os seus custos, então, e só então, a criminalização seria dada legitimamente.¹⁰⁶

Alguns destes fatores de limitadores poderiam também desempenhar o papel de "fatores de equilíbrio", pois não excluem a criminalização, mas apenas a contrapõem. Além disso, os "custos financeiros" também parecem ser uma tal categoria, ou melhor, podem por vezes desempenhar o papel de um fator absolutamente limitativo, derrotando a criminalização e, por vezes, uma função de equilíbrio relativamente limitado à criminalização. Se a ofensa fosse assim menos grave e os custos enormes, eles poderiam acabar com a criminalização no terceiro nível (terceiro filtro). Se, por outro lado, a infração for muito grave, censurável, nociva e também aprovada com êxito no segundo filtro, então um pequeno aumento nos custos de implementação provavelmente não deveria parar tudo em conjunto, mas apenas talvez reajustar a carga da prova, ou seja, colocar mais algum fardo para provar a verdadeira gravidade da ofensa e a necessidade de criminalização para os defensores da criminalização proposta.¹⁰⁷

Essa ponderação dentro do terceiro filtro - considerando o quadro maior, poderia também ser interpretado como um equilíbrio dentro do princípio escolhido (*Harm Principle*) no nível do "Filtro de Princípios", traria conseqüentemente

¹⁰⁵ PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts.** New York: Springer, 2007. p. 93.

¹⁰⁶ PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts.** New York: Springer, 2007. p. 94.

¹⁰⁷ PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts.** New York: Springer, 2007. p. 94.

repercussões, não apenas o resultado final (a criminalização bem-sucedida ou não), mas atribuiria deveres específicos às partes envolvidas. Deste modo, seria, em outras palavras, a especificação mais concreta e mais racional, e que por fim garantiria a legitimidade de uma criminalização.¹⁰⁸ Trata-se aqui apenas de uma tentativa de aplicação do *Harm Principle* no âmbito normativo e político criminal. Nunca uma definição e encerramento, pois quando se fala em ciências sociais aplicadas e, conseqüentemente, em direito, necessita-se mais de dialética e comparação, do que de verdades e soluções absolutas para problemas tão antigos quanto a própria ciência aqui posta em questão.

¹⁰⁸ PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts**. New York: Springer, 2007. p. 94.

3 LIMITES MATERIAIS NO CIVIL LAW

Este capítulo faz referência aos aspectos históricos e normativos dos limites materiais ao poder de punir dentro do direito continental europeu, civil law, especificamente a Teoria do Bem Jurídico-Penal e o Princípio da Ofensividade.

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS: DA PERSPECTIVA POSITIVA-LEGALISTA À PERSPECTIVA RACIONAL

No positivismo-legalista afirmava-se que crime era tudo que o legislador ordinário apontasse. Assim, bastaria o legislador tipificar uma conduta cominando uma pena à ela que automaticamente isto a tornaria crime. Em outras palavras: o conceito material vinculado ao conceito formal de crime. Para Figueiredo Dias “tal concepção é inaceitável e inútil”.¹⁰⁹

De plano, então, parte-se para o entendimento que será adotado nesta dissertação, que o crime é lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos. Este conceito contém elementos pré-jurídicos, mas sempre orientados constitucionalmente e devem delimitar o espaço de arbítrio do legislador, ou seja, são os limites dados como padrão de atuação ao legislador.

A premissa anteriormente exposta deixa clara a visão crítica de como deve-se portar um jurista,¹¹⁰ nesse particular, como cientistas construtores do estado moderno que se pretende democrático.¹¹¹ A pergunta que devemos nos fazer como juristas é: devemos nos resignar perante a vontade do legislador ordinário? Aqui, a resposta deve ser de dúvida e desconfiança, pois a validade ou não da lei, se dá no conceito material de crime e não na descrição típica da lei, i.e., qualquer proibição penal desvinculada de uma dimensão material é, na verdade, terror estatal, pura arbitrariedade.

Nesse espaço, a Teoria do Bem Jurídico-Penal é uma hipótese para reconhecer essa dimensão material do crime e formular um direito penal secular e democrático, antiautoritário. O entendimento do direito penal em uma concepção

¹⁰⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo 1. São Paulo: RT, 2007. p. 106.

¹¹⁰ WEBER, Max. **Ciência e Política**: Duas vocações. Tradução Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2004. p. 17 e ss.

¹¹¹ GAUER, Ruth. **A fundação da norma**: para além da racionalidade histórica. Porto Alegre: EDIPUCRS. 2011. p. 139.

fundada na ofensa a interesses objetivos, no desvalor que expressa a lesão, ou o pôr-em-perigo bens juridicamente protegidos demonstra-se como acertado, no sentido, em que é uma clara oposição a simples violação subjetiva de um dever, em que a maioria da dogmática penal acrítica ainda reside.¹¹²

A normatividade jurídico-penal deve ser um centro propositivo de crítica, capaz de oferecer legitimidade e limite aos interesses políticos criminais.¹¹³ Com esse viés, é que se busca conceituar materialmente o fenômeno do crime estuda-se, neste capítulo, a respeito da Teoria do Bem Jurídico-Penal e do Princípio da Ofensividade, estes limites materiais ao direito penal dentro do direito continental europeu de civil law.

Tais teorias, na leitura aqui representada, buscam dar uma perspectiva crítica e limitadora ao poder político, tal visão deu-se ao longo da história com idas e vindas, pois no direito positivo-legalista, se remete somente ao legislador a criação de bens jurídicos, através dos tipos penais descritos nos códigos. Entretanto não é efetivamente o legislador que os cria, pois eles já existem. Estes bens são interesses da coexistência social, são valores reputados como fundamentais à própria existência da sociedade organizada dentro de um Estado Democrático de Direito.¹¹⁴

Os comportamentos que agredem, lesem, põem em causa, façam perigar esses bens, devem ser objeto de uma reação, tal definição vem de uma construção positivista-sociológica, como claramente é percebida no *Harm Principle* e irá ser vista no Princípio da Ofensividade, mas não só.¹¹⁵ Essa construção deu-se em uma perspectiva moral ético-social,¹¹⁶ também dentro da Teoria do Bem Jurídico-Penal, até chegar-se a uma perspectiva racional, i. e., de “tutela subsidiária (ou de ultima ratio) de bens jurídicos dotados de dignidade penal”.¹¹⁷

Por outro lado, o direito penal deve reagir apenas para tutelar as ofensas mais graves a esses bens jurídicos, que devem ser bens jurídicos fundamentais, ou

¹¹² D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 57-59.

¹¹³ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 36-38.

¹¹⁴ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 66. No mesmo sentido: SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Direito Penal Econômico sob uma Perspectiva Onto-Antropológica**. 2014. 350 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS, Porto Alegre, 2014.

¹¹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo 1. São Paulo: RT, 2007. p. 108-110.

¹¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo 1. São Paulo: RT, 2007. p. 111-113.

¹¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo 1. São Paulo: RT, 2007. p. 114.

seja, valores, interesses sociais e individuais, juridicamente reconhecidos, quer do próprio indivíduo, quer da coletividade, em virtude do especial significado que assumem para a sociedade e das suas valorações éticas e sociais. Nesse sentido, portanto, o direito penal justifica a sua intervenção não só devido à natureza dos bens jurídicos em causa, mas também atendendo à intensidade da agressão que é levada a cabo para com esses bens jurídicos-penais.¹¹⁸

Assim, relevante de início é o fato de reconhecer a dimensão material do crime e neste espaço de reconhecimento, a Teoria do Bem Jurídico-Penal e o Princípio da Ofensividade vão ser pontuados e aprofundados pois são as hipóteses – que até hoje têm maior consenso - para reconhecer tal espaço dentro da civil law. Tais construções teóricas irão ser aprofundadas e detalhadamente descritas nos pontos seguintes.

3.2 TEORIA DO BEM JURÍDICO-PENAL

Este subcapítulo trata, especificamente da Teoria do Bem Jurídico-Penal. Aspectos históricos, contemporâneos, a definição adotada nesta dissertação, bem como, problemas relativos à diferenciação de bens individuais e supraindividuais.

3.2.1 Construção histórica do Bem Jurídico-Penal

Importante começar a pontuar aspectos históricos da Teoria do Bem Jurídico-Penal, o que se busca é estabelecer primeiramente, uma ligação com o desenvolvimento do *Harm Principle*, que remonta ao novo iluminismo do século XIX, na Inglaterra, de autoria de John Stuart Mill. Por seu turno na europa continental Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach - diga-se meio século antes - fez a formulação inicial do que viria a ser o bem jurídico, com a ideia inicial de estabelecer uma barreira para a moral dentro do direito.

A formulação de Feuerbach foi baseada no direito subjetivo, nesse sentido, portanto, a lesão ao próprio indivíduo e seu direito individual à liberdade, é merecedor

¹¹⁸ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 66. No mesmo sentido: D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à Teoria da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos no Direito Penal Contemporâneo. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.) et al. **Criminologia e sistemas jurídicos-penais contemporâneos II**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

de proteção penal. A partir daí, então, fica clara uma relação de igualdade de direitos entre o agressor e a vítima que se quebra quando ocorre o delito. Contratualista, Feuerbach, utiliza uma lógica que não deve acabar em si, necessita de reparos pois apesar da grande evolução histórica que foi tratar o crime como violação de um direito subjetivo – evolução histórica essa baseada no fato de anteriormente não existir divisão entre crime e pecado – ela não deixava de apresentar problemas.¹¹⁹

O principal problema dessa concepção é que o crime não é direcionado a um direito em si, mas ao objeto de tal direito.¹²⁰ Isso gera problemas como o reconhecimento de direito subjetivo do Estado, e autores como Feuerbach não questionaram isso a seu tempo.

Após esta formulação a ideia de que o crime lesa bens fundamentais e não direitos, remonta a Birnbaum, que vem a afirmar que os crimes não lesam direitos, mas sim bens, isto é, entidades para além da própria ordem jurídica.¹²¹ Estes bens jurídicos não são realidades palpáveis, concretas, são, antes, valores da existência social,¹²²⁻¹²³ assim, para o autor crime é lesão ou por-em-perigo um bem que o Estado garante.¹²⁴

Birnbaum, baseia-se no conceito de “natureza das coisas”, e, portanto, nesse sentido, “constitui-se crime, imputável ao homem, segundo a natureza das coisas a lesão ou o pôr-em-perigo determinado bem garantido uniformemente a todos por parte do Estado”.¹²⁵ Apesar da evolução histórica de reconhecer que o crime não ofende direitos subjetivos e sim bens, o autor iluminista não buscou uma definição

¹¹⁹ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 62-63.

¹²⁰ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 64

¹²¹ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 65.

¹²² SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Direito Penal Econômico sob uma Perspectiva Onto-Antropológica**. 2014. 350 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS, Porto Alegre, 2014.

¹²³ Ainda, antes disto cabe ressaltar que no ano 1765, Beccaria, supera a visão do crime como pecado. “Eu só falo dos crimes que brotam da natureza humana e do pacto social, e não dos pecados, cujas penas, ainda que temporais, devem regular-se por princípios diversos daqueles de uma limitada filosofia.” (BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 106)

¹²⁴ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 64-65.

¹²⁵ BIRNBAUM, J. Ueber das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung. **Archiv des Criminalrechts** 15 (1834), Neue Folge. p. 179 apud SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana**: Contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 48.

precisa do que seriam tais bens.¹²⁶

A partir desta concepção foi possível buscar bases do crime para além do sistema jurídico, em suas palavras “Pertence à essência do poder do Estado garantir, por igual, a fruição de certos bens a todos os homens que nele vivem”.¹²⁷ Assim, Birnbaum produziu suporte para as futuras investigações, principalmente de Binding e Liszt.¹²⁸

Foi a partir daí que Binding, positivista, conceituou e deu forma, até mesmo linguisticamente ao bem jurídico-penal – o próprio termo *Rechtsgut* foi primeiramente utilizado pelo autor. Foi ele que limitou normativamente o termo, e como naquele momento histórico tinha-se como norte um positivismo estrito, onde não existia espaço para subjetivismos e interpretações extensivas, tudo que era próprio do jusnaturalismo agora era rechaçado.¹²⁹ Essa visão deu poder ilimitado ao legislador, criando um espaço de discricionariedade vinculativo entre a lei e o bem jurídico. Tal definição é ainda hoje estudada e revista pelas teorias metodológicas do bem jurídico e, sem dúvida, a contribuição de Binding, própria de seu tempo, elevou a categoria do bem jurídico dentro do mundo do direito, em especial do direito penal.¹³⁰

A conceitualização de Binding foi logo contestado por Liszt, que percebeu seu exacerbamento do positivismo-formalista:

Influenciado pela doutrina do fim e dos interesses de Ihering e fundamentando a sua tese do objeto de tutela jurídico-penal em aspectos pré-jurídicos (e não puramente formais), Liszt é o primeiro autor a construir um sistema político-criminal legislativo-dogmático crítico em torno da noção de bem jurídico.¹³¹

¹²⁶ SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana**: Contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 49.

¹²⁷ BIRNBAUM, J. Ueber das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung. **Archiv des Criminalrechts** 15 (1834), Neue Folge. p. 179 apud SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana**: Contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 54.

¹²⁸ SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana**: Contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 54.

¹²⁹ ANDRADE, Manuel Costa. **Consentimento e Acordo em Direito Penal**: Contributo para fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 1991. p. 64-66.

¹³⁰ SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana**: Contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 58.

¹³¹ SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana**: Contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p.59-61.

Assim a Liszt se atribui a função crítica do bem jurídico, principalmente devido ao que ele chamou de “bem da vida” advindo de uma fonte extrajurídica. Nesse sentido, ele traz materialidade ao ilícito ao afirmar que o conteúdo antissocial do ilícito é independente do que o legislador diz que é, cabendo a ele apenas apontá-lo, mas não é ele quem o cria.¹³²

O conceito de ilicitude apontado pelo autor é de extrema importância pois ele irá dividi-la em ilicitude formal (violação da norma) e ilicitude material (ofensa de interesses juridicamente protegidos), nesse sentido, uma conduta pode ter sua ilicitude formal preenchida e ao mesmo tempo não ser crime, pois falta o preenchimento da ilicitude material. Vê-se, portanto, que o conceito aqui é ampliado, i. e., bem jurídico é, pois, um interesse preexistente, juridicamente protegido.¹³³

Mas não só, percebe-se em Liszt, uma ligação com o fim do direito penal, nesse sentido, portanto, um elemento teleológico adentra no âmbito jurídico-penal. Observa-se, porém, que a concepção de Liszt é nesse sentido característica do empirismo da época, especificamente de cunho sociológico. Nesse sentido, o fim é um fim de fato e não metafísico, ideia esta claramente aliada a um determinismo causal. Sem dúvida, tal concepção tem uma clara força político-criminal.¹³⁴

Todavia, a evolução histórica da Teoria do Bem Jurídico-Penal não se deu de maneira linear:

Uma viragem decidida na compreensão do conceito teve lugar a partir da segunda década do nosso século, com o aparecimento do chamado conceito metodológico do bem jurídico de raiz exasperadamente normativista, ligada aos pressupostos neokantianos próprios da chamada Escola de Baden (de Winckelband, de Rickert, de Lask). Reagindo decididamente contra a compreensão legalista e positivista do direito, e acentuando nele a vertente teleológica imposta pela especificidade do mundo jurídico como entreposto entre os mundos do ser e do dever-ser e, por isso, como entidade referencial da realidade a específicos valores jurídicos, esta concepção faz dos bens jurídicos meras formulas interpretativas dos tipos legais de crime, capazes de resumir compreensivamente o seu conteúdo e de exprimir “o sentido e o fim dos preceitos penais singulares” (Honig), meras “abreviaturas do pensamento teleológico” que os penetra (Grünhut), em suma, expressões da *ratio legis*

¹³² SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana: Contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 62.

¹³³ SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana: Contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 62-63.

¹³⁴ SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana: Contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 63.

que lhes preside (Schwinge).¹³⁵

Esta expressão do pensar o bem jurídico de forma metodológica foi um retrocesso que se seguiu após as valiosas contribuições de Liszt e é demasiadamente formalista devendo ser liminarmente rejeitada. Isto, porque com ela, o conceito de bem jurídico, ao tornar-se apenas informativo, perde completamente a ligação político-criminal e deixa de poder ser visto como padrão crítico de aferição da legitimidade da criminalização. Logo, perde potencial e valor na determinação do conceito material de crime. Ademais, a atribuição ao bem jurídico de uma função puramente interpretativa significa seu esvaziamento de conteúdo e a sua transformação num conceito legal-formal que nada contribui para uma interpretação teleológica da norma, defendida por Figueiredo Dias.¹³⁶

Procurando, então, pontuar progressos e evoluções no conceito material de crime que a Teoria do Bem Jurídico-Penal oferece, tem-se as definições, já do século XX, de Jäger, Rudolphi, Hassemer e Lampe.

Jäger faz sua racionalização do bem jurídico através do direito penal sexual, abordando em seu estudo¹³⁷ a legitimidade material dos até então crimes de homossexualismo, incesto, sodomia. Importante pontuar que o autor afirma que o bem jurídico-penal não pode ser um valor moral e sim uma representação dos valores sociais. Para o autor do pós-guerra, o direito penal tem como função barrar condutas que lesem a comunidade, assim não deve inibir modos de vida que por força da moral sejam reprováveis. Isto é, a conduta que importa para o direito penal é aquela que lesa ou que ponha em perigo determinado estado social valioso, tal estado social valioso é representado pelo bem jurídico.¹³⁸

Por seu turno Rudolphi, avança no conceito de bem jurídico no momento em que afirma através de uma unidade funcional valiosa o bem jurídico apresenta duas funções uma, positivista, onde o bem jurídico seria o que a lei aponta, ou seja, metodológica e interpretativa, e a outra função seria crítica e liberal onde daria legitimidade para esta norma e poder-se-ia então perceber se uma determinada lei é

¹³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo 1. São Paulo: RT, 2007. p. 115-116.

¹³⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo. 1. São Paulo: RT, 2007. p. 116.

¹³⁷ Vide JÄGER, H. **Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten**. Eine kriminologische Untersuchung. Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag, 1957. (Tradução minha: direito penal e proteção dos direitos legais de crimes sexuais - Uma investigação criminológica)

¹³⁸ SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana**: Contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 70-71.

legítima ou não. Nesse sentido dá-se a diferenciação proposta pelo autor, ou seja, os conceitos são distintos, o liberal do metodológico. Dentro do conceito liberal estaria o limitador do poder dado ao legislador, a apresentar, portanto, conteúdo material:¹³⁹ “a tarefa da teoria liberal do bem jurídico não é a de brindar um princípio metodológico para a interpretação do direito positivo, senão proporcionar um critério objetivo para a elaboração e crítica das normas do direito penal”.¹⁴⁰ Além disso o autor busca sempre uma aproximação constitucional.¹⁴¹

Ampliando tal perspectiva, Hassemer – teórico da Escola de Frankfurt – equipara o bem jurídico a uma teoria da criminalização, ou seja, a teoria do delito como teoria da criminalização. Para o autor “uma teoria sobre o conceito e função do bem jurídico consiste no substrato material de uma teoria do crime”.¹⁴² Nesse sentido, o autor divide o bem jurídico como duas espécies, uma crítica, para o legislador e outra imanente ao sistema, ligado a ordem sistemática e a interpretação dos tipos penais.¹⁴³ Neste ponto, defende que acordos sociais normativos são capazes de valorar o bem jurídico, a racionalidade encontra-se na normatividade, assim sendo, ao legislar ocorrerá a concretização deste acordo, logo, trata-se de um processo de construção social e histórica, e não de direitos naturais dos indivíduos.¹⁴⁴ Ao aprofundar o aspecto material, Hassemer, eleva e vincula definitivamente o bem jurídico como categoria político-criminal legislativa-dogmática.¹⁴⁵

¹³⁹ SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana: Contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 72-73.

¹⁴⁰ RUDOLPHI, H. Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs. **Honig-FS**. Göttingen: Otto Schwartz, 1970. p. 156-157 apud SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana: Contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 73.

¹⁴¹ SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana: Contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 74.

¹⁴² HASSEMER, Winfried. **Theorie und Soziologie des Verbrechens**. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre. Frankfurt am Main: Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag, 1973. p. 16 apud SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana: Contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 75.

¹⁴³ SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana: Contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 75.

¹⁴⁴ HASSEMER, Winfried. **Theorie und Soziologie des Verbrechens**. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre. Frankfurt am Main: Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag, 1973. p. 151 ss., p 221 e ss. apud SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana: Contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 76-77.

¹⁴⁵ SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana: Contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

Por seu turno, Lampe, contribuiu teoricamente para a afirmação do conceito traçando um paralelo com a antropologia cultural, ele faz essa relação a partir de quatro teses¹⁴⁶:

a) de que os bens jurídicos têm valores culturais como fundamento; b) que estes valores culturais possuem necessidades individuais como fundamento; c) que as necessidades individuais se tornam valores culturais, quando se configuram em dominantes sociais (*sozial dominant*); e d) que os valores culturais se tornam bens jurídicos somente quando haja confiança na sua existência e quando estes demonstrem carência ou necessidade de proteção jurídico-penal.¹⁴⁷

A força da teoria de Lampe, reside numa compreensão aprofundada do direito que vai vinculá-lo à cultura, nesse sentido, o direito é dependente da cultura. E para essa vinculação ele extrai um conceito fixo de cultura que é um “sistema normativo oriundo de uma ordem que contem regras que são prescritas pelos homens de acordo com as diferentes situações sociais”.¹⁴⁸

Por outro lado, e invertendo totalmente a lógica progressista histórica que vinha desde Liszt, em aprofundamento dos ideais construídos a partir do iluminismo, acrescidos por uma enorme gama de conceitos normativos, limitadores e legitimadores da Teoria do Bem Jurídico-Penal, a chamada Escola de Kiel,¹⁴⁹ cujos principais teóricos eram Schaffstein, Dahm, Gallas, apropriando-se de uma leitura do positivismo de Binding retomou-se a ideia básica do crime como violação de um dever. Tais teóricos, do nacional-socialismo, invertem a lógica do direito, do bem jurídico

p. 77.

¹⁴⁶ SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana**: Contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 77-78.

¹⁴⁷ LAMPE, H-J. Rechtsgut, kultureller Wert und Individuelles Bedürfnis. **Welzel–FS**, Berlin: Walter de Gruyter, 1974. p. 151-162 e ss. apud SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana**: Contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 78.

¹⁴⁸ LAMPE, H-J. Rechtsgut, kultureller Wert und Individuelles Bedürfnis. **Welzel–FS**, Berlin: Walter de Gruyter, 1974 apud SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana**: Contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 79.

¹⁴⁹ Especificamente sobre a ciência penal no nacional-socialismo ver: RUIVO, Marcelo Almeida. Os crimes omissivos impróprios como delitos de violação de dever no nacional-socialismo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Nº 131, São Paulo, 2017. “Foi um período marcado por significativo esforço da Escola de Kiel na superação de categorias penais democráticas ou iluministas – entendidas como liberais individualistas – e na construção de uma instrumentalidade jurídica capaz de concretizar os ideais político-criminais antiliberais. Seguindo uma retórica combativa,¹⁴ defendeu-se a ultrapassagem de uma “crise cultural” por meio da desconstrução do “pensamento racional-individualista”, que teria se desenvolvido sem oposição no direito penal.” (RUIVO, Marcelo Almeida. Os crimes omissivos impróprios como delitos de violação de dever no nacional-socialismo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Nº 131, São Paulo, 2017. p. 226-227)

como individualista-liberal, passando a pensá-lo conjuntamente com a ideia de nação e povo (bem jurídico como “povo alemão”)¹⁵⁰ tal conceito foi uma categoria penal para legitimar um direito penal de autor – contrapondo com o direito penal de fato – e sustentar um direito penal autoritário.¹⁵¹⁻¹⁵²

3.2.2 Estado da arte

Seguindo com a construção histórica da Teoria do Bem Jurídico-Penal, subdivide-se este ponto, pois a partir da derrocada do nacional socialismo alemão e do pós-guerra, vários teóricos contribuíram para fortalecer e conceituar a teoria. A partir daí a teoria toma aspectos contemporâneos e uma variedade de teóricos do direito detém-se sobre sua conceptualização, seu papel político-criminal e legislativo-dogmático. Parte-se então para a teoria constitucional do bem jurídico que sob o manto do constitucionalismo, percebeu-se que a Constituição poderia ser uma base sólida para apoiar a identificação de bens jurídicos-penais legítimos e funcionar como critério material para o legislador.

