

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

Tatiana Maria Badaró Baptista

***HARM PRINCIPLE, BEM JURÍDICO E TEORIA DA
CRIMINALIZAÇÃO:***

Fundamentos e limites da criminalização legítima em um Estado liberal

Belo Horizonte

2021

Tatiana Maria Badaró Baptista

***HARM PRINCIPLE*, BEM JURÍDICO E TEORIA DA
CRIMINALIZAÇÃO:**

Fundamentos e limites da criminalização legítima em um Estado liberal

**Tese apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Direito da
Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Minas
Gerais como requisito para a
obtenção do título de Doutor.**

**Área de Estudo: Direito Penal
Contemporâneo.**

**Orientador: Prof. Dr. Luís
Augusto Sanzo Brodt**

Belo Horizonte

2021

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz - CRB-6/223

B222h Baptista, Tatiana Maria Badaró
 Harm principle, bem jurídico e a teoria da criminalização [manuscrito]:
fundamentos e limites da criminalização legítima em um Estado liberal /
Tatiana Maria Badaró Baptista - 2021.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade
de Direito.

1. Direito penal - Teses. 2. *Harm principle* - Teses. 3. Danos (Direito) -
Teses. 4. Liberalismo - Teses. I. Brodt, Luís Augusto Sanzo. II. Universidade
Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 343.2.01



FACULDADE DE DIREITO UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

DEFESA DE TESE DE DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BELª. TATIANA MARIA BADARÓ BAPTISTA

Aos vinte e dois dias do mês de outubro de 2021, às 14h00, via plataforma virtual, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Prof. Dr. Luís Augusto Sanzo Brodt (orientador da candidata/UFMG); Prof. Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta (UFMG); Profa. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales (UFMG); Prof. Dr. Adriano Teixeira Guimaraes (FGV) e Profa. Dra. Alejandra Cecilia Verde (Universidad San Andrés), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Tese de Doutorado da **Belª. TATIANA MARIA BADARÓ BAPTISTA**, matrícula nº 2017650670, intitulada: **"HARM PRINCIPLE, BEM JURÍDICO E TEORIA DA CRIMINALIZAÇÃO: FUNDAMENTOS E LIMITES DA CRIMINALIZAÇÃO LEGÍTIMA EM UM ESTADO LIBERAL"**. Os trabalhos foram iniciados pelo Presidente da mesa e orientador da candidata, Prof. Dr. Luís Augusto Sanzo Brodt, que, após breve saudação, concedeu a candidata o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra ao Prof. Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pelo Prof. Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta, seguindo-se-lhe, pela ordem, os Professores Doutores: Flávia Siqueira Cambraia, Adriano Teixeira Guimaraes, Alejandra Cecilia Verde e Luís Augusto Sanzo Brodt. Cada examinador arguiu a candidata pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando a mesma, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito a candidata, tendo se verificado o seguinte resultado:

Luís Augusto Sanzo
Brodt:58041397034

Asturado de forma digital por Luís Augusto Sanzo
Brodt:58041397034
Dados: 2021.10.22 18:50:14 -03'00'

Prof. Dr. Luís Augusto Sanzo Brodt (orientador da candidata/UFMG)
Conceito:...100(cem), com louvor! Recomendação para publicação

Prof. Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta (UFMG)
Conceito:100(cem), com louvor! Recomendação para publicação.



FACULDADE DE DIREITO UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

Profa. Dra. Flávia Siqueira Cambraia (Universidade Mackenzie)
Conceito: 100(cem), com louvor! Recomendação para publicação.

Prof. Dr. Adriano Teixeira Gulmaraes (FGV)
Conceito: 100(cem), com louvor! Recomendação para publicação.

Profa. Dra. Alejandra Cecilia Verde (Universidad San Andrés) Conceito: 100(cem),
com louvor! Recomendação para publicação

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Av. João Pinheiro, 100 - 11º andar - Centro - Belo Horizonte - MG - Brasil - 30130-180
Fone: (31) 3409.8635 - E-mail: info.pos@direito.ufmg.br - <https://pos.direito.ufmg.br>



FACULDADE DE DIREITO UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

A Banca Examinadora considerou a candidata.....Aprovada com louvor....., com nota...100....Nada mais havendo a tratar, o Professor Doutor Luís Augusto Sanzo Brodt, Presidente da Mesa e Orientador da candidata, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Fernanda Bueno de Oliveira, Servidora Pública Federal lotada no PPG Direito da UFMG, mandei lavrar a presente Ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto da candidata.

Luis Augusto Sanzo
Assinado de forma digital por Luis Augusto Sanzo Brodt:58041397034
Dados: 2021.10.22 19:10:01 -03'00'

Prof. Dr. Luís Augusto Sanzo Brodt (orientador da candidata/UFMG)

Prof. Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta (UFMG)

Profa. Dra. Flávia Siqueira Cambraia (Universidade Mackenzie)

Prof. Dr. Adriano Teixeira Guimaraes (FGV)

Profa. Dra. Alejandra Cecilia Verde (Universidad San Andrés)



FACULDADE DE DIREITO UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

- CIENTE: Tatiana Maria Badaró Baptista (Doutoranda)

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Av. João Pinheiro, 100 - 11º andar - Centro - Belo Horizonte - MG - Brasil - 30130-180
Fone: (31) 3409.8635 - E-mail: info.pos@direito.ufmg.br - <https://pos.direito.ufmg.br>

Para Rosarinha Badaró (*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

Durante os mais de quatro anos dedicados à presente pesquisa, a ajuda de algumas pessoas foi essencial à conclusão deste trabalho. Aproveito este espaço para agradecê-las. Ao meu orientador, Prof. Luís Augusto Sanzo Brodt, pelo apoio, atenção e pela constante troca de ideias. Ao Prof. Hermes Vilchez Guerrero, pelo incentivo e exemplo profissional. Aos professores Sheila Jorge Selim de Sales e Frederico Gomes de Almeida Horta, pelos ensinamentos e pela indicação de leituras. Ao Prof. Carlos Henrique Borlido Haddad, pelos comentários à versão parcial desta tese submetida à banca de qualificação. Ao Prof. Markus Dubber, que possibilitou que eu passasse um curto período como pesquisadora visitante na University of Toronto, no Canadá. À Catherine Alzner e à equipe da Bora Laskin Library, pela acolhida. À Profa. Flávia Siqueira, pelo companheirismo, pela ajuda na revisão de partes deste texto e pelas valiosas discussões sobre paternalismo. Aos professores Adriano Teixeira, Alejandra Verde e Lucía Solavagione, pela gentileza em indicar e enviar textos. Aos queridos amigos com quem compartilho do entusiasmo pela ciência penal e pelas humanidades em geral, cuja presença constante fez a escrita desta tese uma tarefa mais leve e menos solitária: Alessandra, Amanda, Bárbara, Carolina, Éder, Eduarda, Érika, Evânia, Jéssica, Júlia, Luana, Lucas, Marcela, Nayara, Regina e Victor. Aos colegas do Hermes V. Guerrero Advogados, pela compreensão com as minhas ausências no último ano. Aos meus pais, Victor e Sinhá, e aos meus irmãos, Tarcisio e Tábata, pelo amor e paciência. Ao Lucas, por partilhar comigo um projeto de vida boa.

RESUMO

O legislador democrático não pode exercer seu poder de criminalizar condutas guiado apenas por sua própria vontade ou por interesses privados, devendo se fundamentar em argumentos racionais. Tal como na maioria dos países do sistema romano-germânico, a ciência jurídica brasileira busca deduzir da teoria do bem jurídico os fundamentos e limites da criminalização legítima. Porém, nos últimos anos, cada vez mais autores têm questionado a utilidade em se recorrer à teoria para criticar a legislação penal existente e projetada. Diversamente, os teóricos do direito penal anglo-americano conduzem essa discussão com base em princípios da criminalização encontrados na filosofia moral, sobretudo no *harm principle*, ou princípio do dano, introduzido a partir do pensamento de John Stuart Mill. Este trabalho propõe substituir a teoria do bem jurídico por uma teoria moral e política da criminalização fundada nesse e em outros princípios, os quais serão debatidos por meio da análise da obra de Joel Feinberg. Sendo moralmente válidos e coerentes com o liberalismo político, os princípios da criminalização aqui endossados fornecem ao legislador liberal boas razões, ainda não definitivas, para criminalizar condutas, identificando também os limites dessas boas razões.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da criminalização. *Harm principle*. Teoria do bem jurídico. Filosofia moral. Liberalismo.

ABSTRACT

The democratic legislator cannot exercise his power to criminalize conducts guided only by his own will or private interests, while he must be supported by rational arguments. As in most legal systems of Roman-Germanic origin, Brazilian legal theory seeks to deduce the foundations and limits of legitimate criminalization from the legal good theory. However, in recent years, increasingly more authors have questioned the value of resorting to the theory to criticize current and projected criminal legislation. In contrast, Anglo-American criminal law theorists discuss this topic grounded on the criminalization principles found in moral philosophy, especially the harm principle presented by John Stuart Mill's thinking. This work proposes to replace the legal good theory with a moral and political theory of criminalization shaped by this and other principles, which will be discussed through the analysis of Joel Feinberg's work. Being morally valid and coherent with political liberalism, the criminalization principles here endorsed provide the liberal legislator with good, not yet definitive, reasons for criminalizing conducts, while also identifying the limits of these good reasons.

KEY WORDS: Theory of criminalization. Harm principle. Legal good theory. Moral philosophy. Liberalism.

RESUMEN

El legislador democrático no puede ejercer su poder de criminalizar conductas guiado únicamente por su propia voluntad o por intereses privados, ya que debe basarse en argumentos racionales. Tal como en la mayoría de los países del sistema romano-germánico, la ciencia jurídica brasileña busca deducir de la teoría del bien jurídico los fundamentos y límites de la criminalización legítima. Sin embargo, en los últimos años, cada vez más autores han cuestionado la utilidad de recurrir a la teoría para criticar la legislación penal existente e imaginable. En contraste, los teóricos del derecho penal angloamericano conducen esa discusión por intermedio de los principios de criminalización encontrados en la filosofía moral, especialmente el principio de daño, introducido en virtud del pensamiento de John Stuart Mill. Este trabajo propone reemplazar la teoría del bien jurídico por una teoría moral e política de la criminalización basada en ese y otros principios, que serán debatidos mediante el análisis del trabajo de Joel Feinberg. Siendo moralmente válidos y coherentes con el liberalismo político, los principios de criminalización aquí respaldados brindan al legislador liberal buenas razones, aún no definitivas, para criminalizar conductas, identificando también los límites de esas buenas razones.

PALABRAS CLAVE: Teoría de la criminalización. Principio del daño. Teoría del bien jurídico. Filosofía moral. Liberalismo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	18
1. O <i>HARM PRINCIPLE</i> DA FILOSOFIA LIBERAL À JURISPRUDÊNCIA ANGLO-AMERICANA	24
1.1 O <i>liberty principle</i> de John Stuart Mill	24
1.2 O debate entre H. L. A. Hart e Lord Patrick Devlin.....	34
1.3 O <i>harm principle</i> perfeccionista de Joseph Raz	43
1.4 O <i>harm principle</i> entre o consequencialismo utilitarista e a deontologia	47
1.5 O <i>harm principle</i> na jurisprudência dos tribunais anglo-americanos	56
1.5.1 <i>Chaplinsky v. New Hampshire</i> (1942) e <i>Barnes v. Glen Theatre Inc.</i> (1991).....	60
1.5.2 <i>R v. Malmo-Levine</i> ; <i>R v. Caine</i> (2003)	64
1.5.3 <i>Bowers v. Hardwick</i> (1986) e <i>Lawrence v. Texas</i> (2003).....	69
1.5.4 Constitucionalização do <i>harm principle</i> no sistema anglo-americano	74
1.6 Conclusão parcial	82
2. A CONTRIBUIÇÃO DE JOEL FEINBERG À CONSOLIDAÇÃO DO <i>HARM PRINCIPLE</i>.....	84
2.1 A presunção em favor da liberdade e os princípios da criminalização	85
2.2 Definições importantes para a compreensão do <i>harm principle</i> em Feinberg	92
2.2.1 Dano (<i>harm</i>)	93
2.2.2 Interesse (<i>interest</i>)	100
2.2.3 Injusto (<i>wrong</i>)	109
2.3 Aplicação do <i>harm principle</i> a exemplos práticos	121
2.3.1 Dano contra os mortos.....	121
2.3.2 Dano contra o feto e contra aquele que ainda não nasceu	127
2.3.3 Dano na omissão.....	141
2.3.4 Dano contra animais	150
2.3.5 Dano contra as gerações futuras	156
2.3.6 Dano contra a coletividade	157
2.4 Conclusão parcial	166
3. <i>HARM PRINCIPLE</i> E TEORIA DO BEM JURÍDICO.....	169

3.1 A crise da teoria do bem jurídico	170
3.2 Harm principle e teoria do bem jurídico: um intercâmbio	176
3.2.1 O <i>harm principle</i> e a doutrina alemã	181
3.2.2 Vantagens do <i>harm principle</i> em relação à teoria do bem jurídico.....	186
3.2.2 Comparando a aplicação do <i>harm principle</i> e da teoria do bem jurídico: o crime de incesto.....	193
3.3 Harm principle, bem jurídico e teoria da criminalização.....	200
3.3.1 Legitimidade democrática e constitucional	207
3.3.2 Bem jurídico e os princípios da criminalização.....	211
3.4 Conclusão parcial	213
4. O COLAPSO DO HARM PRINCIPLE.....	215
4.1 A crítica criminológica	215
4.2 As críticas dogmáticas.....	218
4.2.1 Danos remotos	218
4.2.2 Injustos não danosos.....	220
4.2.3 Legislação penal superinclusiva	229
4.2.4 Crimes <i>mala prohibita</i>	237
4.3 Alternativas ao harm principle.....	244
4.3.1 O princípio da soberania de Ripstein.....	244
4.3.2 O princípio da autonomia de Dubber	248
4.3.3 O princípio da dignidade de Dan-Cohen	250
4.4 Conclusão parcial	258
5. LIMITES À CRIMINALIZAÇÃO DE DANOS REMOTOS	261
5.1 Crimes referidos a danos remotos.....	263
5.2 As máximas de mediação em Feinberg.....	269
5.2.1 <i>Volenti non fit injuria</i>	271
5.2.2 <i>De minimis non curat lex</i>	273
5.2.3 Magnitude e probabilidade do dano	276
5.2.4 Utilidade ou valor social do risco	277
5.2.5 O balanceamento de interesses	279
5.2.6 A preponderância do interesse pessoal sobre o interesse externo	280
5.2.7 Análise crítica	283

5.3 Danos remotos: estudo de casos	285
5.3.1 Danos por agregação	285
5.3.2 Danos por acumulação	292
5.3.3 Danos por imitação	295
5.4 Em busca de critérios para limitar a criminalização de danos remotos	298
5.4.1 Os limites aos delitos de prevenção de riscos em Husak	299
5.4.2 Os critérios de imputação justa (<i>fair imputation</i>) em Hirsch/Simester	303
5.4.2.1 Implicação normativa	305
5.4.2.2 Dever de cooperação limitado pela justa distribuição de responsabilidades	309
5.4.2.3 Análise crítica	312
5.4.3 Conclusão intermediária	317
5.5 O requisito da injustiça (<i>wrongfulness constraint</i>).....	318
5.5.1 Reconstruindo o conceito de injusto (<i>wrong</i>).....	322
5.5.2 Conteúdo de injusto nos danos diretos e remotos	328
5.5.3 O requisito da injustiça torna o requisito do dano dispensável?.....	334
5.6 Conclusão parcial	336
6. CRIMINALIZAÇÃO PARA ALÉM DO <i>HARM PRINCIPLE</i>.....	338
6.1 Princípio da ofensa (<i>offense principle</i>)	338
6.1.1 Diferenciação entre dano e ofensa.....	340
6.1.2 Caráter injusto da conduta ofensiva.....	346
6.1.3 Máximas de mediação do <i>offense principle</i>	356
6.1.3.1 O balanceamento entre a gravidade da ofensa e a razoabilidade da conduta ofensiva.....	356
6.1.3.2 Os critérios de aplicação em Hirsch/Simester	362
6.1.4 O lugar do <i>offense principle</i> na teoria da criminalização	368
6.1.5 Aplicação do <i>offense principle</i> a grupos de casos	376
6.1.5.1 Ato ou escrito obsceno e outras formas de importunação em público	376
6.1.5.2 Pornografia violenta ou odiosa	380
6.1.5.3 Insultos, ameaças e ataques à honra e imagem.....	390
6.1.5.4 Discurso de ódio	394
6.1.5.5 Desrespeito aos mortos, ao sentimento patriótico e religioso	404
6.2 Paternalismo penal	411

6.2.1 Tipos de paternalismo.....	416
6.2.1.1 Paternalismo direto/indireto	417
6.2.1.1 Paternalismo rígido/suave.....	421
6.2.2 Autonomia, soberania e domínio pessoal	427
6.2.2.1 Conceituando autonomia	428
6.2.2.2 Delimitando o domínio pessoal	430
6.2.2.3 Ainda sobre o caso da escravidão voluntária.....	436
6.2.2.4 Dignidade humana como limite à autonomia?	446
6.2.3 Voluntariedade, consentimento do ofendido e conteúdo de injusto	452
6.2.3.1 Voluntariedade como grandeza variável	458
6.2.3.2 Fatores de redução da voluntariedade: coação	465
6.2.3.3 Fatores de redução da voluntariedade: erro ou engano	477
6.2.3.4 Fatores de redução da voluntariedade: incapacidade	488
6.2.4 A estratégia do paternalismo suave na prática.....	497
6.2.4.1 Propostas liberais para a revisão de tipos penais rigidamente paternalistas.....	497
6.2.4.1.1 Eutanásia, auxílio ao suicídio e homicídio a pedido	498
6.2.4.1.2 Uso e tráfico de drogas	509
6.2.4.1.3 Lesões corporais em competições (brigas de rua, esportes de contato, boxe e duelo).....	515
6.2.4.1.4 Sadomasoquismo/BDSM	522
6.2.4.1.5 Intervenções médicas “contra os bons costumes” e comércio de órgãos em vida	528
6.2.4.1.6 Prostituição e exploração sexual	535
6.2.4.2 Máximas de mediação que orientam a estratégia do paternalismo suave	540
6.3 Moralismo penal	544
6.3.1 Versões clássicas do moralismo penal.....	550
6.3.1.1 Conservadorismo moral, moralismo estrito e perfeccionismo moral.....	552
6.3.1.2 O contraexemplo da batalha de gladiadores de Kristol	561
6.3.2 Um moralismo penal liberal?	567
6.3.2.1 O princípio do injusto moral de Moore	568
6.3.2.2 O princípio do injusto público de Duff.....	581
6.3.3 O princípio da exploração (<i>exploitation principle</i>)	589

6.3.3.1 O que é exploração e o que há de errado em explorar alguém	589
6.3.3.2 Os elementos da exploração injusta.....	596
6.3.3.3 <i>Insider traders</i> , comerciantes de órgãos <i>post-mortem</i> , videntes, bicheiros, curandeiros e cambistas: falsos contraexemplos de exploração não danosa?	605
6.3.3.4 O paradoxo da chantagem	617
6.3.4 Criminalizando injustiças: proibições fundadas no conteúdo de injusto.....	636
6.3.4.1 Criminalizando violações de autonomia.....	636
6.3.4.2 Criminalizando explorações injustas	644
6.4 Conclusões parciais	655
CONCLUSÕES.....	658
REFERÊNCIAS.....	671

INTRODUÇÃO

“O direito penal material deve acompanhar de perto a filosofia moral”¹. Ao fazer essa afirmação, Husak atribui à filosofia moral a missão de avaliar a legitimidade substancial do exercício de poder pelo Estado em matéria de criminalização, particularmente das decisões sobre quais condutas devem ser proibidas sob a ameaça de pena. Com efeito, propostas por intensificar a colaboração entre filosofia moral e ciência jurídica se justificam pelo fato de filósofos e juristas abordarem problemas semelhantes, se não idênticos, sendo que muitas das questões enfrentadas pelos últimos já foram detalhadamente examinadas pelos primeiros². Por isso, é lógico e desejável esperar que a ciência jurídica se beneficie da experiência e conhecimentos acumulados pela filosofia³, sobretudo quando se considera que filosofar moral e politicamente é também uma atividade prática e não puramente abstrata⁴.

Contudo, dizer que a ciência jurídica não deve perder de vista a reflexão filosófica prévia não implica a conclusão de que todos os problemas de filosofia moral interessam igualmente ao direito penal. Afinal, a norma penal não se dirige aos indivíduos exclusivamente na condição de agentes morais, mas também de participantes de um pacto social de coexistência livre e pacífica. Daí que, por exemplo, a lei penal não tem que se ocupar de uma conduta simplesmente porque ela manifesta a ausência de certas virtudes morais. Assim, quem se dedica a revisitar as bases filosóficas do direito penal material deve se concentrar no campo de interseção entre filosofia moral e filosofia política.

¹ HUSAK, Douglas. The Costs to Criminal Theory of Supposing that Intentions are Irrelevant to Permissibility. *Criminal Law and Philosophy*, v. 3, 2009, p. 51. No original: “The substantive criminal law should track moral philosophy closely”.

² Por exemplo, o problema sobre se o feto deve ou não ser incluído no conceito jurídico de pessoa conduz à questão sobre como definir pessoa e o que significa ser uma pessoa; o problema sobre se o sistema jurídico também deve reconhecer direitos aos animais conduz à questão sobre o que são direitos e por que eles são atribuídos aos sujeitos.

³ SELEME, Hugo. ¿Deben los filósofos morales aprender de los juristas? *DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 37, 2014, p. 264. O autor alerta, no entanto, que determinados exercícios “viciados” de filosofia moral devem ser evitados pelos juristas, sobretudo aqueles que se apresentam desconectados de qualquer responsabilidade com os efeitos práticos de suas reflexões.

⁴ ROBERTS, Paul. Philosophy, Feinberg, Codification, and Consent: A Progress Report on English Experiences of Criminal Law Reform. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 5, n. 1, 2001, p. 177.

Com o objetivo de investigar os fundamentos e limites da legitimidade moral de normas incriminadoras existentes e imagináveis⁵, este trabalho se volta à filosofia política de corte liberal. Segundo Sadurski, os filósofos liberais, de forma geral, identificam-se pela adesão a duas ideias: o *ideal de neutralidade* e o *princípio do dano (harm principle)*⁶. De acordo com a primeira, o Estado e a lei devem se manter neutros em relação às concepções rivais de vida boa elegidas pelos membros da comunidade. A segunda, por sua vez, defende que a coerção estatal só deve ser exercida contra condutas que causam dano ou perigo de dano, em sentido não perfeccionista, não bastando que o comportamento seja avaliado negativamente do ponto de vista moral. Logo, para o liberal, a tese de que a lei não deve interferir em condutas meramente imorais não é uma questão de conveniência ou de eficiência, mas de limite moral⁷.

Desde, pelo menos, a obra de Stuart Mill, o *harm principle* é considerado pelos filósofos liberais como o principal critério a orientar a identificação do tipo de conduta que o legislador penal está *prima facie* moralmente autorizado a proibir. O compromisso com a defesa desse princípio, todavia, é acompanhado pelo ônus de responder satisfatoriamente a uma série de questões⁸: como definir dano? Basta que a criminalização da conduta previna danos ou é necessário que a conduta seja em si mesma danosa? Podem ser criminalizadas condutas que só produzem um perigo de dano remoto ou indireto? O conceito de dano pode incluir danos contra mortos, fetos, animais, gerações futuras e coletividades? Apenas comissões ou omissões também podem causar dano? Quais outras condições devem ser atendidas para que a criminalização de uma conduta seja justificável? O princípio comporta exceções? Estaria o legislador excepcionalmente legitimado a proibir condutas ofensivas que não causam dano? Ou condutas que só causam dano ao próprio agente? E condutas moralmente injustas que não afetam adversamente os interesses de ninguém?

⁵ Observa-se que categorias de filosofia moral analítica também podem ser usadas para verificar a solidez de argumentos dogmático-jurídicos. Ver: NEUMANN, Ulfrid. *Filosofía Moral y Dogmática Jurídico-penal*. En *Letra: Derecho Penal*, n. 3, 2016, p. 205-220.

⁶ SADURSKI, Wojciech. Joseph Raz on Liberal Neutrality and the Harm Principle. *Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy*, v. 48, 1989, p. 64.

⁷ SADURSKI, Wojciech. *Moral Pluralism and Legal Neutrality*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1990, p. 89.

⁸ Para um inventário desses questionamentos: DUFF, R. A.; GREEN, Stuart P. Introduction: The Special Part and its Problems. In: DUFF, R. A.; GREEN, Stuart (ed.). *Defining Crimes: Essays on the Special Part of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 4-10. Procuraremos responder a essas e outras questões ao longo dos capítulos 2, 5 e 6.

Por certo, mesmo na versão consagrada pela teoria de Joel Feinberg, o princípio do dano é alvo de críticas por parte tanto de adeptos quanto de opositores ao liberalismo⁹. Alguns argumentam que o princípio, em razão de seu caráter acentuadamente consequencialista, carece de uma barreira deontológica clara à criminalização de condutas cuja conexão com um resultado danoso depende da rara combinação entre uma série de eventos contingentes. Outros afirmam que o princípio não dá conta de condutas que não causam dano nem perigo de dano, pelo menos quando se parte de um conceito relativamente bem definido de dano, mas cujo conteúdo de injustiça moral constitui uma boa razão *pro tanto* para proibi-la. Em suma, o *harm principle* seria, ao mesmo tempo, amplo e restrito demais.

Tradicionalmente, o principal discurso de resistência ao princípio do dano é apresentado pelos defensores do moralismo legal. De modo geral, os autores identificados com essa posição pertencem a uma longa linhagem de filósofos que defendem a tese de que o sistema de justiça penal deve proibir unicamente condutas moralmente incorretas, independentemente de serem essas condutas danosas ou não ou de sua proibição prevenir ou não dano. Porém, há séria disputa entre esses filósofos quanto à definição dos princípios que embasam o juízo de incorreção moral. Como resultado, os moralistas também enfrentam diversos questionamentos: basta que a conduta criminosa seja imoral do ponto de vista da moral positiva ou é necessário que ela viole uma norma de moralidade crítica? Vícios morais podem ser proibidos ou apenas atos imorais? Todos os injustos morais devem ser proibidos ou somente os de natureza pública ou que configurem injustos contra outras pessoas?

De outra parte, a ciência jurídica da tradição romano-germânica não costuma discutir o objeto da presente investigação diretamente a partir da filosofia moral e política. Na verdade, a premissa de que existem limites morais ao poder do legislador de incriminar condutas tende a ser vista como uma tentativa de burlar a separação entre Direito e Moral. Nesse sentido, Neumann explica que o renascimento de um jusnaturalismo impregnado pela moral teológica e não secular, ao final do regime nacional-socialista, fez com que a superação do direito penal iliberal então vigente na Alemanha, principalmente no âmbito dos crimes sexuais, ocorresse por meio de um processo de *desmoralização* do direito¹⁰. Nesse contexto, o resgate da *teoria do bem jurídico* se apresentou como o principal instrumento de crítica à

⁹ Essas críticas serão apresentadas e discutidas no capítulo 4.

¹⁰ NEUMANN, Ulfrid. *Filosofía Moral y Dogmática Jurídico-penal*, p. 206.

legislação penal existente. As formulações básicas dessa teoria guardam certa simetria com o princípio do dano: só podem ser criminalizadas condutas que ofendem bens jurídicos ou desde que a criminalização proteja ou previna ofensas a esses bens.

Ocorre que, diferentemente dos princípios debatidos pelos filósofos morais, a teoria do bem jurídico não oferece exatamente um referencial externo à ordem jurídica que possibilite avaliá-la criticamente. Isso porque, embora a teoria tenha sido introduzida com o propósito de superar o conceito material de crime como violação a direitos subjetivos que emanam do direito objetivo¹¹, algumas das concepções mais influentes definem bem jurídico como interesse juridicamente protegido¹² ou como valor extraído da Constituição¹³. Já os principais defensores do *harm principle* (Mill, Hart, Raz, Feinberg, Hirsch etc.) compreendem dano, para fins de aplicação do princípio, de forma razoavelmente independente do direito positivo¹⁴, o que já era esperado em razão da menor ênfase atribuída à legislação e à Constituição pelo sistema jurídico do *Common Law*, quando comparado ao *Civil Law*.

É sabido que a teoria do bem jurídico tem, nos últimos anos, sofrido ataques por não ter sido capaz de atender à expectativa da doutrina liberal de servir como ferramenta para orientar e limitar a atividade do legislador penal. Os críticos argumentam que o conceito de bem jurídico é vago e controverso, que a sua verdadeira vocação histórica é para validar as escolhas do legislador e não limitá-las e que ela não possui legitimidade para vincular o legislador democraticamente eleito¹⁵. Não obstante o princípio do dano também tenha que lidar com seus próprios desafios, a discussão sobre os critérios materiais que devem guiar a atividade legislativa de incriminação de condutas, nos países em que a doutrina acolheu a teoria do bem jurídico, pode se beneficiar de um intercâmbio com os princípios da criminalização do direito penal anglo-americano.

¹¹ FEUERBACH, Anselm Von. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hegemeier. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 55-57.

¹² LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal alemão*. V. 1. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 102-103.

¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 67.

¹⁴ As principais concepções do princípio do dano serão examinadas nos capítulos 1 e 2.

¹⁵ Mais sobre essas críticas no capítulo 3.

Nos últimos tempos, é perceptível o aumento do interesse da ciência jurídica romano-germânica por categorias próprias do direito penal anglo-saxão¹⁶. O problema é que, muitas vezes, a incorporação pelo *Civil Law* de institutos e conceitos emprestados do *Common Law* ocorre de forma apressada e irrefletida, sem considerar as diferenças fundamentais entre os dois sistemas jurídicos. De fato, aquele que se aventura a buscar aportes para a dogmática penal brasileira a partir da teoria do crime no *Common Law* enfrenta uma tarefa árdua e inglória, sobretudo porque inexistente propriamente uma dogmática penal americana ou inglesa, sistematicamente estruturada como a dogmática penal alemã¹⁷. Apesar disso, a reflexão de filósofos e juristas com formação em teoria analítica dos países de língua inglesa tem muito a contribuir com a discussão em temas como teoria da pena¹⁸ e, principalmente, teoria da criminalização.

Este trabalho busca renovar as bases pelas quais temos, até aqui, conduzido a discussão sobre os fundamentos e limites da criminalização legítima. Para tanto, seguiremos a estratégia pouco convencional, entre nós, de conectar diretamente essa problemática à filosofia moral e política anglo-saxã, tendo como fio condutor de nossa investigação o tratado *The Moral Limits of the Criminal Law*, de Joel Feinberg. O objetivo é responder à seguinte questão: considerando que, em uma democracia, os representantes do povo não devem exercer seu poder de forma a atender apenas aos próprios caprichos ou a interesses fisiológicos, mas seguindo padrões de racionalidade respaldados pelo pacto social que funda a comunidade política, quais condutas um bom legislador liberal está, em princípio, autorizado a criminalizar? Propomos responder a esse questionamento por meio da substituição da teoria

¹⁶ Vejamos alguns exemplos da influência de institutos do direito penal e processual penal estadunidense no direito brasileiro: a *plea bargain* inspirou a introdução da transação penal, da delação premiada e do acordo de não persecução penal; parte da jurisprudência brasileira, há anos, tenta recorrer à teoria da cegueira deliberada (*willful blindness doctrine*) para fundamentar a punição por crime doloso em casos de lavagem de dinheiro; o modelo penal estadunidense influenciou na tipificação de condutas relativas à lavagem de dinheiro, tráfico de drogas, terrorismo e atentatórios ao mercado de capitais, como é o caso do *insider trading*. Além disso, a teoria do crime do direito penal internacional incorporou noções próprias do *Common Law*, como as de *actus reus*, *mens rea* e *defenses*.

¹⁷ Os manuais de direito penal, em países como Estados Unidos, Inglaterra e Austrália, dedicam-se mais ao estudo casuístico de precedentes judiciais do que à elucidação e estruturação de conceitos jurídico-penais. Por outro lado, temas básicos como dolo, erro e causas de exclusão da ilicitude e da culpabilidade se apresentam, naquele sistema, com roupagens distintas do que estamos acostumados.

¹⁸ Conferir: TEIXEIRA, Adriano. As Teorias Retributivas no Pensamento Anglo-Americano Contemporâneo. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, v. 4, 2019, p. 15-57; STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena*. Uma contribuição à teoria da aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019, cap. 3 e 4.

político-criminal do bem jurídico por uma *teoria moral e política da criminalização*, a qual reconhece que todo o âmbito da criminalização racionalmente justificada não pode ser reduzido, em sua complexidade, a um único pressuposto de legitimidade, seja o conceito de bem jurídico ou de dano. Assim, a teoria aqui defendida endossa o *harm principle* e outros princípios da criminalização que identificam boas razões morais, ainda que não definitivas, para a criminalização de condutas, bem como os requisitos e critérios que limitam o alcance dessas boas razões.

Essa proposta será desenvolvida em seis etapas. O primeiro capítulo apresenta as bases do *harm principle* na filosofia moral de perfil liberal, mormente a defesa do princípio por Mill, Hart e Raz, a oposição dos moralistas legais clássicos e a relação desse debate com as perspectivas éticas consequencialista e deontológica, investigando, ainda, em que medida essa discussão ecoou na jurisprudência constitucional anglo-saxã. O segundo capítulo analisa os contornos atribuídos ao princípio do dano pela obra de Joel Feinberg e discute a sua aplicação prática a casos específicos. O terceiro capítulo expõe a crise da teoria do bem jurídico, indica as semelhanças e diferenças entre a teoria e o princípio do dano, explicita as razões que sustentam nossa proposta de substituí-la e esclarece a estrutura de nossa teoria da criminalização fundada em princípios da filosofia moral anglo-americana. O quarto capítulo apresenta e discute as principais críticas criminológicas e dogmáticas ao princípio do dano, examinando também os princípios que pretendem tomar o lugar tradicionalmente ocupado por ele na reflexão filosófica sobre os pressupostos da criminalização legítima. O quinto capítulo investiga critérios extras destinados a restringir as hipóteses válidas de criminalização de condutas remotamente danosas, debatendo a função exercida nesse sentido pelas máximas de mediação, os critérios de imputação justa e o requisito da injustiça moral. O sexto capítulo introduz outros três princípios discutidos por Feinberg (*offense principle*, paternalismo penal e moralismo legal), esclarecendo o papel a ser exercido em nossa teoria da criminalização por princípios diversos do *harm principle*, as máximas de mediação que orientam a sua aplicação prática e os crimes em espécie justificados com base nas razões fornecidas por cada um deles.

1. O *HARM PRINCIPLE* DA FILOSOFIA LIBERAL À JURISPRUDÊNCIA ANGLO-AMERICANA

No plano da filosofia política e moral, o princípio do dano é tributário do liberalismo e, em especial, do pensamento do filósofo inglês Stuart Mill. Por isso, os diversos argumentos que visam a fundamentar a proposição desse princípio são indissociáveis dos valores apregoados por Mill, como liberdade, desenvolvimento humano e limitação do exercício do poder. Além da obra de Mill, alguns debates jusfilosóficos foram relevantes à estruturação do princípio no pensamento liberal de língua inglesa: o debate entre o liberalismo e o moralismo (protagonizado, por um lado, pelo filósofo H. L. A. Hart e, por outro, pelo juiz inglês Lord Patrick Devlin); o choque entre a perspectiva antiperfeccionista do próprio Mill e o *harm principle* perfeccionista de Raz e, por fim, o confronto entre uma visão ética própria do consequentialismo-utilitarista e outra de matriz deontológica.

As reflexões filosóficas fundamentais que permearam o caminho evolutivo do princípio do dano não passaram despercebidas pela jurisprudência dos países do *Common Law*, embora sejam raras as referências expressas ao princípio em decisões das suas principais Cortes. Apesar disso, certo é que, sempre que convocadas a se manifestar sobre a legitimidade de proibições polêmicas, essas Cortes acabam por voltar sua atenção à questão sobre se a legislação contestada se justifica pelo propósito de prevenir danos aos indivíduos ou à sociedade. Como resultado, a fim de avistar eventual utilidade do princípio para o sistema romano-germânico, não se pode fugir à tarefa de investigar se, na tradição jurídica anglo-americana, o *harm principle* tem algum lugar a ocupar no plano constitucional.

1.1 O *liberty principle* de John Stuart Mill

A primeira formulação do *harm principle* é sempre atribuída a John Stuart Mill (1806-1873) e a sua obra *On Liberty*, publicada pela primeira vez em 1859¹⁹. Apesar disso,

¹⁹ Por todos, FEINBERG, Joel. *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*. V. 1. New York: Oxford University Press, 1984, p. 11; HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A P. *Crimes, Harms, and Wrongs. On the Principles of Criminalisation*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing: 2014, p. 35. BAKER, Dennis J. *The Right not to be Criminalized. Demarcating Criminal Law's Authority*. Farnham: Ashgate, 2011, p. 27. HARCOURT, Bernard E. The Collapse of the Harm Principle. *The Journal of Criminal Law and*

fato é que o filósofo inglês não utilizou a expressão *harm principle*, tendo essa nomenclatura surgido, posteriormente, nos escritos dos seus principais comentadores. Mill se limitou a dizer que proporia um único “princípio simples”, por ele denominado de *liberty principle*. Segundo esse princípio, “o único propósito a favor do qual o poder pode ser legitimamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é o de prevenir danos a terceiros”²⁰. O próprio bem-estar físico ou moral do sujeito não autoriza ninguém a obrigá-lo a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, uma vez que “sobre si mesmo, sobre seu corpo e mente, o indivíduo é soberano”²¹. Assim, qualquer tipo de coerção social só pode ser exercido contra o indivíduo com o fim de prevenir danos a outras pessoas.

É importante destacar que *Mill não postulou um princípio exclusivo do direito penal*. A sua principal preocupação não era restringir o uso excessivo da coerção legal pelo Estado e sim conter o controle moral exercido pela opinião pública e pelos rígidos costumes da sociedade puritana da Era Vitoriana (1837-1901) sobre as escolhas de vida dos indivíduos²². Portanto, o principal objetivo de Mill era garantir a liberdade individual perante as instâncias informais de poder, as quais, naquele período, impunham-se aos indivíduos de forma incisiva e irrestrita²³. Embora reconhecido como um dos principais defensores da democracia

Criminology. Northwestern University, v. 90, n. 1, 1999, p. 120; RIPSTEIN, Arthur. Beyond the Harm Principle. *Philosophy & Public Affairs*, v. 34, n. 3, 2006, p. 215. Argumentando que o *harm principle* é criação de Feinberg e não de Mill: VERNON, Richard. John Stuart Mill and Pornography: Beyond the Harm Principle. *Ethics*, v. 106, n. 3, apr., 1996, p. 624.

²⁰ MILL, John Stuart. On Liberty. In: MILL, John Stuart. *On Liberty and Other Writings*. Edited by Stefan Collini. Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p. 13. No original: “That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others.” Gerald Dworkin registra que o princípio proposto por Mill não é um princípio único nem simples: “This principle is neither ‘one’ nor ‘very simple’. It is at least two principles; one asserting that self-protection or the prevention of harm to others is sometimes a sufficient warrant and the other claiming that the individual’s own good is never a sufficient warrant [...]”. (DWORKIN, Gerald. Paternalism. In: DWORKIN, Gerald (ed.). *Mill’s On Liberty*. Critical Essays. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1997, p. 61-62).

²¹ MILL, John Stuart. On Liberty, p. 13. No original: “Over himself, over his body and mind, the individual is sovereign”.

²² MILL, John Stuart. On Liberty, p. 08. Schonscheck afirma que Mill reconhece haver condutas sujeitas a sanções legais e condutas sujeitas à coerção moral e à opinião pública, apesar de não esclarecer como tal diferenciação deve ser aplicada (SCHONSHECK, Jonathan. *On Criminalization: an Essay in the Philosophy of Criminal Law*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1994, p. 45).

²³ Abranches analisa que “mais perigoso, para Stuart Mill, não seria tanto o controle moral da sociedade, mas o fato de não haver garantias legais contra a sua interferência na liberdade dos indivíduos” (ABRANCHES, Aparecida Maria. John Stuart Mill: a Luta contra a Opressão. In: FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladimir Lombardo (org.). *Curso de Ciência Política*. Grandes Autores do Pensamento Político Moderno e Contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 295). Acrescenta-se que *On Liberty* foi inspirado por outra obra sobre os riscos do autoritarismo majoritário, *De la Démocratie en Amérique*, do francês Alexis de Tocqueville, publicada 20 anos antes. Ver: TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*.

representativa, por ele considerada o melhor sistema de governo por possibilitar o aperfeiçoamento do ser humano²⁴, Mill alertava para os riscos que a tirania da maioria despótica representa para os direitos da minoria oprimida.

O *liberty principle* de Mill se sustenta, essencialmente, em dois argumentos²⁵. Em primeiro lugar, *a liberdade de ação é necessária para que cada indivíduo desenvolva, autonomamente, a sua própria personalidade*. O indivíduo livre tem a oportunidade de aprender com as consequências de suas escolhas, bem como com as experiências dos demais, e esse aprendizado propicia o progresso moral de todos. Por isso, as pessoas devem ser livres para buscar, a sua maneira, a própria felicidade, desde que não prejudiquem ninguém. Mill ressalta que a individualidade é um valor relevante tanto para os indivíduos quanto para a sociedade, afinal é por meio do livre desenvolvimento humano que se previne a estagnação e o declínio sociais²⁶. Os hábitos de uma minoria hoje podem se tornar, em razão da troca de experiências, do exemplo e da imitação, os hábitos da maioria amanhã. Assim, toda a sociedade se beneficia da liberdade concedida aos indivíduos para que busquem a excelência ao invés de se conformar com a mediocridade. Segundo Epstein, essa visão pode ser encarada como uma versão filosófica das teorias econômicas do *laissez-faire* e da mão invisível²⁷.

Em segundo lugar, *intromissões da coletividade em questões referentes exclusivamente aos indivíduos tendem a produzir mais equívocos do que acertos*. Conforme esse argumento, “cada pessoa está na melhor posição para julgar o que é bom para ela e para comportar-se em função desse juízo”, de modo que “qualquer interferência externa fundada na promoção do próprio bem do afetado terá ínfima probabilidade de atingir seu propósito”²⁸. Como o florescimento de cada indivíduo pode depender de condições diferentes, é necessário preservar um ambiente de tolerância que favoreça a diversidade de modos de vida, ainda que desaprovados pela maioria, a fim de que todos os indivíduos possam igualmente aprimorar as

Leis e Costumes: de certas leis e certos Costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu Estado Social Democrático. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 291-305.

²⁴ ABRANCHES, Aparecida Maria. John Stuart Mill: a Luta contra a Opressão, p. 293.

²⁵ Ver: RILEY, Jonathan. *Mill's On Liberty*. New York: Routledge, 2015, p. 107-112.

²⁶ MILL, John Stuart. On Liberty, p. 16: “Mankind are greater gainers by suffering each other to live as seems good to themselves, than by compelling each to live as seems good to the rest”.

²⁷ EPSTEIN, Richard. The Harm Principle – And How it Grew. *The University of Toronto Law Journal*, v. 45, n. 4, 1995, p. 373.

²⁸ GRECO, Luís. A Crítica de Stuart Mill ao Paternalismo. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 4, n. 7, jul.-dez., 2012, p. 83.

suas capacidades plurais. Contemporaneamente, há autores que, conquanto reconheçam a força retórica dos argumentos de Mill, demonstram ceticismo quanto a sua suficiência para fornecer uma defesa convincente do princípio do dano e uma oposição eficiente às intervenções na liberdade individual fundadas em razões exclusivamente moralistas e paternalistas²⁹.

Por conta da *ausência de um conceito claro de dano (harm)* na obra de Mill³⁰, os estudiosos extraem variadas concepções da obra *On Liberty*. Para Turner, Mill emprega *harm* em sentido amplo como sinônimo de toda e qualquer consequência negativa produzida por determinada conduta, inclusive o estresse emocional que tal conduta venha a provocar em outras pessoas³¹. Já Riley afirma que a ideia de dano em Mill se restringe àqueles danos perceptíveis a interesses alheios permanentes (dano físico, patrimonial, à reputação, à mobilidade, etc.), ficando excluído o dito dano emocional ou mero dissabor³². Mill seria, portanto, um utilitarista atípico, tendo em vista que a sua concepção de dano desconsideraria o mero desprazer psíquico.