E daqui é que parte a orientação que devidamente aprofundada será adotada nessa dissertação, apesar de podermos dividir as teorias constitucionais entre estritas e amplas, uma teoria constitucional do bem jurídico irá ser orientada por

¹⁵⁰ Assim explica Ruivo: “Em substituição aos elementos analíticos de compreensão do crime, propunha-se um método de visão total e de consideração intuitiva das categorias, bem como de ultrapassagem da clássica divisão entre direito e moral e entre valores morais e valores penais. Não é por menos que os penalistas do nacional-socialismo recorreram a elementos intuitivos e imprecisos como “senso dogmático e político-filosófico correto”, “senso natural”, “senso popular saudável”, “princípio da justiça popular”, “visão popular saudável” e “povo alemão”. Houve o empenho para afirmar que o conceito de “povo alemão” não era “produto de fantasia poética”, mas, sim, uma categoria jurídica determinante para a ilicitude penal material. Isto é, a ação materialmente ilícita seria aquela “contrária à visão de mundo nacional-socialista alemã”. A noção jurídica de povo alemão basear-se-ia em três elementos: a história do povo alemão, a “comunidade de destino no passado e presente” (sangue e solo, raça e paisagem) e o “planejamento do futuro”. Decorreria desses elementos a “formação da vontade” e a “vontade cultural” alemã, sendo particularmente decisiva a formação da vontade na determinação do conteúdo do direito material e do ilícito.” (RUIVO, Marcelo Almeida. Os crimes omissivos impróprios como delitos de violação de dever no nacional-socialismo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Nº 131, São Paulo, 2017. p. 226-227)

¹⁵¹ SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana: Contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 94-99.

¹⁵² Aqui vê-se como é muito importante ter bases sólidas para estabelecer uma teoria do bem jurídico crítica e limitadora do poder legislativo, pois, quando não faz esse papel, distorções históricas acontecem e aconteceram. Além disso, posiciona-se aqui contra qualquer forma de usar tal teoria para um viés estritamente passivo, complacente com o poder político, sem dúvida a teoria do bem jurídico carrega consigo um elemento político, mas não só, fortalecê-la em um sentido liberal e pluricultural é um dever de um jurista vinculado com os ideais de liberdade, igualdade estabelecidos nas constituições humanistas das sociedades ocidentais.

um viés político-criminal e legislativo-dogmático, ou seja:

[...]entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal – jurídico-penal – dos bens jurídicos tem por força de se verificar uma qualquer relação de mútua referência. Relação que não será de identidade, ou mesmo só de recíproca cobertura, mas de analogia material, fundada numa essencial correspondência de sentido e – do ponto de vista da sua tutela – de fins. Correspondência que deriva, ainda ela, de a ordem constitucional constituir o quadro obrigatório de referência e, ao mesmo tempo, o critério regulativo da atividade punitiva do Estado. É nesta acepção, e só nela, que os bens jurídicos protegidos pelo direito penal se devem considerar concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais. É por essa via (...) que os bens jurídicos se “transformam” em bens jurídicos dignos de tutela penal ou com dignidade jurídico-penal.¹⁵³

Todavia, quando se refere à constituição, ela não deve ser um catálogo abstrato de bens tuteláveis, pois, ela está posta como um modelo que se articula e se flexibiliza tanto no sentido da escolha de um meio de proteção aos bens que não seja necessariamente penal, assim como os jurídico-penais, que também podem se originar de valores que não estão claramente consagradas pela carta constitucional.¹⁵⁴⁻¹⁵⁵

Importa pontuar também a visão de Welzel, criador da teoria finalista, que estabelece a teoria do bem jurídico em critérios de natureza ético-sociais, ou seja, “bem vital do grupo ou do indivíduo que, em razão de sua significação social, é amparado juridicamente”.¹⁵⁶

Essa visão de Welzel, confunde claramente ética com moral e, ainda, acabar por afirmar o bem jurídico e o próprio direito penal como fortalecedor e garante dos valores ético-sociais. Nesse sentido Welzel entende que a teoria do bem jurídico é apenas um meio para se chegar nessa proteção:¹⁵⁷

Somente sobre a segurança dos valores elementares ético-sociais da ação pode ser alcançado um amplo amparo e duradouro dos bens jurídicos. Mediante a função ético-social mais ampla do direito penal garante-se em forma compreensível e intensa a proteção de bens jurídicos, do que com a

¹⁵³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo 1. São Paulo: RT, 2007. p. 120.

¹⁵⁴ SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana**: Contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 93.

¹⁵⁵ Entretanto, como estar-se aqui, ainda, abordando a evolução histórica da Teoria do Bem Jurídico, irá se tratar disto no próximo ponto.

¹⁵⁶ WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Tradução Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003. p. 32.

¹⁵⁷ SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana**: Contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p.99-102.

simples ideia do assim desses bens.¹⁵⁸

Outra perspectiva teórica de relevância é a de Amelung, que trabalha com o conceito de “danosidade social”, uma disfunção social. Trata-se de um funcionalismo. O autor segue a teoria dos sistemas de Parsons e Luhmann, e critica ferrenhamente a teoria do bem jurídico¹⁵⁹ afirmando que:

A teoria do bem jurídico veio abrir a porta a um direito penal irracional e restauracionista à margem de todo o controle sociológico. Enquanto a doutrina iluminista da Danosidade social se orienta para uma reflexão, em última instância sociológica, sobre as condições de convivência humana, a doutrina da proteção de bens jurídicos rompe de forma decisionista com tal relação. O decisivo para a constituição do bem jurídico é um momento volitivo. Os bens jurídicos nascem de um ato de valoração cujo objeto é estabelecido pelo legislador (...). Ora, se os bens jurídicos demandam de uma decisão de valor do legislador, então a legitimação do direito penal a partir da proteção de bens jurídicos mais não significa do que a legitimação do direito penal por ele próprio.¹⁶⁰

Fica claro, que Amelung busca um retorno a conceitos pré-positivistas com uma teoria sociológica, portanto, transjurídica, para buscar a legitimação de uma criminalização e um conceito de ilicitude material que escapa da teoria do bem jurídico.¹⁶¹

O avanço do autor é relevante, entretanto, ele mesmo admite que seu conceito de danosidade social não pode substituir o bem jurídico e que estes conceitos, apesar de diferenciados, seriam complementares entre si. Finalmente, muito esclarecedora é a afirmativa de Costa Andrade sobre a teoria da danosidade social de Amelung “profecia que a si mesma se destrói”.¹⁶²

Ainda na esteira do funcionalismo, Jakobs equipara o bem jurídico à violação da norma, i.e., bem jurídico é a norma penal. Isto diz muito de como o autor

¹⁵⁸ WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Tradução Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003. p. 31.

¹⁵⁹ Outro posicionamento do mesmo autor pode ser encontrado em: AMELUNG, Knut. O conceito de Bem Jurídico na Teoria Jurídico-Penal da proteção de Bens Jurídicos. Tradução Luís Greco. In. GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Org) **O bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 149-206.

¹⁶⁰ AMELUNG, K. **Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft**. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtssprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der “Sozialschädlichkeit” des Verbechens. Frankfurt am Main: Athenäum Verlag, 1972. p. 49 apud ANDRADE, Manuel Costa. **Consentimento e Acordo em Direito Penal**: Contributo para fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 1991. p. 96.

¹⁶¹ ANDRADE, Manuel Costa. **Consentimento e Acordo em Direito Penal**: Contributo para fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 1991. p. 97.

¹⁶² ANDRADE, Manuel Costa. **Consentimento e Acordo em Direito Penal**: Contributo para fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 1991. p. 104.

vê o direito penal funcionalista sistêmico, busca uma reconstrução da teoria do delito intimamente ligada à teoria da pena que para ele se justifica na prevenção geral positiva. Tal teoria sustenta que o Direito Penal tem como função primordial de reafirmar a vigência da norma.¹⁶³ Em outras palavras, “o crime é uma disfunção do sistema não porque afeta bens jurídicos-penais, mas porque questiona a confiança institucional do sistema, que está representado pelas normas jurídico-penais.”¹⁶⁴

Seguindo a linha que vem se trabalhando nessa dissertação tal proposta de Jakobs será sumariamente rejeitada, pois pode abrir espaço para uma irracionalização do direito penal e quem sabe um direito penal tão cruel como foi o direito penal do nacional-socialismo alemão.

Para esses autores não existe no bem jurídico-penal qualquer conteúdo liberal, muito pelo contrário, veem um mecanismo que mais serve de base para legitimar a expansão do direito penal. Como mencionado Jakobs, para o qual a ideia de bem jurídico pode no máximo chegar a um direito penal de inimigo, oposto ao direito penal cidadão, sendo a finalidade deste não a proteção de bens jurídicos e, sim, o combate ao inimigo, verifica-se assim que o bem jurídico muda completamente de função, abandonando a função crítica para passar a fundamentar as novas incriminações do direito penal.¹⁶⁵

Continuando a perspectiva histórico e finalizando os últimos autores que serão abordados nessa fase de evolução da teoria do bem jurídico, importa pontuar alguns deles.

Sob o paradigma da sociedade do risco¹⁶⁶ na obra de Stratenwerth *Proteção do futuro pelo direito penal?* Ele se pergunta sobre o futuro e como a ciência deve se portar frente a preocupação com o futuro. Para o autor, o ser humano atual

¹⁶³ SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana:** Contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 109-111.

¹⁶⁴ SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana:** Contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 109-110.

¹⁶⁵ Para uma noção aprofundada *vide* JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo:** Noções e Críticas. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

¹⁶⁶ Nesta dissertação não se aprofunda os fatores institucionais, filosóficos e sistemáticos da chamada sociedade do risco. Assim, para um melhor entendimento a este respeito e suas influências de mudança paradigmática *vide*: BECK, Ulrich. **La Sociedad del riesgo:** Hacia una nueva modernidade. Tradução Jorge Navarro, Daniel Jiménez e M^a Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.; GIDDENS, Anthony. **As consequências da Modernidade.** Tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.; LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais:** lineamientos para una teoría general. Tradução Silvia Pappé e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998.

tem compromissos com as gerações futuras e o direito penal não pode negar isso.¹⁶⁷

E sob esse signo entende que uma teoria jurídico-penal orientada pelo bem jurídico não tem condições de enfrentar os avanços técnico científicos e os desafios deste novo mundo. Nesse sentido, então aborda a proteção de “contextos da vida como tais” ao invés de bens jurídicos, acabando com a necessidade de que para justificar a proteção de bem jurídicos supraindividuais seja necessária uma retro referência a bens jurídicos individuais.¹⁶⁸ Este abandono proposto por Stratenwerth, não é a perspectiva que esta dissertação irá tomar, pois acredita-se que esse novo conceito proposto é demasiadamente amplo e de aplicação restrita.¹⁶⁹

Dentro ainda da visão orientada pelas novas necessidades globais envolvendo a sociedade do risco, Roxin, por seu turno, não abdica da teoria do bem jurídico, mas a relativiza, aceitando parcialmente o proposto por Stratenwerth.

Ainda sobre a visão de Roxin, pontua-se que se trata também de uma visão de orientação legislativa, afirmando:

La concreción del principio de protección de bienes jurídicos, además, se ve facilitada por la formulación de al menos nueve directrices que he propuesto para apoyar esa labor. No puedo explicarlas aquí, aunque sí al menos enunciarlas de modo sintético: las leyes penales arbitrarias, motivadas exclusivamente por la ideología o que vulneran derechos fundamentales no protegen bienes jurídicos; una conducta inmoral o reprochable no fundamenta ya como tal una lesión de un bien jurídico; la vulneración de la dignidad humana propia no es una lesión de un bien jurídico; la protección de sentimientos sólo puede ser reconocida como protección de un bien jurídico cuando concurren temores realistas de ser objeto de amenaza; la autolesión consciente, hacerla posible o auxiliarla no vulneran bienes jurídicos (ajenos); las normas jurídico-penales predominantemente simbólicas no tienen una función de protección de bienes jurídicos; los tabúes no son bienes jurídicos; los objetos de protección de tal abstracción que resulten inaprehensibles no pueden ser reconocidos como bienes jurídicos.¹⁷⁰

Luís Greco define-o da seguinte maneira: “bens jurídicos seriam, portanto, dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência

¹⁶⁷ SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana: Contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 126.

¹⁶⁸ SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana: Contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 127.

¹⁶⁹ SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana: Contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 128.

¹⁷⁰ ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, Madrid, v. 15, n. 1. p. 1-27, 2013. Disponível em: < <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>>. Acesso em: 15 nov 2016.

do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional”.¹⁷¹

Importa, também, aqui, pontuar a posição da Escola de Frankfurt,¹⁷² nesse debate. Essa posição é em geral contra a possibilidade de tutela de bens jurídicos supraindividuais, pois negam que em uma sociedade do risco seja necessário recorrer a um direito penal que fuja do postulado liberal de bens jurídicos individuais,¹⁷³ vê-se que são defensores de um conceito de bem jurídico, mas não a ampliação deste para os crimes próprios da sociedade do risco marcados pela conformação dos bens jurídicos supraindividuais – assim defendem uma posição monista do bem jurídico-penal.

Os expoentes desse pensamento - Hassemer, Naucke, Herzog, Prittwitz, Albrecht – acreditam que a atribuição de características preventivas ao direito penal cada vez mais expansionista, e claro nos problemas da sociedade do risco, irá tornar a lei penal muito abrangente e com dificuldade de determinação do injusto, ainda mais quando se trata de crimes de perigo abstrato e bens jurídicos supraindividuais.¹⁷⁴ Nesta crítica assiste razão a eles, pois a política-criminal atual está cada vez mais exacerbando a ideia de prevenção e o direito penal está perdendo o caráter de ultima ratio do Estado.

*Actualmente estamos viviendo una dramatización de la violencia y la amenaza. Ante esta situación se está elaborando una política criminal que tiende a hacer del derecho penal, endureciéndolo y reestructurándolo, un instrumento de direccionismo estatal. En caso de necesidad se considera que los principios que caracterizan nuestra cultura jurídica no deben ser tenidos en cuenta o considerárselos vigentes. El provecho que de ello se obtiene es escaso, los costes muy altos: a la larga, un derecho penal así concebido perderá su fuerza de convicción.*¹⁷⁵

Assim, Hassemer aponta que a marca dessa política criminal é um

¹⁷¹ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 107, 2004.

¹⁷² Importante pontuar que a Escola de Frankfurt não tem um pensamento único, sendo que no seio de várias escolas sempre vão haver pensamentos dissonantes, minoritários e de contestação, o que esse pesquisador vê sempre com bons olhos, trata-se da pluralidade de ideias.

¹⁷³ SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana: Contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 129.

¹⁷⁴ SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana: Contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 130.

¹⁷⁵ HASSEMER, Winfried. **Persona, Mundo y Responsabilidad: Bases para una teoría de la imputación em derecho penal**. Tradução Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Bogotá: Editorial Temis, 1999. p. 49-50. (grifo nosso)

fortalecimento do direito penal simbólico, de características midiáticas e rapidez na resolução dos problemas visando satisfazer os anseios da opinião pública. Para os problemas próprios de uma sociedade risco os autores sugerem que se “combata” com outros mecanismos que ele chama de “direito de intervenção” que estaria “situado entre o direito penal e o direito sancionatório administrativo, entre o direito civil e o direito público, com um nível de garantias e formalidades processuais inferior ao direito penal, mas também com menos intensidade nas sanções”.¹⁷⁶

Finalmente, por seu enfoque, Figueiredo Dias afirma, contrariando a crítica Escola de Frankfurt, que:

a tutela dos novos riscos típicos da sociedade do risco de continuar a fazer-se (também subsidiariamente) por intermédio do direito penal, para tanto não parecendo, em definitivo, que se torne necessária uma mudança radical do paradigma penal, com uma nova política-criminal em uma nova dogmática jurídico-penal.¹⁷⁷

Figueiredo Dias situa o problema onde ele deve ser situado, sendo a resposta tão complexa como simples é a pergunta: Quais são os bens supraindividuais que são dignos de tutela penal? Ou seja, não se deve abandonar a teoria do bem jurídico devido aos problemas de uma sociedade do risco, mas sim, ao contrário, sabendo disso, verificar quais desses bens, muitas vezes de difícil definição e duvidosa corporização, necessitam de uma proteção penal uma vez que a proteção administrativa ou civil se mostre insuficiente.¹⁷⁸

¹⁷⁶ HASSEMER, Winfried. **Persona, Mundo y Responsabilidad**: Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Tradução Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Bogotá: Editorial Temis, 1999. p. 72.

¹⁷⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**: sobre os fundamentos da doutrina penal; sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p.173 apud SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana**: Contribuo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 135.

¹⁷⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**: sobre os fundamentos da doutrina penal; sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Ed., 2001. p.175-176 apud SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana**: Contribuo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 136.

3.2.3 Definição

Dadas as variedades com que se apresentam, é praticamente impossível conceituar bem jurídico estritamente – como um conceito único -, embora muitos já tenham tentado fazê-lo. A conceituação, geralmente, esclarece de forma sintética as diretrizes do pensamento jurídico quanto ao conteúdo do injusto. Neste sentido, pode-se traçar quatro vertentes conceituais, quais sejam, positivista, neokantista, ontológica e funcionalista.¹⁷⁹

O que é quase unânime é que é crime o que lesa ou ameaça de lesão bens jurídicos, por outro lado o que é bem jurídico gera inúmeras divergências.¹⁸⁰ Como visto no capítulo anterior, a história da construção do bem jurídico envolve inúmeros desacordos e disputas dogmáticas, mas não só a escolha ideal sobre qual caminho de conceitualização tomar é relevante, também se percebe claramente que a escolha de uma corrente de visualização do bem jurídico é uma tomada de posição política.

Aqui, esta escolha dar-se-á a partir do posicionamento introduzido pela visão de Figueiredo Dias que entende a temática da função do direito penal, ligada ao conceito material de crime, pode ser qualificada de teleológico-funcional e racional. Por um lado teleológico-funcional, pois entende-se, nesse sentido, fundamentalmente, que para se ter uma conduta como criminosa, o conceito material, aqui empenhado, não pode ser deduzido de qualquer lugar - ordem extrajurídica e extrapenal -, mas necessita apresentar-se dentro da compreensão imposta pela própria função que o direito penal ocupa no sistema jurídico-social. De outra senda, de forma a complementar tal visão, a autodenominação como racional, advém da função atribuída ao direito penal, que é a de tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade e necessidade penal. Em outras palavras, tutela de bens jurídicos cuja lesão revela-se digna e necessária de pena.¹⁸¹

Pode-se, ainda, definir bem jurídico como a “expressão de interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de certo estado, objeto ou bem em si mesmo”.¹⁸² Este bem deve ser socialmente relevante, e por sua relevância

¹⁷⁹ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey Tavares, 2000. p. 176-177.

¹⁸⁰ PRADO, Luis Régis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 41.

¹⁸¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. Tomo 1. São Paulo: RT, 2007. p. 113-114.

¹⁸² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. Tomo 1. São Paulo: RT, 2007. p. 114.

é juridicamente reconhecido como valioso,¹⁸³ conforme explicitado de forma breve anteriormente.

Complementa tal visão Souza:

Conceito de bem jurídico-penal estritamente relacionado à política criminal legislativo-dogmática, o qual foi definido como “todo valor digno de tutela penal”. Embora sendo o meio sociocultural sua fonte inspiradora, cabe ainda frisar que estes valores, para se converterem em legítimos bens jurídicos-penais, além da sua eventual justiça ou bondade, devem ainda possuir uma relação de “analogia material” com a Constituição”.¹⁸⁴

Assim, percebe-se que em um Estado Democrático de Direito que por isso mesmo necessita ser democrático e que cumpra as funções sociais consagradas na Constituição tal tutela penal jamais pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo apenas considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária. Isto vale dizer: quando de nenhuma outra maneira que não através do direito penal (ultima ratio) é possível assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado idealizado da liberdade e da dignidade da pessoa humana.¹⁸⁵

Além disso, e não menos importante, é frisar que o cunho axiológico do bem jurídico não pode ser deixado de levar em conta, a função do direito penal é garantir aos seus cidadãos uma harmonia, onde todos sejam livres e convivam de maneira pacífica, a assegurar a todos as promessas da constituição lá afirmadas. Assim, convencionou-se chamar tal função de proteção de bens jurídicos, por bens jurídicos entende-se todos os pormenores e desígnios que são absolutamente dignos e necessários para o livre desenvolvimento do indivíduo, a realização de seus direitos fundamentais e, também, a operação de um sistema estatal que possa ser construído para essa finalidade. Roxin, então, buscando responder a pergunta acerca da possibilidade de limitar o legislador através do bem jurídico deduz que é determinante para garantia da liberdade afirmar que as leis penais são ilegítimas quando têm como objeto um comportamento que não afete nem o livre desenvolvimento do indivíduo,

¹⁸³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo 1. São Paulo: RT, 2007. p. 114.

¹⁸⁴ SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana**: Contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 380.

¹⁸⁵ PRADO, Luis Régis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 41.

nem seus pressupostos sociais, ou seja, um bem jurídico-penal.¹⁸⁶

Partindo do conceito apreendido, que vê na tutela de bens jurídicos-penais a específica função do direito penal e, assim, o elemento constitutivo do conceito material de crime, tem-se outras consequências que merecem ser pontuadas, quais sejam: “(a) Puras violações morais não se conformam como violações a autênticos bens jurídicos e não podem por isso integrar o conceito material de crime”;¹⁸⁷ (b) Não constituem autênticos bens jurídicos, “a violação de valores de mera ordenação, subordinados a uma certa política estatal e por isso de entorno claramente jurídico-administrativo.”¹⁸⁸ Logo, as contravenções penais não tutelam verdadeiros bens jurídicos penais; (c) Não conformam autênticos bens jurídicos “proposições (ou imposições de fins) meramente ideológicos”¹⁸⁹, nesse aspecto está, no que se atará está dissertação no próximo capítulo, o caso da criminalização da posse de drogas para consumo próprio. Dentro das posições meramente ideológicas os falsos bens jurídicos-penais perdem a sua função crítica para se tornarem em fórmulas interpretativas dos tipos legais de crime, uma volta ao conceito metodológico de crime, que não serve como ponto crítico, necessário, para afirmação da teoria do bem jurídico.¹⁹⁰

Finalmente, ressalta-se que o interesse nas consequências expostas extrapola uma teoria, pois possui o mais valioso interesse político-legislativo. Esse aspecto se revela no momento em que se considera nosso regime jurídico-constitucional como sendo democrático e pluralista. Isso, uma vez que, dentro de tais premissas deve-se ter como resultado necessário, a de que toda a norma em matéria penal que visa considerar uma conduta crime, onde não seja possível reconhecer um bem jurídico-penal claramente definido é, portanto, nula, pois é materialmente inconstitucional, e como tal deve ser declarada pelo poder judiciário.¹⁹¹

¹⁸⁶ ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, Madrid, v. 15, n. 1. p. 5, 2013. Disponível em: < <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>>. Acesso em: 15 nov 2016.

¹⁸⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo 1. São Paulo: RT, 2007. p. 124.

¹⁸⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo 1. São Paulo: RT, 2007. p. 125.

¹⁸⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo 1. São Paulo: RT, 2007. p. 125.

¹⁹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo 1. São Paulo: RT, 2007. p. 125.

¹⁹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo 1. São Paulo: RT, 2007. p. 126.

3.2.4 Bens Jurídicos individuais e supraindividuais

Como já sabido, a doutrina majoritária é acostumada exclusivamente com um conceito de perspectiva formal-positivista de bem jurídico, e não costuma reconhecer qualquer função crítica ou político-criminal à ideia. Em geral, só a partir de investigações mais recentes se começou a propor um conceito de bem jurídico como diretriz para o legislador.

A importância deste conceito, limitador do legislador, pode ser verificada historicamente, como aponta Greco:

O conceito político-criminal de bem jurídico teve, ao menos historicamente, uma grande conquista, orientou amplas descriminalizações no direito penal sexual alemão. Para lembrar unicamente o exemplo mais significativo: na Alemanha, o homossexualismo masculino era uma conduta punível até a década de 70. Alguns autores valeram-se de um conceito crítico, político-criminal de bem jurídico para dizer que tais incriminações de condutas meramente imorais não tutelavam bem jurídico a algum, sendo, portanto, ilegítimas. E essa argumentação acabou por convencer o legislador, que aboliu o referido dispositivo, ao lado de muitos outros. Mas mesmo essa conquista é atualmente questionada por muitos. Para Frisch e Stratenwerth, por exemplo, o conceito de bem jurídico aqui pouco fez; a descriminalização do homossexualismo masculino decorreu de mudanças culturais, elas sim, decisivas.¹⁹²

No mesmo sentido, para Bitencourt “os bens jurídicos são bens vitais da sociedade e do indivíduo, que merecem proteção legal exatamente em razão de sua significação social”¹⁹³ Esta proteção, amparada pela intervenção penal, só é justificável quando orientada a impedir que os bens fundamentais – individuais ou sociais – sejam afrontados, por meio de um dano ou perigo de dano.¹⁹⁴

Neste sentido, Ferrajoli acrescenta que a iminência de dano ou perigo devem ser empiricamente verificáveis, uma vez que não se deve considerar apenas abstratamente o conteúdo da proibição. Posto que, deve-se ter como ponto de partida as “características de cada concreta conduta proibida”.¹⁹⁵

¹⁹² GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 96, 2004.