Por outro lado, Saunders ressalta que Mill utiliza o termo “dano” em sentido descritivo e não em sentido normativo e, por isso, o filósofo entende que haverá dano ainda que o prejudicado tenha consentido com o resultado danoso³³. Daí que a expressão “dano consensual”, pelo menos em Mill, não seria um oxímoro. Nesse sentido, Riley afirma que a existência de dano, para o filósofo inglês, não depende da violação a direitos ou deveres correspondentes socialmente reconhecidos³⁴. Contrariando essa visão, Smith sustenta que o conceito de dano em Mill é artificial, uma vez que, ao empregar distintamente os termos *harm* e *hurt*, Mill reserva *harm* às hipóteses em que o dano a interesses alheios também constitui

²⁹ DRIPPS, Donald A. The Liberal Critique of the Harm Principle. *Criminal Justice Ethics*, v. 17, n. 2, 1998, p. 05-06; GRECO, Luís. A Crítica de Stuart Mill ao Paternalismo, p. 82.

³⁰ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 36; RILEY, Jonathan. *Mill's On Liberty*, p. 189. Entendendo que a ausência de um conceito bem definido de dano não prejudica o argumento central de Mill: VERNON, Richard. John Stuart Mill and Pornography, p. 625.

³¹ TURNER, Piers Norris. “Harm” and Mill's Harm Principle. *Ethics*, v. 124, n. 2, 2014, p. 314. No mesmo sentido: HAMBURGER, Joseph. *John Stuart Mill on Liberty and Control*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999, p. 09-10.

³² RILEY, Jonathan. *Mill's On Liberty*, p. 190. No mesmo sentido: REES, John C. *John Stuart Mill's On Liberty*. Oxford: Clarendon, 1985, p. 142-146.

³³ SAUNDERS, Ben. Reformulating Mill's Harm Principle. *Mind*, v. 125, n. 500, 2016, p. 1018.

³⁴ RILEY, Jonathan. *Mill's On Liberty*, p. 126.

uma violação de direitos³⁵. Apesar disso, Smith e Riley concordam que a noção de dano em *On Liberty* é de tal forma influenciada pelo ideal utilitarista de progresso humano que a mera frustração de interesses temporários, desvinculados do livre desenvolvimento dos indivíduos, não conta como dano³⁶.

A obra de Mill traça uma divisão entre *ações referidas à própria pessoa (self-regarding)* e *ações referidas a terceiros (other-regarding)*³⁷. As condutas humanas que não causam nenhum dano, ou causam danos diretos apenas ao próprio agente e/ou a outras pessoas que nele consintam, estão incluídas na primeira categoria e pertencem à órbita de disposição exclusiva dos indivíduos. A segunda categoria, por sua vez, compreende as condutas que produzem, ou há uma chance razoavelmente provável de que venham a produzir, dano direto e não consensual a outras pessoas. As ações referidas a terceiros, diversamente das ações referidas à própria pessoa, são passíveis de interferência coercitiva pela sociedade, porquanto se submetem ao princípio da autoridade social e não ao princípio da liberdade.

Segundo Turner, embora o foco de Mill estivesse nas condutas comissivas danosas, elas não exaurem a categoria de ações referidas a terceiros (*other-regarding*)³⁸. Por isso, ele afirma que chamar o *liberty principle* de *harm principle* é uma impropriedade, haja vista a existência de condutas que, a rigor, não causam danos a outras pessoas, mas também são passíveis de interferência externa por serem relevantes ao bem-estar alheio³⁹. Para o autor, um exemplo desse tipo de conduta é a *omissão de uma ação positiva em benefício de outrem ou*

³⁵ SMITH, Steven D. Is the Harm Principle Illiberal? *The American Journal of Jurisprudence*, v. 51, n. 1, 2006, p. 27-28. No mesmo sentido: OLIVEIRA, Jorge Menezes. *Harm and Offence in Mill's Conception of Liberty*. University of Oxford, Faculty of Law, p. 13. Disponível em: <http://www.trinitinture.com/documents/oliveira.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2018.

³⁶ SMITH, Steven D. Is the Harm Principle Illiberal?, p. 26; RILEY, Jonathan. "One Very Simple Principle". *Utilitas*, v. 3, n. 1, 1991, p. 21.

³⁷ Neste ponto, o presente trabalho se baseia na interpretação feita em: RILEY, Jonathan. *Mill's On Liberty*, p. 126. Observa-se que Mill utilizou a expressão *self-regarding conduct*, mas não a expressão *other-regarding conduct*. Chamando atenção para isso: LYONS, David. Liberty and Harm Principle. In: DWORKIN, Gerald (Ed.). *Mill's On Liberty*. Critical Essays. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1997, p. 117.

³⁸ TURNER, Piers Norris. "Harm" and Mill's Harm Principle, p. 325.

³⁹ No mesmo sentido, entendendo que Mill, no escopo de limitar a interferência na liberdade individual, desenvolve ao longo do seu ensaio um princípio mais refinado do que o *harm principle*: HARCOURT, Bernard E. From the Harm Principle to Harm Decisionism: Hart, Feinberg, and the Eclipse of Millian Ambiguity. *The Tocqueville Review*, v. 36, n. 1, 2015, p. 187.

da sociedade, imposta por obrigação legal ou moral, equiparada por Mill à causação de um resultado negativo⁴⁰.

Com efeito, a *distinção entre a esfera de interesse exclusivo do indivíduo e a esfera que interessa à sociedade* é uma questão complexa e muitos autores alegam que a obra de Mill não apresenta resposta satisfatória a esse problema⁴¹. Um dos maiores adversários teóricos de Mill, James Fitzjames Stephen, julgava a tentativa de distinguir atos que só dizem respeito ao indivíduo e atos que interessam a outras pessoas e à sociedade tão falaciosa e infundada quanto a tentativa de distinguir atos que ocorrem no tempo e atos que ocorrem no espaço⁴². Afinal, o ser humano não é uma ilha e os danos graves e irreversíveis que ele venha a causar a si mesmo não serão indiferentes à sociedade e, principalmente, àqueles que lhes são mais próximos. Para Mill, tais condutas permanecem como referentes à esfera de liberdade do próprio sujeito, já que o interesse dos demais, nesses casos, é apenas indireto, bem como são indiretas as consequências por eles sofridas⁴³.

A diferenciação entre ações referidas à própria pessoa e ações referidas a terceiros é tida por Saunders como irrelevante para o argumento central de Mill, pois, para ele, o que realmente importa é *a relação entre dano e consentimento do ofendido*⁴⁴. Na leitura do autor, as condutas que causam dano consensual a outras pessoas só podem ser incluídas na categoria de ações referidas a terceiros. Ademais, Mill admite a intervenção em algumas condutas incluídas na categoria de ações referidas à própria pessoa, como quando a conduta autolesiva

⁴⁰ MILL, John Stuart. *On Liberty*, p. 14. Mill dá o exemplo do pai de família que, por ser ébrio habitual, torna-se incapaz de sustentar seus dependentes e do soldado que, em estado de embriaguez, descumpra com o dever de vigilância, gerando, pelo menos, risco de dano para a coletividade. Nestes casos, a embriaguez, em si, não é punível, mas a omissão do dever de cuidado dela decorrente sim. Ver: MILL, John Stuart. *On Liberty*, p. 81-82.

⁴¹ EPSTEIN, Richard. *The Harm Principle – And How it Grew*, p. 377; KNOWLES, Dudley R. *A Reformulation of the Harm Principle*. *Political Theory*, v. 6, n. 2, 1978, p. 235; GRECO, Luís. *A crítica de Stuart Mill ao paternalismo*, p. 90; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 277. O próprio Mill antecipa algumas dessas críticas: MILL, John Stuart. *On Liberty*, p. 80 e ss.

⁴² STEPHEN, James Fitzjames. *Liberty, Equality, Fraternity*. Cambridge: Cambridge University Press, 1967, p. 28: “the attempt to distinguish between self-regarding acts and acts which regard others, is like an attempt to distinguish between acts which happen in time and acts which happen in space [...] altogether fallacious and unfounded”. Ver também: Destaca-se que Stephen também partia de postulados utilitaristas, sustentando que a proibição de condutas haveria de produzir consequências positivas que compensassem os custos da proibição. Porém, ele negava que era possível estabelecer uma diferença principiológica entre condutas passíveis de interferência e condutas que devem ser mantidas livres de intervenção. Cf.: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. *Introduction: The Boundaries of the Criminal Law*. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. *The Boundaries of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 18.

⁴³ MILL, John Stuart. *On Liberty*, p. 82.

⁴⁴ SAUNDERS, Ben. *Reformulating Mill’s Harm Principle*, p. 1005-1032.

é involuntária. Diante disso, para Saunders, o *harm principle* de Mill estaria estruturado da seguinte forma: *a sociedade só pode interferir em condutas humanas para prevenir dano não consensual, ao próprio agente ou a terceiros.*

Nota-se que Mill foi defensor das liberdades democráticas mais elementares, em especial da *liberdade de expressão*. A manifestação de pensamento e opinião nem sempre constitui ação referida apenas ao próprio indivíduo, podendo produzir dano direto e não consensual a outras pessoas, pelo menos em determinadas condições. Apesar disso, Mill sustentava que, salvo nos casos que envolvem danos significativamente sérios, a sociedade não deve intervir no exercício da liberdade de discurso e opinião, pois os prejuízos eventualmente decorrentes dessa liberdade não chegam a superar os danos que adviriam do silenciamento de opiniões⁴⁵. No entanto, essa consideração de *utilidade geral* não protege todas as formas de expressão, mas a manifestação de ideias e opiniões que contribuem na busca pela verdade⁴⁶.

O autor de *On Liberty* é também reconhecido por sua oposição ao *paternalismo*, tendo defendido que a única razão capaz de legitimar o controle social é a prevenção de danos a outras pessoas que não o agente. A promoção do bem-estar do próprio agente não é fundamento suficiente para justificar a intervenção em sua liberdade⁴⁷. Contudo, o autor ressalva que os indivíduos que não atingiram a maioridade ou não gozam da plenitude de suas faculdades psíquicas, como é o caso dos menores de idade e dos alienados mentais, devem também ser protegidos contra os danos que podem resultar de suas próprias ações⁴⁸. Já as pessoas maiores e capazes são livres para eleger comportamentos autolesivos e, inclusive,

⁴⁵ MILL, John Stuart. *On Liberty*, p. 84: “(...) there is no parity between the feeling of a person for his own opinion, and the feeling of another who is offended at his holding it; no more than between the desire of a thief to take a purse, and the desire of the right owner to keep it”. Ver também: RILEY, Jonathan. *Mill's On Liberty*, p. 75. Conforme destaca Brink, Mill admite algumas restrições ao discurso, como no caso do “discurso incendiário”: BRINK, David O. *Mill's Liberal Principles and Freedom of Expression*. In: TEN, C. L. (ed.). *On Liberty. A Critical Guide*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 52.

⁴⁶ VERNON, Richard. *John Stuart Mill and Pornography*, p. 624. Esse ponto é relevante para a discussão sobre se e em que medida a restrição da pornografia é conciliável com o *harm principle*. Ver capítulo 6, tópico 6.1.5.2, *infra*.

⁴⁷ Para Riley, ainda que não constitua uma razão necessária nem suficiente, a promoção do bem-estar do próprio agente pode contar como uma razão em favor da intervenção, juntamente como a prevenção de danos contra terceiros: RILEY, Jonathan. *Is Mill an Illiberal Utilitarian?* *Ethics*, v. 125, n. 3, 2015, p. 794-796.

⁴⁸ MILL, John Stuart. *On Liberty*, p. 13-14. Mill considera legítima a tutela por meio do despotismo dos povos não civilizados, que ainda estariam na menoridade em comparação com nações desenvolvidas como a Inglaterra.

para sugerir, instigar e auxiliar outras pessoas maiores e capazes a praticar tais comportamentos⁴⁹.

Ocorre que a questão se torna mais controvertida quando o agente obtém lucro ao promover práticas individuais tidas como autodestrutivas pela sociedade ou pelo Estado. Por exemplo, conquanto defenda a liberdade de ação da prostituta e do apostador, Mill questiona se o *liberty principle* também vale para o cafetão e o explorador de jogos de azar. O autor não apresenta uma resposta categórica, mas conclui que seria uma *anomia moral* punir o acessório quando o principal é e deve ser liberalizado⁵⁰. Outro caso controverso debatido na obra milliana é o da validade ou não de acordo pelo qual alguém aliena, voluntariamente, a sua liberdade em definitivo, aceitando se tornar um escravo. Segundo o filósofo, não obstante deva ser assegurada aos indivíduos a ampla liberdade de contratação, o Estado não pode garantir a exigibilidade de um *acordo de escravidão voluntária*⁵¹. Feinberg afirma que, nessa discussão, Mill faz uma concessão ao paternalismo⁵². Desse modo, observa-se que, ao aplicar suas ideias a casos concretos, Mill vacila e acaba por atenuar o rigor de sua recusa radical ao paternalismo.

Aquelas condutas socialmente percebidas como meros maus exemplos ou violações a regras de boas maneiras também não são passíveis de intervenção, ainda que correspondam a estilos de vida vistos como graves ultrajes a determinadas visões de mundo⁵³. Segundo Mill, teorias que, em oposição a sua, defendem a existência de um *direito social a que os demais se comportem em perfeita conformidade com as expectativas sociais* propõem um princípio mais perigoso do que qualquer conduta particular, pois não há violação à liberdade que semelhante

⁴⁹ MILL, John Stuart. On Liberty, p. 99. O filósofo reconhece que, nestes casos, a conduta possui relevância social e não apenas individual.

⁵⁰ MILL, John Stuart. On Liberty, p. 99-100. Apontando que Mill se mostrou indeciso nessa questão: HARCOURT, Bernard E. The Collapse of the Harm Principle, p. 147.

⁵¹ MILL, John Stuart. On Liberty, p. 102-105. Da mesma forma, Mill ressalta que o casamento também não pode fundamentar um direito do marido de submeter a mulher aos seus desmandos. Mill apresenta uma defesa dos direitos das mulheres e da igualdade de gênero em: MILL, John Stuart. The Subjection of Women. In: MILL, John Stuart. On Liberty and Other Writings. Edited by Stefan Collini. Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p. 117-218.

⁵² FEINBERG, Joel. Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 3. New York: Oxford University Press, 1986, p. 59. Voltaremos a discutir o caso da “escravidão voluntária” no capítulo 6, tópico 6.2.2.3, *infra*.

⁵³ MILL, John Stuart. On Liberty, p. 83-84. Cita-se o exemplo da prática de comer carne de pouco, de fato repulsiva para os seguidores de determinadas religiões. Para Mill, nesses casos, o agente só pode ser submetido ao que ele denomina de “penalidades naturais”.

princípio não esteja disposto a justificar⁵⁴. No entanto, há condutas que, enquanto reservadas ao espaço privado, estão fora do alcance do controle social, mas que, se praticadas em público, produzem consequências desagradáveis diretas e não consentidas a terceiros. São exemplos desse tipo de distúrbio os atentados em público à decência e ao pudor⁵⁵.

Uma parte dos comentadores assume que o princípio proposto por Mill limita a coerção social a condutas danosas ou perigosas⁵⁶. Tais autores interpretam o argumento central de Mill no seguinte sentido: *apenas condutas nocivas a terceiros podem sujeitar os indivíduos a castigos legais ou à reprovação social*. Todavia, na leitura de outra parte dos autores, o *harm principle* de Mill admite a possibilidade de que sejam proibidas condutas, em si mesmas, inofensivas, desde que tal intromissão na liberdade humana sirva à prevenção de danos não consensuais a outras pessoas⁵⁷. Nessa linha, Vernon esclarece que a obra de Mill cuida somente de estabelecer o único legítimo propósito ou objetivo do exercício do poder e não dos critérios para tal exercício⁵⁸.

Conforme uma terceira visão, Riley afirma que Mill propõe, ao mesmo tempo, dois princípios distintos e complementares: o *harm principle* e o *liberty principle*⁵⁹. O primeiro estabelece que *o único motivo pelo qual a coerção social pode intervir na liberdade de ação individual é a prevenção de dano não consensual*. O segundo, por sua vez, dispõe que *os indivíduos têm um direito moral à liberdade no que diz respeito às condutas que não causam dano a outras pessoas*. De toda forma, tanto o caráter danoso de uma conduta humana quanto a capacidade da intervenção coercitiva em reduzir danos são questões empíricas cuja resposta

⁵⁴ MILL, John Stuart. On Liberty, p. 89.

⁵⁵ MILL, John Stuart. On Liberty, p. 98. Logo, o *harm principle* extraído da obra de Mill alcança também o âmbito de aplicação do *offense principle* formulado por Feinberg, já que o filósofo inglês não diferencia, expressamente, os conceitos de dano e ofensa. Ver: HARCOURT, Bernard E. The Collapse of the Harm Principle, p. 168; OLIVEIRA, Jorge Menezes. *Harm and Offence in Mill's Conception of Liberty*, p. 22 e ss; RILEY, Jonathan. *Mill's On Liberty*, p. 272-275. O *offense principle* será objeto de reflexão mais adiante neste trabalho (capítulo 6, tópico 6.2, *infra*).

⁵⁶ BROWN, D. G. Mill on Liberty and Morality. *Philosophical Review*, n. 81, 1972, p. 135; OLIVEIRA, Jorge Menezes. *Harm and Offence in Mill's Conception of Liberty*, p. 03.

⁵⁷ TOMLIN, Patrick. Retributivists! The Harm Principle is not for you! *Ethics*, v. 124, n. 2, 2014, p. 279-280; DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. Introduction: The Boundaries of the Criminal Law, p. 17. Argumentando que este entendimento é mais compatível com a posição de Mill no caso do mal samaritano: LYONS, David. Liberty and Harm Principle, p. 118.

⁵⁸ VERNON, Richard. John Stuart Mill and Pornography, p. 624. De forma semelhante: TEN, C. L. *Mill on Liberty*. Oxford: Clarendon Press, 1980, p. 66-77. Destacando os problemas de uma versão do *harm principle* vinculada ao propósito da intervenção coercitiva: HOLTUNG, Nils. The Harm Principle. *Ethical Theory and Moral Practice*, v. 5, n. 4, 2002, p. 362.

⁵⁹ RILEY, Jonathan. *Mill's On Liberty*, p. 216-218.

depende de um prognóstico, baseado nas evidências disponíveis, a respeito das consequências práticas da conduta e da intervenção, respectivamente⁶⁰.

Observa-se que, na teoria de Mill, *a prevenção de danos é condição necessária, porém não suficiente para legitimar o uso da coerção social*⁶¹. Com efeito, em determinadas hipóteses, será inevitável que o indivíduo, ao perseguir um objetivo legítimo com amparo em seus próprios direitos, cause perda ou obstrua um ganho a outrem⁶². Ademais, há situações em que, a despeito do controle social não violar a liberdade, as peculiaridades do caso concreto desaconselham o recurso à punição⁶³. Em razão disso, há quem afirme que, em Mill, o *princípio da utilidade* funciona como um limite ao princípio do dano⁶⁴, na medida em que avaliações de custo-benefício podem desaconselhar o uso da coerção social mesmo quando a intervenção preveniria danos a interesses alheios.

O princípio fundamentado filosoficamente por Mill já havia sido consagrado, em linhas gerais, pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que, no artigo 4º, enunciava que: “A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos”. Do mesmo modo, o artigo 5º da declaração proclamava que: “A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade”. Essa ideia também não era estranha a filósofos que antecederam Mill, como Beccaria⁶⁵ (1738-1794). No entanto, Mill foi o primeiro a expressá-la sob a estrutura de um princípio fundamental, bem como a tentar concretizá-la e aplicá-la a casos concretos. Embora a melhor interpretação da obra de Mill seja, ainda, objeto de grande controversa, o seu maior legado não foi oferecer um critério infalível para a aferição da legitimidade ou não da punição

⁶⁰ RILEY, Jonathan. “One Very Simple Principle”, p. 06.

⁶¹ EDWARDS, James. Harm Principles. *Legal Theory*, v. 20, n. 4, 2014, p. 256; OLIVEIRA, Jorge Menezes. *Harm and Offence in Mill’s Conception of Liberty*, p. 03.

⁶² MILL, John Stuart. On Liberty, p. 94.

⁶³ MILL, John Stuart. On Liberty, p. 109-110.

⁶⁴ LYONS, David. Liberty and Harm Principle, p. 115: “Principle of Liberty is narrower than a Principle of Utility, in at least two ways: it concerns harms to others, not welfare generally, and it concerns coercive intervention, not action generally”. No sentido de que, em Mill, é o princípio da utilidade e não o princípio do dano que impede a criminalização de condutas que causam dano sem afetar interesses: TURNER, Piers Norris. “Harm” and Mill’s Harm Principle, p. 309. Ver também: VERNON, Richard. John Stuart Mill and Pornography, p. 625.

⁶⁵ BECCARIA, Cesare Bonesana, *marchese di. Dos delitos e das penas*. Trad. Marcílio Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 34.

e sim ter atribuído o ônus de demonstrar a existência de boas razões a quem pretende restringir a liberdade individual⁶⁶.

1.2 O debate entre H. L. A. Hart e Lord Patrick Devlin

Em 1957, o Comitê sobre Ofensas Homossexuais e Prostituição publicou no Reino Unido um relatório que ficou conhecido como Relatório Wolfenden, em homenagem ao presidente do Comitê, John Wolfenden. O relatório recomendava a descriminalização dos atos sexuais consentidos entre adultos do mesmo sexo praticados em ambientes privados⁶⁷. Segundo o relatório, a função da lei penal é preservar a ordem e a decência públicas e prevenir seus cidadãos de ofensas e injúrias, inclusive protegendo contra a exploração e corrupção pessoas especialmente vulneráveis por serem jovens, “fracos de corpo ou mente”, inexperientes ou, por qualquer motivo, dependentes⁶⁸. Para os membros do Comitê, “deve haver um reino de moralidade e imoralidade privada que não é da conta das leis”⁶⁹. Esse relatório ensejou, nos anos seguintes, o célebre debate travado entre o juiz inglês Lord Patrick Devlin (1905-1992) e o filósofo do direito Herbert Hart (1907-1992).

A primeira notável reação ao relatório foi a de Devlin em sua *Maccabean Lecture in Jurisprudence* na Academia Britânica, proferida em 1959 e publicada em 1965 sob o título *The Enforcement of Morals*. Para Devlin, a função da lei penal é resguardar os princípios morais que mantêm a coesão social, motivo pela qual seria legítimo criminalizar atividades consideradas imorais pela consciência majoritária, tais como as práticas homossexuais. Para propósitos legais, imoralidade seria toda prática que uma pessoa sensata presumivelmente reprovava de maneira categórica e consideraria um vício tão abominável que sua mera existência passa a constituir verdadeira ofensa à sociedade⁷⁰.

⁶⁶ COLLINI, Stefan. Introduction. In: MILL, Stuart Mill. *On Liberty and Other Writings*, p. xvii.

⁶⁷ A prática de relações sexuais entre homens era criminalizada na Inglaterra desde 1885. Após a Segunda Guerra Mundial, houve um aumento no número de prisões de homens acusados de práticas homossexuais, inclusive de algumas pessoas ilustres como Alan Turing, cientista considerado o pai da ciência computacional e da inteligência artificial. Casos como o de Turing – cuja história é contada no filme *O jogo da imitação* (2014) – motivaram a mudança da legislação.

⁶⁸ *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution, Cmd 247, 1957 (UK), paragraph 13*. O Comitê também fez recomendações a respeito da persecução penal da prostituição.

⁶⁹ No original: “there must remain a realm of private morality and immorality which is not the laws business” (*Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution, Cmd 247, 1957 (UK), paragraph 62*).

⁷⁰ DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*. New York: Oxford University Press, 1975, p.15.

Na visão de Devlin, o fato de que a lei não atribui relevância ao consentimento do ofendido para a configuração do crime, salvo em casos excepcionais como o estupro, demonstra que a lei penal não se ocupa tanto de ofensas contra indivíduos em particular quanto da proteção da sociedade como um todo⁷¹. Como a sociedade é uma comunidade de ideias, protegê-la significa proteger o compartilhamento de valores políticos, morais e éticos sem o qual nenhuma sociedade pode existir. Assim, as relações heterossexuais e monogâmicas mereceriam a proteção da lei, uma vez que, em países como a Inglaterra, tornaram-se a base da vida familiar e, por conseguinte, parte da estrutura social⁷².

Devlin traça um paralelo entre a criminalização de imoralidades e a repressão aos atos de subversão⁷³. Toda sociedade tem direito a se defender contra os atos subversivos que ameaçam a sua sobrevivência, sejam eles internos ou externos. A traição, por exemplo, merece punição por colocar em risco o governo estabelecido, o qual é essencial à segurança da sociedade. Segundo Devlin, uma moral consolidada seria tão necessária à manutenção do tecido social e ao bem-estar da comunidade quanto um governo consolidado. Isso porque, historicamente, o colapso da base moral comum é o primeiro passo para a desintegração de uma sociedade, o que ocorre mais frequentemente do que a simples destruição de uma sociedade pela pressão de inimigos externos.

O juiz inglês observa que as recomendações do Comitê a respeito da prostituição são contraditórias com as premissas do próprio relatório⁷⁴. Afinal, se a prostituição é uma imoralidade privada que não deve ser proibida em si mesma, por não ser “da conta da lei”, como explicar a postura do Comitê em recomendar que se mantenha criminalizada a exploração de casas de prostituição? Se a lei há de tomar a prostituição como uma atividade moralmente neutra, como explicar a diferença do tratamento dispensado ao proprietário de bordel que explora o trabalho da prostituta e ao produtor de Hollywood que explora o trabalho da atriz? Por isso, Devlin reputa infundada a sugestão do Comitê de limitar a intervenção estatal, no que diz respeito à prostituição, ao necessário a impedir a exploração de indivíduos vulneráveis, já que quase toda conduta imoral envolve a exploração das fraquezas humanas.

⁷¹ DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*, p. 06-07.

⁷² DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*, p. 09-10.

⁷³ DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*, p. 13.

⁷⁴ DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*, p. 12.

Na análise de Ronald Dworkin, são dois os argumentos principais de Devlin. Em primeiro lugar, ele afirma que *a sociedade tem o direito de proteger sua própria existência, o que implica o direito de fazer valer sua moralidade pública por meio da lei*. Em segundo lugar, *a maioria tem direito de “seguir suas próprias convicções morais ao defender seu ambiente social de transformações que não aceita”*⁷⁵. A partir de tais argumentos, Devlin conclui que não se pode estabelecer uma barreira fixa contra a criminalização das ditas meras imoralidades, “pois é possível que o desafio à moralidade estabelecida seja tão profundo que a própria existência de uma conformidade no tocante à moral e, com isso, a própria sociedade se veja ameaçada”⁷⁶. De fato, para Devlin, sequer a alegação de que determinados “pecados” afetam, unicamente, o próprio “pecador” é capaz de estabelecer limites teóricos ao poder do Estado de legislar contra as imoralidades, tendo em vista que mesmo condutas como a embriaguez e o vício por jogos de azar, quando praticadas por um grande número de pessoas, podem colocar em risco as instituições sociais⁷⁷.

Nota-se que *Mill também exigia que a intervenção social só alcançasse condutas imorais*, porém seu conceito de imoralidade se distanciava do conceito de Devlin por *só considerar imorais as condutas que causam danos a outras pessoas*. Já Devlin sustentava que o simples fato de determinados padrões de comportamento serem amplamente compartilhados em dada sociedade e fortemente confirmados por sentimentos de intolerância, indignação e repugnância contra condutas contrárias a tais padrões é suficiente para postular a existência de uma moralidade específica apta a ser implementada por meio da lei⁷⁸. Por essa razão, a obra de Devlin é, comumente, interpretada como fundamentada em uma noção de moralidade positiva – a moralidade de fato aceita e compartilhada por um grupo social – e não em uma moralidade crítica, isto é, orientada por princípios gerais aptos a questionar se a moral estabelecida é realmente a melhor⁷⁹.

⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 376.

⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 378.

⁷⁷ DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*, p. 14.

⁷⁸ HART, H. L. A. *Law, Liberty and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1963, p. vii. Segundo Hart, a teoria de Devlin possui uma significativa proximidade com as teorias sociológicas de Durkheim e Parsons.

⁷⁹ HART, H. L. A. *Law, Liberty and Morality*, p. 20. Há discussão sobre se o conceito de moralidade em Devlin era positivo ou crítico: CANE, Peter. Taking Law Seriously: Starting Points of the Hart/Devlin Debate. *The Journal of Ethics*, v. 10, n. 1-2, jan., 2006, p. 28. George observa que, para Devlin, a moral imposta pela lei não precisa ser verdadeira, bastando que os padrões morais sejam socialmente compartilhados. Contudo, isso não significa que Devlin negasse a existência de verdades morais, o que ele negava era a possibilidade do

A mais importante resposta aos argumentos de Devlin veio em três palestras proferidas por Hart na Universidade de Stanford, ao longo do ano de 1962, as quais foram reunidas na obra *Law, Liberty and Morality*⁸⁰. Hart, um dos principais defensores do dogma positivista da separação entre lei e moral⁸¹, recorreu aos escritos de Mill e ao *harm principle* para fundamentar uma posição contrária à criminalização de meras imoralidades não danosas. O teórico diferencia o que ele denomina de *tese moderada* e *tese extremada* do moralismo legal⁸². Segundo a tese moderada, atribuída a Devlin, os valores morais compartilhados devem ser protegidos pela lei como um meio para salvaguardar a sociedade contra o risco de dissolução ou colapso. Já a tese extremada, extraída da obra de James Fitzjames Stephen, sustenta que a moral deve ser protegida em si mesma, independentemente de qualquer consideração sobre o seu valor instrumental para a preservação da sociedade⁸³.

No entanto, ao adotar a retórica da tese moderada, Devlin não oferece nenhuma evidência empírica apta a suportar a alegação de que a imoralidade causa a desintegração social. Sendo tal alegação apresentada, aparentemente, sob a forma de uma *assunção apriorística* e não de uma *afirmação fática que precisa ser comprovada*, a tese moderada de Devlin acaba se convertendo em uma tese extremada. Na ausência de qualquer lastro em evidências empíricas, a alegação de que a imoralidade leva à destruição do tecido social se torna tão desprovida de credibilidade quanto a declaração do Imperador Justiniano de que atos homossexuais eram a causa de terremotos⁸⁴.

Além disso, em muitos casos, é ilógico dizer que aquele que se desvia da moral estabelecida está prejudicando a sociedade. O sul-africano negro que se nega a cumprir as

conhecimento humano alcançar tais verdades. Cf. GEORGE, Robert. Social Cohesion and the Legal Enforcement of Morals: A Reconsideration of the Hart-Devlin Debate. *The American Journal of Jurisprudence*, v. 35, n. 1, 1990, p. 20 e 25. Em razão disso, veremos que Feinberg classifica a postura de Devlin como *conservadorismo moral* e não como *moralismo legal estrito* (ver capítulo 6, tópico 6.3.1, *infra*).

⁸⁰ Anteriormente, Hart já havia debatido o Relatório Wolfenden e a reação de Devlin em dois outros artigos: *Immorality and Treason* (1959) e *The Use and Abuse of the Criminal Law* (1961).

⁸¹ Em 1958, Hart esteve envolvido em outro debate histórico, dessa vez com o jusnaturalista Lon Fuller, que defendia que a moral era a fonte da força vinculante da lei. Cf.: HART, H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, fev., 1958, p. 593–629; FULLER, Lon L. Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, fev., 1958, p. 630–672.

⁸² HART, H. L. A. *Law, Liberty and Morality*, p. 48-49.

⁸³ Essa diferenciação se reflete em outra, feita por Feinberg, entre moralismo penal puro (tese extremada) e moralismo penal impuro (tese moderada). Conferir: capítulo 6, tópico 6.3.1, *infra*.

⁸⁴ HART, H. L. A. *Law, Liberty and Morality*, p. 50. George reinterpreta a teoria da desintegração social de Devlin como uma espécie de tese extremada que não dependeria de evidências empíricas: GEORGE, Robert. Social Cohesion and the Legal Enforcement of Morals, p. 30-36.

regras do *apartheid* que impedem que ele utilize o mesmo transporte público e os mesmos banheiros que os brancos está causando um dano à sociedade? E a mulher indiana que se recusa a cumprir com o *sati*, o antigo costume hindu que obrigava a esposa viúva a se queimar viva na pira funerária de seu marido morto a fim de provar a sua devoção? E a mulher mulçumana que reside em um Estado teocrático conservador e se recusa a utilizar a burca? De fato, tais “subversivos da moral” fazem tanto mal a suas sociedades quanto o homem inglês que, na primeira metade do século XX, mantinha relações sexuais consentidas e em privado com outro homem.

Com efeito, *a profunda transformação ou mesmo a desintegração de uma sociedade comprometida com a cruel perseguição de minorias é algo moralmente melhor do que a sua manutenção*⁸⁵. Por outro lado, a história recente comprova que *sociedades que atravessaram intensas transformações em seu código moral não vivenciaram, concomitantemente, o colapso da sua ordem social*. Nessa linha, George registra que o aumento do pluralismo e da diversidade não arrastou as sociedades modernas à anarquia, sendo que muitas dessas sociedades se caracterizam pela pacificação interna, elevada prosperidade econômica e efetividade de serviços sociais, estando também seguras frente a agressões externas⁸⁶. Ainda que se concorde que uma sociedade só pode sobreviver se seus membros compartilharem determinadas convicções morais, isso não significa que seja necessário que eles compartilhem todas as convicções, para além do mínimo que lhes assegure a convivência pacífica⁸⁷.

Conforme argumenta Hart, a irrelevância do consentimento do ofendido para a configuração de determinados crimes não serve, diferentemente do que pensava Devlin, como argumento em favor do moralismo legal⁸⁸. Isso porque a opção do legislador, nesses casos, é perfeitamente justificada com base em razões paternalistas, sendo que as leis penais paternalistas estão preocupadas em evitar danos, ainda que consentidos, à vida e à saúde das pessoas e não em promover valores morais. Desse modo, verifica-se que Hart se afasta de

⁸⁵ HART, H. L. A. *Law, Liberty and Morality*, p. 19.

⁸⁶ GEORGE, Robert. *Social Cohesion and the Legal Enforcement of Morals*, p. 30.

⁸⁷ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*. The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 4. New York: Oxford University Press, 1990, p. 136.

⁸⁸ HART, H. L. A. *Law, Liberty and Morality*, p. 30-32.

Mill por não limitar os fundamentos legítimos da criminalização ao *harm principle*, admitindo que a lei penal também se oriente por motivações paternalistas⁸⁹.

Ademais, o filósofo do direito destaca que a recomendação feita pelo relatório Wolfenden para que a lei restrinja a prostituição em locais públicas tem como fundamento o caráter ofensivo e não a imoralidade da conduta⁹⁰. Assim, a conduta só é punida quando for capaz de causar perturbação à paz e à tranquilidade públicas. Da mesma forma, a indecência pública é punível em razão do incômodo causado aos transeuntes. Entretanto, para Hart, o desconforto que terceiros venham, eventualmente, a sofrer pelo simples fato de estarem cientes que outras pessoas se comportam em sua intimidade de forma que eles consideram moralmente reprovável ou repugnante não é suficiente para justificar a proibição de condutas privadas não danosas. Afinal, o reconhecimento da liberdade individual como um valor depende de um mínimo de liberdade para agir de forma contrária às preferências alheias e, portanto, ao indivíduo deve ser reservado o direito de, dentro de certos limites, chocar os mais sensíveis e ofender os sentimentos majoritários⁹¹.

O debate entre Hart e Devlin repete, em muitos pontos, o ocorrido, no século XIX, entre o próprio Mill e o jurista britânico Lorde James Fitzjames Stephen⁹². De acordo com o entendimento majoritário, Mill e Hart saíram vencedores desses debates e, com isso, a filosofia liberal e o *harm principle* triunfaram sobre o moralismo legal⁹³. Daí que, ao longo da década de 1960, o princípio do dano se consolidou, no âmbito da doutrina anglo-saxã, como um limite à intervenção do Estado na liberdade individual. As recomendações contidas no relatório Wolfenden levaram, inclusive, à sanção da Lei dos Crimes Sexuais em 1967, válida para a Inglaterra e o País de Gales, que revogou as leis que criminalizaram a sodomia.

⁸⁹ Hart critica a recusa de Mill ao paternalismo: HART, H. L. A. *Law, Liberty and Morality*, p. 32-33.

⁹⁰ HART, H. L. A. *Law, Liberty and Morality*, p. 43-44.

⁹¹ HART, H. L. A. *Law, Liberty and Morality*, p. 47. Conferir, mais adiante, a discussão sobre os requisitos de aplicação do princípio da ofensa (capítulo 6, tópico 6.1, *infra*).

⁹² HARCOURT, Bernard E. *The Collapse of the Harm Principle*, p. 123.

⁹³ HARCOURT, Bernard E. *The Collapse of the Harm Principle*, p. 122; SMITH, Steven D. *The Hollowness of the Harm Principle*. *University of San Diego Public Law and Legal Theory Research Paper Series*. San Diego, n. 17, set., 2004, p. 04-05. Murphy se mostra cético a respeito da opinião majoritária de que, após o debate entre Hart e Devlin, o liberalismo tenha triunfado definitivamente. Para ele, os próprios escritos de Feinberg, nos quais a noção de *wrong* desempenha um importante papel, colocam em dúvida a alegação de que o moralismo legal tenha sido derrotado. Ver: MURPHY, Jeffrie G. *Legal Moralism and Liberalism*. *Arizona Law Review*, v. 37, n. 73, 1995, p. 75.

A legislação penal norte-americana também foi influenciada pelo debate e a consequente consagração do *harm principle*. O modelo de Código Penal de 1962⁹⁴, elaborado pelo *American Law Institute*, dispôs em seu artigo 1.02 que o objetivo da lei penal é “proibir e prevenir conduta que injustificada e inescusavelmente inflija ou ameace infligir dano substancial a interesses individuais ou públicos”⁹⁵. Dispositivos essencialmente similares foram inseridos nas legislações penais de diversos estados, tais como Alabama, Alasca, Delaware, Florida, Geórgia, Nebraska, Nova Jersey, Nova York, Oregon, Pensilvânia, Tennessee, Texas etc.⁹⁶

Ocorre que, ao longo do tempo, vários autores propuseram uma releitura do debate entre Hart e Devlin. Murphy afirma não estar totalmente convencido de que Devlin defendeu o moralismo legal propriamente dito⁹⁷. Isso porque a diferença entre o pensamento de Devlin e o de liberais como Mill e Hart deixa de ser tão marcante quando se considera que *a desintegração social também pode ser interpretada como uma consequência danosa*⁹⁸ da conduta imoral. Nessa visão, o que separa Hart de Devlin seria o fato de que o primeiro toma como referência a produção de dano ao indivíduo enquanto o segundo foca no dano à

⁹⁴ O Código Penal Modelo foi elaborado por um grupo de especialistas, liderados por Herbert Wechsler, com o objetivo de orientar os legisladores no sentido de atualizar e uniformizar a lei penal nos Estados Unidos. Cf. WECHSLER, Herbert. Codification of Criminal Law in the United States: The Model Penal Code. *Columbia Law Review*, v. 68, nº 8, dec., 1968, 1425-1456; ROBINSON, Paul H; DUBBER, Markus D. The American Model Penal Code: a brief overview. *New Criminal Law Review*, v. 10, n. 3, 2007, p. 319-341.

⁹⁵ No original: “(...) to forbid and prevent conduct that unjustifiably and inexcusably inflicts or threatens substantial harm to individual or public interests”.

⁹⁶ HARCOURT, Bernard E. The Collapse of the Harm Principle, p. 136-137.

⁹⁷ MURPHY, Jeffrie G. Legal Moralism and Liberalism, p. 75. Destacando que, antes do início do debate com Hart, Devlin sempre foi considerado um liberal, o que o diferencia do assumidamente antiliberal James Fitzjames Stephen: GEORGE, Robert. Social Cohesion and the Legal Enforcement of Morals: A Reconsideration of the Hart-Devlin Debate, p. 16.

⁹⁸ De forma semelhante, Ambos pondera que Devlin não é tão conservador quanto normalmente se considera e que Hart não é tão progressista quanto aparenta: “el enfoque de Devlin, centrado en los efectos de una determinada conducta (inmoral) en el «tejido social», puede ser fácilmente compatible con el principio preventivo y utilitario de daño que se discutió anteriormente. Por otro lado, la aproximación liberal matizada de Hart tiene un conflicto con su aparente - abiertamente paternalista y por lo tanto no liberal - aceptación de la criminalización de la autolesión («harm to self» [«daño a sí mismo»])” (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. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 10, época 3, jul., 2013, p. 357). Para Edwards, Devlin endossa o *harm principle* de Feinberg ao defender que a lei penal deve evitar um dano, a desintegração social. A diferença é que Feinberg discorda que essa desintegração se qualifique como dano, além de se posicionar criticamente à visão de que condutas imorais e não danosas podem ser criminalizadas. Ver: EDWARDS, James. An Instrumental Legal Moralism. In: GARDNER, John; GREEN, Leslie; LEITER, Brian (ed.). *Oxford Studies in Philosophy of Law*. V. 3. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 156.

sociedade como um todo⁹⁹. Além disso, a tese de que a imoralidade pode causar a desintegração social não seria assim tão esdrúxula que permitisse afirmar, seriamente, que tal risco esteja excluído de antemão¹⁰⁰. Se a tese da desintegração social de Devlin carece de sustentação em evidências empíricas, o mesmo também pode ser dito das obras de Mill e Hart ao defenderem que restringir a criminalização a condutas danosas maximiza a liberdade e, por conseguinte, favorece o progresso humano¹⁰¹.

Autores como Gerald Dworkin argumentam que Devlin tinha razão ao afirmar que *não é possível estabelecer, por princípio, uma diferenciação entre condutas imorais e condutas danosas* e, a partir disso, restringir os limites da criminalização legítima apenas a essas últimas¹⁰². Na mesma linha, Ronald Dworkin esclarece que o problema não é Devlin levar em conta a moralidade comum ao apurar a legitimidade da lei penal e sim o que conta como moralidade comum para Devlin¹⁰³. Assim, Devlin acertou ao defender que o legislador está autorizado a criminalizar condutas com base apenas na sua imoralidade, mas errou ao sustentar que a prática de atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo pode ser considerada imoral para esse fim. Tal erro teria resultado da confusão pelo juiz inglês entre a moral de uma sociedade e a moral majoritária¹⁰⁴.

⁹⁹ HARCOURT, Bernard E. *The Collapse of the Harm Principle*, p. 125. O autor salienta que a ambiguidade da obra de Devlin permite duas interpretações do seu argumento, a primeira baseada em uma versão modificada do *harm principle* focada na ideia de danosidade social e a segunda baseada no moralismo legal. Também no sentido de que tanto o debate Stephen-Mill quanto o debate Devlin-Hart não foram debates entre o *harm principle* e o moralismo legal e sim sobre o que vale como dano e que tipo de dano pode justificar a criminalização de condutas: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. *Introduction: The Boundaries of the Criminal Law*, p.18.

¹⁰⁰ MURPHY, Jeffrie G. *Legal Moralism and Liberalism*, p. 77. No mesmo sentido: GREENAWALT, Kent. *Legal Enforcement of Morality*. *Journal of Criminal Law and Criminology*. Northwestern University, v. 85, n. 3, winter, 1995, p. 723-724. Todavia, esse último reconhece que, tendo em vista a capacidade das sociedades de se adaptarem às mudanças, faz sentido o ceticismo de Hart em relação à tese da desintegração social de Devlin.

¹⁰¹ MURPHY, Jeffrie G. *Legal Moralism and Liberalism*, p. 77. Igualmente: CANE, Peter. *Taking Law Seriously: Starting Points of the Hart/Devlin Debate*, p. 31. O próprio Devlin faz essa crítica a Mill: “It is dogmatic to say that if only we were all allowed to behave just as we liked so long as we did not injure each other, the world would become a better place for all of us. There is no more evidence for this sort of Utopia than there is for the existence of Heaven and there is nothing to show that the one is any more easily attained than the other.” (DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*, p. 123).