¹⁹³ BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2: Parte especial: dos crimes contra a pessoa. p. 8.

¹⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002. p. 378.

¹⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002. p. 378.

Finalmente, como já exposto, a teoria do bem jurídico, através do entendimento de Figueiredo Dias, expõe a noção material do que é crime, tal qual como sendo todo o comportamento humano que lesa ou ameaça de lesão bens jurídicos fundamentais, ou seja, tutela subsidiário (ou de ultima ratio) de bens jurídicos dotados de dignidade e necessidade penal.¹⁹⁶

Entretanto, frente aos novos problemas de uma sociedade do risco, bens supraindividuais precisam ter uma resposta penal, pois não é possível ver lesões ecológicas, genéticas, econômicas-financeiras, terrorismo, e não apelar à ultima ratio do poder punitivo para contê-las. Logo, nesse sentido, é necessário proteger destes riscos, mas isso sem abrir mão da Teoria do Bem Jurídico-Penal.

Assim adotada tal definição, percebe-se que a existência de bens jurídicos individuais é de fácil compreensão, entretanto, quando falamos de bens jurídicos coletivos, ou seja, supraindividuais, é de difícil observação e, em regra, o conceito material é esquecido.¹⁹⁷

Nesse sentido, deve-se manter os postulados da Teoria do Bem Jurídico-Penal, mesmo na sociedade do risco. Ou seja, ao lado dos bens jurídicos individuais, existem autênticos bens jurídicos supraindividuais.¹⁹⁸ Entretanto, apesar da defesa aqui de que realmente existem bens jurídico-penais supraindividuais legítimos, nem todos descritos nos tipos penais da legislação vigente de fato tem legitimidade.

Ressalta-se que vários operadores do direito e legisladores se empenham em criar bens jurídicos supraindividuais a todo o momento que necessitam de um fundamento para legitimar uma proibição um tanto incomum. E isso não representa um interesse meramente teórico, uma vez que a criação de um bem jurídico supraindividual acaba tendo também efeitos práticos, além da legitimação da criminalização antecipada por meio de sua aceitação, temos, também, um problema relacionado muitas vezes com um tipo de sanção.

Os bens jurídicos supraindividuais devem ser aceitos como autênticos, dignos e necessários de tutela penal. Não ouvida-se da ideia que tais bens possam se referir a interesses individuais, todavia tais interesses não devem mais estar apenas ligados ao liberalismo individualista. Percebe-se que o caráter supraindividual

¹⁹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo 1. São Paulo: RT, 2007. p. 113-114.

¹⁹⁷ D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à Teoria da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos no Direito Penal Contemporâneo. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.) et al. **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 208.

¹⁹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo 1. São Paulo: RT, 2007. p. 149.

de um determinado bem jurídico não necessariamente deve se remeter ao individual, em outras palavras, independe do bem jurídico supraindividual encontrar no bem jurídico individual um correspondente.¹⁹⁹⁻²⁰⁰

Deve-se caracterizar o bem jurídico supraindividual como aquele que pode ser usufruído pela coletividade, mas também por cada ser humano individualmente. Tal chance de usufruir deste bem jurídico supraindividual é onde converte o interesse individual na sua manutenção e unidade. Percebe-se, assim, que a autonomia destes bens, que não podem eventualmente encontrar correspondência no bem jurídico individual, decorre das múltiplas possibilidades dos interesses dos indivíduos. Tratando-se de bens jurídicos supraindividuais deve-se, sem dúvida, considerar a vaga e carência de definição mais acentuada do que em bens jurídicos individuais. Todavia, confia-se na posição de um direito penal cuja função é a exclusiva tutela subsidiária de bens jurídicos-penais,²⁰¹ e isto inclui, sempre com muito cuidado na verificação da autenticidade, bens jurídico-penais supraindividuais legítimos e dignos.

Todavia, apesar da posição adotada, de aceite dos bens supraindividuais, é imprescindível uma complementação, que se dará na ofensa em concreto também aos bens jurídicos supraindividuais, assim, é necessária uma alteração da realidade fenomenalmente destes bens supraindividuais protegidos, para que disso possa se extrair o perigo ou a lesão ao bem jurídico. Além disso, no caso de bens jurídicos supraindividuais não é permitido postular este bem jurídico como objeto de proteção de uma disposição específica quando a afetação deste bem jurídico envolver, simultaneamente, a violação de um bem jurídico individual.²⁰² Nesse sentido caminha o próximo ponto deste estudo.

¹⁹⁹ Figueiredo Dias aponta os seguintes exemplos: “O caráter coletivo do bem jurídico não exclui a existência de interesses individuais que com ele convergem, por exemplo, se todos os membros da comunidade (ou de um certa comunidade) se veem prejudicados por condutas pesadamente poluidoras, cada um deles não deixa, individualmente, de sê-lo também e de ter um interesse legítimo na preservação das condições vitais. Mas se, por exemplo, uma descarga de petróleo no mar provoca a morte de milhares de aves marinhas e leva, inclusive, à extinção de alguma espécie rara, também aí se verifica a lesão de um bem jurídico supraindividual merecedor e carente de tutela penal, ainda que tais aves sejam absolutamente insuscetíveis de utilização – por exemplo para fins alimentares – por parte do ser humano. Não é possível descortinar que ao menos em princípio uma ofensa a qualquer bem jurídico individual, entretanto, as aves referidas, se bem que não “utilizáveis” por quem quer que seja, constituem um patrimônio de todos e como tal devem ser tuteladas.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo 1. São Paulo: RT, 2007. p. 150.)

²⁰⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo 1. São Paulo: RT, 2007. p. 150.

²⁰¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo 1. São Paulo: RT, 2007. p. 150-151.

²⁰² D’AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à Teoria da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos no Direito Penal Contemporâneo. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.) [et al.]. **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 208.

3.3 PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

O anterior subcapítulo demonstrou a posição adotada sobre Teoria do Bem Jurídico-Penal que se deu no horizonte de compreensão da norma, sempre como referencial à Constituição. Todavia, como visto a partir da Teoria do Bem Jurídico-Penal a tentativa de definir materialmente o crime, também possui uma de sentido sociológico com elementos pré-jurídicos, portanto anterior à qualificação jurídico-penal. Tal postulado tornou-se essencial dentro do estudo dogmático penal, para tanto, uma grande e qualificada parte da doutrina italiana²⁰³ conceitua tal limite material a partir do conceito de *offensività* (assim como já visto nessa dissertação e sendo dela objeto *Harm Principle*).²⁰⁴

Logo, razoavelmente entendida a Teoria do Bem Jurídico-Penal, passa-se aqui a dissertar a respeito da ofensividade, especialmente no que se refere ao Princípio da Ofensividade que vai postular que não apenas o objeto de tutela, mas também, a lesão ao bem jurídico-penal legítimo deve ser averiguada. A ofensividade estabelece uma relação entre a conduta e o contexto no qual ela se insere, assim deve haver uma relação da conduta com o objeto de tutela.

No mesmo sentido, abordou-se a Teoria do Bem Jurídico-Penal (predominantemente alemã), e do *Harm Principle* (anglo-americano) importa demonstrar como elas se diferem e assemelham do Princípio da Ofensividade (italiano). Em síntese, a Teoria do Bem Jurídico-Penal conceitua o que pode ser tutelado, *i.e.*, qual objeto de tutela do direito penal, ao passo que a ofensividade trabalha com a forma de criminalização, ou seja, qual o limite de intervenção estatal para tutelar um bem jurídico.²⁰⁵ São teorias distintas e trabalham de formas distintas.

Na seara penal o objeto de proteção jurídico, os bens jurídico-penais e através do critério da ofensividade relacionam-se entre si, e nesse sentido o Princípio da Ofensividade completa a proposição de legitimidade e limite da atuação político-

²⁰³ Vide PALAZZO, Francesco C Meriti i limite dell'offensività. In: ANGIONE, Francesco et al. (Orgs). **Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali**. Milano: Giuffrè, 1996.; BRICOLA, Franco. Crisi del Welfare State e sistema punitivo. In: CANESTRARI, Stefano; MELCHIONDA, Alessandro (Orgs.). **Scritti di Diritto Penale**: doutrine generali, teoria del reato e sistema sanzionatorio. Milano: Giuffrè, 1997, v. 1, t. 2.; MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Corso di Diritto Penale**: le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Ilreato: nozione, struttura e sistematica. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001.; ANTOLISEI, Francesco. **Manuali di Diritto Penale**. Milano: Giuffrè, 2001.; MANTOVANI, Ferrado. **Principi di Diritto Penale**. Milano: Cedam, 2002.

²⁰⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo 1. São Paulo: RT, 2007. p. 109.

²⁰⁵ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 54.

criminal do conceito de bem jurídico-penal. Quando, de uma análise negativa da ofensa aos valores positivamente assumidos como objeto de tutela penal, a normatividade dada pelo princípio delimita o espaço para além do qual a intervenção criminal não é legítima.²⁰⁶

E, de maneira a buscar fontes normativas para o princípio em questão, à Constituição “parece nos dar o respaldo”²⁰⁷ para fundamentar dentro do sistema jurídico brasileiro o Princípio da Ofensividade, o qual, por sua vez, é capaz estabelecer parâmetros interpretativos para realizar juízos de invalidade das leis e dos demais atos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Nesse sentido, soma-se aos os critérios de deslegitimação formal ou substancial o Princípio da Ofensividade sendo capaz de estabelecer correções aos atos violadores dos direitos e das garantias fundamentais.

Ainda, sobre a fundamentação constitucional do Princípio da Ofensividade, é importante afirmar que consiste em uma projeção de base político-ideológica que reflete uma forma de pensar o direito penal e o fenômeno criminoso não só adequada da perspectiva extralegal, mas até mesmo intrínseca ao modelo de Estado democrático e social de Direito.²⁰⁸

Muitas são, nesta perspectiva as linhas de força axiológica que poderiam ser citadas como elementos fundantes de tal orientação política do Estado. Uma política voltada para atender direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, um Estado que não busca ser liberticida, autoritário, intolerante, mas sim, plural, laico, multicultural, que acredite na diferença entre os seres e esteja comprometido com ela, diferenças que não podem ser perseguidas por questões relacionadas ao credo, cor ou classe social e que não se punam pessoas ou grupos, mas somente fatos. Enfim, um Estado formado por cidadãos para cidadãos e que ninguém, em nenhuma hipótese, possa ser privado de tal condição.²⁰⁹

²⁰⁶ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 106-107. Também, no mesmo sentido: SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Direito Penal Econômico sob uma Perspectiva Onto-Antropológica**. 2014. 350 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS, Porto Alegre, 2014.

²⁰⁷ O princípio da ofensividade, expressão principiológica do modelo de crime como ofensa ao bem jurídico, “parece encontrar respaldo na Constituição”. E ainda, “doutrinariamente, não se lhe nega tal projeção; também a jurisprudência lhe conferiu acolhida”. (FELDENS, Luciano. **A Constituição penal: A dupla face da proporcionalidade no controle das formas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 45).

²⁰⁸ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 68.

²⁰⁹ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como

Todos pontos acima descritos são fortemente recepcionados pela Constituição humanista brasileira, que em seu próprio preâmbulo afirma:

[...] um Estado Democrático, destinado assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.²¹⁰

A ofensividade é uma exigência constitucional, portanto, tanto no âmbito principiológico como à luz das regras constitucionais. Entretanto, a falta de um patamar mínimo de racionalidade e univocidade da política brasileira, e isso claramente se reflete na política criminal, faz com que exista uma resistência a ofensividade. A dissonância entre a prática política-criminal levada a cabo pelo Estado e aquela esperada a partir dos compromissos políticos-jurídicos assumidos pela Constituição demonstram a necessidade de trabalharmos com critérios positivos, capazes de conferir limites razoavelmente seguros para os processos de criminalização e descriminalização.²¹¹

Busca-se, portanto, justificar tal exigência. Nesse sentido, percebe-se que o ordenamento constitucional é fundado em uma relação entre regras e princípios, pode-se, mediante a admissão que a função do Estado de Direito é garantir a ordem e a paz, reconhecer assim um princípio geral fundamental de tutela de bens jurídicos, que dá materialidade a esta função do Estado. Pois é exatamente desse princípio geral de tutela de bens jurídicos que decorre tanto o princípio geral de garantia representado pela necessária ofensa, como o princípio constitucional impositivo, representado pela intervenção penal necessária, o que significa dizer que ambos estão submetidos ao âmbito normativo do princípio ordinário, não admitindo uma conflitualidade que extrapole os limites da tutela de bens jurídicos, ou seja, se o legislador busca tornar uma conduta crime para além dos limites do Princípio da Ofensividade ele não está legitimado para tal intento.²¹²

Alexy apresenta o conceito acima exposto como nas normas

ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 68.

²¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 jun. de 2017.

²¹¹ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 69.

²¹² D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 70.

constitucionais de caráter duplo. Em sua teoria dos direitos fundamentais, afirma que devemos reconhecer que tanto a norma constitucional que prevê a inviolabilidade do direito à liberdade como a que representa a dignidade da pessoa humana tem tal característica, ou seja, ao mesmo tempo regra e princípio. Assim, da inviolabilidade do direito à liberdade decorre, pois, tanto, o princípio da liberdade que, enquanto princípio está sujeito à alguma ponderação, como a regra da liberdade, que não está submetido a ponderação e tem limites delimitados.²¹³

Isso quer dizer que mesmo que a norma constitucional concernente à liberdade admita ser ponderada com outros valores, mas não admite uma ponderação irrestrita, ou seja, percebe-se um limite restritivo, decorrente da vinculação do “caráter duplo” que até admite uma ponderação, entretanto isto deve se dar através da imposição de determinadas exigências para que não se perca o conteúdo e não se relativize algo completamente, o que ocasionaria a perda total de seu sentido.²¹⁴

Assim, toda previsão legislativa de um tipo penal incriminador é resultado da ponderação de valores na qual o direito fundamental à liberdade é restringido em benefício da conservação de outros valores de fundamental importância. Logo, para essa restrição é necessário atender não só a uma exigência formal de hierarquia normativa que limita a ponderação de bens com dignidade constitucional, é importante também verificar uma compatibilidade axiológica que justifique a necessidade de restrição. Em outras palavras, deve-se reconhecer que o direito inviolável da liberdade não é compatível com a criminalização fácil e irrestrita do seu próprio exercício.²¹⁵

Além do direito à liberdade, a dignidade da pessoa humana é necessária no sentido de impossibilitar a instrumentalização do ser humano em benefício de meros interesses governamentais. Tanto a dignidade como a liberdade impedem a expansão da tutela penal para além dos casos em que seu exercício implique ofensa a outros bens jurídicos, tudo em harmonia com a ordem constitucional. Assim, fica claro que é uma exigência irremovível da ofensividade para dar legitimidade a qualquer norma incriminadora, estando tal afirmação resguardada pela

²¹³ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Baden-Baden: Suhrkamp, 1994. p. 123 apud D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 70.

²¹⁴ ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Baden-Baden: Suhrkamp, 1994. p. 123 apud D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 70.

²¹⁵ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 71.

Constituição.²¹⁶

Pode-se dizer, portanto, em breves palavras, que o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos corresponde a uma compreensão material do ilícito penal centrada na ofensa a bens juridicamente tutelados, na qual o desvalor de resultado é, por isso, chamado para a posição de pedra angular do ilícito-típico. O crime encontra-se materialmente limitado às hipóteses de ofensa ao objeto de tutela da norma, não havendo crime (legítimo) sem ofensa ao bem jurídico-penal.²¹⁷

Ainda, a concepção de crime como ofensa ao bem jurídico reflete um modelo de Estado laico, plural e tolerante, no qual inexistente espaço para tutelar preceitos éticos ou morais, comportamentos antissociais ou violações de mero dever, nem a criminalização de vontades – o Direito Penal está, portanto, centrado na “efetiva tutela de bens jurídicos”.²¹⁸

O Princípio da Ofensividade significa a exigência de lesão ou perigo de lesão a bem jurídico, nesse sentido o conceito adotado de bem jurídico-penal se torna importantíssimo. Na discussão pertinente aos limites do poder legal de incriminar, devemos buscar signos que este conceito de bem jurídico-penal abarque alguma eficácia no sentido de limitar o poder de punir do Estado.

Ademais o princípio da ofensividade no Direito penal pretende ser, além de guia na atividade legislativa - orientando, portanto, o legislador, no exato momento da formulação do tipo legal - ser também, critério de interpretação, dirigido ao juiz e ao intérprete, para obrigá-lo a verificar em cada caso concreto a existência da necessária lesividade ao bem jurídico protegido.²¹⁹

Ou seja, a ofensividade opera como um critério delimitador dentro do ordenamento jurídico-penal fundado no Estado Democrático de Direito, serve como instrumento à orientação legislativa na técnica de tutela empregada na proibição de novos fatos tidos como criminosos, à interpretação do fato ofensivo pelo magistrado diante do caso concreto, a acertar a ofensividade partindo da recuperação

²¹⁶ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 71.

²¹⁷ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 46.

²¹⁸ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 48. No mesmo sentido: D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 94.

²¹⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 27.

hermenêutica do fato, respaldando o fundamento jurídico da decisão.²²⁰

Em determinadas criminalizações, como a que será abordada neste trabalho, como a criminalização das drogas, existem problemas no bem jurídico (alguns discordam, pois aqui não há consenso) mas, todavia, o maior problema reside na forma como é proposta a tutela do bem jurídico ali protegido, isto é, como deve reagir o direito penal a condutas que se relacionam apenas indiretamente com o bem jurídico-penal.²²¹

Não há dúvida de que responder positivamente a essa questão atribuindo ao bem jurídico um papel meramente referencial na elaboração de tipos penais, equivale a negar a teoria do bem jurídico um papel efetivamente crítico no que diz respeito ao “como” da proibição penal e, simultaneamente, a admitir uma antecipação de tutela ao livre gosto do legislador e mediante a técnica que melhor lhe convier. A edição de tipos penais na forma de crimes de perigo presumido, de crimes de acumulação, de crimes de preparação, ou mesmo de crimes de mera desobediência se tornaria, nessa medida, possível, sempre que teleologicamente orientada, mesmo que de forma remota ou indireta, a um determinado bem jurídico-penal. O que é por certo, a todas as luzes, inadmissível nos quadros de uma teoria que se pretende crítica ao processo legislativo criminalizador.²²²

Nesse sentido, portanto, D’avila aponta que a teoria do bem jurídico é insuficiente para exemplificar o “como” dar-se-á a criminalização de uma conduta e aponta o Princípio da Ofensividade como um segundo momento de valoração e crítica ao tipo proposto pelo legislador no momento de sua construção. Percebe-se, portanto, que o Princípio da Ofensividade é uma dimensão inerente à tutela de bens jurídicos-penais, embora muitos, principalmente alemães, não o percebam como tal.²²³

Deste modo, a tradicional interrogação acerca da existência de um efetivo bem jurídico com dignidade e necessidade penal a fundamentar uma determinada norma deve ser complementada sobre a questão acerca da legitimidade do comportamento descrito no tipo em causar um dano ou perigo de dano ao bem jurídico-penal.²²⁴

Percebe-se, aqui, que o âmbito da questão se desloca para a conduta que

²²⁰ COELHO, Gustavo Tozzi. **Uso de drogas e ofensividade em direito penal**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 35.

²²¹ D’AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à Teoria da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos no Direito Penal Contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, nº 80, São Paulo, 2009. p. 23-24.

²²² D’AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à Teoria da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos no Direito Penal Contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. nº 80, São Paulo, 2009. p. 24.

²²³ D’AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à Teoria da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos no Direito Penal Contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. nº 80, São Paulo, 2009

²²⁴ D’AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à Teoria da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos no Direito Penal Contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. nº 80, São Paulo, 2009. p. 25.

gera efeitos sobre o bem jurídico-penal, ou seja, as formas de ofensa ao objeto de tutela da norma incriminadora. Ainda, os comportamentos que ofendem bem jurídicos penais, apresentam, também uma diferenciação entre dolo e culpa, preparação, tentativa e consumação, ação e omissão e autoria e participação, na medida em que também esses conceitos representam diferentes graus de desrespeito para com a integridade do bem jurídico.²²⁵

Assim, percebe-se que mesmo que tenhamos um bem jurídico penal válido, legítimo porque digno e necessário isso por si só não é capaz de comportar uma criminalização:

Se, por um lado, o bem jurídico, enquanto valor primeiro, enquanto elementar axiológico da formulação normativa, é o ponto não só de arranque da norma penal, mas de irremediável vinculação de seu télos, por outro, é o significado jurídico-penal da relação entre a conduta e o bem jurídico que, ao expressar diferentes formas de ataque ao valor primário, permite, em mútua dependência, erigir a proibição penal como composição normativa teleologicamente direcionada à tutela do valor primário. E que, embora não esgote, por óbvio, os níveis de valoração necessários ao juízo último de dignidade penal, fixa o limite primeiro de legitimidade da proibição penal e suas técnicas de implementação em um critério objetivo, dando conta, por consequência, das infundadas objeções à sua capacidade crítica nesses meandros.²²⁶

Infelizmente, de maneira histórica, o direito penal tem sido utilizado para reforçar, por meio da pena criminal, proibições éticas religiosas e ético sociais.²²⁷ A partir desta concepção do Princípio da Ofensividade, seria possível questionar a legitimidade de tipos penais, que concebidos desta forma, colocam em risco a liberdade e dignidade do ser humano, por conseguinte, um afastamento total de tais condutas incriminadoras do âmbito do direito penal faz-se necessário. Busca-se aqui critérios, limites e delimitações, capazes de dar legitimidade aos crimes que afetam também bens jurídicos supraindividuais, mas em um espaço concretamente circunstanciado. Tarefa está, bem mais complexa do que a simples afirmação que estes não seriam de maneira alguma legítimos.

Finalmente, o Princípio da Ofensividade é parte da história do direito penal

²²⁵ D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à Teoria da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos no Direito Penal Contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. nº 80, São Paulo, 2009. p. 27.

²²⁶ D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à Teoria da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos no Direito Penal Contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. nº 80, São Paulo, 2009. p. 29.

²²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 8. ed. São Paulo: RT. 2010. p. 836.

brasileiro,²²⁸ que quando devidamente entendido e explicitado, torna claro que em determinados crimes deve-se constatar que não existe ofensa ao bem jurídico protegido e, portanto, reconhecer que por esta falta, determinadas condutas não realmente tem o condão de afetar bens jurídico-penais. Entretanto, este reconhecimento cobra um custo político-criminal que não está alinhado aos interesses de sanha punitivista, o que em tempos de diminuição das garantias fundantes do Estado Democrático de Direito, torna-se de difícil aplicação.

Por isso, quando busca-se limitar o poder punitivo, e isso é feito de forma crítica, se a teoria que busca dar limites não acarreta uma mudança na político-criminal, ela é imprestável. Quando se pensa criticamente o direito, racionalizando complexidades, pretende-se mudar o *status quo* vivido, pois, caso contrário aplica-se critérios de conveniência, inúteis, irracionais, cercados de estigmas e seletivismo penal. Respeitando os princípios e garantias constitucionais e formando uma dogmática penal crítica, contribui-se para o Estado Democrático de Direito. Logo, deve-se fazer uma escolha: democracia ou autoritarismo. Esta pesquisa busca fortalecer a primeira opção.

²²⁸ Isto é visto nos Comentários ao Código penal de 1890, de Galdino Siqueira, para quem o crime quanto ao seu: “[...]elemento physico ou material objetivo, suppões a lesão effectiva ou potencial, isto é, a lesão pela qual um bem jurídico ou direito determinado é destruído ou soffre diminuição no seu valor, ou é posto em situação de perigo concreto, pela maneira determinada especialmente pela lei”. (SIQUEIRA, Galdino, 1872, **Direito penal brasileiro**: (segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto n.847, de 11 de outubro de 1890, e leis que modificaram ou complementaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência), V. 1. Brasília: Senado Federal; Superior Tribunal de Justiça, 2004 (obra facsiminalar). p.153.)

4 HARM PRINCIPLE, TEORIA DO BEM JURÍDICO-PENAL E PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE: COMPARAÇÃO E SUA APLICAÇÃO NO USO DE DROGAS

Neste capítulo busca-se relacionar os princípios aprofundados nos pontos anteriores, através de uma metodologia de direito comparado ao aplicar em um objeto específico, qual seja: o uso de drogas.