¹⁰² DWORKIN, Gerald. *Devlin was Right: Law and the Enforcement of Morality*. *William & Mary Law Review*, v. 40, n. 926, 1999, p. 928.

¹⁰³ DWORKIN, Ronald. *Lord Devlin and the Enforcement of Morals*. *The Yale Law Journal*, v. 75, n. 6, may, 1966, p. 1001.

¹⁰⁴ Da mesma forma, Murphy critica a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no precedente *Bowers v. Hardwick*, em que se afirmou a constitucionalidade de lei penal que punia a prática de atos libidinosos entre pessoas do mesmo sexo, por confundir racionalidade e moralidade com majoritarismo: MURPHY, Jeffrie G. *Moral Reasons and the Limitation of Liberty*. *William & Mary Law Review*, v. 40, n. 3, 1999, p. 957. Em sentido

Na perspectiva de Cane, o fato de Devlin ter desenvolvido seu raciocínio com o fim de se opor justamente à descriminalização das práticas homossexuais facilitou a formação de um consenso crítico entre os teóricos contra as suas ideias¹⁰⁵. Se o debate houvesse se desenvolvido em torno de outro caso concreto, a aversão às opiniões de Devlin não seria tão intensa e ele, certamente, não amargaria uma derrota tão avassaladora. É provável que, pelo menos, parte daqueles que se viram obrigados a se postar no debate ao lado de Hart entendia que, conquanto as práticas sexuais entre pessoas do mesmo sexo, em específico, não sejam da conta da lei nem da moral, condutas podem sim ser criminalizadas com base exclusivamente em sua imoralidade¹⁰⁶. O erro de Devlin foi considerar que toda conduta que desperta repulsa entre parte da população é necessariamente imoral, quando ela pode ser moralmente neutra¹⁰⁷. Certo é que a correlação entre desaprovação social e imoralidade não se confirma em casos como a homossexualidade na Inglaterra dos anos 1950 e, para citar outro exemplo, as relações amorosas inter-raciais nos Estados Unidos da década de 1960.

Ademais, alguns autores ressaltam que Devlin estava, fundamentalmente, preocupado em definir como deve o legislador democrático agir nos casos em que há controvérsia séria e razoável a respeito dos limites da lei penal¹⁰⁸. Por isso, na visão de Murphy, Devlin estava tão comprometido com a democracia quanto Mill¹⁰⁹, mas dele se distanciava por entender que o *harm principle* não seria suficiente para solucionar esse tipo de controvérsia. Assim, o principal ponto em que a obra de Devlin se opõe a Mill pode ser resumido da seguinte forma: *o potencial danoso de determinada conduta para os interesses de outra pessoa é apenas uma das razões aptas a fundamentar a sua criminalização e não a única*.

O próprio Feinberg critica parcialmente a resposta de Hart a Devlin. Para o filósofo, não é correto interpretar a posição liberal como se ela importasse em atribuir ao direito penal

oposto, entendendo que a noção de moralidade em Devlin não é uma mera questão de “contar votos”: CANE, Peter. *Taking Law Seriously: Starting Points of the Hart/Devlin Debate*, p. 29-30.

¹⁰⁵ Dworkin ressalta que, desde a publicação da obra *The Enforcement of Morals*, Devlin defendeu publicamente a modificação de leis discriminatórias que perseguiam pessoas homossexuais no Reino Unido: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 372.

¹⁰⁶ CANE, Peter. *Taking Law Seriously: Starting Points of the Hart/Devlin Debate*, p. 27.

¹⁰⁷ STANTON-IFE, John. *Horrific Crime*. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. *The Boundaries of the Criminal Law*, p. 142.

¹⁰⁸ CANE, Peter. *Taking Law Seriously: Starting Points of the Hart/Devlin Debate*, p. 36.

¹⁰⁹ MURPHY, Jeffrie G. *Legal Moralism and Liberalism*, p. 84.

uma finalidade puramente não moral¹¹⁰. O objetivo do sistema penal não é simplesmente minimizar danos, mas servir a um propósito profundamente moral: a *proteção de direitos morais*. Se a única preocupação do liberal fosse prevenir danos inúteis, não haveria sentido em fazer oposição ao paternalismo legal. É, por isso, que Hart recusa leis penais motivadas por razões moralistas, mas não paternalistas. Com isso, ele se afasta não só de Mill, mas também de Feinberg e outros defensores atuais do *harm principle*. Para esses últimos, o *harm principle* e demais princípios que fundamentam a restrição da liberdade em boas razões liberais são *princípios morais*, pois só autorizam a proibição de condutas que configuram *injustos morais*. A questão é que dizer que o sistema penal persegue fins morais não implica que todo e qualquer fim moral possa ser perseguido em moldes liberais¹¹¹. Por certo, *a mera preservação de um estilo de vida em conformidade com a moralidade positiva, diversamente do sustentado por Devlin, não constitui um propósito moral passível de ser legitimamente assumido pela coerção legal*.

1.3 O *harm principle* perfeccionista de Joseph Raz

Discípulo de Hart, o filósofo do direito Joseph Raz reinterpreta o *harm principle* de uma maneira que, como ele mesmo reconhece, é consideravelmente diferente da interpretação tradicionalmente feita pela filosofia moral e política. Isso porque a sua versão do princípio do dano se vincula ao que ele denomina de *liberalismo perfeccionista*, o qual se opõe ao *liberalismo neutro* defendido por filósofos contemporâneos como John Rawls, Ronald Dworkin e o próprio Joel Feinberg. Assim, o *fundamento negativo* do *harm principle perfeccionista* é retirado justamente da rejeição ao *ideal de neutralidade*, isto é, à ideia de que a lei deve se manter neutra em relação às concepções rivais de vida boa que os membros de uma comunidade podem eleger para si¹¹². Já o *fundamento positivo* desse *harm principle* é fornecido pelo *ideal de tolerância baseado na autonomia*¹¹³. Para Raz, a autonomia é um dos

¹¹⁰ FEINBERG, Joel. Some Unswept Debris from the Hart-Devlin Debate. *Synthese*, v. 72, n. 2, 1987, p. 257.

¹¹¹ FEINBERG, Joel. Some Unswept Debris from the Hart-Devlin Debate, p. 257-258.

¹¹² SADURSKI, Wojciech. Joseph Raz on Liberal Neutrality and the Harm Principle. *Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy*, v. 48, 1989, p. 64.

¹¹³ Ambos afirma que o enfoque de Raz na autonomia prepara o terreno para o princípio da soberania, posteriormente formulado por Ripstein (AMBOS, Kai. *Bien Jurídico y Harm Principle: Bases Teóricas para*

elementos constitutivos de uma vida boa, sendo definida como a capacidade de determinar o curso da própria vida. Essa capacidade exige que o indivíduo disponha de um conjunto adequado de opções, mas não impõe a presença de nenhuma opção em particular¹¹⁴. O valor da tolerância está em assegurar a viabilidade de projetos de vida plurais, igualmente valiosos, mas inconciliáveis entre si.

O conceito de dano em Raz consiste em privar alguém de alguma dessas opções, de seu valor ou da habilidade de usá-las¹¹⁵. Desse modo, só há dano se houver prejuízo para o bem-estar futuro do indivíduo, isto é, se as suas perspectivas forem adversamente afetadas¹¹⁶. Por isso, não são consideradas danosas condutas que, embora ofensivas e repreensíveis, não têm como consequência a *redução das oportunidades que uma pessoa possui ou a frustração dos projetos por ela perseguidos*. No entanto, para Raz, a *autonomia não tem valor per se*, mas apenas na medida em que serve à persecução de uma vida boa do ponto de vista moral, ou seja, quando o indivíduo a aproveita para investir em projetos e relacionamentos aceitáveis e valiosos¹¹⁷. Como resultado, o conceito raziano de dano não inclui a falha em preservar ou proteger capacidades e oportunidades que tornariam a vida do indivíduo moralmente pior e não melhor.

É evidente que a versão do *harm principle* advinda dessa compreensão particular sobre autonomia se afasta da visão convencional que atribui ao princípio do dano um viés antipaternalista. Raz se opõe à ideia de que o respeito pela autonomia impõe uma *doutrina da liberdade política antiperfeccionista* e, por conseguinte, impede a intervenção do Estado na autonomia privada a fim de favorecer determinada concepção de vida boa¹¹⁸. Dessa forma, o autor rechaça o argumento de Mill de que as decisões do indivíduo a respeito do próprio bem-

Determinar la “Función Global” del Derecho Penal Internacional, p. 362). Trataremos do princípio da soberania no capítulo 4, tópico 4.3.1.

¹¹⁴ RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 407-409. Ver também: RAZ, Joseph. Autonomy, Toleration, and the Harm Principle. In: MENDUS, Susan (ed.). *Justifying Toleration. Conceptual and Historical Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 156.

¹¹⁵ RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*, p. 413; RAZ, Joseph. Autonomy, Toleration, and the Harm Principle, p. 169.

¹¹⁶ RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*, p. 414: “To harm a person is to diminish his prospects, to affect adversely his possibilities (...) one harms another when one's action makes the other person worse off than he was, or is entitled to be, in a way which affects his future well-being.” Como se verá mais adiante, o conceito raziano de dano parte de uma perspectiva centrada nos projetos de longo prazo do sujeito, sendo que uma noção aproximada também pode ser extraída da obra de Feinberg. Ver capítulo 2, tópico 2.2.1, *infra*.

¹¹⁷ SADURSKI. Wojciech. Joseph Raz on Liberal Neutrality and the Harm Principle, p. 75.

¹¹⁸ RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*, p. 400.

estar devem se sobrepor às decisões da coletividade porque essas últimas tendem mais a erros do que acertos. Para ele, *escolhas de vida moralmente condenáveis ou desprezíveis não se convertem em boas escolhas pelo simples fato de serem autônomas*.

Na teoria de Raz, o Estado pode perseguir fins morais, mas, como a moralidade promovida pelo Estado deve tomar a autonomia pessoal como um ingrediente essencial do ideal de vida boa, esses fins não devem ser buscados por qualquer meio. Afinal, a coerção também invade a autonomia individual, expressando uma relação de dominação e uma atitude de desrespeito pela independência daquele que tem suas opções reduzidas¹¹⁹. Logo, a coerção só deve ser utilizada com o fim de prevenir dano, pois a restrição da autonomia individual apenas se justifica quando essa restrição é capaz de proteger a autonomia de outros ou do próprio agente no futuro.

Com efeito, o princípio da autonomia em Raz é um *princípio perfeccionista*, assim como o princípio do dano que nele se fundamenta. Daí que a autonomia só é valorizada quando utilizada na persecução de projetos e relacionamentos aceitáveis e valiosos¹²⁰. Por essa razão, o *harm principle* de Raz admite a intervenção penal paternalista, ou seja, o uso da coerção com o fim de prevenir danos para o bem-estar do próprio agente. Nesses casos, diferentemente das situações em que a coerção é empregada para coibir condutas não danosas, a limitação imediata da autonomia do agente é compensada por um ganho em autonomia em longo prazo. Na análise do filósofo, a redução atual de opções é contrabalanceada pela preservação de opções futuras.

Contudo, Stanton-Ife observa que a coerção nem sempre reduz a autonomia do indivíduo ou, pelo menos, não no sentido que o próprio Raz compreende a violação da autonomia¹²¹. Assim, por exemplo, aquele que deixa de cometer um furto por temer a punição não está abrindo mão de uma opção valiosa de conduta, de forma que ele continua a dispor de um conjunto adequado de escolhas. Diante disso, verifica-se que, embora Raz se esforce por

¹¹⁹ RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*, p. 418-419.

¹²⁰ RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*, p. 417; RAZ, Joseph. *Autonomy, Toleration, and the Harm Principle*, p. 173.

¹²¹ STANTON-IFE, John. What is the Harm Principle for? *Criminal Law and Philosophy*, v. 10, n. 2, 2016, p. 333.

afastar as raízes utilitaristas do *harm principle*, a sua defesa do princípio não é uma implicação necessária de sua premissa perfeccionista¹²².

Por outro lado, Ambos afirma que o conceito de dano em Raz tem dificuldade de abarcar as condutas praticadas contra indivíduos que não podem ser considerados autônomos no sentido especificamente atribuído pelo autor ao termo¹²³. É o caso de crianças muito pequenas e de pessoas com graves deficiências cognitivas, as quais, embora não disponham dessa capacidade de legislar para si mesmos e ditar os rumos de sua própria vida, claramente necessitam de uma proteção especial. Tal definição de autonomia possui essa desvantagem quando comparada ao conceito naturalístico de liberdade como livre arbítrio, liberdade essa que pode ser atribuída a todo e qualquer ser humano independentemente de qualquer capacidade especial e, portanto, poderá sempre figurar como objeto do dano.

Além disso, a teoria de Raz atrai a simpatia de muitos conservadores, pois o seu *harm principle* abraça o paternalismo penal e não exclui, de antemão, o paternalismo moral¹²⁴. Certamente, a aplicação dessa teoria a debates sobre a proibição do incesto, da pornografia e da prostituição, por exemplo, pode levar a soluções diversas das defendidas por outros filósofos liberais. Isso porque, caso tais comportamentos não sejam tidos como parte de um conjunto adequado de opções valiosas, não haverá razão para tolerá-los e a sua proibição, ainda que por meio do direito penal, não violará a autonomia individual em sentido raziano¹²⁵. Portanto, *um princípio do dano de perfil perfeccionista não garante a liberdade individual contra a criminalização de autolesões nem de meras imoralidades que não invadem direitos de outras pessoas*.

A conclusão é que o argumento utilizado por Raz para endossar o *harm principle* como limite à coerção penal se sustenta em bases demasiadamente frágeis. Por exemplo, aquele que adota a concepção perfeccionista de autonomia pode estar disposto a admitir o uso da coerção para proibir meras imoralidades, caso essa proibição leve a um ganho e não a uma perda *on balance* em autonomia. Afinal, a alegação de que o uso exclusivo da coerção para

¹²² DRIPPS, Donald A. The Liberal Critique of the Harm Principle. *Criminal Justice Ethics*, v. 17, n. 2, 1998, p. 7.

¹²³ AMBOS, Kai. Bien Jurídico y Harm Principle: Bases Teóricas para Determinar la “Función Global” del Derecho Penal Internacional, p. 362-363.

¹²⁴ DRIPPS, Donald A. The Liberal Critique of the Harm Principle, p. 7.

¹²⁵ TIZNADO, Juan Pablo Zambrano. Tolerancia, Autonomía e Inmoralidades “Inofensivas” o “Sin Víctimas”. *Crítica. Revista Hispanoamericana de Filosofía*, v. 43, n. 128, 2011, p. 82.

prevenir dano promove mais do que restringe a autonomia pessoal é uma questão empírica que depende de um cálculo complexo envolvendo as consequências das escolhas do legislador, sendo que o teórico dificilmente estará em condições de realizar tal cálculo em abstrato. Portanto, o *harm principle* perfeccionista de Raz, assim como o *harm principle* utilitarista de Mill, parte da premissa indemonstrável de que o exercício da liberdade individual sempre produzirá mais bem do que mal, desde que não produza dano¹²⁶.

1.4 O *harm principle* entre o consequencialismo utilitarista e a deontologia

O pensamento de Mill foi inspirado pela concepção aristotélica de felicidade¹²⁷ e pela noção de individualidade em Humboldt¹²⁸. No entanto, é a influência do *utilitarismo* de Jeremy Bentham (1748-1832) que mais atrai a atenção daqueles que se debruçam sobre a sua obra¹²⁹. De fato, apesar de rejeitar a ideia de cálculo racional do bem comum como a máxima felicidade para o maior número – por entender que a diversidade de experiências humanas impossibilita a aferição objetiva da felicidade¹³⁰ – Mill herdou aspectos importantes do ideário utilitarista, tais como a convicção no progresso humano e a oposição à teoria do contrato social e à doutrina do direito natural¹³¹.

O *utilitarismo de Bentham* postula que a lei moralmente correta é aquela que tem como objetivo a maximização da felicidade do maior número e que, nesse escopo, busca incrementar o prazer e evitar a dor dos indivíduos¹³². Assim, para Bentham, o legislador deve promover a utilidade a partir da produção da maior satisfação humana possível a custo do menor sofrimento possível. É correto dizer que, nessa visão, dano é entendido como a

¹²⁶ DRIPPS, Donald A. *The Liberal Critique of the Harm Principle*, p. 7.

¹²⁷ Em sua *Ética a Nicômaco*, Aristóteles define felicidade, finalidade última de todo ser humano, como sinônimo de vida humana próspera (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4ª ed. São Paulo: Nova Cultura, 1991).

¹²⁸ HUMBOLDT, Wilhelm Freiherr von. *The Limits of State Action*. Edited by John Wyon Burrow. Carmel: Liberty Fund, 1993.

¹²⁹ O pai de John Stuart Mill, James Mill, também foi um teórico do utilitarismo e amigo de Bentham.

¹³⁰ ABRANCHES, Aparecida Maria. *John Stuart Mill: a Luta contra a Opressão*, p. 292-293.

¹³¹ MILL, John Stuart. *On Liberty*, p. 75.

¹³² BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Kitchener: Batoche Books, 2000. O princípio utilitarista segundo o qual o objetivo último de toda legislação é a maior felicidade possível para o maior número de pessoas já estava presente em Beccaria. Ver: BECCARIA, Cesare Bonesana, *marchese di. Dos Delitos e das Penas*.

*causação de dor ou a privação de prazer*¹³³. Todavia, há outras correntes dentro do utilitarismo¹³⁴ que, diferentemente da perspectiva hedonista de Bentham, não identificam o bem-estar humano à simples presença de prazer e ausência de dor¹³⁵.

A fim de tratar todos como iguais em consideração e respeito, o utilitarismo benthamiano atribui idêntico valor no cálculo da máxima utilidade aos elementos que compõem o bem-estar de cada indivíduo. Historicamente, essa teoria moral está ligada a *ideais progressistas e humanistas*, porquanto enfatiza a importância do bem-estar humano e da igualdade de tratamento, bem como desafia aqueles que dizem estar autorizados pela moralidade a restringir a liberdade individual a basear suas demandas em argumentos racionais e não mais no preconceito e na superstição¹³⁶.

O utilitarismo de Bentham – e, como se verá, também o de Mill – é um tipo de *doutrina consequencialista*. O consequencialismo tem como premissa a não existência de ações moralmente boas ou más em si mesmas, mas apenas ações que produzem boas ou más consequências. Por isso, aquele que condena determinada conduta como moralmente injusta tem o ônus de apontar quem foi negativamente afetado pela conduta, isto é, deve mostrar que a vida de alguém se tornou pior por causa dessa conduta. Da mesma forma, uma conduta só pode ser considerada moralmente boa se houver mudado a vida de alguém para melhor¹³⁷.

¹³³ Esse conceito hedonista de dano é inspirado pelo ideal de felicidade em Epicuro. Cf. EPICURO. Carta sobre a felicidade (a Meneceu). Trad. e apresent. de Álvaro Lorencini e Enzo Del Carratore. São Paulo: UNESP, 1997.

¹³⁴ Não é nosso objetivo aqui apresentar uma análise completa e aprofundada do pensamento utilitarista. Para maiores detalhes, conferir: SCARRE, Geoffrey. *Utilitarianism*. New York: Routledge, 1996; SHAW, William. *Contemporary Ethics: Taking Account of Utilitarianism*. Oxford: Blackwell, 1998; LYONS, David. *Forms and Limits of Utilitarianism*. Oxford: Oxford University Press, 1965; SMART, J.J.C. An Outline of a System of Utilitarian Ethics. In: SMART, J.J.C.; WILLIAMS, Bernard. *Utilitarianism: For and Against*. Cambridge: Cambridge University Press, 1973, p. 03-76.

¹³⁵ Algumas definições não hedonistas de utilidade são: a) a lei deve promover uma variedade de estados mentais valiosos e não apenas aqueles prazerosos; b) a utilidade é incrementada mediante a satisfação das preferências humanas, independente de quais sejam, e não pela promoção de estados mentais e c) como nem todas as nossas preferências contribuem para nosso bem-estar, as preferências humanas que devem ser satisfeitas para incrementar a utilidade são apenas aquelas racionais ou informadas. KYMLICKA, Will. *Contemporary Political Philosophy: an Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 14-20.

¹³⁶ KYMLICKA, Will. *Contemporary Political Philosophy: an Introduction*, p. 12. Conforme expõe Kymlicka: “The original utilitarians were ‘Philosophical Radical’ who believed in a complete rethinking of English society, a society whose practices they believed were the product not of reason, but of feudal superstition. Utilitarianism, at that time, was identified with progressive and reform-minded political programme – the extension of democracy, penal reform, welfare provisions, etc.” (KYMLICKA, Will. *Contemporary Political Philosophy: an Introduction*, p. 45-46). No mesmo sentido: RACHELS, James; RACHELS, Stuart. *The Elements of Moral Philosophy*. 7ª ed. New York: McGraw-Hill, 2012, p. 98-99.

¹³⁷ KYMLICKA, Will. *Contemporary Political Philosophy: an Introduction*, p. 11. Apesar de sua aparente simplicidade, o consequencialismo é uma corrente complexa com distintas vertentes. Conferir: BRINK, David.

O *utilitarismo de Mill* enfatiza, em lugar do binômio prazer-dor, as noções de satisfação e frustração de preferências. Isso se deve ao fato de Mill não exaltar simples prazeres sensoriais, diferenciando prazeres mais e menos evoluídos¹³⁸. Para Bentham, o prazer proporcionado pelos jogos de azar, pela prostituição e pela luta-livre, por exemplo, estão no mesmo patamar que o prazer proporcionado pela poesia. Já o utilitarismo de Mill não inclui no conceito de bem-estar humano todo e qualquer sentimento irrefletido de felicidade, ocupando-se da satisfação de prazeres mais elevados e menos vulgares. Daí que dano é compreendido por Mill como a frustração de preferências e não mais como a infligência de dor. Trata-se de uma concepção subjetiva de dano, já que é a partir dos valores pessoais do próprio afetado que se afirma a ocorrência ou não de uma mudança para pior na sua vida¹³⁹.

A teoria milliana se diferencia do utilitarismo de Bentham, ainda, por entender alguns *direitos individuais como trunfos que se sobrepõem a argumentos utilitários*, só podendo ceder perante outros direitos de mesma importância¹⁴⁰. Desse modo, Mill defende a inviolabilidade da liberdade de consciência, da liberdade religiosa e da liberdade de expressão, mesmo que o exercício dessas liberdades cause danos a outras pessoas¹⁴¹. Na obra *Utilitarianism*, o autor define direitos como tudo que é possuído por um indivíduo e que deve ser protegido em razão dos benefícios que proporciona à sociedade, que sofreria perdas caso esse direito fosse negado¹⁴². Todavia, alguns autores observam que, apesar de afirmar a existência de direitos absolutos, o conceito de direito em Mill está tão subordinado à própria noção de utilidade quanto a noção de dano¹⁴³. Isso porque somente as liberdades que levam à

O. Utilitarian Morality and the Personal Point of View. *Journal of Philosophy*, n. 83; 1986, p. 417–438; BENNETT, Jonathan. Two Departures from Consequentialism. *Ethics*, n.100, 1989, p. 54–66; DARWALL, Stephen L. (ed.). *Consequentialism*. Oxford: Blackwell, 2003; BROWN, Campbell. Consequentialize This. *Ethics*, n. 121, v. 4, 2011, p. 749-771.

¹³⁸ EPSTEIN, Richard. The Harm Principle – And How it Grew, p. 374. Apesar de se aproximar mais do conceito de felicidade em Aristóteles, o próprio Mill reconhece, nesse ponto, a influência da filosofia de Epicuro: MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. Portland: The Floating Press, 2009, p. 15-16.

¹³⁹ SMITH, Steven D. The Hollowness of the Harm Principle, p. 23. Conforme assevera Smith: “the idea seems consistent with the liberal desire to respect the values people in fact have rather than to dictate to them the values they *should* have” (SMITH, Steven D. Is the Harm Principle Illiberal?, p. 24).

¹⁴⁰ RICHARDS, A. J. Commercial Sex and the Rights of the Person: A Moral Argument for the Decriminalization of Prostitution. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, n. 5, may, 1979, p. 1227.

¹⁴¹ EPSTEIN, Richard. The Harm Principle – And How it Grew, p. 374.

¹⁴² MILL, John Stuart. *Utilitarianism*, p. 97.

¹⁴³ GREENAWALT, Kent. Legal Enforcement of Morality, p. 717; HARCOURT, Bernard E. The Collapse of the Harm Principle, p. 187.

escolha de experiências que propiciam o florescimento e o progresso humano merecem ser reconhecidas como autênticos direitos.

Nota-se que *Devlin também se apresenta como um utilitarista*, como se vê da seguinte passagem: “A liberdade não é um bem em si mesmo. Acreditamos que seja algo bom porque da liberdade vem mais bem do que mal. (...) Mas nada de bom pode vir de um homem fazendo o que ele reconhece ser mal. (...) Liberdade para fazer o que você sabe ser ruim é inútil”¹⁴⁴. Gerald Dworkin concorda que Devlin geralmente soa como um consequencialista, mas ressalta que o consequencialismo de Devlin se distancia de Mill por não hesitar em abarcar as consequências indiretas e de longo prazo dos comportamentos humanos¹⁴⁵. Por essa razão, Murphy entende que a intenção de Devlin não era desafiar o liberalismo a partir da perspectiva do moralismo legal e sim explorar a tensão, inerente ao próprio liberalismo, entre liberdade individual e valores utilitários majoritários¹⁴⁶.

Segundo Turner, a defesa da liberdade em Mill se baseia no *harm principle* apenas em um primeiro estágio, pois, em um segundo momento, a conduta deve ser analisada a partir de considerações utilitaristas a respeito do valor social da individualidade e do progresso. Essa seria a razão de Mill não ter se preocupado em construir um conceito bem delimitado de dano, o qual se mostra desnecessário na medida em que a liberdade não é assegurada exclusivamente pelo *harm principle*¹⁴⁷. Na visão de Turner, é o princípio utilitarista e não o princípio do dano que desaconselha, por exemplo, a interferência em condutas que causam danos sem violar direitos¹⁴⁸. Contudo, Harcourt ressalta que o *harm principle* suplementado pelo princípio da utilidade ao progresso humano acabou por fazer com que Mill admitisse um excesso de regulação social, chegando ao ponto de endossar até mesmo leis que restringem a procriação entre casais pobres¹⁴⁹.

Não obstante a sua inegável popularidade, a defesa utilitarista do *harm principle* feita por Mill é alvo de diversas críticas. Em primeiro lugar, alega-se que uma teoria da criminalização de viés utilitarista é incompatível com uma teoria retributivista da pena, cujo

¹⁴⁴ DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*, p. 108. No original: “Freedom is not a good in itself. We believe it to be good because out of freedom there comes more good than bad. (...) But no good can come from a man doing what he acknowledges to be evil. (...) Freedom to do what you know to be bad is worthless.”

¹⁴⁵ DWORKIN, Gerald. Devlin was Right: Law and the Enforcement of Morality, p. 931 e 935.

¹⁴⁶ MURPHY, Jeffrie G. Legal Moralism and Liberalism, p. 76.

¹⁴⁷ TURNER, Piers Norris. “Harm” and Mill’s Harm Principle, p. 301.

¹⁴⁸ TURNER, Piers Norris. “Harm” and Mill’s Harm Principle, p. 305.

¹⁴⁹ HARCOURT, Bernard E. The Collapse of the Harm Principle, p. 188.

cerne é a ideia de merecimento de pena e não a de utilidade da punição¹⁵⁰. Em segundo lugar, como toda conduta produz mais do que uma única consequência, o consequencialismo de Mill não explica porque devem ser consideradas relevantes apenas as consequências diretas e de curto prazo. Em verdade, na época em que Mill escreveu, não se poderia imaginar que os danos indiretos e remotos passariam a ter uma importância ímpar como nas atuais sociedades modernas pós-revolução tecnológica. Nesse contexto, conforme pondera Greco, um consequencialismo restrito às consequências diretas das condutas humanas “deixa de ser atraente em especial nos âmbitos em que parece ter maior poder de convencimento, isto é, em assuntos relativos ao meio ambiente e às gerações futuras”¹⁵¹.

Outras críticas formuladas ao consequencialismo utilitarista, de forma geral, também merecem ser destacadas¹⁵². Por um lado, o utilitarismo clássico desconsidera os direitos e deveres dos indivíduos no cálculo final da utilidade ao atribuir exatamente o mesmo peso à promoção do bem-estar de todos os seres humanos, não importando quais sejam as circunstâncias concretas. Uma vez que só as consequências da conduta são relevantes para julgá-la como correta ou errada, o fato de um dos envolvidos ter direito a algo ou o dever de agir de determinada forma é deixado de fora desse julgamento¹⁵³. Por outro lado, fato é que as consequências da conduta, em alguns casos, são meras questões de fundo e não a preocupação principal do julgamento moral. Assim, por exemplo, descumprir uma promessa não é errado porque causa sentimentos de ressentimentos, mas, pelo contrário, o ressentimento é decorrência da injustiça do descumprimento da promessa.

Para um utilitarista genuíno – o que não parece ser, em algumas passagens, o caso de Mill – *direitos e deveres não existem previamente ao cálculo de utilidade*. Porém, subordinar a moralidade de toda e qualquer conduta a um complexo cálculo utilitário inviabilizaria a vida em sociedade, criaria extrema insegurança e propiciaria abusos. Afinal, partindo desse pressuposto, uma pessoa estaria autorizada a se negar a pagar contas sob a alegação de que os credores não têm direito ao pagamento da dívida e ele não tem o dever de quitá-la porque doar

¹⁵⁰ TOMLIN, Patrick. *Retributivists! The Harm Principle is not for you!*, p. 283.

¹⁵¹ GRECO, Luís. *A Crítica de Stuart Mill ao Paternalismo*, p. 90.

¹⁵² Para um maior aprofundamento nas críticas e defesas ao utilitarismo, conferir: SEN, Amartya; WILLIAMS, Bernard (eds.). *Utilitarianism and Beyond*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982; ALLISON, Lincoln (ed.). *The Utilitarian Response: The Contemporary Viability of Utilitarian Political Philosophy*. London: Sage Publications, 1990. A teoria da justiça de Rawls pode ser lida como uma resposta ao utilitarismo benthamiano: LYONS, David. Rawls Versus Utilitarianism. *The Journal of Philosophy*, v. 69, n. 18, 1972, p. 535-545.

¹⁵³ RACHELS, James; RACHELS, Stuart. *The Elements of Moral Philosophy*, p. 111-117.

esse mesmo dinheiro para a caridade geraria mais utilidade do que o pagamento da dívida. Além disso, o utilitarismo não esclarece como propõe mensurar os mais diversos prazeres e dores humanas nem fornece ferramentas aptas a essa tarefa. Segundo Husak, tais deficiências suplantam qualquer tentativa de implantação de uma agenda puramente utilitarista para o direito penal, conquanto seja inegável a influência do utilitarismo em argumentos como o de que punir danos provocados com o consentimento do afetado é ineficaz e contraproducente¹⁵⁴.

No mais, o utilitarismo pode se mostrar incrivelmente exigente em termos de sacrifício individual demandado para a promoção do bem alheio. Alguns exemplos famosos ilustram bem essa crítica: 1) pela lógica utilitarista, o médico que nega tratamento a um paciente e permite que ele morra para que os seus órgãos sejam doados para salvar as vidas de outros cinco pacientes age corretamente; 2) é também compatível com a moral utilitarista a conduta da pessoa que mata um terceiro ao empurrá-lo na frente de um carro desgovernado, salvando a vida de outras cinco pessoas que estavam na trajetória do veículo e seriam atropeladas e 3) da mesma forma, admite-se que uma pessoa sabidamente inocente seja condenada criminalmente a fim de fazer cessar uma onda de vendetas privadas iniciadas depois que um homicídio ficou impune.

Portanto, as soluções alcançadas, em alguns casos, pela aplicação rígida do princípio utilitarista conflitam com as mais básicas intuições humanas a respeito da moralidade. Para um utilitarista radical, o fato de uma multidão de pessoas se divertir com a batalha de gladiadores na Roma antiga, por exemplo, torna tal espetáculo cruel mais aceitável moralmente e não menos como pensaria um não utilitarista. Outros exemplos mais atuais também podem ser pensados. Se a tortura de acusados aumentasse a utilidade global ao possibilitar que se desvendasse a autoria de um maior número de crimes graves e, por conseguinte, permitisse a punição de seus responsáveis, isso autorizaria dada sociedade a instituir a tortura como método de investigação? E se punir com a prisão, ou mesmo com a morte, homossexuais, transexuais e outras minorias realmente aumentasse a utilidade ao maximizar a felicidade do maior número de pessoas em determinada sociedade, isso significa que a lei poderia legitimamente fazê-lo? Um utilitarista puro teria que responder afirmativamente a ambas as questões.

¹⁵⁴ HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización*. Los Límites del Derecho Penal. Trad. Rocío Lorca Ferreccio. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 282-284.

Exemplos como esses levaram à superação do denominado *utilitarismo de atos* e à transição ao *utilitarismo de regras*. Na perspectiva desse último, o princípio utilitarista é um critério de aferição da moralidade da lei e não das condutas humanas, isto é, cabe ao legislador a promoção da utilidade de forma geral quando da criação das normas e não ao indivíduo orientar a sua conduta em específico com vistas a promover a utilidade¹⁵⁵. Conforme se extrai de algumas interpretações, a teoria de Mill seria uma modalidade de utilitarismo de regras, porquanto não limitava a coerção social a condutas danosas, mas exigia que a intervenção na liberdade humana prevenisse dano.

Ao consequencialismo e ao utilitarismo é comum que se contraponham as *teorias morais deontológicas*. Em linhas gerais, a deontologia sustenta que determinadas condutas são sempre moralmente proibidas, não importando o quão boas sejam as consequências de tais condutas¹⁵⁶. Para um deontologista, o que torna uma ação correta é a sua conformidade a uma norma moral e não as suas consequências, pois aquilo que é correto tem prioridade sobre aquilo que é bom. Daí que as condutas moralmente corretas não necessariamente maximizam a utilidade.

O grande expoente da deontologia foi Immanuel Kant (1724-1804). A filosofia moral de Kant é sintetizada por duas máximas: 1) os indivíduos devem agir de forma que a sua conduta possa ser erigida à condição de uma máxima aceita racionalmente pelos demais indivíduos como uma lei universal e 2) os indivíduos devem agir de forma a fazer de si e de toda a humanidade um fim em si mesmo e não mero meio à persecução de fins¹⁵⁷. Não só a teoria moral de Kant, mas também a sua teoria da pena é deduzida, em essência, dessas duas máximas. A obra do filósofo alemão é, inclusive, uma das principais referências das chamadas teorias absolutas ou retributivas da pena e do princípio da proporcionalidade da pena em sentido estrito, tendo Kant defendido a aplicação da pena de morte como a punição justa para o crime de homicídio.

¹⁵⁵ Ver: RAWLS, John. Two Concepts of Rule. *The Philosophical Review*, v. 64, 1995, p. 03-32.

¹⁵⁶ Sobre as teorias morais deontológicas, conferir: ALEXANDER, Larry. Deontology at the Threshold. *San Diego Law Review*, v. 37, 2000, p. 893-891; BROOK, Richard. Deontology, Paradox, and Moral Evil. *Social Theory and Practice*, v. 33, n. 3, 2007, p. 431-440; ELLIS, Anthony. Deontology, Incommensurability and the Arbitrary. *Philosophy and Phenomenological Research*, v. 52, n. 4, 1992, p. 855-875; NAGEL, Thomas. *The View from Nowhere*. New York: Oxford University Press, 1986; SCHEFFLER, Samuel. *The Rejection of Consequentialism*. Oxford: Oxford University Press, 1982.

¹⁵⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Clélia Aparecida Martins, Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis: Vozes, 2013 (Coleção Pensamento Humano).

A deontologia de Kant reconhece que os seres humanos possuem valor intrínseco e são dotados de dignidade, já que, enquanto agentes racionais e livres, são capazes de tomar suas próprias decisões, definir seus objetivos e guiar suas ações pela razão. Por isso, os indivíduos devem buscar promover o bem-estar dos demais, respeitar seus direitos e evitar causar-lhes dano. Devem, ainda, respeitar a autonomia das outras pessoas e não manipulá-las a fim de atender a propósitos que lhes são alheios. Só, então, estarão tratando a humanidade com o respeito devido, uma vez que tratar alguém como um fim implica considerá-lo responsável pelas suas escolhas. Kant acreditava que as leis morais, em razão de seu caráter racional, são absolutas, motivo pelo qual se apresentam sob a estrutura de *imperativos categóricos*. Isso significa que os indivíduos não podem escolher entre cumprir ou descumprir uma lei moral em razão, por exemplo, das consequências dessa conduta. O exemplo mais discutido por Kant é o da mentira. Segundo o filósofo alemão, mentir é sempre moralmente errado, ainda que a mentira possa vir a produzir consequências positivas.

No entanto, o seguinte exemplo levanta desconfiças sobre a moralidade em se adotar uma posição tão radical em relação à mentira como a de Kant: O indivíduo A sabe que o indivíduo B, de origem judaica, está se escondendo da polícia nazista em determinado local, quando é inquirido pelo oficial C sobre onde seria o esconderijo do fugitivo. Suponha-se que o oficial C já iria em direção ao esconderijo, de forma que, se A se negar a responder, ele, com certeza, encontrará B. A única forma de salvar a vida do judeu fugitivo é mentindo sobre o local do seu esconderijo. Nessa situação, dizer a verdade ainda é a conduta moralmente correta? Ou mentir seria o certo a ser feito, tendo em vista que dizer a verdade acarretará a morte de uma pessoa? A argumentação de Kant perde em capacidade de persuasão por atribuir responsabilidade às pessoas por qualquer consequência negativa da mentira, mas retirando-lhes toda a responsabilidade pelas consequências negativas de dizer a verdade¹⁵⁸.

A elaboração teórica do *harm principle* se vê às voltas com o embate entre consequencialismo utilitarista e deontologismo desde as suas origens na obra de Stuart Mill. Segundo Ambos, o *harm principle* estruturado como um princípio da prevenção de danos é, evidentemente, um princípio utilitarista. Porém, uma abordagem deontológica do princípio

¹⁵⁸ RACHELS, James; RACHELS, Stuart. *The Elements of Moral Philosophy*, p. 132. Os autores argumentam que o próprio imperativo categórico de Kant autoriza a mentira no exemplo em questão, pois é razoável que a pessoa do exemplo aceite que os demais também mintam na mesma situação (RACHELS, James; RACHELS, Stuart. *The Elements of Moral Philosophy*, p. 135).

seria possível desde que interpretado como destinado a circunscrever os limites da intervenção penal às condutas consideradas perigosas ou danosas¹⁵⁹. Entretanto, mesmo nessa segunda formatação, o *harm principle* ainda se mantém focado nas consequências da conduta criminosa e não naquilo que torna essa conduta um mal em si mesmo.

Segundo algumas interpretações, Mill teria introduzido um componente deontológico em sua construção do *harm principle*. Nessa linha, Riley ressalta que Mill se afasta do utilitarismo padrão por atribuir aos indivíduos, independentemente de qualquer cálculo de utilidade, o direito à absoluta e soberana liberdade no que diz respeito às *self-regarding actions*¹⁶⁰. Além disso, valores como a autonomia individual e a responsabilidade pelas próprias escolhas são tão caros aos deontologistas quanto a Mill. Por outro lado, para alguns, a postura crítica de Mill em relação ao paternalismo também se fundamenta mais em considerações de ordem deontológica do que utilitarista, uma vez que restringir as hipóteses de incriminação àquelas fundamentadas pelo *harm to others principle* não necessariamente produz a maior utilidade possível¹⁶¹.

A falha do utilitarismo estrito é privilegiar a máxima felicidade ou prazer do maior número de pessoas a despeito de considerações relativas aos seus direitos e deveres. Com efeito, a moralidade impõe às pessoas, eventualmente, que pratiquem ou tolerem determinadas condutas que lhes são inconvenientes, desagradáveis ou contrárias aos seus interesses. Por sua vez, o problema da deontologia pura está em ignorar totalmente a relevância para os juízos morais de determinadas consequências das condutas humanas, em especial para o bem-estar do maior número de pessoas. De fato, é intransigente e irresponsável negar que, a depender das circunstâncias, quebrar uma promessa ou faltar com a verdade é a conduta moralmente exigida, uma vez que a rígida aplicação dos princípios deontológicos pode, em alguns casos, ocasionar consequências desastrosas.

Os contornos do *harm principle*, assim como da teoria do bem jurídico, dependem da tomada de posição no debate filosófico-prático e ético-político entre o consequencialismo e a deontologia. A fim de superar as críticas formuladas a ambas as perspectivas, o princípio deve aliar a ênfase nas consequências danosas para interesses de outras pessoas como fundamento

¹⁵⁹ AMBOS, Kai. Bien Jurídico y Harm Principle: Bases Teóricas para Determinar la “Función Global” del Derecho Penal Internacional, p. 355.

¹⁶⁰ RILEY, Jonathan. Is Mill an Illiberal Utilitarian?, p. 798.

¹⁶¹ HOLTUNG, Nils. The Harm Principle, p. 382.

da criminalização de condutas ao reconhecimento dos direitos como limites à intervenção estatal na liberdade individual.

1.5 O *harm principle* na jurisprudência dos tribunais anglo-americanos

Por décadas, o *harm principle* dominou o debate na filosofia do direito anglo-americana a respeito da legitimidade das proibições penais e extrapenais, tornando-se o principal critério de delimitação entre os domínios da lei e da moral¹⁶². Ocorre que, apesar de amplamente acolhido no âmbito acadêmico, o princípio não foi oficialmente adotado pelo direito constitucional nos países anglo-saxões. Contudo, é perceptível a influência das ideias que fundam a postulação desse e outros princípios da criminalização nas reflexões conduzidas pela jurisprudência estadunidense. Ademais, parte da doutrina tem sustentado a possibilidade de deduzir o *harm principle* de diferentes princípios consagrados pela Constituição norte-americana, tais como o princípio da proporcionalidade, do devido processo legal substantivo, da presunção de inocência e da vedação ao *bis in idem* (*double jeopardy*)¹⁶³.

A ideia de que o Estado não deve interferir em condutas que não causam dano a outras pessoas já está presente no precedente *Meyer v. Nebraska* da Suprema Corte dos Estados Unidos. Em 1920, Robert Meyer foi condenado à pena de multa por ensinar alemão a uma criança de 10 anos. A condenação se fundamentou em lei do estado de Nebraska, aprovada durante a Primeira Guerra Mundial, que proibia o ensino de qualquer língua estrangeira moderna a estudantes do ensino fundamental. Três anos depois, a Suprema Corte dos Estados Unidos anulou a condenação e declarou a lei inconstitucional por violação à cláusula do devido processo legal substantivo, estabelecida pela Décima Quarta Emenda à

¹⁶² HARCOURT, Bernard E. The Collapse of the Harm Principle. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern University, v. 90, n. 1, 1999, p. 131. Lauterwein esclarece que o *harm principle* não adquiriu na Austrália a relevância teórica que se verifica nos Estados Unidos, Inglaterra e Canadá, sendo que a própria questão sobre os limites da criminalização legítima não mereceu a mesma atenção na Austrália que obteve nesses países: LAUTERWEIN, Carl Constantin. *The Limits of the Criminal Law: a Comparative Analysis of Approaches to Legal Theorizing*. Burlington: Ashgate, 2010, p. 42.

¹⁶³ FINKELSTEIN, Claire. Positivism and the Notion of an Offense. *California Law Review*, v. 88, n. 2, mar., 2000, p. 355-394; BAKER, Dennis J. Constitutionalizing the Harm Principle, *Criminal Justice Ethics*, v. 27, n. 2, 2008, p. 3-28; DUBBER, Markus Dirk. Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment, *Hastings Law Journal*, v. 55, 2004, p. 509-572.