4.1 MÉTODO DE DIREITO COMPARADO E GLOBALIZAÇÃO

Tratando-se de princípios que advém de bases distintas do direito, e nesse sentido de sistemas formados a partir de visões culturais e extratos sociais diversos é, sem dúvida, de suma importância destrinchar o método pelo qual dar-se-á tal paralelo. Nesse sentido, inicialmente, busca-se aprofundar algumas linhas sobre o método do direito comparado tendo em vista a busca de uma aproximação entre o *Harm Principle*, a Teoria do Bem Jurídico-Penal e o Princípio da Ofensividade. O estudo do método dará maior segurança científica para a proposta desta investigação.

A metodologia da investigação jurídico-penal comparada estrutura-se em níveis. Assim, o nível fundamental constitui o próprio ponto de partida dogmático e político-criminal. Ele serve como hipótese de trabalho e sua função metodológica é a de um ponto de referência, de acordo com o qual orienta-se no estudo do direito estrangeiro, aqui especialmente o anglo-americano. Com isso é preciso ter cuidado antes de querer impor ao direito estrangeiro o próprio mundo conceitual e a própria sistemática do sistema jurídico continental e, em consequência, o direito brasileiro.²²⁹

A este liga-se o nível do trabalho explicativo do direito estrangeiro, que metodologicamente corresponde ao trabalho com o próprio direito quando não se está obrigado a investigar alguma particularidade. Neste nível do direito comparado tomar-se-á cuidado, ao querer tornar algo melhor ou diferente do representado no próprio direito estrangeiro. Nesse sentido, portanto, deve-se recorrer não só às leis, mas ao estudo da doutrina e da jurisprudência. Em particular o direito anglo-americano é compreensível pelo seu fundamento histórico e muitas vezes o extrato sociológico dele ganha significado através da comparação, i. e., importa adentrar no fundamento

²²⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Desenvolvimento, Tarefas e Método do Direito Penal Comparado**. Tradução Pablo Rodrigo Alfien da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006. p. 56.

histórico e sociológico pois a própria ordem social é seu ambiente.²³⁰

Outro ponto que se prestará essa dissertação é; após o estudo do material coletado fazer um corte objetivo no que se pretende estudar, ter o objeto classificado. Através disto, obtêm-se de certo modo, de forma verossímil, uma solução, das quais resultam a possibilidade de combinação que serão assinaladas. Ou seja, é teoricamente correto conjurar esta matéria através de reflexão e a maravilha do uso do método comparativo reside justamente no fato de que as mais diversas possibilidades não são apenas representações abstratas, mas pertencem ao mundo da realidade, de que elas são inseridas em determinados conjuntos de fatos jurídicos. Enfim, o método comparativo deve orientar-se por esse corte nos sistemas em comparação.²³¹

Finalmente, o último nível do método consiste em valorar jurídico e político das soluções encontradas. Aqui se trata das grandes categorias do direito como o valor justiça, adequação aos fins políticos-criminais, da possibilidade prática – utilitária. Em todo caso, dificilmente, pode-se admitir extrair o “direito justo” simplesmente pela generalidade de um desenvolvimento, pelo qual o direito comparado facilmente nos tenta seduzir. Entretanto, pode-se obter grandes fontes de concepção vital e trazer a quem possa interessar – nesse sentido principalmente ao legislador nacional – a observação dos campos históricos, sociológicos, jurídicos e as experiências que trazem luz a problemas do direito pátrio.²³²

Além desse método poder-se-ia, em direito comparado, optar por uma distinção entre micro e macrocomparação. A macrocomparação realiza-se pela comparação entre sistemas jurídicos considerados na sua globalidade. Sistemas que devem ser vistos como conjuntos coerentes de normas e de instituições jurídicas, vigentes em relação a um dado espaço, território. Já a microcomparação seria a comparação entre categorias jurídicas afins, em ordens jurídicas diferentes.²³³

Sob perspectiva macro, três âmbitos culturais poderiam ser destacados, quanto aos sistemas penais, destaque: o direito oriental chinês, o direito islâmico e o

²³⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Desenvolvimento, Tarefas e Método do Direito Penal Comparado**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006. p. 57.

²³¹ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Desenvolvimento, Tarefas e Método do Direito Penal Comparado**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006. p. 57.

²³² JESCHECK, Hans-Heinrich. **Desenvolvimento, Tarefas e Método do Direito Penal Comparado**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006. p. 59.

²³³ AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Teorias do delito: Modelo romano-germânico e de Common Law. **Revista Direito & Justiça**, v. 40, n. 2. p. 205-215, jul/dez. 2014.

direito ocidental. É no último que encontraríamos polarizados dois sistemas penais desenvolvidos no lado ocidental, o direito comum inglês e o originado na tradição do direito romano-germânico. Obviamente, há certa seletividade na escolha de apenas três sistemas macro, mas é preciso saber que o colonialismo e o neocolonialismo sufocaram muito do multiculturalismo global.²³⁴

Na interface da microcomparação, ao tratarmos da ciência criminal, sobretudo agora, em que cortes penais internacionais ad hoc foram substituídas por um Tribunal Penal Internacional permanente (a partir do Estatuto de Roma), mais do que nunca é compreensível a eleição dos direitos romano-germânico e de common law, como principais polos do direito comparado – que dizemos microcomparado por que ambos os sistemas provêm do macrosistema que é o ocidente. Embora a matriz comum, há grande diferença no entorno cultural desses sistemas. Também cabe destacar que, dentro de um mesmo sistema, as características dos ordenamentos jurídicos nacionais são variáveis.²³⁵

Embora o grande debate que surgiu a partir do Estatuto de Roma, em que a tipificação dos crimes internacionais se dá nos moldes da legalidade penal ao estilo da *Strafrechtswissenschaft* - *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, praevia, stricta, certa* -, há muito se afirma crescente aproximação entre a teoria do delito romano-germânica e da common Law. Os dois sistemas teóricos, destacando a distinção entre justificativas e exculpantes, do sistema germânico, e a indiferenciação de ambas, como defenses, na Common Law. É interessante notar que, nas Cortes Internacionais ad hoc, a partir de Nuremberg e de Tóquio, sempre houve predomínio da teoria anglo-americana. Mas, embora representantes dos Estados Unidos tenham participado da criação do Estatuto de Roma, a ausência norte-americana no Tribunal Penal Internacional facilita a predominância do sistema europeu continental.²³⁶

Ademais, desde o final da Segunda Guerra Mundial, e particularmente na sequência do fim da Guerra Fria, o sistema legal estadunidense tornou-se indiscutivelmente o sistema jurídico mais influente do mundo. Influências estadunidenses sobre os sistemas de outras nações variaram de influências gerais

²³⁴ AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Teorias do delito: Modelo romano-germânico e de Common Law. **Revista Direito & Justiça**, v. 40, n. 2. p. 205-215, jul/dez. 2014.

²³⁵ AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Teorias do delito: Modelo romano-germânico e de Common Law. **Revista Direito & Justiça**, v. 40, n. 2. p. 205-215, jul/dez. 2014.

²³⁶ AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Teorias do delito: Modelo romano-germânico e de Common Law. **Revista Direito & Justiça**, v. 40, n. 2. p. 205-215, jul/dez. 2014.

sobre a jurisprudência (por exemplo, realismo jurídico e pragmatismo, direito e economia, discurso de direitos, etc); a influências em áreas jurídicas específicas (por exemplo, direito constitucional, direito tributário, direito dos valores mobiliários, direito societário, direito das patentes, internacional, arbitragem comercial, etc.); a educação jurídica (por exemplo, fornecendo crédito sistema para cursos específicos, ou até certos estudos de pós-graduação); a estrutura da profissão jurídica (por exemplo, grandes escritórios de advocacia ou a valorização da prática privada); a reforma do poder judicial; de doutrinas legais específicas ou ferramentas legais (por exemplo, a doutrina da actual malice na liberdade de expressão e da imprensa, das ações coletivas, etc.); a arranjos institucionais como a separação de poderes e revisão judicial. Essas inegáveis influências estadunidenses em outros sistemas legais levaram vários juristas, tanto no Estados Unidos e no exterior, para anunciar que um número substancial de sistemas, tanto nacionais como internacionais, podem gradualmente assemelharem-se ou imitarem o sistema legal estadunidense e assim se tornam "americanizados". Outros juristas, embora reconheçam a predominante influência do sistema jurídico norte-americano, deixaram de afirmar que a influência americana está realmente recriando a prática legal americana em jurisdições não estadunidenses.²³⁷

Enfim, o direito penal comparado como método aplicado ao direito penal é capaz de ampliar de maneira extraordinária o campo de visão. O trabalho de comparação cria contrapesos contra a supervalorização da própria dogmática e do seu mundo conceitual, ele desperta a atenção para temas centrais em outros horizontes e dá a possibilidade de empreender conjuntamente com o direito estrangeiro as tarefas que se apresentam barreiras para cooperação internacional.²³⁸

Por outro lado, justifica-se também essa comparação em face do fenômeno da globalização. Chama-se a atenção para o fato de que os impactos da globalização no direito como um todo já foram objeto de diversas pesquisas e aqui não se pretende deter nelas. Pontua-se, apenas parte dos impactos que a globalização acaba por determinar para o direito penal. Nesse sentido, mais correto do que definir o que é a globalização, melhor mostra-se buscar explicar o que são as denominadas globalizações. Isso porque, antes de ser um fenômeno único e homogêneo, o

²³⁷ LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations. **Harvard International Law Journal**. Cambridge (EUA), v. 45, p. 1-3, 2004.

²³⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Desenvolvimento, Tarefas e Método do Direito Penal Comparado**. Tradução Pablo Rodrigo Alfien da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006. p. 61-62

processo de globalização não pode ser exclusivamente compreendido como uma irrestrita universalização de um conceito ou ideia.²³⁹

Para além disso, a globalização não pode também ser explicada como um fenômeno inteiramente novo. Isto porque a globalização guarda traços da sua existência ao longo da história da humanidade e, por esta razão, o mais correto seria reconhecer que já houve diversas formas e etapas de processos de globalização ao longo do tempo.²⁴⁰ Desse modo, podemos identificar que o processo que ganha força, sobretudo a partir da década de 70 do século passado, no sentido da tenência daquilo que denominamos de globalização, é, na verdade, o resultado de um processo que já se encontra em andamento desde o século XVI, principalmente, a partir das grandes navegações e do desenvolvimento dos Estados nacionais modernos.²⁴¹

Outra característica deste fenômeno deve ser relacionada a ideias relativas a difusão de conceitos, tais como: compreensão espacial, universalização e homogeneidade. Sendo capaz de nacionalizar as leis internacionais e internacionalizar as leis nacionais, potencializando a participação de todos Estados em forma exponencial.²⁴² Assim, ao globalizar-se a humanidade sofre uma contração da dimensão espacial e temporal inevitável.²⁴³

Assim, por força do processo de abertura nacional que a própria globalização proporciona, o local, isto é, o território que o ainda Estado representa, não é mais absoluto. Houve uma despacialização da vida humana, mesmo nos seu agir subjetivo. As culturas, os gestos, os gostos, os saberes, as informações, tudo pode ser encontrado em qualquer lugar e em muitos locais diferentes, por exemplo, pode-se encontrar em Hong-Kong os mesmos produtos que oferece a loja mais perdida do interior do nosso país. A velocidade de circulação dos bens e serviços desenvolveu-se exponencialmente.²⁴⁴

²³⁹ MACHADO, Tomás Grings. **Harm Principle e Direito Penal**: em busca da identificação de limites ao crime de lavagem de dinheiro. Porto Alegre: PUCRS, 2017. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS. p. 21

²⁴⁰ SOUZA, Draiton Gonzaga de. Globalização e Justiça. In: SOUZA, Draiton Gonzaga de.; PETERSEN, Nikolai (orgs.) **Globalização e Justiça**, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. p. 11.

²⁴¹ MACHADO, Tomás Grings. **Harm Principle e Direito Penal**: em busca da identificação de limites ao crime de lavagem de dinheiro. 2017. 339 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS, Porto Alegre, 2017. p. 23.

²⁴² MACHADO, Tomás Grings. **Harm Principle e Direito Penal**: em busca da identificação de limites ao crime de lavagem de dinheiro. 2017. 339 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS, Porto Alegre, 2017. p. 25.

²⁴³ BAUMANN, Zigmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 6-7.

²⁴⁴ COSTA, Faria. **Direito Penal e Globalização**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 75

Esse percurso de desenvolvimento, com alguns altos e baixos, é crescente e, importa, promover esse processo de uma maneira que se de dentro de determinadas características.²⁴⁵ Tais características devem buscar um mal menor, em todas as esferas, especialmente quando não for possível verificar um nítido vetor positivo quanto às consequências do processo. Isto porque, por mais que se reconheça a força motriz do processo de globalização, uma das consequências inevitáveis que temos deste processo é o deslocamento do eixo decisório das questões políticas. E, para que a noção de democracia não se converta em um mero adereço, deve ela promover e organizar-se a partir de uma nova concepção, um verdadeiro projeto que leve em conta qual globalização que se quer: Uma globalização que parta de baixo, uma democratização mundial através de um novo conceito de povo, desatrelado no conceito de nação, assim, um novo ator de uma cultura política diretamente atuante da resistência global, diga-se povo transnacional.²⁴⁶

Claro que este processo de globalização que parte de baixo leva em conta o efeito do processo de globalização, especialmente do enfraquecimento do Estado-nação e da constante retirada da sua autonomia. Daí porque o conceito de povo nacional também deve ser reconstruído, justamente para tornar viável o processo democrático.²⁴⁷ Nesse sentido adotando uma posição reformista pode-se vir a dar espaço para uma boa globalização a partir da qual venha ela a ser gerida com métodos democráticos. Nesse novo espaço o conceito de povo de incluir o povo-ativo, povo como instância de atribuição e povo-destinatário. É, portanto, a partir desta conceitualização que deve partir o processo democrático de construção da globalização que vem de baixo. Todavia, o que ocorre é o oposto. O povo-ativo praticamente não é consultado a respeito de questões políticas centrais que são verdadeiramente usurpadas por processos decisórios autoritários de natureza econômica, nesse sentido, portanto, deixa de ser um ator no processo de globalização e ao final deste processo acaba por determinar que o povo-destinatário não venha a receber de forma equitativa, os bens e serviços resultantes da globalização.²⁴⁸

²⁴⁵ SOUZA, Draiton Gonzaga de. Globalização e Justiça. In: SOUZA, Draiton Gonzaga de.; PETERSEN, Nikolai (orgs.) **Globalização e Justiça**, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. p. 12.

²⁴⁶ SOUZA, Draiton Gonzaga de. Globalização e Justiça. In: SOUZA, Draiton Gonzaga de.; PETERSEN, Nikolai (orgs.) **Globalização e Justiça**, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. p. 13-14.

²⁴⁷ MULLER, Friedrich. O que a globalização faz contra a democracia e o que os democratas podem fazer contra a globalização. In: SOUZA, Draiton Gonzaga de.; PETERSEN, Nikolai (orgs.) **Globalização e Justiça**, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. p. 70.

²⁴⁸ MULLER, Friedrich. O que a globalização faz contra a democracia e o que os democratas podem fazer contra a globalização. In: SOUZA, Draiton Gonzaga de.; PETERSEN, Nikolai (orgs.)

Essa última – não democrática - não é a globalização dentro do direito que se quer, este estudo vem buscando fortalecer a primeira hipótese, a boa globalização.

4.2 HIBRIDIZAÇÃO DE SISTEMAS JURÍDICO-PENAIIS A PARTIR DA METODOLOGIA DO DIREITO PENAL COMPARADO

Entendido o método adotado e sabendo da opção política do tipo de processo de globalização que se deseja avançar neste estudo, importa, agora, estabelecer que se está a trabalhar uma microcomparação de teorias de direito penal, que visam, limitar e legitimar o poder punitivo estatal. Nesta microcomparação é importante pontuar que existe uma aproximação dos princípios dentro do macrossistema ocidental do direito – um dos próprios fundamentos que fazem eles estarem dentro do mesmo macrossistema -, o que inicialmente dá sustento para tal afirmação é o argumento histórico. O *Harm Principle*, a Teoria do Bem Jurídico-Penal e o Princípio da Ofensividade, que revelam a função e os limites do direito penal, tem uma raiz comum, cultural e valorativa. Castillo afirma que são inúmeros fatores que se podem definir como “idiosincrasia valorativa europeia”. Destacam-se a herança social e jurídica romano-germânica, as religiões cristãs e a evolução filosófica comum para formar os significados comuns dos conceitos de direito e justiça. Além disso, a transformação da cultura e da ciência através das universidades é outro fator de unidade.²⁴⁹

Para exemplificar tal afirmação, a aproximação dos princípios comuns entre os sistemas aqui comparados deve-se dar primeiramente pelo princípio da legalidade – tanto para exemplificar de maneira mais correta tanto para mostrar a importância primeira de tal princípio como primeiro elemento de uma harmonização. Isso porque ele determina a legitimidade do sistema de fontes penais em cada ordenamento, ou seja, a formação do Estado moderno exige a limitação da atuação do Estado dentro de uma separação de poderes. Assim, o exercício da atividade punitiva se legitima através do princípio da legalidade frente ao respeito à liberdade do indivíduo. Tal fato é articulado com as demais normas dentro dos Estados advindo dessa articulação uma série de garantias formais que limitam a intromissão do Estado no âmbito dos

Globalização e Justiça, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. p. 72.

²⁴⁹ CASTILLO, Jesús Bernal del. **Derecho penal comparado**: La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2011. p. 29

direitos individuais por meio dos instrumentos e procedimentos principalmente do direito penal, que são as mais fortes ferramentas estatal de controle social formal.²⁵⁰

A ciência da dogmática penal desde o final do século XVIII, bem como o fenômeno codificador do Direito Penal continental vem desenvolvendo, em maior ou menor precisão, a exigência de garantias formais, primeiro e de forma preponderante no âmbito do legislativo, depois no judiciário e na execução das penas. Nos países europeus continentais, e por consequência no Brasil, é característico que o princípio da legalidade aponte as garantias formas nas leis, *i. e.*, só uma norma jurídica escrita pode definir delitos e só ela pode definir a pena cominada destes delitos.²⁵¹

Progressivamente, a partir das garantias formais vão se deduzindo determinados conteúdos materiais do princípio da legalidade: por exemplo, a proibição da retroatividade da lei penal e analogia *in malam partem*, nesse sentido, portanto, o princípio supera suas características políticas e assenta essas exigências no âmbito dos direitos fundamentais dentro do sistema de um Estado Democrático de Direito. Logo, não se trata somente de defender o indivíduo frente a arbitrariedade do Estado quando do exercício de sua função punitiva, mas também de configurar um conteúdo essencial como um conjunto de exigências ou estandartes derivados da dignidade e dos direitos fundamentais da pessoa em um momento concreto de sua vida, quando se encontra em uma situação de imputação concreta de responsabilidade penal.²⁵²

Por seu turno, a evolução histórica do direito anglo-americano se desenrolou de forma diferente em relação ao princípio da legalidade. Isso tendo em vista o peculiar sistema de fontes inerente a tal sistema. O escasso papel do parlamento como fonte de criação do direito penal deslocou o princípio da legalidade como pressuposto liberal da defesa do cidadão frente a iniciativa legislativa punitiva do órgão. O predomínio quase absoluto da *common law* como fonte transporta o problema do princípio da legalidade para fora do âmbito do direito escrito e da lei que emana do parlamento para atuação dos tribunais como fontes do direito penal.²⁵³

Logo, no âmbito judicial da criação normativa penal surge a preocupação

²⁵⁰ CASTILLO, Jesús Bernal del. **Derecho penal comparado**: La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2011. p. 48

²⁵¹ CASTILLO, Jesús Bernal del. **Derecho penal comparado**: La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2011. p. 49

²⁵² CASTILLO, Jesús Bernal del. **Derecho penal comparado**: La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2011. p. 49

²⁵³ CASTILLO, Jesús Bernal del. **Derecho penal comparado**: La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2011. p. 50.

de determinar a segurança dos cidadãos sobre a base da certeza do direito que nasce das decisões judiciais, e vão concretizando um série de exigências matérias dirigidas aos órgãos encarregados de aplicar as leis penais com o objetivo de garantir *the rule of law*, ou seja, o máximo possível de clareza na definição das condutas, sujeição dos tribunais às decisões anteriores nas quais determinaram as condições ou pressupostos para responsabilização penal. Partindo, então, de tais pressupostos entende-se que nos sistemas de direito anglo-americano não existe uma formalização do princípio da legalidade mas, sim, uma criação de princípios e regras de interpretação e aplicação das normas legais e das decisões judiciais anteriores.²⁵⁴

Existe ainda uma terceira perspectiva que pode perpassar os dois sistemas, seja a tradição positivista continental ou na construção processual anglo-americana, ambas que defendem o cidadão frente aos órgãos do legislativo e processuais do Estado, a delimitação da doutrina do aspecto político-criminal do princípio da legalidade, que se concretiza no apoio de suporte à finalidade das normas penais. Ou seja, as garantias formais e materiais não constituem apenas um âmbito de segurança dos destinatários das normas, mas também um âmbito de reforço para o cumprimento pelos criadores de tais normas, que apenas podem criar uma ordem normativa quando essa é clara e publicamente expressa, ou seja, o princípio da taxatividade da norma penal, extraído materialmente do princípio da legalidade.²⁵⁵⁻²⁵⁶

Exemplificados no princípio da legalidade como se dá tal intersecção sistêmica nos princípios pode-se aprofundar para o tema aqui estudado, qual seja, a introdução do *Harm Principle* nos sistemas europeus continentais, e, por conseguinte, no direito penal brasileiro.

A afetação por uma conduta externa de um sujeito de valores ou bens especialmente relevantes para a sociedade integra o conteúdo de um primeiro filtro

²⁵⁴ CASTILLO, Jesús Bernal del. **Derecho penal comparado**: La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2011. p. 50.

²⁵⁵ CASTILLO, Jesús Bernal del. **Derecho penal comparado**: La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2011. p. 51.

²⁵⁶ Não se desconhece da discussão acerca de o Princípio da Legalidade ser em verdade uma regra do direito penal e não necessariamente um princípio de direito, tal discussão dá-se no sentido de que princípios tem um duplo efeito, comportam-se como Princípios no momento que me podem ser ponderados com outros princípios, mas também como regras cumprindo um papel mais inflexível. Entretanto, por não ser objeto deste trabalho não aprofundar-se-á tal discussão. Sobre *vide* ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e Pena**: Modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013.

valorativo da legitimação da responsabilidade penal. O Direito Penal desempenha em cada ordenamento uma função garantista e protetora de determinados bens e direitos frente a um tipo de atos lesivos especialmente qualificados com a finalidade de evitar tais atos ou preveni-los. Esta é uma perspectiva cultural comum a qualquer ordenamento ocidental, mas evolui de maneira diferente em cada um deles. Nesse sentido os países da Europa continental como Alemanha, Espanha, Portugal configuraram o primeiro nível valorativo através dos princípios jurídicos formais, assumindo o direito positivado pela via do conceito de bem jurídico-penal e sua integração ao elemento da ilicitude. Por outro lado, na tradição anglo-americana este substrato valorativo objetivo da conduta penal é fundamentado em conceito e teorias não-jurídicas, que são principalmente de natureza social, que advém previamente ao direito positivado, para posteriormente ser considerada uma conduta como penal ou como infração de outro tipo – isto porque nos sistemas anglo-americanos não existe uma teoria jurídica geral do delito.²⁵⁷

Assim, nos sistemas de *common law* a evolução do direito penal tem sido orientada político-criminalmente de maneira, pode-se dizer, de uma fixação não sistemática de regras práticas que os tribunais podem aplicar para a identificação de um delito e, assim, submeter o indivíduo ao processo.²⁵⁸

Nessa perspectiva, os princípios orientadores determinam o desvalor de uma conduta, objeto da sanção penal fundamentada em valores sociais e morais, pragmaticamente determinados, que resultam na prática, na oportunidade e a proporcionalidade da sanção penal. Isso acontece, pela perspectiva utilitarista em que é fundado o sistema de direito anglo-americano. O *Harm Principle*, é o critério que constitui o fundamento da desvalorização social de uma conduta e o ponto de partida para determinar se é legítimo aplicar a pena e a estigmatização que supõe uma classificação de um ato como um delito.²⁵⁹

O *Harm Principle* expõe que a pena, enquanto intromissão qualificada no âmbito da autonomia de uma pessoa se legitima quando essa pessoa tenha causado danos a outros – os aspectos históricos, políticos e jurídicos do princípio já foram

²⁵⁷ CASTILLO, Jesús Bernal del. **Derecho penal comparado**: La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2011. p. 77

²⁵⁸ CASTILLO, Jesús Bernal del. **Derecho penal comparado**: La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2011. p. 77

²⁵⁹ CASTILLO, Jesús Bernal del. **Derecho penal comparado**: La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2011. p. 77.

expostos no primeiro capítulo desta dissertação -; aqui percebe-se uma compreensão do direito anglo-americano como minimalista, devido à enorme importância da autonomia individual que serve de contrapeso para o direito penal.²⁶⁰

A importância da autonomia, nascido na época do iluminismo inglês tem sido um equivalente ao nosso princípio da *ultima ratio*, mas ao ser fundado num âmbito filosófico relacionado a dignidade da pessoa e na defesa de seus direitos tem muito mais força como princípio legitimador do direito penal e não apenas como limitador da criação legislativa, externa ao jurídico. Segundo o princípio da autonomia, a legitimidade de interferir nas esferas da liberdade individual mediante a pena e a condenação em um tribunal é limitada pela esfera da intimidade e a liberdade de alguém, de forma que a intromissão só pode ser justificada se a conduta causar danos a outros.²⁶¹

Finalmente, ao analisar, através do método do direito comparado, os princípios em questão, percebeu-se que tanto a Teoria do Bem-Jurídico Penal como o *Harm Principle* visam limitar materialmente o direito penal, seja por meio da lesão ou por-em-perigo a um bem jurídico-penal como pelo *harm* a um interesse. Sendo que ambos, dentro de um Estado Democrático de Direito, oferecem critérios que delimitam e criticam o papel do direito penal, especialmente, o espaço de atuação do poder legislativo e, ainda, subsidiariamente, servem como método de interpretação dos tipos penais.²⁶²

²⁶⁰ CASTILLO, Jesús Bernal del. **Derecho penal comparado**: La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2011. p. 78.

²⁶¹ CASTILLO, Jesús Bernal del. **Derecho penal comparado**: La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2011. p. 78.

²⁶² COSTA, Helena Lobo da. Considerações sobre o estado atual da Teoria do Bem Jurídico à Luz do *Harm Principle*. In: Greco, Luís; Martis, Antônio. **Direito Penal como crítica da pena**: Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 143.

4.3 HARM PRINCIPLE, TEORIA DO BEM JURÍDICO-PENAL E PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DO SEU ENTENDIMENTO E ACEITAÇÃO A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA AO USO DE DROGAS

Com o intuito de não tornar algo melhor do que em realidade os princípios como realmente são na prática, importa analisar julgados para daí perceber seus erros e acertos em relação ao que a doutrina tem a dizer sobre. Como já visto o *Harm Principle* encontra correspondente em parte na teoria do bem jurídico-penal e no Princípio da Ofensividade, todavia, a decisão de criminalizar está sujeita também a outros princípios gerais do direito constitucional. Por exemplo, o Supremo Tribunal dos EUA cassou com base na Primeira Emenda (que versa sobre o direito à liberdade de expressão) uma série de estatutos estaduais que ameaçavam a conduta protegida com punição criminal. Também, como já minuciosamente explicados os dois principais princípios que buscam dar legitimidade ao exercício do poder do direito penal em particular são o *Harm Principle* no sistema jurídico Anglo-Americano e a teoria do bem jurídico-penal no direito continental europeu.

A partir disso, importante citar cases – pois como também já explicado, é como o direito de *common law* é estruturado – onde as cortes analisaram tais pressupostos legitimadores da intervenção penal. A análise mais detalhada do status constitucional do *Harm Principle* aparece em um caso canadense, *Malmo-Levine v. The Queen*.²⁶³⁻²⁶⁴ E, também irá ser analisado o Recurso Extraordinário nº 635659 que está em julgamento no Supremo Tribunal Federal, que avança na descriminalização das drogas para consumo próprio e até agora tem usado fundamentos, tanto da teoria do bem jurídico-penal como do Princípio da Ofensividade para este fim.

Nesse sentido, portanto, primeiro irá se expor os fatos e os argumentos dos casos aqui postos e, após, buscará se fazer uma análise crítica de tais julgados, com

²⁶³ Importante citar aqui outros importantes casos onde o *Harm Principle* foi posto pelos tribunais, entretanto, não se entrará nos detalhes destes tendo em vista que a delimitação do objeto deste estudo, que é o uso de drogas. Entretanto percebesse que no caso do estado estadunidense da Pensilvânia, *Commonwealth v. Bonadio*, o princípio foi defendido fortemente, até o ponto de citar extensivamente a obra *Sobre a Liberdade de John Stuart Mill*, ainda, no caso envolvendo a sodomia entre casais do mesmo sexo, *Lawrence v. Texas* que ilustra uma análise constitucional mais geral das proibições criminais, além da questão da constitucionalização de princípios estabelecidos em outros lugares que não a constituição, com é o caso do *Harm Principle* que está em um texto fundamental do liberalismo anglo-americano do século XIX.

²⁶⁴ DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. **Criminal Law: A Comparative Approach**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 113.

respaldo no que estudado nos capítulos anteriores deste estudo.

4.3.1 A jurisprudência canadense: The Queen v. Malmo-Levine, The Queen v. Caine case

Neste caso, que atenta ao objeto específico deste trabalho, a Suprema Corte Canadense, julgou o crime de posse de drogas para uso próprio. O caso é de 2003, e busca esclarecer se o Governo Federal tem Jurisdição para criminalizar a posse de drogas para consumo próprio, especificamente Cannabis. Malmo-Levine e Caine foram flagrados com a posse de Cannabis, um com o propósito de tráfico outro com o propósito de uso. Entretanto, mesmo assim, os processos foram unificados quando a questão chegou na Suprema Corte Canadense.

Na Suprema Corte os Ministros relatores, Gonthier e Binnie, posicionaram-se assim:

Nestes recursos, o Tribunal deve considerar se o Parlamento tem autoridade legislativa para criminalizar a simples posse de maquiuaana e, em caso afirmativo, se esse poder foi exercido de maneira contrária à Carta Canadense dos Direitos e Liberdades. O recorrente Caine argumenta, em particular, que é uma violação dos princípios fundamentais de justiça para o Parlamento prever um período de prisão como sentença de conduta que ele diz que resulta em pouco ou nenhum dano para outras pessoas. O recorrente Malmo-Levine coloca em questão a validade constitucional da proibição de posse para efeitos de tráfico de maquiuaana.²⁶⁵

O Tribunal de Recurso do Estado da Columbia Britânica rejeitou as apelações dos recorrentes às disposições relevantes da Lei de Controle de Narcóticos, R.S.C. 1985, c. N-1 ("NCA"), e, na opinião dos relatores, era certo fazê-lo. Defendendo como fazemos a validade constitucional do crime de posse simples, segue-se, pelas mesmas razões, que o apelo de Malmo-Levine à proibição da posse para o tráfico também deve ser rejeitado.²⁶⁶

Além disso, todos os lados concordam que a maquiuaana é uma droga psicoativa que "causa alteração na função mental". Isso, de fato, é o objetivo para o qual os apelantes o utilizam. Certos grupos da sociedade compartilham uma

²⁶⁵ DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. **Criminal Law: A Comparative Approach**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 117.

²⁶⁶ DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. **Criminal Law: A Comparative Approach**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 117.

vulnerabilidade particular aos seus efeitos. Embora os membros desses grupos, cuja identidade não pode, em geral, ser distinguidos de outros usuários antecipadamente, são relativamente pequenos como uma porcentagem de todos os usuários de maconha, seus números são significativos em termos absolutos. O juiz do primeiro grau estimou que "usuários crônicos" totalizariam cerca de 50.000. Um recente relatório do Comitê Especial do Senado estimou que os usuários com menos de 16 anos (que podem se sobrepor até certo ponto com o grupo de usuários crônicos) também conta com 50.000 indivíduos. As mulheres grávidas e os esquizofrênicos também estão em risco especial. Promover a proteção desses indivíduos vulneráveis, em nossa opinião, é uma escolha política que se enquadra no amplo alcance legislativo conferido ao Parlamento.²⁶⁷

Uma condenação pela posse de maconha para uso pessoal não contém sentença mínima obrigatória. Na prática, a maioria dos infratores recebe uma pena alternativa. O encarceramento é geralmente reservado para situações que também envolvem tráfico ou drogas pesadas. Exceto em circunstâncias muito excepcionais, a prisão por simples posse de maconha constituiria uma sentença manifestamente justa e, se for imposta, seria corretamente anulada em recuso. A disponibilidade da pena de prisão em um estatuto que trata de uma grande variedade de drogas do ópio e heroína para crack e cocaína não é inconstitucional, e sua imposição é rara para crimes de maconha (como uma droga programada) pode e deve ser tratada de acordo com os princípios comuns de sentença. Uma sentença adequada, por definição, está em conformidade com o artigo 7º da Carta Constitucional. O simples fato da disponibilidade de prisão em um estatuto que trata de uma variedade de drogas proibidas não determina, ao ver dos relatores, que a criminalização da posse de uma droga psicoativa como a maconha contraria aos princípios fundamentais de justiça.²⁶⁸

Os recorrentes reuniram muitas provas e argumentos que atacaram a sabedoria da criminalização da simples posse de maconha. Eles dizem que a linha entre a conduta criminal e não criminal foi desenhada de forma inadequada e que os efeitos nocivos da lei contra a maconha superam os benefícios, se houver, associados a sua proibição. Estas são questões de controvérsia legítima, mas o

²⁶⁷ DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. **Criminal Law: A Comparative Approach**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 117.

²⁶⁸ DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. **Criminal Law: A Comparative Approach**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 117.

resultado desse debate não é para os tribunais determinar. A Constituição não fornece mais do que uma estrutura. Os desafios para a sabedoria de uma medida legislativa dentro desse quadro devem ser dirigidos ao Parlamento. Nossa preocupação é unicamente com a questão da constitucionalidade. Concluimos que é dentro da jurisdição legislativa do Parlamento que criminalizar a posse de maquiua deve ser debatida. Do mesmo modo, cabe ao Parlamento descriminalizar ou modificar qualquer aspecto das leis sobre maquiua que não considerem ser uma boa política pública.²⁶⁹

Este caso aborda especificamente disposições estatutárias e constitucionais relevantes como a Constituição Canadense do ano de 1867 que em seu artigo 7º afirma que: “Todos têm direito à vida, à liberdade e à segurança e ao direito de não serem privados deles, exceto de acordo com os princípios fundamentais de justiça” Ainda, discute o Art. 91: “Será lícito para a Rainha, com o Conselho e Consentimento do Senado e Câmara dos Comuns, elaborar Leis pela Paz, Ordem e Bom Governo do Canadá, em relação a todas as Questões que não se enquadram nas Classes de Assuntos por esta Lei atribuída exclusivamente às Legislaturas das Províncias; e para maior certeza, mas não para restringir a Generalidade dos Termos anteriores desta Seção, é declarado que (sem prejuízo de qualquer coisa nesta Lei), a Autoridade Legislativa exclusiva do Parlamento do Canadá se estende a todas as Questões que entram nas Classes de Assuntos a seguir, depois de enumerados; isto é, “27. O Direito Penal, exceto a Constituição dos Tribunais de Jurisdição Criminal, mas incluindo o Procedimento em Matéria Penal.²⁷⁰

Importa pontuar agora especificamente o que a corte deliberou sobre o *Harm Principle*:

Os recorrentes afirmaram que, a menos que o Estado possa estabelecer que o uso de maquiua é um *harm to others*, a proibição de simples posse não pode cumprir com o art. 7 da Constituição. Por conseguinte, é necessário um olhar mais atento sobre o alegado *Harm Principle*.²⁷¹

Os recorrentes invocaram, em particular, os escritos do teórico liberal, Mill, que tentou estabelecer fronteiras claras para a intrusão admissível do estado na vida

²⁶⁹ DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. **Criminal Law: A Comparative Approach**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 117.

²⁷⁰ DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. **Criminal Law: A Comparative Approach**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 118.

²⁷¹ CANADA. Supreme Court Judgments. **R. v. Malmo-Levine; R. v. Caine**. Relator: Ministro Gonthier, Binnie. Ottawa, QC. Data do Julgamento: 23 dez. 2003. Voto do Ministro Arbour. p. 60. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/2109/1/document.do>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

privada, o princípio de Mill tem duas características essenciais. Primeiro, rejeita o paternalismo - isto é, a proibição de conduta que prejudica apenas o ator. Em segundo lugar, exclui o que poderia ser chamado de "dano moral". Mill considerou que tais alegações morais são insuficientes para justificar o uso do direito penal. Em vez disso, ele exigiu danos claros e tangíveis aos direitos e interesses de outros.²⁷²

Ao mesmo tempo, Mill reconheceu uma exceção à exigência de *harm to others* aos vulneráveis. Ele escreveu que "essa doutrina deve ser aplicada aos seres humanos na maturidade de suas faculdades [...] Aqueles que ainda estão em estado que requer o cuidado de outrem devem ser protegidos contra suas próprias [...]".²⁷³

A declaração de Mill tem grandes virtudes, mas ele estava defendendo certos princípios filosóficos gerais, não interpretando um documento constitucional. Além disso, até mesmo seus partidários filosóficos tendem a concordar que a justificativa para a intervenção do Estado não pode ser reduzida a um único fator - harm - mas é uma questão muito mais complexa. Um dos mais destacados adeptos da Mill, Hart, argumenta a partir deste sentido.²⁷⁴

O *Harm Principle*, proposto por Mill, é muito simples. Existem outros porquês para interferir na liberdade humana do que o único critério de *harm to othes*. A crueldade com os animais ou a organização da prostituição para o ganho não, como o próprio Mill viu, facilmente cairia sob sua descrição. Por outro lado, mesmo quando há danos aos outros em um sentido mais literal, pode haver outros princípios que limitam a medida em que tais condutas devem ser objeto de uma reação penal. Portanto, existem vários critérios, não um único critério, determinando quando a liberdade humana pode ser restrita.²⁷⁵

Os recorrentes afirmam que o *Harm Principle* é um princípio fundamental de justiça para efeitos do art. 7 da Constituição que opera para colocar limites sobre o tipo de conduta que o Estado pode criminalizar. Esta limitação existe independentemente da divisão de poderes nos termos dos art. 91 e 92 da Lei

²⁷² CANADA. Supreme Court Judgments. **R. v. Malmo-Levine; R. v. Caine**. Relator: Ministro Gonthier, Binnie. Ottawa, QC. Data do Julgamento: 23 dez. 2003. Voto do Ministro Arbour. p. 61-62. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/2109/1/document.do>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

²⁷³ MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM Editores, 2016. p. 23.

²⁷⁴ CANADA. Supreme Court Judgments. **R. v. Malmo-Levine; R. v. Caine**. Relator: Ministro Gonthier, Binnie. Ottawa, QC. Data do Julgamento: 23 dez. 2003. Voto do Ministro Arbour. p. 62. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/2109/1/document.do>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

²⁷⁵ HART, H. L. A. **Immorality and Treason**: originally appearing in *The Listener*, 1959. p. 162-63, reprinted in *Morality and the Law*, 1971. p. 51. apud DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. **Criminal Law: A Comparative Approach**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 118.

Constitutiva de 1867. Em outras palavras, os recorrentes afirmam que existe um duplo limiar. Mesmo que a Coroa possa estabelecer que a criação de uma infração penal particular é um exercício válido do poder do direito penal, há um segundo nível de restrição ao tipo de conduta que pode ser criminosa por força do art. 7 da Carta.²⁷⁶

Concordamos que existe uma forma de "duplo limiar", na medida em que a Carta impõe requisitos que são distintos dos impostos pelos ss. 91 e 92 da Lei Constitutiva de 1867. No entanto, não concordam os relatores com a tentativa de elevação do *Harm Principle* a princípio fundamental de justiça. Isto é, o *Harm Principle* não é o padrão constitucional para o comportamento que pode ou não ser objeto do direito penal para os fins do art. 7.²⁷⁷

Em *Re B.C. Motor Vehicle Act*, supra, o ministro Lamer explicou que os princípios fundamentais de justiça são: "os princípios básicos do nosso sistema legal. Eles não estão no domínio da política pública geral, mas no domínio inerente do poder judicial como guardião do sistema de justiça".²⁷⁸

Em suma, para que uma regra ou princípio constitua um princípio fundamental de justiça para os fins do art. 7, deve ser um princípio legal sobre o qual existe um consenso societário significativo de que é fundamental para a maneira como o sistema jurídico deve operar de forma justa e deve ser identificado com precisão suficiente para produzir um padrão gerenciável contra o qual medir as privações da vida, da liberdade ou da segurança da pessoa.²⁷⁹

Em nossa opinião, o *Harm Principle* é melhor caracterizado como uma descrição de um importante interesse do Estado e da sociedade e não como um princípio normativo legal. Seja como for, mesmo que o *Harm Principle* possa ser caracterizado como um princípio legal, não pensamos que atenda aos outros requisitos para se tornar um princípio fundamental de justiça.²⁸⁰

Contrariamente à afirmação dos recorrentes, não creem os relatores que haja consenso de que o *Harm Principle* é a única justificativa para a proibição criminal.

²⁷⁶ DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. **Criminal Law: A Comparative Approach**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 118-119.

²⁷⁷ DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. **Criminal Law: A Comparative Approach**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 119.

²⁷⁸ DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. **Criminal Law: A Comparative Approach**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 119.

²⁷⁹ DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. **Criminal Law: A Comparative Approach**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 119.

²⁸⁰ DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. **Criminal Law: A Comparative Approach**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 119.

Não há dúvida de que a jurisprudência e a doutrina acadêmica estão cheias de declarações sobre o direito penal visando a conduta que "afeta o público", ou que constitui "um erro contra o bem público" ou é "prejudicial para o público", ou que "afeta a comunidade". Sem dúvida, como afirmado, a presença de danos aos outros pode justificar a ação legislativa sob o poder do direito penal. No entanto, não se pensa que a ausência de danos comprovados crie um obstáculo incondicional à ação legislativa como os recorrentes sugerem. Pelo contrário, o Estado às vezes pode ser justificado em criminalizar uma conduta que não é danosa (no sentido contemplado pelo *Harm Principle*), ou que causa danos apenas a pessoa que comete a conduta.²⁸¹

Vários casos de crimes que não causam danos aos outros são encontrados no Código Penal v.g. Canibalismo é um crime que não prejudica outro ser consciente, mas isso é proibido com base em considerações sociais e éticas fundamentais. Bestialidade e crueldade com os animais são outros exemplos de crimes que se fundamentam em valores sociais profundamente comprometidos e não ao *Harm Principle* de Mill.²⁸²

Não pensam os relatores que tal princípio esteja ancorado na lei canadense. Como se observou sobre ao caso da tentativa de suicídio foi uma infração ao abrigo do direito penal canadense (encontrado no Código original no artigo 238) até sua revogação em 1972. O juiz Sopinka há época enfatizou que: "não se pode dizer que a descriminalização da tentativa de suicídio represente um consenso do Parlamento ou dos canadenses em geral de que o interesse da autonomia daqueles que desejam se matar é primordial para o interesse do Estado em proteger a vida de seus cidadãos. A infração de tentativa de suicídio foi removida do Código Penal porque o Parlamento preferiu outras formas de abordar o problema do suicídio."²⁸³

Nesse caso, como aqui, havia uma distinção importante entre a competência constitucional, que é para os tribunais decidirem, e a sabedoria de uma medida particular, que, dentro de sua esfera constitucional, cabe ao Parlamento. Não se aceita a proposição de que existe uma proibição geral contra a criminalização do dano para si próprio. O Canadá continua a ter leis paternalistas. Os requisitos de que

²⁸¹ DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. **Criminal Law: A Comparative Approach**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 119.

²⁸² DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. **Criminal Law: A Comparative Approach**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 119.

²⁸³ DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. **Criminal Law: A Comparative Approach**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 120.

as pessoas usam cintos de segurança e capacetes de motocicleta são projetados para "salvar pessoas de si". Não há consenso de que este tipo de legislação ofende nossas noções sociais de justiça. Se uma pena de prisão é uma penalidade apropriada para tal ofensa é outra questão. No entanto, a objeção nesse aspecto é a validade de uma punição designada - não se aplica à validade de proibir a conduta subjacente.²⁸⁴

Em suma, não há consenso de que o dano tangível para os outros é uma condição prévia necessária para a criação de uma infração de direito penal. Mesmo aqueles que concordam com o *Harm Principle* como um regulador do direito penal frequentemente discordam sobre o que dano significa e quais as ofensas que ofenderão o *Harm Principle*. Na ausência de qualquer definição acordada de "dano" para este propósito, as alegações e contra alegações de danos não triviais podem ser organizadas em todos os lados de praticamente todas as questões de direito penal. O dano, tal como interpretado na jurisprudência, pode assumir uma multiplicidade de formas, incluindo econômicas, físicas e sociais (por exemplo, lesões e/ou ofensas aos valores sociais fundamentais). No presente recurso, por exemplo, os acusadores apresentaram uma lista de "danos" que eles atribuem ao uso de *marihuana*. Os recorrentes apresentaram uma lista de "danos" que atribuem à proibição da *marihuana*. Nenhum dos lados dá muita credibilidade aos "danos" listados pelo outro. Cada um reivindica o resultado para estar a seu favor.²⁸⁵

No resultado, não acreditam os relatores que o conteúdo do *Harm Principle* conforme descrito pela Mill, entre outros que o seguiram, e defendido pelos recorrentes forneça um padrão gerenciável segundo o qual seja possível revisar leis criminais ou outras nos termos do art. 7 da Carta Constitucional Canadense. O Parlamento, pensa-se, tem o direito de atuar sob o poder do direito penal na proteção de interesses legítimos do Estado, além de evitar danos a terceiros, sujeito a limites da Carta e às regras contra arbitrariedade, irracionalidade e desproporcionalidade bruta.²⁸⁶

Todavia, apesar desse entendimento majoritário no Tribunal Constitucional Canadense o voto dos Ministros Arbour, Lebel e Deschamps foram dissidentes no

²⁸⁴ DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. **Criminal Law: A Comparative Approach**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 120.

²⁸⁵ DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. **Criminal Law: A Comparative Approach**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 120.

²⁸⁶ DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. **Criminal Law: A Comparative Approach**. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 120.

juízo envolvendo a posse para fins de uso pessoal.²⁸⁷ Assim, especialmente, o voto do Ministro Arbour J. foi a favor do *Harm Principle* como princípio fundamental de justiça e merece o devido destaque. O Ministro considera que, quando o Estado deseja tornar a prisão disponível como sanção por conduta criminal, deve poder mostrar o potencial de tal conduta para causar *harm to others*.

O Ministro Arbour começa explicando, o dano ou o risco de danos é um fator determinante na avaliação da gravidade ou ilicitude da conduta proibida. O dano associado à conduta vitimadora, ou seja, a conduta que infrinja os direitos e liberdades de pessoas identificáveis, é o mais óbvio, e a preocupação geralmente é com o quanto a pessoa foi ferida. Isso, por sua vez, provavelmente determinará a extensão da punição ou a diferença na rotulagem de uma ofensa, bem como o nível de *mens rea* necessário para estabelecer a culpabilidade. Outras formas de conduta causam danos que são mais difusos, quando nenhuma pessoa identificável teve seus direitos ou liberdades violadas pela conduta. O dano é coletivo e é o interesse público afetado negativamente. Finalmente, outras condutas são ainda mais distantes dessa noção de dano, e a proibição dessa conduta visa promover os interesses públicos distintos da proteção dos indivíduos ou da sociedade.²⁸⁸

A questão fundamental levantada nestes recursos é se o dano é um componente constitucionalmente exigido do *actus reus* de qualquer delito punível com pena de prisão. Deve-se determinar se a Carta Constitucional exige que esse prejuízo seja a única base sobre a qual o Estado possa empregar a ameaça de prisão como sanção contra uma conduta proibida.²⁸⁹

O Ministro entende os princípios fundamentais de justiça exigem que, sempre que o estado recorra à prisão, um mínimo de danos aos outros deve ser uma parte essencial da infração. O Estado não pode recorrer à prisão como uma punição por uma conduta que causa pouco ou nenhum risco fundamentado de danos aos outros. A conduta proibida punível com prisão não pode ser uma conduta sem dano ou conduta inofensiva que só causa prejuízo ao perpetrador. Nesse sentido percebe-

²⁸⁷ CANADA. Supreme Court Judgments. **R. v. Malmo-Levine; R. v. Caine**. Rel. Min. Gonthier; Binnie. Ottawa, QC. 23 dez. 2003, voto do Min. Arbour. p. 164. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/2109/1/document.do>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

²⁸⁸ CANADA. Supreme Court Judgments. **R. v. Malmo-Levine; R. v. Caine**. Relator: Ministro Gonthier, Binnie. Ottawa, QC. Data do Julgamento: 23 dez. 2003. Voto do Ministro Arbour. p. 124. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/2109/1/document.do>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

²⁸⁹ CANADA. Supreme Court Judgments. **R. v. Malmo-Levine; R. v. Caine**. Relator: Ministro Gonthier, Binnie. Ottawa, QC. Data do Julgamento: 23 dez. 2003. Voto do Ministro Arbour. p. 125. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/2109/1/document.do>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

se que é até o senso comum sabe que você não vai à prisão, a menos que faça uma atividade que potencialmente possa causar dano aos outros.²⁹⁰

Ainda, o *Harm Principle*, como princípio fundamental de justiça, apenas impõe a não criminalização de uma conduta para a qual não há "apreensão fundamentada de danos" a qualquer interesse pessoal ou societário legítimo. Se a conduta limita esse limiar, não se pode dizer que a criminalização de tal conduta levanta o espectro de condenação de alguém que não fez nada de errado. Perguntas difíceis, como se o dano justifica a imposição de uma proibição criminal ou se o direito penal é a melhor maneira de resolver o dano são as questões políticas que estão além da competência constitucional do poder judiciário e a competência institucional do processo judicial contraditório.²⁹¹

Assim conclui respondendo a seguinte pergunta: A proibição da posse de cannabis (maconha) para uso pessoal nos termos do art. 3 (1) da Lei de Controle Narcótico, R.S.C. 1985, c. N-1, devido à inclusão desta substância no artigo 1, Anexo II, Lei Controlada de Drogas e Substâncias, S.C. 1996, parágrafo 19, infringe o art. 7 da Carta Canadense dos Direitos e Liberdades?²⁹²

Sim²⁹³, afirmam os dissidentes neste julgamento.