Constituição Americana¹⁶⁴. Segundo a Corte, o direito fundamental à liberdade inclui o direito de um professor ensinar alemão a um estudante e dos pais de promoverem a formação educacional de seus filhos. Nos termos da opinião emitida pelo juiz McReynolds, o “mero conhecimento da língua alemã não pode ser, razoavelmente, considerado como danoso”, sendo que, pelo contrário, é “comumente visto como útil e desejável”¹⁶⁵. A Corte também afastou a alegação da Suprema Corte do estado de Nebraska de que a lei visava a “proteger a saúde da criança limitando suas atividades mentais”, uma vez que era permitido o ensino às crianças de línguas estrangeiras não modernas (latim, hebraico, grego etc.). Por fim, a decisão pontuou que a proficiência em língua estrangeira é mais facilmente alcançada quando a instrução se inicia cedo na vida da pessoa, tendo a experiência demonstrado que tal instrução precoce não é prejudicial ao desenvolvimento saudável de crianças.

Outro precedente relevante é fornecido pelo caso *Loving v. Virginia*. Em 1958, Mildred Jeter e Richard Loving, uma mulher negra e um homem branco, residentes no estado de Virginia, casaram-se no Distrito de Columbia. Em seguida, retornaram à Virginia e foram processados por violação à lei estatal antimiscigenação que proibia casamentos inter-raciais. O casal Loving foi condenado a 01 ano de prisão, tendo a pena sido suspensa sob a condição de que eles se mudassem do estado e não retornassem pelo período de 25 anos. Em caso anterior, a Suprema Corte da Virgínia já havia afirmado que a lei antimiscigenação defendia o legítimo interesse do Estado em preservar a “integridade racial dos cidadãos” e prevenir a “corrupção do sangue” pela formação de uma “raça mestiça” e a eliminação do “orgulho racial”¹⁶⁶. Tais propósitos endossavam a doutrina racista da supremacia branca então em voga. No entanto, em 1967, a Suprema Corte dos Estados Unidos cancelou a condenação do casal Loving e declarou a inconstitucionalidade da lei estadual por entender que restringir a liberdade de se casar com base apenas em questões raciais viola a cláusula da proteção igualitária expressa pela Décima Quarta Emenda à Constituição Americana. Por outro lado, nos termos da manifestação do então juiz presidente da Suprema Corte americana, Earl Warren, a cláusula do devido processo legal material também é violada pela lei antimiscigenação, pois a

¹⁶⁴ “No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”

¹⁶⁵ *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923). No original: “Mere knowledge of the German language cannot reasonably be regarded as harmful. Heretofore it has been commonly looked upon as helpful and desirable.”

¹⁶⁶ *Kinney v. The Commonwealth*, julgado pela Suprema Corte da Virginia, em 1878.

liberdade de casamento é reconhecida como um direito essencial à busca ordenada pela felicidade por indivíduos livres¹⁶⁷.

No famoso caso *Roe v. Wade*, de 1973, a Suprema Corte dos Estados Unidos foi provocada a responder à seguinte questão: a Constituição reconhece o direito da mulher de interromper uma gravidez? A Corte decidiu, por maioria, que o direito à privacidade protegido pela Décima Quarta Emenda à Constituição americana garante a autonomia da mulher em decidir a respeito da continuidade da gravidez durante o primeiro trimestre da gestação¹⁶⁸. O direito da mulher ao aborto não seria, portanto, um direito absoluto, devendo ser limitado pelo Estado, passado esse período, a fim de proteger a vida intrauterina. Como consequência, as leis do estado do Texas – que proibia o aborto em qualquer fase da gravidez, exceto quando necessário para salvar a vida da gestante – e de outros 46 estados foram declaradas inconstitucionais.

Conforme se verá adiante, o *direito à privacidade*, que não está previsto expressamente pela Constituição estadunidense, mas é extraído pela jurisprudência de diferentes emendas, possui destacada relevância na discussão a respeito da constitucionalização do *harm principle* nos Estados Unidos. Esse direito constitucional à privacidade foi explicitado, pela primeira vez, no precedente *Griswold vs. Connecticut*, julgado em 1965, e levou à declaração da inconstitucionalidade da proibição do uso de métodos contraceptivos por pessoas casadas. Na ocasião, houve dissidência entre os juízes da Suprema Corte, pois nem todos identificaram tão claramente esse direito à privacidade na Constituição americana¹⁶⁹. Para Feinberg, o direito à privacidade que a Corte americana identifica no âmago de uma série de disposições constitucionais é mais corretamente descrito como um *direito à autonomia pessoal em relação a assuntos privados e particularmente íntimos*¹⁷⁰. Seria, portanto, uma versão mais restrita do direito à *soberania pessoal*¹⁷¹.

¹⁶⁷ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

¹⁶⁸ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

¹⁶⁹ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

¹⁷⁰ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*. The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 2. New York: Oxford University Press, 1985, p. 170.

¹⁷¹ Mais adiante, veremos que o direito à autonomia ou à soberania pessoal pode ser entendido, de forma mais ampla, como o direito ao autogoverno dentro de um domínio pessoal delimitado por princípios restritivos da liberdade ou, de forma mais restrita, como o direito a tomar decisões cruciais para a própria vida. Ver capítulo 6, tópico 6.2.2, *infra*.

Por outro lado, cumpre registrar a existência de julgados das Cortes anglo-americanas que parecem afastar o *harm principle*, pelo menos, em sua configuração tributária de Stuart Mill. É o caso do precedente *R v. Brown* da Câmara dos Lordes ingleses que tratou da prática privada de sadomasoquismo por pessoas adultas e capazes. Os fatos eram os seguintes: vários homens causaram uns aos outros lesões corporais com o fim de obter prazer sexual a partir da imposição e do recebimento de dor física. Os parceiros passivos, todos adultos, consentiram nos atos de violência e não sofreram nenhum dano permanente. Pelo período de 10 anos, de 1978 a 1988, o grupo sadomasoquista registrou em vídeo as suas práticas privadas e as filmagens ficaram acessíveis apenas aos participantes. Apesar disso, o caso veio a público e os envolvidos foram denunciados por terem ofendido a integridade física alheia. O caso chegou à Câmara dos Lordes em 1993 e a maioria decidiu que o consentimento das vítimas não afastava o caráter criminoso das lesões corporais¹⁷².

A questão da relevância do consentimento já havia aparecido, anteriormente, nos precedentes *R v. Coney* (1882)¹⁷³, que tratava de uma luta de rua por prêmio em dinheiro, e *R v. Donovan* (1932)¹⁷⁴, que também cuidava do emprego consentido de violência durante relação sexual. Nos dois casos, a Câmara dos Lordes negou relevância ao consentimento da vítima. Tais precedentes da Corte inglesa afirmaram a existência de um interesse público em que as pessoas não causem danos umas às outras sem “boas razões” para tanto¹⁷⁵. Segundo essa visão, o consentimento da vítima pode ou não constituir uma boa razão, a depender do contexto. Nas hipóteses em que o consentimento está presente, o reconhecimento da existência de boas razões depende tanto da gravidade do dano consentido quanto do valor do propósito buscado com o consentimento. Para os juízes ingleses, o fato de a vítima consentir em lesões corporais a fim de se engajar em lutas de rua por dinheiro e em relações sexuais sadomasoquistas não atende ao requisito das “boas razões”.

Nas próximas seções, serão estudados em maior profundidade precedentes da Suprema Corte estadunidense e também um precedente da Suprema Corte canadense que consideramos como os mais importantes para a compreensão da discussão a respeito da

¹⁷² *R v. Brown* (1994) 1 AC 212.

¹⁷³ *R v. Coney* (1882) 8 QBD 534.

¹⁷⁴ *R v Donovan* (1934) 2 KB 498.

¹⁷⁵ GILES, Marianne. *R v Brown: Consensual Harm and the Public Interest*. *The Modern Law Review*, v. 57, 1994, p. 106.

constitucionalização do *harm principle* no direito anglo-americano. Além disso, a análise desses precedentes também permite verificar a influência de outros candidatos a princípios da criminalização (princípio da ofensa, paternalismo e moralismo legal). Finalmente, a incursão na jurisprudência se mostra imprescindível ao presente estudo, principalmente em razão do protagonismo exercido pelos precedentes jurisprudenciais no desenvolvimento da cultura jurídica nos países do *Common Law*¹⁷⁶.

1.5.1 *Chaplinsky v. New Hampshire (1942)* e *Barnes v. Glen Theatre Inc. (1991)*¹⁷⁷

A liberdade de expressão, garantida pela Primeira Emenda à Constituição, é tida pela jurisprudência dos Estados Unidos como um direito fundamental quase que absoluto e hierarquicamente superior aos demais¹⁷⁸. Como resultado, as leis penais norte-americanas tendem a proibir o que a legislação brasileira conhece como calúnia e difamação, desde que seja atribuído falsamente a uma pessoa determinada fato ofensivo a sua reputação, mas não o que chamamos de injúria nem as ofensas praticadas contra grupos identitários (incluídas na noção de *hate speech*), a não ser quando constituam o que denominam de *fighting words*.

Chaplinsky v. New Hampshire, julgado pela Suprema Corte estadunidense em 1942, é o precedente que conformou a jurisprudência americana a respeito dos limites da liberdade de expressão. O caso narra que Walter Chaplinsky, em uma calçada no centro da cidade de Rochester, distribuía panfletos que defendiam as crenças das Testemunhas de Jeová em oposição a outras religiões mais convencionais. Abordado pelo xerife local após reclamações de transeuntes, Chaplinsky o insultou ao chamá-lo de “golpista maldito” e de “fascista maldito”. Em razão disso, foi preso e condenado com base em lei estatal que proibia “discursos intencionalmente ofensivos contra pessoa que se encontra na rua ou em área

¹⁷⁶ Cf. VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law: Os Dois Grandes Sistemas Legais Comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

¹⁷⁷ Um pouco do que falaremos aqui já foi tratado em: BADARÓ, Tatiana. Criminalização do discurso de ódio e liberdade de expressão: uma análise do art. 20 da Lei nº 7.716/89 sob a perspectiva da teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 145, 2018, p. 531-569.

¹⁷⁸ Cf. LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos*. Uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana. Trad. Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011. Diferentemente de Constituições como a brasileira e a alemã, a Constituição norte-americana, além de trazer a liberdade de expressão como o primeiro direito elencado, não prevê limitações explícitas à liberdade de expressão (BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Revista Direito Público*. Brasília, nº 15, 2007, p. 123).

pública”. Chaplinsky recorreu à Suprema Corte dos Estados Unidos alegando que a lei violava a Primeira Emenda à Constituição por ser excessivamente vaga.

Entretanto, a Suprema Corte americana manteve, por unanimidade, a condenação de Chaplinsky, tendo identificado determinadas exceções à proteção concedida pela Primeira Emenda, tais como as obscenidades, calúnias, certas profanações e as ditas *fighting words* (palavras de combate)¹⁷⁹. Na opinião do juiz Frank Murphy, os insultos proferidos por Chaplinsky configuram *fighting words* porque causaram dano direto à vítima e podem ser interpretados como uma ruptura da paz social¹⁸⁰. Isso porque pronunciar ofensas em um espaço público e na presença da pessoa insultada tem potencial de provocar uma reação imediata em retaliação da outra parte. Além disso, como tais insultos carecem de valor social relativo à divulgação de ideias ao público e à busca pela verdade, valor esse que está por trás do direito garantido pela Primeira Emenda, o legislador pode proibi-las a fim de prevenir o dano que lhes é inerente, bem como para evitar os distúrbios à ordem pública que é provável que delas resultem¹⁸¹.

Como consequência do entendimento jurisprudencial consolidado em *Chaplinsky v. New Hampshire*, os tribunais norte-americanos, até hoje, só admitem a criminalização de discursos políticos que produzam um risco iminente de dano à ordem e à paz pública, isto é, que sejam capazes de conduzir a uma imediata reação violenta da audiência. Por isso, a Suprema Corte americana já entendeu incompatível com a Primeira Emenda legislação estadual que tornava crime a utilização de símbolos de ódio contra grupos identitários, tais como a suástica nazista e a cruz em chamas da Ku Klux Klan¹⁸². Como esclarece Dressler, a Corte não nega que essas condutas podem sim ser provar, no longo prazo, danosas a outras pessoas, mas atribuiu ao direito fundamental à liberdade de expressão um peso que supera o interesse social em prevenir esse tipo de dano indireto¹⁸³.

¹⁷⁹ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

¹⁸⁰ Conforme destaca Loewy, sob a categoria *fighting words*, só podem ser incluídos os dizeres proferidos durante um diálogo cara-a-cara (LOEWY, Arnold H. A dialogue of hate speech. *Florida State University Law Review*. Florida, v. 36, issue 1, article 4, 2008, p. 68).

¹⁸¹ Observe-se que a posição do juiz Frank Murphy se baseia em um cálculo utilitário: “It has been well observed that such utterances are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality.”

¹⁸² *R. A. V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

¹⁸³ DRESSLER, Joshua. *Understanding Criminal Law*. 7ª ed. Danvers: Matthew Bender, 2015, §9.11.

Portanto, todo discurso político que não constitui um claro e concreto perigo de violência está incluído no âmbito do legítimo exercício da liberdade de expressão¹⁸⁴. Além desse parâmetro, as restrições à liberdade de expressão mais facilmente admitidas são aquelas consideradas “neutras”, ou seja, não relacionadas ao conteúdo do discurso, mas a circunstâncias de tempo, lugar e forma¹⁸⁵. Essas balizas se aplicam apenas ao discurso político *lato sensu*, cuja tutela constitucional nos Estados Unidos é reforçada, já que outros discursos recebem uma proteção menos intensa (por exemplo, a propaganda comercial) ou são considerados como estando sempre fora do alcance da Primeira Emenda (como é o caso das obscenidades)¹⁸⁶.

Apesar de não se tratar de um precedente penal, *Barnes vs. Glen Theatre Inc.* merece ser mencionado precisamente por tocar nessa última questão. *Glen Theatre* e *Kitty Kat Lounge* eram dois estabelecimentos de entretenimento localizados na cidade de South Bend, Indiana, em que dançarinas completamente nuas realizavam performances para o público. Ocorreu que foi promulgada uma lei estatal que, ao regular a nudez em público, exigiu que tais dançarinas cobrissem os mamilos e vestissem fio-dental em suas apresentações. Em razão disso, os dois estabelecimentos acionaram o judiciário, alegando que a referida lei violava a liberdade de expressão artística das dançarinas. Em julgamento no ano de 1991, a Suprema Corte sustentou a constitucionalidade da lei do estado de Indiana, porém houve grande divergência entre as opiniões dos membros da Corte¹⁸⁷.

Algumas das questões debatidas pela Suprema Corte, neste julgamento, foram as seguintes: a performance com nudez das dançarinas do *Glen Theatre* e do *Kitty Kat Lounge* constitui uma forma de expressão artística? Em caso de resposta positiva, trata-se de forma de

¹⁸⁴ O critério do perigo concreto e iminente de dano foi introduzido, pela primeira vez, pelo juiz Oliver Wendell Holmes no precedente *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919). A seguinte passagem da opinião do juiz Holmes, na qual ele propõe o exemplo da pessoa que, dentro de um teatro, anuncia falsamente um incêndio e casa pânico, tornou-se célebre: “The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic. (...) The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree.”

¹⁸⁵ Essas diretrizes jurisprudenciais são, muitas vezes, aplicadas até as últimas consequências pelas Cortes americanas, produzindo precedentes polêmicos. Vide *Brandenburg vs. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969); *Skokie vs. Nationalist Socialist Party of America*, 373 N.E.2d 21 (1978) e *Snyder vs. Phelps*, 562 U.S. 443 (2011).

¹⁸⁶ Cf. SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em 14/05/2017.

¹⁸⁷ *Barnes v. Glen Theatre Inc.*, 501 US 560 (1991).

expressão protegida pela Primeira Emenda à Constituição americana? Há diferença entre tais performances e outras exibições de nudez completa em peças de teatro, balés, óperas e museus? Qual é a relevância do fato de que as apresentações ocorrem em recinto fechado e o público que frequenta ambos os estabelecimentos consente livremente em presenciar a nudez e pode deixar o local, a qualquer momento, sem grandes dificuldades? As restrições à nudez completa limitavam apenas a forma em que as apresentações seriam realizadas ou vetaram algo que era inerente e essencial ao seu conteúdo comunicativo? Ainda que essas restrições sejam consideradas neutras quanto ao conteúdo, é correto dizer que elas visavam a promover um interesse público de importância substancial?

Na opinião do juiz Richard Posner, não há nada na Constituição que obrigue o legislador a adotar a visão de Stuart Mill e de Hart e o proíba de legislar a fim de compelir determinado padrão de moralidade¹⁸⁸. Todavia, quando o que está em jogo são liberdades protegidas pela Primeira Emenda, a proteção da moral pública não é suficiente para justificar restrições à liberdade de expressão. No caso em questão, o magistrado considerou suficiente para fundamentar a restrição o interesse estatal declarado em prevenir efeitos danosos secundários, tais como a proliferação da prostituição, crimes sexuais e outras atividades criminosas que costumam ocorrer nas imediações de estabelecimentos que oferecem esse tipo de entretenimento. Assim, as performances das dançarinas não estariam protegidas pela Primeira Emenda a ponto de se submeterem aos critérios estabelecidos em *Chaplinsky v. New Hampshire*, mas também não seriam consideradas meras obscenidades que podem ser restringidas com base apenas em sua alegada imoralidade.

Na visão do juiz David Souter, os efeitos danosos secundários identificados pelo juiz Posner estariam aptos a fundamentar a proibição da dança com nudez completa, uma vez que decorrem das características dos estabelecimentos em que as apresentações de dança

¹⁸⁸ Da mesma forma, a posição do juiz Antonin Scalia: “Our society prohibits, and all human societies have prohibited, certain activities not because they harm others but because they are considered, in the traditional phrase, ‘contra bonos mores’, i.e., immoral. In American society, such prohibitions have included, for example, sadomasochism, cockfighting, bestiality, suicide, drug use, prostitution, and sodomy. (...) [T]here is no doubt that, absent specific constitutional protection for the conduct involved, the Constitution does not prohibit them simply because they regulate ‘morality’.” Diferentemente de Posner, Scalia negou às performances sensuais das dançarinas do *Glen Theatre* e do *Kitty Kat Lounge* qualquer proteção sob a Primeira Emenda, fundamentando a legitimidade da lei estatal na proteção da moralidade pública.

acontecem e não do caráter de expressão inerente a essas últimas¹⁸⁹. No entanto, como observa Blasi, esse posicionamento carece de evidências empíricas que demonstrem o nexo causal, ainda que longínquo, entre o fato de danças com nudez completa ocorrerem nesses estabelecimentos e os alegados danos secundários. Por outro lado, ainda que esse nexo fosse demonstrado, não é razoável inferir que o uso de fio-dental e a cobertura dos mamilos pelas dançarinas configurem medidas aptas a prevenir os danos em questão¹⁹⁰.

Logo, os juízes que procuraram fundamentar a legitimidade da legislação do estado de Indiana na ideia de prevenção de danos não apresentam uma argumentação convincente e os que buscaram fazê-lo com base na proteção da moralidade, como foi o caso do juiz Antonin Scalia, tiveram de enfrentar o ônus de justificar a exclusão da apresentação das dançarinas do âmbito da liberdade de expressão artística protegida pela Primeira Emenda.

1.5.2 *R v. Malmo-Levine; R v. Caine (2003)*

R v. Malmo-Levine; R v. Caine é um precedente da Suprema Corte do Canadá de 2003 que discutiu a constitucionalidade da criminalização da posse de maconha para consumo pessoal e recreativo¹⁹¹. Os condenados recorreram ao *harm principle* para fundamentar sua alegação de que a posse de pequena quantidade de maconha para uso pessoal é um “crime sem vítima”, uma vez que inexistem evidências aptas a suportar a conclusão de que tal conduta causa dano significativo ou não trivial para o próprio usuário ou para a sociedade¹⁹². Este precedente é importante por terem os juízes da Suprema Corte canadense analisado o

¹⁸⁹ Segundo Souter: “To say that pernicious secondary effects are associated with nude dancing establishments is not necessarily to say that such effects result from the persuasive effect of the expression inherent in nude dancing”.

¹⁹⁰ BLASI, Vincent. Six Conservatives in Search of the First Amendment: The Revealing Case of Nude Dancing. *William & Mary Law Review*, v. 33, n. 3, 1992, p. 653.

¹⁹¹ David Malmo-Levine era um ativista pela liberação do uso da maconha integrante de uma organização sem fins lucrativos conhecida como *Harm Reduction Club*. Em 2018, o Canadá se tornou a primeira grande economia mundial a legalizar a maconha para fins recreativos.

¹⁹² Os apelantes fazem referência ao Relatório “*The Criminal Law in Canadian Society*” de 1982 da *Law Reform Commission of Canada* que concluiu que a intervenção penal deve ser reservada para reagir a condutas seriamente danosas. Segundo o relatório, haverá dano ou perigo de dano à segurança coletiva ou à integridade social na hipótese de violação a valores ou interesses fundamentais à continuidade da vida social ou à manutenção do modelo de sociedade pelo qual os canadenses prezam. O voto majoritário em *R v. Malmo-Levine; R s. Caine* afirma que a definição de dano constante do relatório é claramente contrária à concepção de dano endossada por Mill e pelos próprios apelantes.

harm principle em profundidade e se manifestado expressamente sobre ter ou não o princípio *status* constitucional.

Segundo a opinião majoritária, diferentemente do sustentado pelos apelantes, o princípio do dano não se enquadra no conceito de *princípio de justiça fundamental* referido na seção 7 da Carta Canadense de Direitos e Liberdades¹⁹³, não servindo como critério único a orientar o legislador na identificação das condutas que, do ponto de vista constitucional, podem ou não ser criminalizadas. Para a Corte, os princípios de justiça fundamental são princípios legais (i) identificados com alguma precisão, não podendo ser demasiadamente vagos e genéricos; (ii) em relação aos quais há certo consenso racional quanto ao seu caráter vital e fundamental para a concepção que a sociedade tem de justiça e (iii) que, quando aplicados a situações concretas de privação da vida, liberdade ou segurança do indivíduo, produzem resultados inteligíveis¹⁹⁴.