Analisando tal caso, percebe-se a da corte formada por nove membros três deles entenderam que o *Harm Principle* tem status constitucional ao abrigo do art. 7 da Constituição Canadense, e o fazem afirmando sua importância como limitador da pena de prisão. Ademais, quando ao caso relacionado ao tráfico de drogas todos unanimemente foi negado a apelação e apenas em relação a posse para consumo próprio a divergência foi aberta.

Percebe-se ao analisar os argumentos do voto majoritário a afirmação que o direito penal canadense tem, sim, normas paternalistas e isso serviria de abrigo para outras normas de mesma vertente. Todavia, tal argumento é paradoxal e não merece

²⁹⁰ CANADA. Supreme Court Judgments. **R. v. Malmo-Levine; R. v. Caine**. Relator: Ministro Gonthier, Binnie. Ottawa, QC. Data do Julgamento: 23 dez. 2003. Voto do Ministro Arbour. p. 130-131. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/2109/1/document.do>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

²⁹¹ CANADA. Supreme Court Judgments. **R. v. Malmo-Levine; R. v. Caine**. Relator: Ministro Gonthier, Binnie. Ottawa, QC. Data do Julgamento: 23 dez. 2003. Voto do Ministro Arbour. p. 131. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/2109/1/document.do>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

²⁹² CANADA. Supreme Court Judgments. **R. v. Malmo-Levine; R. v. Caine**. Relator: Ministro Gonthier, Binnie. Ottawa, QC. Data do Julgamento: 23 dez. 2003. Voto do Ministro Arbour. p. 152. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/2109/1/document.do>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

²⁹³ CANADA. Supreme Court Judgments. **R. v. Malmo-Levine; R. v. Caine**. Relator: Ministro Gonthier, Binnie. Ottawa, QC. Data do Julgamento: 23 dez. 2003. Voto do Ministro Arbour. p. 153. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/2109/1/document.do>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

prosperar pois, advém de uma falácia de derivar o “ser” do “dever ser”, ou seja, o fato de outras normas serem paternalistas e estarem em vigência não deve determinar a legitimidade de outras normas.

De outra senda, a corte portou-se no sentido de definir que tal debate, sobre a criminalização da cannabis deve dar-se no local próprio para debate das leis, que no entendimento da maioria do tribunal é o parlamento, isso demonstra claramente uma posição conservadora da corte canadense, que opta por não adentrar em uma posição progressista que altere o *status quo*.

Finalmente, a corte não dá status constitucional ao *Harm Principle*, apenas o considera como uma descrição de um importante interesse do Estado e da sociedade e não como um princípio fundamental, tal argumentação mostra-se forte no sentido em que o tribunal afirma que está a interpretar a constituição canadense em seu sentido estrito e elevar o *Harm Principle* a princípio fundamental de justiça necessitaria um consenso societário significativo e uma maior precisão para aferir o dano.

4.3.2 A jurisprudência brasileira: o Recurso Extraordinário nº 635659

Sobre a posição dos tribunais superiores do Brasil, pacificamente vinha-se entendendo, por meio de recursos repetitivos em sede do Superior Tribunal de Justiça, a inaplicabilidade da discussão da ofensividade, e por conseguinte a insignificância, bem como da teoria do bem jurídico no crime de uso de drogas. Nesse sentido é a jurisprudências dominante, descrita no informativo de jurisprudência nº 541 do STJ de 2014. Que com base nos precedentes HC 158.955-RS, Quinta Turma, de 2011; e RHC 34.466-DF, Sexta Turma, de 2013. Estabeleceu o seguinte no RHC 35.920-DF, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 20/5/2014.

DIREITO PENAL. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO CRIME DE PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. Não é possível afastar a tipicidade material do porte de substância entorpecente para consumo próprio com base no princípio da insignificância, ainda que ínfima a quantidade de droga apreendida. A despeito da subsunção formal de determinada conduta humana a um tipo penal, é possível se vislumbrar atipicidade material da referida conduta, por diversos motivos, entre os quais a ausência de ofensividade penal do comportamento em análise. Isso porque, além da adequação típica formal, deve haver uma atuação seletiva, subsidiária e fragmentária do Direito Penal, conferindo-se maior relevância à proteção de valores tidos como indispensáveis à ordem social, a exemplo da vida, da

liberdade, da propriedade, do patrimônio, quando efetivamente ofendidos. A par disso, frise-se que o porte ilegal de drogas é crime de perigo abstrato ou presumido, visto que prescinde da comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado. Assim, para a caracterização do delito descrito no art. 28 da Lei 11.343/2006, não se faz necessária a ocorrência de efetiva lesão ao bem jurídico protegido[...].²⁹⁴

Todavia, o entendimento anterior não deve ser objeto de análise neste estudo, devido a uma total mudança de rumo na discussão a partir dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 635659, que ainda está em andamento – a ação foi recebida pelo plenário do STF em 22/02/2011 – votos estes que se posicionaram pela inconstitucionalidade da criminalização do uso de drogas e merecem a devida análise.

Situando inicialmente o caso que será objeto importa referir que se trata de uma impugnação ao art. 28 sob o enfoque de sua incompatibilidade com as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada. Não se funda o recurso na natureza em si das medidas previstas no referido artigo, mas, essencialmente, na vedação constitucional à criminalização de condutas que diriam respeito, tão somente, à esfera pessoal do agente incriminado.

Até o presente momento, três votos foram proferidos, do relator Ministro Gilmar Mendes, mais dois votos, em plenário orais, que foram reduzidos a termo, dos Ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso. Começa-se, portanto, colacionando trechos do voto do Ministro Relator, que especialmente atinem a temática do Princípio da Ofensividade e da Teoria do Bem Jurídico-Penal:

De pronto, percebe-se que o Ministro começa fazendo uma análise constitucional de como deve se dar o controle da constitucionalidade de uma lei infraconstitucional, o faz assim buscando na jurisprudência alemã analogia.

No famoso caso *Mitbestimmungsgesetz* (1978BVerfGE 50, 290), a Corte Constitucional distinguiu os seguintes graus de intensidade no controle de constitucionalidade das leis: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); e c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*). No primeiro nível, o controle realizado pelo Tribunal deve reconhecer ao legislador uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas que reputar adequadas e necessárias. A norma somente poderá ser declarada inconstitucional quando as medidas adotadas pelo legislador se mostrarem claramente inidôneas para a efetiva proteção do bem jurídico fundamental.²⁹⁵

²⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 35.920-DF. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. **Informativo de Jurisprudência**. nº 541. Brasília, 11 jun. 2014. Disponível em: <www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0541.rtf>. Acesso em: dez. 2017.

²⁹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 635.659-RG**. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

Assim, adentra a questão para pontuar algo especialmente importante no que diz respeito a descriminalização do uso de drogas, que é o fato relativo a problemática envolvendo os crimes de perigo abstrato.

Considerações sobre os crimes de perigo abstrato. A partir da perspectiva aqui delineada, e tendo em conta que o principal argumento em favor da criminalização de condutas relacionadas ao consumo pessoal de drogas assenta-se no dano em potencial que essas condutas irradiam na sociedade, colocando em risco a saúde e a segurança públicas, é importante que se considerem algumas nuances dos denominados crimes de perigo abstrato. Apesar da existência de ampla controvérsia doutrinária, os crimes de perigo abstrato podem ser identificados como aqueles em que não se exige nem a efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma, nem a configuração do perigo em concreto a esse bem jurídico. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, seleciona grupos ou classes de condutas que geralmente trazem consigo o indesejado perigo a algum bem jurídico fundamental.

Assim, os tipos de perigo abstrato descrevem ações que, segundo a experiência, produzem efetiva lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico digno de proteção penal, ainda que concretamente essa lesão ou esse perigo de lesão não venham a ocorrer.²⁹⁶

Isso ainda, se dá, quando o problema por ele apontando é em relação aos crimes de perigo abstrato juntamente com o Princípio da Ofensividade.

Por outro lado, não é difícil entender as características e os contornos da delicada relação entre os delitos de perigo abstrato e os princípios da lesividade ou ofensividade, os quais, por sua vez, estão intrinsecamente relacionados com o princípio da proporcionalidade. A atividade legislativa de produção de tipos de perigo abstrato deve, por isso, ser objeto de rígida fiscalização a respeito de sua constitucionalidade.²⁹⁷

Além disso, ataca a necessidade de proteção penal ao bem jurídico ali protegido. E faz todo um apanhado sobre qual o bem jurídico protegido pela norma penal.

Brasília, DF. Julgado em: 25 set. 2017. Voto do Relator. p. 7. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1804565>>. Acesso em: 10 out 2017.

²⁹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 635.659-RG**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF. Julgado em: 25 set. 2017. Voto do Relator. p. 12. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1804565>>. Acesso em: 10 out 2017.

²⁹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 635.659-RG**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF. Julgado em: 25 set. 2017. Voto do Relator. p. 13. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1804565>>. Acesso em: 10 out 2017.

No plano da necessidade, cabe examinar, conforme já observado, se a medida legislativa interventiva em dado direito fundamental mostra-se necessária, do ponto de vista da Constituição, para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes.

Quando se discute a utilização do Direito Penal como instrumento de repressão à posse de drogas para consumo pessoal, questiona-se sobre a existência de bem jurídico digno de proteção nesse campo, tendo em vista tratar-se de conduta que causaria, quando muito, dano apenas ao usuário e não a terceiros. Em contraste com esse entendimento, levanta-se a tese de que a incriminação do porte de droga para uso pessoal se justificaria em função da expansibilidade do perigo abstrato à saúde. Nesse contexto, a proteção da saúde coletiva dependeria da ausência de mercado para a traficância.

Em outras palavras, não haveria tráfico se não houvesse consumo. Além disso, haveria uma relação necessária entre tráfico, consumo e outros delitos, como crimes contra o patrimônio e violência contra a pessoa. Temos em jogo, portanto, de um lado, o direito coletivo à saúde e à segurança públicas e, de outro lado, o direito à intimidade e à vida privada, que se qualificam, no caso da posse de drogas para consumo pessoal, em direito à autodeterminação. Nesse contexto, impõe-se que se examine a necessidade da intervenção, o que significa indagar se a proteção do bem jurídico coletivo não poderia ser efetivada de forma menos gravosa aos precitados direitos de cunho individual.

Cabe ressaltar que não se cuida, aqui, de ignorar os riscos e malefícios associados ao uso de drogas, mas em examinar se a restrição penal mostra-se, neste contexto, inexoravelmente necessária. Para isso, é preciso que se avaliem, a partir de aportes teóricos sobre restrições a direitos fundamentais em situações de aparente conflito, a intensidade da intervenção e os fundamentos que a justificaram (proporcionalidade em sentido estrito). O exercício dos direitos pode dar ensejo, muitas vezes, a uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos. Daí a importância da noção de âmbito ou núcleo de proteção dos direitos fundamentais.²⁹⁸

Enfrenta ainda a questão, relativa aos bem jurídico protegido ser supraindividual ou individual. Se o art. 28 protege o bem jurídico saúde pública.

a saúde pública é um interesse coletivo que afeta cada indivíduo, mas há que se exigir um determinado grau de lesividade individual para que se possa justificar a intervenção do direito penal. Até agora não se tem afirmado, por exemplo, que o álcool e o tabaco afetam suficientemente a saúde pública a ponto de legitimar a criminalização de sua venda e consumo.

Em relação ao tabaco, observa que a proteção da ordem pública coletiva tem sido alcançada com o incremento da proibição de seu consumo em lugares públicos, porém por meio de medidas administrativas.

O mesmo raciocínio, [...] aplica-se em relação às drogas. [...] preciso diferenciar as drogas quanto a seus distintos efeitos em relação a cada indivíduo. Além disso, há que se ter em conta que a lesividade individual vem, neste caso, acompanhada do consentimento da vítima. [...] ainda, que temos, no exemplo da saúde pública, a advertência de que não basta constatar a importância abstrata do bem, mas também se exige que reste demonstrada

²⁹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 635.659-RG**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF. Julgado em: 25 set. 2017. Voto do Relator. p. 26. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1804565>>. Acesso em: 10 out 2017.

a concreta afetação do referido bem. Não basta, assim, que a saúde seja, em abstrato, um bem social fundamental para que mereça proteção penal. [...] afigura-se claro, até aqui, que tanto o conceito de saúde pública, como, pelas mesmas razões, a noção de segurança pública, apresentam-se despidos de suficiente valoração dos riscos a que sujeitos em decorrência de condutas circunscritas a posse de drogas para uso exclusivamente pessoal²⁹⁹.

Nossa Constituição consagra a dignidade da pessoa humana e o direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem. Deles pode-se extrair o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação. A proteção do indivíduo contra interferências que se estimem indevidas por parte do Estado pode ser atalhada, dessa forma, com a invocação do princípio da liberdade geral, que não tolera restrições à autonomia da vontade que não sejam necessárias para alguma finalidade de raiz constitucional, e mesmo pelo apelo ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, que pressupõe o reconhecimento de uma margem de autonomia do indivíduo, tão larga quanto possível, no quadro dos diversos valores constitucionais.

É sabido que as drogas causam prejuízos físicos e sociais ao seu consumidor. Ainda assim, dar tratamento criminal ao uso de drogas é medida que ofende, de forma desproporcional, o direito à vida privada e à autodeterminação.

O uso privado de drogas é conduta que coloca em risco a pessoa do usuário. Ainda que o usuário adquira as drogas mediante contato com o traficante, não se pode imputar a ele os malefícios coletivos decorrentes da atividade ilícita.

Esses efeitos estão muito afastados da conduta em si do usuário. A ligação é excessivamente remota para atribuir a ela efeitos criminais. Logo, esse resultado está fora do âmbito de imputação penal. A relevância criminal da posse para consumo pessoal dependeria, assim, da validade da incriminação da autolesão. E a autolesão é criminalmente irrelevante.³⁰⁰

E, finalmente, encerrando seu voto o Ministro enfatiza o direito a autodeterminação e a demonstração que a autolesão é um irrelevante penal afirmando que “A criminalização da posse de drogas para uso pessoal conduz à ofensa à privacidade e à intimidade do usuário. Está-se a desrespeitar a decisão da pessoa de colocar em risco a própria saúde”.³⁰¹

Por seu turno o voto do Ministro Luís Roberto Barroso deu-se no mesmo sentido, todavia abordando também muitos aspectos político-criminais e pragmáticos-utilitários, aduz inicialmente que “Em uma democracia, nenhum tema é tabu. Tudo pode e deve ser debatido à luz do dia. Estamos todos aqui em busca da melhor

²⁹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 635.659-RG**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF. Julgado em: 25 set. 2017. Voto do Relator. p. 33-34. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1804565>>. Acesso em: 10 out 2017.

³⁰⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 635.659-RG**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF. Julgado em: 25 set. 2017. Voto do Relator. p. 36-37. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1804565>>. Acesso em: 10 out 2017.

³⁰¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 635.659-RG**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF. Julgado em: 25 set. 2017. Voto do Relator. p. 38. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1804565>>. Acesso em: 10 out 2017.

solução, baseada em fatos e razões, e não em preconceitos ou visões moralistas da vida”.³⁰²

Também, Barroso aborda a temática do Princípio da Ofensividade e da Teoria do Bem Jurídico-Penal, demonstrando sua clara aceitação pelo Supremo Tribunal Federal, e também, assim como o Ministro relator rechaça que o bem protegido seja a saúde coletiva.

O denominado princípio da lesividade exige que a conduta tipificada como crime constitua ofensa a bem jurídico alheio. De modo que se a conduta em questão não extrapola o âmbito individual, o Estado não pode atuar pela criminalização. O principal bem jurídico lesado pelo consumo de maconha é a própria saúde individual do usuário, e não um bem jurídico alheio. Aplicando a mesma lógica, o Estado não pune a tentativa de suicídio ou a autolesão. Há quem invoque a saúde pública como bem jurídico violado. Em primeiro lugar, tratar-se-ia de uma lesão vaga, remota, provavelmente em menor escala do que, por exemplo, o álcool ou o tabaco. Em segundo lugar porque, como se procurou demonstrar, a criminalização termina por afastar o usuário do sistema de saúde, pelo risco e pelo estigma. De modo que pessoas que poderiam obter tratamento e se curar, acabam não tendo acesso a ele. O efeito, portanto, é inverso. Portanto, não havendo lesão a bem jurídico alheio, a criminalização do consumo de maconha não se afigura legítima³⁰³.

Finalmente, resume o Ministro afirmando que:

Em suma: por ausência de lesividade a bem jurídico alheio, por inadequação, discutível necessidade e, sobretudo, pelo custo imenso em troca de benefícios irrelevantes, a criminalização não é a forma mais razoável e proporcional de se lidar com o problema.³⁰⁴

O último voto que temos até o presente momento, é o do Ministro Edson Fachin proferido após vistas do processo no ano de 2015 e seguiu no mesmo sentido, até mesmo aprofundando, verificando inicialmente se o Princípio da Ofensividade tem fundamento constitucional, o que de fato constata:

Portanto, parâmetro confiável para avaliar a constitucionalidade da incriminação da posse de drogas para uso próprio é a análise de eventual ofensividade do bem jurídico protegido. É preciso, pois, previamente ao exame do pedido veiculado neste recurso extraordinário, identificar se a

³⁰² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 635.659-RG**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF. Julgado em: 25 set. 2017. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. p. 1. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>. Acesso em: 10 out 2017.

³⁰³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 635.659-RG**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF. Julgado em: 25 set. 2017. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. p. 9. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>. Acesso em: 10 out 2017.

³⁰⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 635.659-RG**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF. Julgado em: 25 set. 2017. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. p. 10. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>. Acesso em: 10 out 2017.

ofensividade tem, de fato, matriz constitucional. [...]

A doutrina costuma indicar que a sede do princípio da ofensividade como parâmetro de controle de constitucionalidade reside no art. 98, I, da Constituição da República. Embora a referência tópica possa constar desse dispositivo, o conteúdo do princípio decorre, de um lado, da opção constitucional e legal por um Direito Penal orientado por fatos; e, de outro, da impossibilidade de se criminalizar condutas que não atinjam um fundamento constitucionalmente assegurado.

Nesse sentido, é correto afirmar que o princípio da ofensividade tem assento constitucional e serve de parâmetro para o controle da atividade do Legislativo.

[...]

O princípio da ofensividade permite, de fato, a limitação do próprio direito, mas não autoriza que se oponham argumentos utilitários à validade normativa.

Essa tarefa tem ainda maior importância se o reconhecimento da extensão dos bens jurídicos e da consequente proteção estatal for medida em relação à eventual restrição da liberdade. Nesse sentido, caberia à teoria do bem jurídico identificar quais bens podem justificar a restrição à liberdade.

Não se trata, contudo, de afastar a priori qualquer pretensão de permitir ao Estado perseguir fins morais. Ao contrário, inexistente um princípio que delimite a esse ponto a atividade estatal regulatória. É preciso registrar, neste particular, que a possibilidade de se buscar fins morais não é descontextualizada: apenas em sociedades em que haja o respeito à autonomia dos cidadãos, garantindo-lhes um amplo espectro de opções valorosas, é que seria possível falar em uma larga margem de avaliação para estabelecer fins morais.

O ponto de partida para se delimitar o campo de restrição à autonomia parece estar no princípio da ofensividade: somente havendo dano efetivo, porquanto haveria, por conseguinte, uma interferência na autonomia das outras pessoas, é que se pode legitimar a coerção.

A sanção penal é, assim, tão-só uma das formas de se proteger os bens jurídicos. Consubstanciando a mais grave restrição na autonomia dos cidadãos, cumpre, portanto, avaliar se ela é adequadamente posta. E é aqui que tem assento a proporcionalidade.

Especificamente em relação à coerção penal, poder-se-ia apontar, na linha do que indica Claus Roxin, serem ilegítimas as incriminações de: motivações ideológicas; autolesão; tabus; fins extrapenais; e abstrações incapazes de constituir bens jurídicos.³⁰⁵

Verifica-se ainda que o Ministro, faz uma longa referência aos crimes de perigo abstrato e afirma que eles têm acento constitucional levando em conta principalmente o dever-de-cuidado.

Poder-se-ia, assim, seguindo José Francisco de Faria Costa, afirmar que, de fato, o dever de cuidado é fonte de justificação dos tipos de perigo abstrato, mas não é um dever presente apenas nesses tipos. O dever de cuidado está, em verdade, em todos os demais tipos; apenas, nos abstratos, aparece de modo mais puro.³⁰⁶

³⁰⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 635.659-RG**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF. Julgado em: 25 set. 2017. Voto do Ministro Edson Fachin. p. 8-9. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>>. Acesso em: 10 out 2017.

³⁰⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 635.659-RG**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF. Julgado em: 25 set. 2017. Voto do Ministro Edson Fachin. p. 10. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>>. Acesso em: 10 out 2017.

Finalmente, explica que apesar dos crimes de perigo abstrato encontrarem justificção constitucional, no caso específico do crime de uso de drogas ele não é legítimo.

O juízo de adequação que é feito pelo órgão de controle jurisdicional consiste, portanto, em identificar se a incriminação que se objetiva utilizar para a tutela de determinado bem jurídico, sob a ameaça de sanção penal, é, para além de uma dúvida razoável, justificada. A análise de justificativa não visa, aqui, a inverter a "prerrogativa de avaliação fática" do legislador, mas apenas avaliar se ela demonstra, para além de uma dúvida razoável, ser a melhor estratégia de proteção.

Nos estritos limites do caso dos autos, seria possível afirmar que norma penal não atinge essa barreira.³⁰⁷

Ao analisar os votos proferidos no Recurso Extraordinário supracitado percebe-se que os ministros tomam uma posição clara afirmando a inconstitucionalidade do dispositivo legal que criminaliza o uso de drogas e o fazem, em muito, com fundamento no Princípio da Ofensividade e da Teoria do Bem Jurídico-Penal.

Ademais, os Ministros perceberam que tanto a Teoria do Bem Jurídico-Penal quanto o Princípio da Ofensividade permitem olhar o problema relacionado a criminalização das drogas com mais precisão. E toda a argumentação do Relator, Ministro Gilmar Mendes, tem por base o questionamento que diz respeito ao grau de perigo de lesão à saúde coletiva que a conduta de portar drogas para consumo próprio deve possuir para superar o perigo penalmente insignificante. Independentemente do bem jurídico e do parâmetro quantitativo ou qualitativo da droga que se estabeleça, admitir a ofensa de dano ou de perigo de dano não afirma a legitimidade da intervenção penal na matéria, e isso fica claro tanto no voto do Relator quanto no momento em que o Ministro Edson Fachin adentra nas categorias do perigo no direito penal com grande propriedade.³⁰⁸

Além disso, percebeu-se uma análise da proporcionalidade, nesse sentido se o bem jurídico-penal especificamente protegido é merecedor de tutela penal – já que nem todos os bens previstos na Constituição merecem resguardo penal, última

³⁰⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 635.659-RG**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF. Julgado em: 25 set. 2017. Voto do Ministro Edson Fachin. p. 12. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>>. Acesso em: 10 out 2017.

³⁰⁸ RUIVO, Marcelo de Almeida. O início do julgamento da inconstitucionalidade do crime de porte de drogas para uso próprio. **Boletim IBCrim**, São Paulo, v. 24, n. 281. p. 12-13, 2016.

ratio – e se o direito penal seria adequado para a proteção. Sem dúvida, a saúde merece proteção jurídica, mas não proteção penal quando se trata de uma autolesão. A inadequação do direito penal ao cumprimento da finalidade de prevenção e diminuição do uso de drogas é claramente fundamentada nos votos. Ainda, verificou-se a falta de necessidade da proteção penal já que se situa em espaço de intimidade e da vida privada, nem o direito penal é meio necessário para resguardar a saúde pública neste caso.³⁰⁹

No mesmo sentido, demonstram os votos que o direito penal não pode servir de guardião de interesses morais e de repressor de escolhas pessoais no desenvolvimento do indivíduo, assim o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006 parece ser a decisão mais adequada à preservação dos princípios do direito penal e dos direitos constitucionais do cidadão.³¹⁰

A considerar que os Ministros se mostraram bem informados acerca do fenômeno das drogas, tanto no viés dogmático, criminológico e político-criminal, seguindo uma tendência internacional de um novo olhar para as drogas, sem dúvida estar-se caminhando, após a conclusão do julgamento, para uma grande vitória destes princípios em sua matriz crítica ao direito.

4.4 HARM PRINCIPLE, TEORIA DO BEM JURÍDICO-PENAL E PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE: A ILEGITIMIDADE DA PROIBIÇÃO DO USO DE DROGAS

O ponto a ser discutido neste tópico é o porte de drogas para uso próprio, sem entrar no mérito do tráfico. O porte continua a ser crime no Brasil, conforme dispõe o artigo 28 da Lei 11.343/2006:

Art. 28. quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
I - advertência sobre os efeitos das drogas;
II - prestação de serviços à comunidade;
III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”.³¹¹

³⁰⁹ RUIVO, Marcelo de Almeida. O início do julgamento da inconstitucionalidade do crime de porte de drogas para uso próprio. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 24, n. 281. p. 12-13, 2016

³¹⁰ RUIVO, Marcelo de Almeida. O início do julgamento da inconstitucionalidade do crime de porte de drogas para uso próprio. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 24, n. 281. p. 12-13, 2016

³¹¹ BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa**

O tratamento ainda possui natureza penal, pois há uma descrição típica e a cominação de uma pena, tanto que persistem efeitos da condenação, reincidência e prazo prescricional. Portanto, não houve descriminalização, nem despenalização com a entrada em vigor da Lei de 2006. Houve descarcerização do usuário, mas a conduta continuou a ser incriminada.³¹²

Primeiramente, falar-se-á da questão das drogas a partir da Teoria do Bem Jurídico-Penal. De maneira específica o artigo 28 da Lei nº 11.343/06, em diz-se por uma grande quantidade de juristas brasileiros e tribunais que o bem jurídico tutelado é a saúde pública. Isto, entretanto, não passa de uma insustentável abstração, já que concretamente, no âmbito do tipo penal em comento, deve esta ser entendida como o somatório das saúdes pessoais de cada cidadão e, sob tal prisma, busca-se afastar aquela abstração.

Nesse sentido, a conduta de um indivíduo que adquire ou tem a posse de uma substância e a destina a seu próprio uso não existe a possibilidade de identificação de qualquer ofensa à saúde pública, mesmo que tal produto possa causar mal à saúde, pois é impossível expandir o perigo a esse patamar. A partir desta lógica, se a intenção da conduta é a posse de drogas para uso pessoal percebe-se a incompatibilidade e uma suposta ofensa a um bem jurídico supraindividual, pois não há como negar que ao ser destinada a substância ao uso individual, expandir esta destinação ao colocar em perigo a saúde pública trata-se de um antagonismo fático e claramente falacioso. O uso de drogas não se compatibiliza com o perigo para interesses jurídicos alheios ao do próprio usuário. São coisas conceitualmente antagônicas.³¹³

Segundo Luís Greco “A soma de vários bens jurídicos individuais não é suficiente, porém, para constituir um bem jurídico coletivo, porque este é caracterizado pela elementar da não-distributividade, isto é, ele é indivisível [...]”.³¹⁴ Portanto, mesmo que se aceite os bens jurídicos penais supraindividuais como legítimos,

do Brasil, Brasília, DF, 23 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 25 jan 2017.

³¹² MARTINELLI, João Paulo - **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 297 f. Tese (Doutorado) – Departamento de Pós-Graduação em Direito, USP, São Paulo, 2010. p. 258.

³¹³ KARAM, Maria Lúcia, **De Crimes, Penas e Fantasias**, Niterói: Luam, 1991. p. 125-126.

³¹⁴ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 115, jul-ago. 2004.

adotando assim uma teoria dualista do bem jurídico-penal (como visto no segundo capítulo) importa estabelecer a autenticidade dos pretensos bens. No caso, específico, da saúde pública como bem jurídico protegido pelo art. 28 da Lei nº 11.343/06, facilmente percebe-se que se trata de uma soma de vários bens jurídicos individuais. Em outras palavras: “o bem jurídico saúde pública, por ex., nada mais é do que a soma das várias integridades físicas individuais, de maneira que não passa de um pseudo-bem coletivo”.³¹⁵

Leciona Roxin que a punibilidade da posse de certas drogas para o autoconsumo, é claramente um caso em que o envolvimento de outros é ausente, sendo assim exigida sua ilegitimidade pelos que acreditam em um conceito de bem jurídico crítico em relação à legislação. Sabe-se que o Tribunal Constitucional Alemão manteve a punição, impondo a condição de que a imposição de uma penalidade em casos de pouca gravidade pode ser dispensada. Afirma, no entanto, Roxin, que até foi um passo na direção certa, mas cria incerteza jurídica que teria sido evitada se a regra fosse declarada inconstitucional.³¹⁶

Percebe-se, então, que o bem jurídico pretensamente protegido nada mais é do que a soma das várias integridades físicas individuais, de maneira que não passa de um falso bem supraindividual. A intangibilidade deste falso bem jurídico suscita uma total impossibilidade de constatação empírica das teses de legitimação deste discurso criminalizador.³¹⁷ E como consequência, a ausência de uma comprovação empírica conferível acarreta a desqualificação deste falso bem jurídico supraindividual que cercam a permanência de um delito meramente moral, paternalista, dentro do sistema jurídico-penal.³¹⁸

A intervenção penal referente às drogas afirma-se na tutela moral e não de bens jurídicos.³¹⁹

Todavia, o direito penal tem sido utilizado para reforçar com a pena criminal

³¹⁵ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 115, jul-ago. 2004.

³¹⁶ ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**. Madrid, v. 15, n. 1. p. 7, 2013. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>>. Acesso em: 15 nov 2016.

³¹⁷ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 267.

³¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 8. ed. São Paulo: RT. 2010. p. 823.

³¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 8. ed. São Paulo: RT. 2010. p. 823.

proibições morais e religiosas. No sentido de punições religiosas tinha-se a orientação del Antigo Régimen onde o crimen lesae maiestatis divinae, o delito de bruxaria é um claro exemplo disso. Porém, ainda mais disseminada é a ideia de fortalecer as violações morais pelo direito penal, que não verdadeiramente perigosas a bens jurídicos. Assim: “El contraste actual entra las concepciones “liberal” y “autoritaria” afecta ante todo al problema de si cabe acudir a la pena criminal para controlar conductas contrarias a la moral”.³²⁰

A tendência à moralização dos bens jurídicos e a progressiva proteção de bens não individuais deve ser acompanhada com cautela para que o conceito de bem jurídico não perca sua função crítica e de limitação do direito penal. No sentido, da criminalização do uso de drogas, ao considerar a integridade física do usuário como bem jurídico “vemos a criticabilidade da proibição, que tutela um bem jurídico individual mesmo contra a vontade de seu titular”.³²¹

Assim, no que tange a criminalização do uso de drogas, é importante tecer, sob a ótica da Teoria do Bem Jurídico-Penal e do *Harm Principle* (que também está vinculada como uma *Mediating Maxims*) algumas linhas sobre a categoria do consentimento. A posição de Roxin, para o qual a teoria bem jurídico-penal referido ao indivíduo constitui a base do consentimento eficaz. Se os bens jurídicos servem para o livre desenvolvimento do indivíduo, não pode existir lesão alguma ao bem quando uma ação se baseia em uma disposição de seu portador, que expressa seu favorecimento a esta ação lesiva.³²²

Em sua teoria funcionalista,³²³ Roxin define os bens jurídicos como circunstancias dadas ou finalidades que são uteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento no marco de um sistema social global estruturado sobre a base da

³²⁰ LÓPEZ, Angel Torio. Los delitos del peligro hipotético: Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n. 3, p. 835-836, mai-dez. 1981. Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1981-20082500848_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Los_delitos_del_peligro_hipotetico>. Acesso em: 25 nov. 2017.

³²¹ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstracto - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 114, jul-ago. 2004.

³²² ROXIN, Claus. **Strafrecht, allgemeiner Teil**. p. 517 apud MARTINELLI, João Paulo - **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 297 f. Tese (Doutorado) – Departamento de Pós-Graduação em Direito, USP, São Paulo, 2010. p. 191.

³²³ Para mais detalhes sobre a teoria funcionalista de Roxin *vide* ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Tradução e Introdução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

concepção de seus fins e para o funcionamento do próprio sistema.³²⁴

Sobre essa concepção, Roxin limita a atuação estatal de proteção aos bens jurídicos, aplicando o princípio de que o *ius puniendi* só pode existir quando realmente há necessidade de pena aplicável ao agente em consequência de uma lesão. O Estado não possui legitimidade para punir alguém que lesa um bem jurídico sob o consentimento de seu titular. Assim, por exemplo, nos delitos de lesão, cada pessoa pode decidir se quer ser lesada ou não, sem que o Estado possa intervir.³²⁵

Há, entretanto, um limite imposta pela doutrina sobre a eficácia do consentimento para determinados bens. No caso das lesões corporais, não pode haver um dano à saúde de dimensão considerável. Um dano com estas características infringe o interesse superior da comunidade. O mesmo fundamento se aplica à inviolabilidade do bem jurídico vida.³²⁶

Dentro do contexto do *Harm Principle*, adota-se o consentimento do ofendido como causa de exclusão de tipicidade. O consentimento válido torna a lesão ao bem jurídico-penal um fato atípico. A tutela torna-se esvaziada quando o maior interessado na preservação do bem abre mão de sua integridade. A função primordial do direito penal de proteger bens jurídicos quando observado pela ótica do *Harm Principle* está atrelada à preservação da autonomia individual. Se o titular do bem faz uso da autonomia para dispensar essa proteção, a incriminação do comportamento lesivo carece de legitimidade.³²⁷

Dessa maneira ao se adotar o conceito de Roxin sobre a natureza do consentimento - exercício de liberdade de ação do portador do bem jurídico – encaixa-se perfeitamente no *Harm Principle*. Se o titular do bem jurídico for capaz de reconhecer os efeitos de aceitar a lesão, não há motivos para o Estado proibir o exercício do direito de disposição incriminando a conduta lesiva de terceiro. A grande importância do consentimento da vítima está na possibilidade de intervenção do Estado na liberdade de quem concorda com a lesão.³²⁸ No caso da proibição do uso

³²⁴ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

³²⁵ ROXIN, Claus. **Strafrecht, allgemeiner Teil**. p. 518. Apud MARTINELLI, João Paulo - **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 297 f. Tese (Doutorado) – Departamento de Pós-Graduação em Direito, USP, São Paulo, 2010. p. 192.

³²⁶ MARTINELLI, João Paulo - **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 297 f. Tese (Doutorado) – Departamento de Pós-Graduação em Direito, USP, São Paulo, 2010. p. 192.

³²⁷ MARTINELLI, João Paulo - **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 297 f. Tese (Doutorado) – Departamento de Pós-Graduação em Direito, USP, São Paulo, 2010. p. 196.

³²⁸ MARTINELLI, João Paulo - **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 297 f. Tese (Doutorado) – Departamento de Pós-Graduação em Direito, USP, São Paulo, 2010. p. 197.

de drogas, o consentimento, que se confunde em sendo autor e vítima ao mesmo tempo, a norma será manifestação de um paternalismo ilegítimo.

Não é aceitável qualquer forma de paternalismo jurídico-penal para proteger um sujeito de autolesões consentidas se isso implicar impedimento ao exercício da autonomia. O usuário eventual, que não sofre da dependência, sabe o que é bom para si mesmo e pode prosseguir na sua autonomia para usar drogas. Todavia, isto muda caso o usuário possa se enquadrar na categoria de dependente, ou seja, ser incapaz de exercer autonomia suficiente. Entretanto, mais uma vez a resposta penal não é a correta. Outras políticas públicas devem ser adotadas como tratamento médico, psicológico, ajuda da família, dos amigos, grupos terapêuticos como os narcóticos anônimos, enfim, tudo que possa ser eficaz e não tenha natureza criminal.³²⁹

Trata-se, a criminalização do uso de drogas, portanto, uma norma penal proibitiva que incide sobre a liberdade de uma pessoa para evitar-lhe um mal. É, portanto, claramente uma forma de paternalismo penal ilegítimo, *Harm to self*,³³⁰ claramente rejeitada pelos postulados liberais do *Harm Principle*.

Entretanto, a afirmativa anterior pode ser aprofundada e problematizada, também pela ótica do princípio anglo-americano, pois há quem entenda que a proibição do uso próprio tem um objetivo que vai além do usuário: proteger o sistema de saúde do país ou quer-se proteger a saúde pública, evitando a cumulação de pessoas atingidas pelas drogas:

Entretanto, como as coisas não devem ser tão simples em tratando-se de

³²⁹ MARTINELLI, João Paulo - **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 297 f. Tese (Doutorado) – Departamento de Pós-Graduação em Direito, USP, São Paulo, 2010. p. 259. No mesmo sentido: COELHO, Gustavo Tozzi. **Uso de drogas e ofensividade em direito penal**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 201.

³³⁰ *On the other hand, drug X may be harmful in the way nicotine is now known to be harmful; twenty or thirty years of heavy use may create a grave risk of lung cancer or heart disease. Using the drug for pleasure merely, when the risks are of this kind may be to run unreasonable risks, but that is not strong evidence of nonvoluntariness. Many perfectly normal rational persons voluntarily choose to run precisely these risks for whatever pleasure they find in smoking. The way for the state to assure itself that such practices are truly voluntary is continually to confront smokers with the ugly medical facts so that there is no escaping the knowledge of what the medical risks exactly are. Constant reminders of the hazards should be at every hand and with no softening of the gory details. The state might even be justified in using its taxing, regulatory, and persuasive powers to make smoking (and similar drug usage) more difficult or less attractive; but to prohibit it outright for everyone would be to tell the voluntary risk-taker that even his informed judgments of what is worthwhile are less reasonable than those of the state, and that therefore, he may not act on them. This is the purest hard paternalism, unmediated by the voluntariness standard. As a principle of public policy, it has an acrid moral flavor, and creates serious risks of governmental tyranny.* (FEINBERG, Joel. **Harm to self**. New York: Oxford University Press, 1986. p. 134. Grifo nosso)

ciências sociais aplicadas, e, em especial, de uma conduta que vem sendo proibida no Brasil a quase um século³³¹ podemos associa-la em duas categorias que Feinberg trabalha dentro das suas *mediating maxims* que são critérios de correção do *Harm Principle* como já visto: são elas os *aggregative harms* ou *accumulative harms*:

Colocando-se a proibição das drogas dentro de uma perspectiva de que causa danos geralmente, mas não necessariamente - *aggregative harms* – como descreve Feinberg, ações que apenas possuem potencial de causar danos. Neste caso, pode-se reconhecer que uma proibição total poderia ser capaz de diminuir ou mesmo eliminar os riscos de dano, mas isso somente seria possível ao custo de evitar, de igual forma, a produção dos benefícios decorrentes destes comportamentos inofensivos.³³²

Logo, o ideal não é trabalhar com extremos (total proibição ou total permissão). O mais indicado pela lógica do *Harm Principle*, seria a opção de se trabalhar com um sistema de permissões ou licenças seletivas em relação a conduta de usar drogas. Nesse sentido, portanto, iria se reduzir ao máximo a proibição de comportamentos inofensivos, maximizando os ganhos dessa minimização dos danos, e assim, diminuindo o espaço de criminalização aos casos em que ocorra o abuso ou a realização de tal comportamento a margem de uma licença.³³³

Apostando nessa forma de ação estatal frente ao uso de drogas o legislador, para determinar quais seriam os comportamentos permitidos – e conseqüentemente os proibidos - deve trabalhar buscando um equilíbrio entre a proibição geral e a liberação geral e assim estabelecer condições próprias para realização de determinadas atividades.³³⁴

Claro que toda a determinação de um sistema de licenças acaba por

³³¹ Mais sobre os aspectos históricos da proibição das drogas *vide*: ESCOHOTADO, Antonio. **Historia General de Las Drogas**. 7. ed. Madrid: Alianza Editorial, S.A, 1998. LABATE, Beatriz Caiuby [et al.] (orgs). **Drogas e cultura**: novas perspectivas. Salvador: EDUFRA, 2008. CARNEIRO, Henrique. **Pequena Enciclopédia da História das Drogas e Bebidas**: histórias e curiosidades sobre as mais variadas drogas e bebidas. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2005.

³³² MACHADO, Tomás Grings. **Harm Principle e Direito Penal**: em busca da identificação de limites ao crime de lavagem de dinheiro. 2017. 339 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS, Porto Alegre, 2017. p. 241.

³³³ MACHADO, Tomás Grings. **Harm Principle e Direito Penal**: em busca da identificação de limites ao crime de lavagem de dinheiro. 2017. 339 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS, Porto Alegre, 2017. p. 242.

³³⁴ Nesse sentido é o que foi adotado pelo Estado Uruguiaio onde se optou por um sistema de legalização da *Cannabis* através de licenças. Para mais *vide*: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; HYPOLITO, Laura Girardi. Impacto da Lei 11.343/06 no encarceramento e possíveis alternativas. In: CARVALHO, Érika Nebdes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de (orgs). **10 anos da lei de drogas**: Aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 243-262.

trabalhar com algum tipo de critério que pode vir a ser arbitrário, ou paternalista, apresentando por vezes custos sociais que podem acabar por determinar a exclusão de determinadas pessoas que não preencherem as condições para tal licença. Em todo caso trata-se de um custo social a ser balanceado e valerá a pena tratando-se do problema da proibição das drogas uma vez que os custos sociais advindos da proibição superam em muito os custos de algumas arbitrariedades promovidas na aceitação de licenças para o consumo.³³⁵

No mesmo sentido de quem entende que o objetivo da proibição das drogas para consumo próprio é proteger a saúde pública, evitando a cumulação de pessoas atingidas pelas drogas, colocando isso sob a perspectiva do *Harm Principle*, pode-se categorizá-las nos chamados *accumulative harms*.

Não se devem confundir os casos de *aggregative harms* com os de *accumulative harms* isto porque, no último estamos levando em conta condutas que podem causar danos a interesses públicos. Trata-se, portanto, de enfrentar o argumento que a proibição de drogas para fins de consumo próprio tem como bem protegido a saúde pública, que advém da hipótese de se todas as pessoas do país fizerem isso – uma situação em que ocorre a repetição maciça do comportamento - danos que eram inofensivos individualmente tornar-se-ão necessários de uma proibição legítima.³³⁶

Entretanto, a proibição das drogas para consumo próprio não pode se legitimar em tal categorização de Feinberg uma vez que para tal aplicação o legislador deve levar em conta informações empíricas a respeito da propensão da repetição do comportamento, tendo, assim, as condições necessárias para analisar se a situação enseja ou não a necessidade criminalização. Tais informações quando se trata de drogas ilícitas não são verificáveis.

Além disso, as dificuldades passam a ocorrer ainda mais quando se passa a trabalhar com a imputação de quem tiver sido autor do dano. Nesse ponto, mostra-se inadequada a proposta de apenas imputar como causa do dano o último ato provocado, sem que se considere o processo de acumulação como um todo. Mas não

³³⁵ Sobre os custos econômicos da proibição *vide*: HUSAK, D. **Drugs and Rights**. New Jersey: Cambridge University Press, 1992. INCB – International Narcotics Control Board. **Illicit drugs and Economic development**. Viena: 2002; KOPP, Pierre. **A economia da droga**. Tradução Maria Elena Ortega Ortiz Assumpção Bauru: EDUSC, 1998.

³³⁶ MACHADO, Tomás Grings. **Harm Principle e Direito Penal**: em busca da identificação de limites ao crime de lavagem de dinheiro. 2017. 339 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS, Porto Alegre, 2017. p. 257.

só, o problema se dá pela dificuldade decorrente do fato de muitas vezes nos danos por acumulação o resultado produzido nada mais é do que o resultado da soma de ações absolutamente inerentes ao desenvolvimento social, que fazem parte de diversas ações aceitas socialmente em certos grupos de indivíduos dentro de uma sociedade democrática e plural. Daí porque a direta e completa proibição penal desses comportamentos seria mais negativa socialmente danosa, exatamente o que ocorre na questão das drogas.³³⁷

Refuta-se, portanto, o caos na saúde pública pelo uso generalizado de drogas é uma suposição não comprovada, inverificável empiricamente, pois, mesmo que a saúde pública atinja um estado crítico, o resultado é remoto em relação ao uso individual. Além disso, não se aceita o argumento de que o dependente pode representar perigo social porque acaba por traficar a droga e levar outros ao vício. Outra vez, refuta-se tal assertiva porque a mesma está fundada em suposições de uma eventual lesão remota em relação à conduta tipificada, ou seja, nem todos os usuários são ou serão traficantes.

Ou seja, ao aprofundar então esta hipótese da proibição das drogas com base no *Harm Principle* e as derivações observadas, vê-se que o correto é colocá-la dentro da senda do paternalismo penal ilegítimo, e, portanto, tal proibição não encontraria guarida neste sistema. Dentro desta perspectiva, Hirsch, asserva pela exclusão do paternalismo direto da seara do direito penal, e que não é possível substituir tais argumentos paternalistas que dão base para incriminações ilegítimas pela alegação de danos indiretos ou remotos.³³⁸

Se determinadas substâncias de fato causam profundo prejuízo à saúde, não se pode punir a autolesão, ou seja, o uso das drogas, porque tal vai de encontro com toda a sistemática que aponta no sentido da ausência de tipicidade material na conduta dos que praticam lesões contra si mesmos, ferindo também o princípio da dignidade da pessoa humana. Acionar o direito penal em detrimento de cidadãos que necessitam, na pior das hipóteses de auxílio e tratamento, demonstra-se irracional e ilegítimo.

³³⁷ MACHADO, Tomás Grings. **Harm Principle e Direito Penal**: em busca da identificação de limites ao crime de lavagem de dinheiro. 2017. 339 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS, Porto Alegre, 2017. p. 258.

³³⁸ HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? Tradução Helena Regina Lobo da Costa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 67. p. 25-26. São Paulo: RT, jul-ago/2007

Cabe salientar ainda, a nebulosidade do conceito de droga – termo que tanto pode fazer referência a substâncias ilegais como, a um remédio obtido em uma farmácia – bem como a ausência de informação sobre os efeitos de cada uma das substâncias proibidas contribuíram para a formação de um mito em relação às drogas. Sendo elas associadas ao desconhecido e ao proibido e, em particular, temido, alimentando a política proibicionista e o discurso de guerra. Ademais, existem razões de natureza política, ideológica e econômica que estão por trás da difusão dessa política proibicionista em grande parte do mundo.³³⁹

Pois tal proibição fere de morte diversos princípios constitucionais, v.g., princípio da ofensividade e da autonomia individual, da inviolabilidade da intimidade e da vida privada,³⁴⁰ além destes, o princípio da igualdade estaria sendo violado no momento em que se estabelece distinção de tratamento penal (drogas ilícitas) e não-penal (drogas lícitas) para usuários de diferentes substâncias, tendo ambas potencialidades de determinar dependência física ou psíquica.

Não resta outro fundamento a não ser a proibição paternalista do usuário. O uso de drogas é uma autolesão, que afeta apenas o usuário. E desta forma já entendeu a Suprema Corte de Justiça da Nação Argentina.³⁴¹

Que si bien como principio lo referente al mejor modo de perseguir el delito y cuáles son los bienes jurídicos que requieren mayor protección, constituyen cuestiones de política criminal propias de las otras esferas del Estado, lo cierto es que aquí se trata de la impugnación de un sistema normativo que criminaliza conductas que, realizadas bajo determinadas circunstancias, no afectan a un tercero y, por lo tanto, están a resguardo del artículo 19 de la Constitución Nacional. Consecuentemente, cabe afirmar que el Congreso ha sobrepasado las facultades que le otorga la Carta Magna.³⁴²

³³⁹ DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 2-27.

³⁴⁰ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 162.

³⁴¹ Nesse sentido segue trecho do voto do Ministro Ricardo Lorenzetti “O artigo 19 da Constituição Nacional constitui uma fronteira que protege a liberdade pessoal frente a qualquer intervenção alheia, inclusive a estatal. Não se trata apenas de respeito às ações realizadas na esfera privada, senão a de reconhecimento de um âmbito em que cada indivíduo adulto é soberano para tomar decisões livres sobre o estilo de vida que deseja” (ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. **Recurso de hecho A. 891. XLIV**. Relator: Ministro Ricardo Luis Lorenzetti. Buenos Aires, BUE. Julgado em: 25 ago. 2009. Disponível em: <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6711401&cache=1508166080453>>. Acesso em: 15 set 2017.)

³⁴² ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. **Recurso de hecho A. 891. XLIV**. Relator: Ministro Ricardo Luis Lorenzetti. Buenos Aires, BUE. Julgado em: 25 ago. 2009. Disponível em: <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6711401&cache=1508166080453>>. Acesso em: 15 set 2017. (grifo nosso)

Verifica-se, portanto, a natureza essencialmente moral de tais proibições.³⁴³ Todavia, o direito à intimidade e à vida privada que são instrumentos da Constituição Republicana Brasileira e postulados da secularização busca, uma separação entre direito e moral. Logo, nenhuma norma penal criminalizadora será legítima se intervier nas opções pessoais ou se impuser padrões de comportamento que reforçam concepções morais.³⁴⁴

Ainda, a secularização do direito e do processo penal, que adveio da recepção constitucional dos valores do pluralismo, da tolerância e do respeito à diversidade, protege o indivíduo de intervenções indevidas na esfera pessoal. Assim, está garantido ao sujeito sua autonomia, desde que sua conduta não lesione ou coloque em perigo concreto bens jurídicos de terceiros.³⁴⁵

A política-criminal do mesmo modo encontra guarida nesse debate, pois, enquanto determinadas substâncias forem mantidas na ilicitude, i.e., enquanto a opção legislativa em vigor caminhar no sentido da criminalização da venda de substâncias apontadas como ilícitas, em virtude, também, de pressões externas decorrentes de uma guerra às drogas incrementadora de danos e sofrimentos – sobretudo por intermédio da criminalização dos mais pobres – os custos políticos criminais crescerão assustadoramente, portanto, um olhar diferenciado mostra-se necessário.

Este novo olhar político sobre o tema encontrou guarida na Assembleia Geral realizada na Guatemala no ano de 2013, da Organização dos Estados Americanos – OEA, que nesta Declaração de Antígua, estabeleceu que:

1. é fundamental que no Hemisfério se continue avançando, de maneira coordenada, na busca de soluções efetivas para o problema mundial das drogas, de acordo com um enfoque integral, fortalecido, equilibrado e multidisciplinar, com pleno respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais que incorpore a saúde pública, a educação e a inclusão social

³⁴³ Ao trabalhar o moralismo legal Feinberg afirma quando se trata de um paternalismo moral, dentro da perspectiva da autolesão, é impossível perceber qualquer *harm*, pois nenhum interesse da pessoa em questão é retrocedido. *"Harm to character, on the other hand, need not be a setback to one's interests (although it often is, if the person does not have a certain compensatory guile), and when it is not, it cannot be a harm in the primary sense unless the person has a prior interest (and again he need not) in the excellence of his character. Harm to a person's character when it does not set back the interests of the person is harm only in the "derivative sense". It is like harm to one of his possessions when he has withdrawn his investment of interest in it; and that "harm" is no harm to him.* (FEINBERG, Joel. **Harmless Wrongdoing**. New York: Oxford University Press, 1990. p. 16-17) (grifo nosso).

³⁴⁴ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 161-165.

³⁴⁵ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 162.

às medidas preventivas para fazer frente à criminalidade organizada transnacional e o fortalecimento das instituições democráticas, assim como a promoção do desenvolvimento local e nacional.³⁴⁶

Este ato político dá respaldo à necessária ideia de que ao se combater a criminalidade organizada transnacional ligada às drogas, não se pode perder de vista um enfoque integral e humanitário que observe os direitos e garantias fundamentais do cidadão, não podendo o usuário de drogas ser coisificado, sendo mero instrumento no combate ao tráfico.

Finalmente, mesmo que organizações internacionais venham buscando uma mudança paradigmática no campo das drogas, a política-criminal proibicionista ainda está em voga. Neste contexto o direito penal está a servir como um mecanismo moralizador. Essa moral que vem sendo imposta ao usuário remonta a um ideal ascético de pureza, como se a virtude (oposta aqui ao vício) estivesse na abstinência. Tudo isso tem por objetivo garantir à humanidade maior segurança e imunidade aos riscos - terroristas, colapso ambiental, destruição do planeta e a corrosão dos valores sociais fomentada pelo narcotráfico – assim, em tempos de exploração de medos o sacrifício da liberdade individual parece ser o preço razoável a ser pago. Nesta ótica de um utilitarismo burro e distorcido, os direitos individuais se tornam mercadorias que podem ser limitadas e restringidas, em prol do mito da segurança.³⁴⁷

Na contemporaneidade vive-se o prazer lícito e higienizado dos remédios controlados, em contradição com uso de drogas ilícitas que sobretudo nas décadas de 60 e 70, se articulava com a subversão e a contestação da juventude – movimentos de contracultura e artísticos. Existe, assim, uma forte culpabilização das “irresponsáveis” das drogas ilícitas. Usa-se inúmeras drogas com uma proliferação do uso de ansiolíticos e antidepressivos em um processo moralizador, entretanto, “limpo”, lícito, controlado.³⁴⁸ Diante das angústias e tristezas próprias da contemporaneidade os médicos passaram a prescrever, sem pestanejar, os psicofármacos “mágicos”, comercializa-se felicidade para não causar distúrbios e desestabilizações. Tal processo vem se mostrando cotidiano e progressivo, mas, ao criticar essa postura e

³⁴⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração de Antigua-Guatemala**: por uma política integral frente ao problema mundial das drogas nas americas. Guatemala. 6 jun 2013. Disponível em: < http://fileserv.idpc.net/library/Declaracao_antigua_guatemala_PT.pdf >. Acesso em: 18 nov 2017.

³⁴⁷ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 301.

³⁴⁸ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 302.

não ver como afazer do médico ou do analista anestesiariar ou coisificar o sujeito envolvido com drogas, não cabe o direito e aos juristas o papel de moralizadores.³⁴⁹

Quando esta-se diante de uma sociedade plural, que respeita a autonomia deve-se necessariamente assumir o outro como fator de desestabilização e de ruptura com a segurança ofertada pela crença nesta ilusão. A redução, o aniquilamento, o entorpecimento da identidade do outro define o carácter totalitário do proibicionismo e de guerra às drogas. Para que se possa ultrapassar a perversa moralização do cotidiano que determina a anulação da alteridade instituída pelo ideal de pureza abstêmica e reproduzida na lógica proibicionista dos processos criminalizadores é fundamental e necessário assumir postura que permita quebrar os paradigmas dos atuais valores morais. A transvalorização dos valores permite perceber que no campo das drogas as proibições intentam ocultar este outro que desestabiliza.³⁵⁰

Assim, por se tratar de uma proibição criminal moralista e paternalista a conduta incriminada pelo artigo 28 da Lei 11.343/2006, não ofende bens jurídicos de terceiros, e sendo lícita a prática da autolesão, não guarda tal ação pertinência com a saúde pública. Vive-se no âmbito do direito constitucionalmente assegurado à dignidade humana, à liberdade, à privacidade e à intimidade de cada cidadão, inexistindo bem jurídico concreto e legitimamente tutelável, na conduta de uso de drogas. Finalmente carece a conduta de dano (*harm*) relacionado aos postulados liberais abarcados pelo *Harm Principle*.

A única alternativa democrática, secular e em conformidade com os postulados humanos e constitucionais é aceitar o uso de drogas como exercício da autonomia do indivíduo, esfera em que o direito penal quando adentra deve o fazer de forma legítima, o que não é o caso e nem é possível de se justificar.

³⁴⁹ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 302.

³⁵⁰ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil**: Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 303.

5 CONCLUSÃO

Tendo em vista o abordado neste trabalho é possível concluir que:

O *Harm Principle* tem como função estabelecer limites e dar legitimação ao poder punitivo estatal, cumprindo, juntamente com outros princípios, tal papel no sistema de *common law*. Ademais, mesmo que o nosso sistema jurídico apresente a Teoria do Bem Jurídico-Penal e o Princípio da Ofensividade como principais medidas materiais de limitação do poder de incriminar, elas não são a resposta única para tão profundo problema. Assim como o *Harm Principle*, isoladamente, também não é.

Percebeu-se, assim, que em um contexto de globalização acelerada e criminalização global, faz-se necessário buscar modelos complementares, até mesmo para o fortalecimento da visão crítica que cobra um limite para além do formalismo. A dogmática penal deve ser barreira a uma política criminal irracional e o *Harm Principle*, a Teoria do Bem Jurídico-Penal e o Princípio da Ofensividade têm potencial tanto dogmático como político-criminal para este fim.

O que de fato pode atribuir-se como principal contributo ao tentar a introdução do *Harm Principle* no direito penal pátrio é o fato de ele ser claramente um princípio antipaternalista, esta é sem dúvida, o maior aporte teórico e fortalecimento liberal social que mostra valia. Condutas que visam proteger o indivíduo capaz contra sua própria vontade esclarecida não constituem uma intervenção penal legítima.

Ainda, a Teoria do Bem Jurídico-Penal, como vista, é capaz de determinar qual objeto é digno e necessário de tutela penal. Ou seja, acredita-se, após esse estudo, que a melhor abordagem para determinar o que é o objeto da tutela penal é, por um lado teleológico-funcional, pois se reconhece, fundamentalmente, que o conceito material de crime não pode ser deduzido de uma ordem extrajurídica e extrapenal, mas necessita ser encontrado no horizonte de compreensão imposto ou permitido pela própria função que o direito penal ocupa no sistema jurídico-social. E por outro lado, racional, pois o conceito material de crime resulta da função atribuída ao direito penal de tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade e necessidade penal.

Em outras palavras, tutela de bens jurídicos cuja lesão revela-se digna e necessária de pena. Tal conclusão aponta no sentido de um conceito de bem jurídico-penal estritamente relacionado com a política-criminal e a dogmática. Afirma-se, então, que embora não se perca de vista a axiologia e o meio sociocultural como fontes

inspiradoras da Teoria do Bem Jurídico-Penal, para se converterem em legítimos bens jurídicos-penais devem ainda possuir uma relação de analogia material com a Constituição.

Nesse sentido, bens supraindividuais (um grande problema para o direito penal da sociedade do risco) podem vir a ser dignos e necessários de tutela penal. Entretanto, deve-se verificar a relevância autônoma de tais bens, que provém da potencial multiplicação indeterminada de interesses de toda e qualquer pessoa. Se bem que, por vezes, não sejam individualizáveis em concreto, assim o fato direito penal ser chamado a tutelar não impõe uma mudança ou qualquer abrandamento na proposição penal básica segundo a qual a função exclusiva do direito penal à tutela subsidiária de bens jurídicos-penais.

Por seu turno, o Princípio da Ofensividade opera como um critério delimitador dentro do ordenamento jurídico-penal fundado no Estado Democrático de Direito. Assim, serve como instrumento à orientação legislativa na técnica de tutela empregada na proibição de novos fatos tidos como criminosos. Ainda, auxilia à interpretação do fato ofensivo pelo magistrado diante do caso concreto, respaldando o fundamento jurídico da decisão. O Princípio da Ofensividade opera por uma opção axiológica da Constituição Brasileira, que é de uma política voltada para atender direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido um Estado brasileiro não busca ser liberticida, autoritário, intolerante, mas sim, plural, laico, multicultural, que acredita na diferença entre os seres e esteja comprometido com ela, diferenças que não podem ser perseguidas por questões relacionadas ao credo, cor ou classe social e que não se punam pessoas ou grupos, mas somente fatos. Ou seja, um Estado formado por cidadãos para cidadãos e que ninguém, em nenhuma hipótese possa ser privado de tal condição.

Assim, a partir da doutrina estudada e do julgamento do RE 635659 pelo plenário do STF, fica cada vez mais consolidado e consensual o Princípio da Ofensividade como intrassistêmico e de suma importância no ordenamento jurídico pátrio.

Ainda, a metodologia do direito comparado permite grande liberdade criativa ao pesquisador no momento da escolha do objeto, ao mesmo tempo que confere rigor científico ao modo de fazê-lo. Assim, neste trabalho pode-se aproveitar deste método para fazer recortes em um aspecto muito específico, qual seja, a comparação entre princípios fundadores e legitimadores da coerção punitiva,

sua análise doutrinária e jurisprudencial, bem como a aplicação dos princípios em um objeto: o uso de drogas.

Ao utilizar, as bases estudadas da Teoria do Bem-Jurídico Penal, do Princípio da Ofensividade e, mesmo, da teoria, ainda estranha ao nosso sistema, do *Harm Principle* – apesar de sua derrota não unânime no *case* aqui abordado - é impossível, dentro de um Estado Democrático de Direito encontrar legitimação intrassistêmica para proibição do consumo de drogas, tidas erroneamente como ilícitas. Trata-se, claramente, pelos mais diversos prismas que se olhe tal criminalização – sejam dados pelas teorias citadas, sejam vistos através da perspectiva criminológica – de uma lei ilegítima, injusta e inconstitucional, onde inexiste bem jurídico-penal legítimo e as possibilidades de uma conduta afetar tal bem jurídico tanto pela possibilidade de ofensa como pela de *harm*, são inconsistentes.

Finalmente, nesse estudo buscou-se apenas uma abertura para conceitos relativos a um princípio estrangeiro ao nosso direito pátrio, o *Harm Principle*, tanto no âmbito dogmático como no político-criminal. Fez-se uma harmonização com a Teoria do Bem Jurídico-Penal e o Princípio da Ofensividade, o qual detém grandes semelhanças. Todavia, os resultados que foram apresentados não representam uma definição e encerramento do tema, pois quando se fala em ciências sociais aplicadas, e conseqüentemente em direito, necessita-se mais de dialética e comparação, do que de verdades e soluções absolutas para problemas tão antigos quanto a própria ciência aqui posta em questão.

Quando se pensa criticamente o direito, racionalizando complexidades, pretende-se mudar o *status quo* vivido, pois, caso contrário aplica-se critérios de conveniência, inúteis, irracionais, cercados de estigmas e seletivismo penal. Respeitando os princípios e garantias constitucionais e formando uma dogmática penal crítica, contribui-se para o Estado Democrático de Direito, pois não se reconhece direitos sem abrir mão de privilégios. Logo, deve-se fazer uma escolha: democracia ou autoritarismo. Esta pesquisa buscou fortalecer a primeira opção.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- AMBOS, Kai. Bien Jurídico y Harm Principle Bases teóricas para determinar la función global del derecho penal internacional: una segunda contribución para una teoría coherente del derecho penal internacional. Tradução Carolina Aguilera Marinovic. **Revista De Derecho Penal y Criminología**. Madrid, v. 3, n. 10, p. 343-378, 2013.
- AMELUNG, Knut. O conceito de Bem Jurídico na Teoria Jurídico-Penal da proteção de Bens Jurídicos. Tradução Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Org) **O bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar?** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 149-206.
- ANDRADE, Manuel Costa. **Consentimento e Acordo em Direito Penal: Contributo para fundamentação de um paradigma dualista**. Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 1991.
- ANTOLISEI, Francesco. **Manuali di Diritto Penale**. Milano: Giuffrè, 2001.
- ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. **Recurso de hecho A. 891. XLIV**. Relator: Ministro Ricardo Luis Lorenzetti. Buenos Aires, BUE. Julgado em: 25 ago. 2009. Disponível em: <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.htm?idDocumento=6711401&cache=1508166080453>>. Acesso em: 15 set 2017.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; HYPOLITO, Laura Girardi. Impacto da Lei 11.343/06 no encarceramento e possíveis alternativas. In: CARVALHO, Érika Nebdes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de (orgs). **10 anos da lei de drogas: Aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 243-262.
- AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Teorias do delito: Modelo romano-germânico e de Common Law. **Revista Direito & Justiça**, v.40, n. 2, p. 205-215, jul/dez, 2014.
- BAUMANN, Zigmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BAUMER, Frankilin. **Pensamento Europeu Moderno II**. Tradução Maria Manuela Alberty. Rio de Janeiro: Edições 70, 1977.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

BECK, Ulrich. **La Sociedad del riesgo**: Hacia una nueva modernidade. Tradução Jorge Navarro, Daniel Jiménez e M^a Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2: Parte especial: dos crimes contra a pessoa.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 jun. de 2017.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 25 jan 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 35.920-DF. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. **Informativo de Jurisprudência**. nº 541. Brasília, 11 jun. 2014. Disponível em: <www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0541.rtf>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 635.659-RG**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF. Julgado em: 25 set. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1804565>>. Acesso em: 10 out. 2017.

BRICOLA, Franco. Crisi del Welfare State e sistema punitivo. In: CANESTRARI, Stefano; MELCHIONDA, Alessandro (Orgs.). **Scritti di Diritto Penale**: doutrine generali, teoria del reato e sistema sanzionatorio. Milano: Giuffrè, 1997, v. 1, t. 2.

CANADA. Supreme Court Judgments. **R. v. Malmo-Levine; R. v. Caine**. Relator: Ministro Gonthier, Binnie. Ottawa, QC. Data do Julgamento: 23 dez. 2003. Voto do Ministro Arbour. Disponível em: <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/2109/1/document.do>>. Acesso em: 28 jan. 2017.

CARNEIRO, Henrique. **Pequena Enciclopédia da História das Drogas e Bebidas:** histórias e curiosidades sobre as mais variadas drogas e bebidas. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2005.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil:** Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06 São Paulo: Saraiva, 6. ed., 2013.

CASTILLO, Jesús Bernal del. **Derecho penal comparado:** La definición del delito en los sistemas anglosajón y continental. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2011.

COELHO, Gustavo Tozzi. **Uso de drogas e ofensividade em direito penal.** Curitiba: Juruá, 2017.

COSTA, Faria. **Direito Penal e Globalização.** Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

COSTA, Helena Lobo da. Considerações sobre o estado atual da Teoria do Bem Jurídico à Luz do Harm Principle. In: Greco, Luís; Martis, Antônio. **Direito Penal como crítica da pena:** Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 134-149.

D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à Teoria da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos no Direito Penal Contemporâneo. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.) et al. **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à Teoria da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos no Direito Penal Contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** Nº 80, São Paulo, 2009.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em Direito Penal:** escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios:** contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga.** Tradução Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal:** parte geral. Tomo 1. São Paulo: RT, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal:** sobre os

fundamentos da doutrina penal; sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

DUBBER, Markus D.; HÖRNLE, Tatjana. **Criminal Law: A Comparative Approach**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

ESCOHOTADO, Antonio. **Historia General de Las Drogas**. 7. ed. Madrid: Alianza Editorial, S.A, 1998.

FEINBERG, Joel. **Harm to others**. New York: Oxford University Press, 1984.

FEINBERG, Joel. **Harm to self**. New York: Oxford University Press, 1986.

FEINBERG, Joel. **Harmless Wrongdoing**. New York: Oxford University Press, 1990.

FEINBERG, Joel. **Offense to others**. New York: Oxford University Press, 1985.

FELDENS, Luciano. **A Constituição penal: A dupla face da proporcionalidade no controle das formas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002.

GAUER, Ruth. **A fundação da norma: para além da racionalidade histórica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da Modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da ofensividade no Direito Penal. In: **As ciências criminais no século XXI**. v. 6. RT. São Paulo, 2002.

GRECO, Luís. “Princípio da Ofensividade” e Crimes de Perigo Abstrato: Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 12, n. 49, p. 123, 2004.

HARCOURT, Bernard E. The Collapse of The Harm Principle. **The Journal of Criminal Law & Criminology**, Northwestern University, School of Law. Chicago, v. 90 n. 1, 1999.

HASSEMER, Winfried. **Persona, Mundo y Responsabilidad**: Bases para una teoría de la imputación em derecho penal. Tradução Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Bogotá: Editorial Temis, 1999.

HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? Tradução Helena Regina Lobo da Costa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 67. p. 11-28. São Paulo: RT, jul-ago, 2007

HONNET, Axel. **O Direito da Liberdade**. Tradução Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

HUSAK, Douglas. **Drugs and Rights**. New Jersey: Cambridge University Press, 1992.

HUSAK, Douglas. Limitations on Criminalization and the General Part of Criminal Law. In: SHUTE, Stephen; SIMESTER, Andrew (orgs.), **Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part**. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 13-74

INCB – International Narcotics Control Board. **Illicit drugs and Economic development**. Viena: 2002.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Tradução André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Desenvolvimento, Tarefas e Método do Direito Penal Comparado**. Tradução Pablo Rodrigo Afflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

KARAM, Maria Lúcia, **De Crimes, Penas e Fantasias**, Niterói: Luam, 1991.

KOPP, Pierre. **A economia da droga**. Tradução Maria Elena Ortega Ortiz Assumpção. Bauru: EDUSC, 1998.

LABATE, Beatriz Caiuby (orgs) et al. **Drogas e cultura**: novas perspectivas. Salvador: EDUFRA, 2008.

LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations. **Harvard International Law Journal**, Cambridge (EUA), v. 45, n.1, p. 1-64, 2004.

LÓPEZ, Angel Torio. Los delitos del peligro hipotético: Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n. 3, mai-dez, 1981.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: lineamientos para una teoría general**. Tradução Silvia Pappe e Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998.

MACHADO, Tomás Grings. **Harm Principle e Direito Penal: em busca da identificação de limites ao crime de lavagem de dinheiro**. 2017. 339 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS, Porto Alegre, 2017.

MANTOVANI, Ferrado. **Principi di Diritto Penale**. Milano: Cedam, 2002.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Corso di Diritto Penale: le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001.

MARQUES, Rogério César. Os reflexos do debate Hart-Devlin na Teoria do Direito de Hart. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade**, Natal, v. 6, n. 1, 11 ed., 2015.

MARTINELLI, João Paulo. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. 297 f. Tese (Doutorado) – Departamento de Pós-Graduação em Direito, USP, São Paulo, 2010.

MILL, John Stuart. **A Lógica das Ciências Morais**. Tradução Alexandre Braga Massella. São Paulo: ILUMINURAS, 1999.

MILL, John Stuart. **Autobiografia**. Tradução Alexandre Braga Massella. São Paulo: ILUMINURAS, 2007.

MILL, John Stuart. **El Utilitarismo**. Tradução Ramón Castilla. 3. ed. Buenos Aires: Aguilar, 1962.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução Denise Bottmann Porto Alegre: L&PM Editores, 2016.

MULLER, Friedrich. O que a globalização faz contra a democracia e o que os democratas podem fazer contra a globalização. Tradução Peter Naumann. In: SOUZA, Draiton Gonzaga de; PETERSEN, Nikolai (orgs.) **Globalização e Justiça**, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002. p. 59-81.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração de Antigua-Guatemala: por uma política integral frente ao problema mundial das drogas nas americas**. Guatemala. 6 jun 2013. Disponível em: <http://fileserv.idpc.net/library/Declaracao_antigua_guatemala_PT.pdf>.

PALAZZO, Francesco C Meriti i limite dell'offensività. In: ANGIONE, Francesco et al. (Orgs). **Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali**. Milano: Giuffrè, 1996.

PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts**. New York: Springer, 2007.

PRADO, Luis Régis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. Tradução Manuel Cancio Meliá. **Revista electrónica de ciencia penal y criminología**, Madrid, v. 15, n. 1. p. 1-27, 2013. Disponível em: < <http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>>.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RUIVO, Marcelo de Almeida. O início do julgamento da inconstitucionalidade do crime de porte de drogas para uso próprio. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 24, n. 281, p. 12-13, 2016.

SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e Pena: Modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O Direito Penal Econômico sob uma Perspectiva Onto-Antropológica**. 2014. 350 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS, Porto Alegre, 2014.

SIMESTER, A P; HIRSCH, Andreas von. **Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalization**. Oxford: Hart Publishing Ltd, 2011.

SIQUEIRA, Galdino, 1872-, **Direito penal brasileiro: (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n.847, de 11 de outubro de 1890, e leis que modificaram ou complementaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência)**, vol 1. Brasília: Senado Federal; Superior Tribunal de Justiça, 2004 (obra fac-similar). Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496211>>.

SOUZA, Draiton Gonzaga de. Globalização e Justiça. In: SOUZA, Draiton Gonzaga de; PETERSEN, Nikolai (orgs.) **Globalização e Justiça**, Porto Alegre: EDIPUCRS,

2002.

SOUZA, Paulo V. Sporleder. **Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana: Contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal.** Belo Horizonte: Del Rey Tavares, 2000.

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE. **O pensamento de João Calvino.** São Paulo: Univ. Mackenzie, 2000.

WEFFORT, Francisco C. **Os Classicos da Política.** 11. ed. São Paulo: Ática, 2006.

WELZEL, Hans. **Direito Penal.** Tradução Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro.** 8. ed. São Paulo: RT, 2010.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria Acadêmica
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: proacad@pucrs.br
Site: www.pucrs.br/proacad