A maioria dos juízes da Suprema Corte canadense entendeu que o *harm principle* não atende a tais requisitos. Conforme ressaltado pelo voto vencedor, a obra de Mill, mencionada pelos apelantes, buscava formular princípios filosóficos gerais e não interpretar as restrições impostas a determinado legislador penal pela Constituição de seu país. Até mesmo os principais defensores das ideias de Mill, como Hart e Feinberg, ponderam que questão tão complexa quanto os limites da intervenção estatal coercitiva não pode ser reduzida à exigência de dano a interesses alheios¹⁹⁵. Além disso, inexistente entre aqueles que acolhem o *harm principle*, sejam professores, advogados ou juízes, consenso mínimo a respeito do próprio conceito de dano e da correta aplicação do princípio aos crimes previstos pela legislação canadense.

¹⁹³ “Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice”.

¹⁹⁴ *R. v. Malmo-Levine; R. v. Caine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74. Os critérios indicados pela Suprema Corte canadense são claramente influenciados pela obra de Dworkin: DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Oxford: Clarendon Press, 1986.

¹⁹⁵ O julgado cita a seguinte passagem da obra de Hart: “Mill’s formulation of the liberal point of view may well be too simple. The grounds for interfering with human liberty are more various than the single criterion of ‘harm to others’ suggests: cruelty to animals or organizing prostitution for gain do not, as Mill himself saw, fall easily under the description of harm to others. Conversely, even where there is harm to others in the most literal sense, there may well be other principles limiting the extent to which harmful activities should be repressed by law. So there are multiple criteria, not a single criterion, determining when human liberty may be restricted. [HART, H. L. A. *Immorality and Treason*, originally appearing in *The Listener* (July 30, 1959), at pp. 162-63, reprinted in *Morality and the Law* (1971), 49, at p. 51].”

Na visão da maioria, o legislador pode livremente optar por criminalizar condutas que não causam dano no sentido exigido pelo *harm principle* ou que causam danos apenas ao próprio agente. A Corte registra, inclusive, que o Código Penal canadense conta com um número considerável de incriminações tradicionais que não se fundamentam na produção de dano ou perigo de dano a interesses alheio e sim na violação de valores ético-sociais. É o caso das proibições do canibalismo, do duelo, do incesto, da bestialidade ou zoofilia e da crueldade contra animais. Os juízes que formaram a maioria não viram motivo para questionar a legitimidade da criminalização dessas condutas, não obstante algumas delas sejam punidas com penas de prisão significativamente severas.

Conquanto tenha rejeitado o *harm principle*, a opinião majoritária da Corte buscou justificar a incriminação da posse de maconha para consumo próprio e recreativo com base no dano causado pela conduta. Na visão dos magistrados, a prevenção de danos é um legítimo objetivo a ser buscado pelo legislador penal, embora não seja o único objetivo possível, desde que não haja uma “desproporcionalidade grosseira” entre o dano causado pela conduta e a pena imposta. Para eles, os danos provocados ao próprio agente e a outras pessoas, identificados pela maioria dos juízes, impedem que se considere a incriminação em questão irracional ou arbitrária.

Assim, em primeiro lugar, certos grupos seriam especialmente vulneráveis aos riscos à saúde advindos do consumo da maconha, como é o caso de pessoas com tendências crônicas ao abuso, grávidas, crianças e adolescentes, esquizofrênicos e indivíduos com condições cardiovasculares e respiratórias preexistentes. No que diz respeito a esses sujeitos vulneráveis, o perigo de dano não pode ser considerado insignificante ou trivial. Por outro lado, a própria obra de Stuart Mill, examinada pela Corte, contém fundamento para a proteção dos vulneráveis mesmo em relação aos danos oriundos de sua própria conduta. Em segundo lugar, como a maconha possui propriedades psicoativas cujo uso gera alteração nas funções psicomotoras, aqueles que se encontram sob o efeito da droga podem expor terceiros a perigo de dano, caso empreendam em atividades arriscadas como a condução de veículos.

Destoando da maioria, a juíza Louise Arbour reconheceu o princípio do dano como um princípio fundamental de justiça a ser obrigatoriamente observado pelo legislador penal

nos casos em que o crime é punido com pena de prisão¹⁹⁶. Para a magistrada, a prevenção de danos não é o único objetivo possível de ser buscado por meio da incriminação de condutas, não cabendo à Corte Constitucional questionar ou intervir nas escolhas racionais do legislador. Porém, nos casos em que a lei pretende punir os indivíduos com o encarceramento, a Constituição canadense exige que o legislador indique as consequências danosas que medida tão gravosa visa a evitar. Ademais, cabe ao legislador demonstrar que os danos causados pela conduta criminosa, sobretudo no caso de danos difusos contra indivíduos não identificáveis, superam em gravidade as consequências negativas decorrentes da severidade do castigo imposto pela pena de prisão.

Segundo Arbour, no caso da criminalização da posse de maconha para consumo pessoal recreativo, os riscos comumente associados a essa conduta não são capazes de justificar a opção estatal por lançar mão da pena de prisão¹⁹⁷. Primeiramente, os principais riscos afetam exclusivamente a saúde dos próprios usuários e só podem ser considerados significativos em relação a uma minoria deles. Mesmo em relação a essa minoria, certo é que o risco de autolesão não atende aos pressupostos constitucionais que condicionam o recurso à pena de prisão, tendo em vista a exigência de que se busque prevenir danos para outras pessoas que não o agente ou para a sociedade¹⁹⁸. Em segundo lugar, os riscos para terceiros indicados pela opinião majoritária, como os decorrentes da condução de veículo automotor sob o efeito da maconha, já estão acobertados por incriminações próprias presentes no Código Penal Canadense. Quanto aos efeitos negativos para a sociedade em razão dos impactos do uso abusivo de maconha no sistema público de saúde, a magistrada esclarece que tais danos

¹⁹⁶ “(...) [T]he harm principle as a principle of fundamental justice operates to prevent restriction of liberty under s. 7 of the *Charter* and not as a constraint inherent in Parliament’s criminal law power”. A opinião da magistrada canadense se aproxima bastante do posicionamento defendido por Baker: BAKER, Dennis J. *Constitutionalizing the Harm Principle*, p. 3-28.

¹⁹⁷ Arbour menciona a definição de *harm principle* estabelecida pelo juiz da Suprema Corte Charles Doherty no precedente *R. v. Murdock*: “The harm principle, as a principle of fundamental justice, goes only so far as to preclude the criminalization of conduct for which there is no ‘reasoned apprehension of harm’ to any legitimate personal or societal interest”. Ver: *R. v. Murdock* (2003), 11 C.R. (6th) 43.

¹⁹⁸ No que diz respeito à previsão de autolesões, Arbour cita interpretação da seção 7 da Constituição canadense feita pela juíza da Suprema Corte Bervely McLachlin em seu voto divergente no precedente *Rodriguez v. British Columbia* que discutia a constitucionalidade da criminalização da assistência ao suicídio: “Security of the person has an element of personal autonomy, protecting the dignity and privacy of individuals with respect to decisions concerning their own body. It is part of the persona and dignity of the human being that he or she have the autonomy to decide what is best for his or her body. This is in accordance with the fact, alluded to by McEachern C.J.B.C. below, that ‘s. 7 was enacted for the purpose of ensuring human dignity and individual control, so long as it harms no one else’”. Ver: *Rodriguez v. British Columbia* (1993), 76 B.C.L.R. (2d) 145.

são excessivamente remotos e não são suficientes para fundamentar a criminalização da simples posse de pequena quantidade de maconha. Portanto, a incriminação cuja constitucionalidade é questionada almeja prevenir um dano de pequena monta para a sociedade a um custo muito alto para a liberdade do indivíduo.

A opinião minoritária de Arbour foi acompanhada por outros dois juízes da Suprema Corte, Louis LeBel e Marie Deschamps. Contudo, LeBel e Deschamps não estavam convencidos de que o *harm principle* constitui um princípio de justiça fundamental no sentido da seção 7 da Carta Canadense de Direitos e Liberdades, preferindo endereçar a questão da constitucionalidade da criminalização da posse de maconha para uso pessoal e recreativo a partir da seção 12 da Carta que veda punições não usuais e cruéis¹⁹⁹. Segundo Deschamps, o princípio do dano é muito restrito e dificilmente aplicável aos casos em que a conduta causa dano à sociedade como um todo e não a algum indivíduo em específico, como ocorre no crime de corrupção. Apesar disso, para a juíza, a mera imoralidade da conduta também não é suficiente para justificar o exercício do poder punitivo penal, de forma que o paradigma da prevenção de danos desempenha um importante papel no controle da arbitrariedade legislativa²⁰⁰.

Ressalta-se que, durante o julgamento na Corte de Apelação da British Columbia no ano de 2000, o tribunal estadual atribuiu ao *harm principle* a condição de princípio de justiça fundamental. Esse posicionamento foi amplamente fundamentado na opinião doutrinária, em leis e tratados, relatórios de reforma legislativa e precedentes. Na visão do juiz Thomas Braidwood, “é senso comum que você não vai para a cadeia a menos que haja um potencial de que suas atividades causem danos a outras pessoas”²⁰¹. No entanto, a maioria entendeu que o crime em questão atende ao *harm principle*, uma vez que os danos potenciais associados à conduta, ainda que de menor gravidade, não são insignificantes nem triviais.

¹⁹⁹ “Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment”.

²⁰⁰ Nas palavras de Deschamps: “To be sure, morality alone cannot be the sole justification for the state’s exercise of its criminal law power. Still, social morality remains an integral part of the justificatory framework for allowing the state to use this power, and its categorical exclusion under the ‘harm principle’ demonstrates the limitations of this concept. The ‘harm principle’ can prove difficult to apply, for example, when the victim is not easily identifiable, as in the case of certain crimes against society as a whole. (...) Although I do not accept the ‘harm principle’ as an independent principle, I believe that the need for the state to protect society from harm plays an active role in any assessment of the arbitrariness of legislation. As a general rule, the state is justified in using the coercive tools of criminal law in cases where an individual willfully causes harm.”

²⁰¹ No original: “it is common sense that you don’t go to jail unless there is a potential that your activities will cause harm to others”.

1.5.3 *Bowers v. Hardwick* (1986) e *Lawrence v. Texas* (2003)

O caso *Lawrence v. Texas*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos no ano de 2003, é indicado como o precedente que efetivamente constitucionalizou o *harm principle*²⁰². Nesse precedente, a Suprema Corte dos Estados Unidos reverteu decisão proferida em 1986, no caso *Bowers v. Hardwick*, e declarou inconstitucional lei do estado do Texas que criminalizava práticas sexuais entre pessoas adultas do mesmo sexo, derrubando também, com isso, as chamadas “leis contra a sodomia” de outros 13 estados.

Antes de tratarmos especificamente do precedente *Lawrence v. Texas*, vale resgatar a decisão da Suprema Corte em *Bowers v. Hardwick*. O caso trata de fato ocorrido em 1982, na Geórgia, quando Michael Hardwick foi visto por um policial praticando ato sexual consentido com outro homem adulto no banheiro de sua casa. Acusado com base na “lei contra a sodomia” do estado da Geórgia²⁰³, Hardwick questionou a constitucionalidade da legislação e seu pedido foi acolhido pela Corte estadual de apelação, a qual reconheceu que a lei violava o direito fundamental à privacidade extraído da Nona²⁰⁴ e da Décima Quarta Emendas à Constituição. Diante de tal violação, nos termos da decisão do Tribunal estadual, cabia ao legislador penal demonstrar que o estatuto é apoiado por um interesse público premente e é o meio disponível para alcançar esse objetivo menos restritivo da liberdade individual²⁰⁵. O caso foi levado à Suprema Corte que, em decisão por maioria, reverteu o julgamento da Corte estadual e afirmou a constitucionalidade da lei questionada²⁰⁶.

²⁰² SMITH, Steven D. The Hollowness of the Harm Principle. *University of San Diego Public Law and Legal Theory Research Paper Series*. San Diego, n. 17, set., 2004, p. 02-04.

²⁰³ Vejamos a redação da lei penal incriminadora: "(a) A person commits the offense of sodomy when he performs or submits to any sexual act involving the sex organs of one person and the mouth or anus of another (...); (b) A person convicted of the offense of sodomy shall be punished by imprisonment for not less than one nor more than 20 years (...)". Observa-se que a lei criminalizava a prática consentida de determinados atos libidinosos diversos da conjunção carnal (sexo oral e anal), independentemente de serem praticados entre pessoas casadas ou solteiras, do mesmo sexo ou de sexos diferentes. A jurisprudência, posteriormente, afastou a possibilidade de aplicação da lei aos atos sexuais praticados na constância do casamento. Além disso, na prática, a lei raramente era aplicada aos atos sexuais praticados entre homens e mulheres, sendo que o mais comum era que homossexuais, sobretudo homens, fossem processados criminalmente com base nessa lei.

²⁰⁴ “The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people”.

²⁰⁵ *Hardwick v. Bowers*, 804 F.2d 622 (11th Cir. 1986).

²⁰⁶ *Bowers v. Hardwick*, 478 US 186 (1986).

Segundo a opinião vencedora, os precedentes da Suprema Corte a respeito do direito fundamental à privacidade²⁰⁷ não acobertam um suposto direito à prática privada da “sodomia”. A Corte destacou que seu poder de deduzir direitos fundamentais implícitos à Constituição se limita à explicitação de direitos “profundamente enraizados na história e tradição da nação” ou “inerentes ao conceito de liberdade ordenada”²⁰⁸. No presente caso, os juízes consideraram que a criminalização da sodomia nos Estados Unidos é antiga e tradicional, não podendo ser invalidada com base apenas no argumento de que a proteção da moralidade majoritária não é um fundamento legítimo para a criminalização de condutas. Afinal, não é possível dizer que uma conduta condenada há centenas de anos se converteu, repentinamente, em direito fundamental. Além disso, conforme ressaltado pelo Procurador-Geral da Geórgia, em sua argumentação oral perante a Corte, a manutenção da decisão do Tribunal de apelação abriria uma “caixa de pandora” e levaria ao questionamento da constitucionalidade de proibições existentes desde tempos imemoriais, como é o caso da poligamia, do incesto, da prostituição e da posse ilegal em privado de drogas, armas e outros objetos ilícitos.

A opinião minoritária respondeu que não se trata de reconhecer um “direito fundamental à prática privada da sodomia” e sim de aplicação de um dos direitos individuais mais valorizados em uma sociedade civilizada: o *direito a ser deixado em paz*. É precisamente esse mesmo direito a ser deixado em paz que estava em questão no precedente *Stanley v. Georgia* – em que a Suprema Corte estadunidense reconheceu a inconstitucionalidade da criminalização do consumo de pornografia em privado²⁰⁹ – e não um suposto direito a assistir filmes obscenos. Trata-se de direito particularmente importante em esfera tão sensível como a intimidade sexual, na qual a proteção da liberdade é imprescindível ao desenvolvimento humano e à busca da felicidade individual, mormente em sociedades plurais como a americana em que a tradição constitucional nega a existência de um único modelo aceitável de vida e de relacionamentos interpessoais²¹⁰.

²⁰⁷ Alguns desses precedentes já foram citados acima: *Meyer v. Nebraska*; *Loving v. Virginia*; *Griswold v. Connecticut*; *Roe v. Wade*.

²⁰⁸ Esses requisitos foram reafirmados pela Corte em *Washington v. Glucksberg*, 521 US 702 (1997).

²⁰⁹ *Stanley v. Georgia*, 394 U. S. 557 (1969).

²¹⁰ Nesse sentido, a opinião minoritária cita o precedente *Wisconsin v. Yoder*, 406 US 205 (1972), em que a Suprema Corte reconheceu aos membros da comunidade Amish o direito a conduzir suas vidas de acordo com os preceitos de sua religião, inclusive deixando de matricular os filhos adolescentes no ensino médio.

Ademais, os argumentos de que a criminalização de determinados comportamentos sexuais é um fato histórico e de que a moralidade majoritária repudia essas condutas não são suficientes para afastar qualquer conflito entre a “lei contra a sodomia” e a Constituição, como bem demonstram os precedentes em que a Suprema Corte reconheceu a inconstitucionalidade da proibição do aborto (*Roe v. Wade*) e do casamento inter-racial (*Loving v. Virginia*). Por outro lado, a prática em privado de atos libidinosos entre pessoas do mesmo sexo não pode ser comparada, por exemplo, à proibição da “posse ilegal em privado de drogas, armas e outros objetos ilícitos”, pois a primeira, diferentemente da última, não se mostra perigosa para os envolvidos ou para terceiros. A opinião minoritária afirmou, ainda, que não importa o quão desconfortável seja àqueles que aderem ao sentimento de pudor prevalente o mero conhecimento de que a conduta privada de outros indivíduos não atende a suas expectativas morais, isso não muda o fato de inexistir aqui real interferência nos direitos de alguém ou risco sério à coesão social que justifique restringir liberdades fundamentais²¹¹.

Nos anos de 1980 e 1990, várias Cortes estaduais derrubaram “leis contra a sodomia”, com base na violação à cláusula constitucional da proteção igualitária, pelo fato de impingirem tratamento desigual injustificado entre pessoas heterossexuais e homossexuais e/ou entre pessoas casadas e solteiras²¹². Uma dessas decisões, o precedente *Commonwealth v. Bonadio*, de 1980, merece destaque especial por se fundamentar expressamente no *harm principle* e na noção de autonomia pessoal. Com amparo na obra de Stuart Mill, a Suprema Corte da Pensilvânia explicou que o princípio do dano garante a liberdade de cada um de eleger preferências, de adaptar o seu plano de vida ao seu próprio caráter, de fazer escolhas – ainda que outros as julguem tolas, perversas ou equivocadas – e de se submeter às consequências dessas escolhas, desde que não faça mal a ninguém²¹³. Na opinião do juiz John Flaherty Jr., o poder de polícia do Estado não pode impor a moral predominante àqueles cuja

²¹¹ Nessa linha, o voto do juiz Harry Blackmun: “I can only hope that here, too, the Court soon will reconsider its analysis and conclude that depriving individuals of the right to choose for themselves how to conduct their intimate relationships poses a far greater threat to the values most deeply rooted in our Nation's history than tolerance of nonconformity could ever do”.

²¹² Por exemplo: *Kentucky v. Wasson*, 842 S.W.2d 487 (Ky. 1992); *New York v. Onofre*, 51 N.Y.2d 476, 434 N.Y.S.2d 947, 415 N.E.2d 936 (1980).

²¹³ *Commonwealth v. Bonadio*, 490 Pa. 91, 415 A.2d 47 (1980).

conduta não causa dano a outras pessoas, devendo se pautar pelo respeito ao direito de todo indivíduo a definir e perseguir a sua própria moralidade, livre de interferências externas²¹⁴.

Nos anos 2000, a questão da constitucionalidade da criminalização de atos sexuais consentidos voltou a ser discutida pela Suprema Corte estadunidense a partir um caso ocorrido no estado do Texas. Acionada em razão de suposto distúrbio envolvendo armas em uma residência privada, a polícia de Houston adentrou o apartamento em que residia John Lawrence, onde surpreenderam Lawrence e outro homem adulto, Tyron Garner, praticando ato sexual consentido. Lawrence e Garner foram presos e condenados com base em dispositivo do Código Penal texano que previa que “uma pessoa comete um delito se pratica ato sexual desviado com outra pessoa do mesmo sexo”²¹⁵. A lei definia ato sexual desviado como sendo “qualquer contato entre qualquer parte das genitais de uma pessoa e a boca ou o ânus de outra pessoa” ou “a penetração das genitais ou ânus de outra pessoa com um objeto”²¹⁶. Os acusados questionaram a constitucionalidade do dispositivo perante a Corte estadual de apelação, porém a alegação foi rechaçada, por maioria, com suporte no precedente *Bowers v. Hardwick*. Em 2003, o caso foi levado à Suprema Corte dos Estados Unidos, ocasião em que os condenados pleitearam a expressa revogação do precedente *Bowers v. Hardwick* e o reconhecimento de que a incriminação viola os direitos fundamentais dos indivíduos à privacidade sexual e à proteção igualitária, ambos garantidos pela Décima Quarta Emenda à Constituição.

A Suprema Corte, por maioria, acolheu a pretensão dos apelantes e reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo do Código Penal do Texas por ofender o direito fundamental à privacidade, deduzido da cláusula do devido processo material, sem, com isso, promover qualquer interesse estatal legítimo em contrapartida²¹⁷. O voto do juiz Anthony

²¹⁴ No original: “With respect to regulation of morals, the police power should properly be exercised to protect each individual's right to be free from interference in defining and pursuing his own morality but not to enforce a majority morality on persons whose conduct does not harm others.”

²¹⁵ No original: “§21.06. (a) A person commits an offense if he engages in deviate sexual intercourse with another individual of the same sex. (b) An offense under this section is a Class C misdemeanor.”

²¹⁶ No original: “§21.01. In this chapter: (1) ‘Deviate sexual intercourse’ means: (A) any contact between any part of the genitals of one person and the mouth or anus of another person; or (B) the penetration of the genitals or the anus of another person with an object.”

²¹⁷ *Lawrence v. Texas*, 539 US 558 (2003). Vejamos a manifestação do juiz Anthony Kennedy: “Their right to liberty under the Due Process Clause gives them the full right to engage in their conduct without intervention of the government. ‘It is a promise of the Constitution that there is a realm of personal liberty which the

Kennedy, ao qual aderiu a maioria dos juízes, faz referência ao Código Penal Modelo de 1955 do *American Law Institute* que recomenda a descriminalização de atos sexuais em geral praticados por adultos, em privado e com consentimento mútuo, entre outras razões, pelo fato de a conduta não produzir danos a outras pessoas.

A juíza Sandra O'Connor também reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo, mas manteve o precedente *Bowers v. Hardwick* por entender que a cláusula constitucional violada é a da proteção igualitária, uma vez que a lei texana só criminaliza os atos de “sodomia” praticados por pessoas do mesmo sexo. Para O'Connor, o Estado não pode, sob o pretexto de proteger a moralidade, causar danos a um grupo social específico. Já na opinião do juiz Antonin Scalia, cujo voto dissidente foi acompanhado por outros dois juízes da Corte, inexistente qualquer inconstitucionalidade a ser declarada. Segundo Scalia, toda norma penal incriminadora restringe alguma liberdade e o legislador tem a prerrogativa de restringir liberdades não fundamentais – como é o caso da liberdade de manter relações sexuais consideradas desviadas pela lei – com vistas a proteger a moralidade, por considerar o exercício dessas liberdades não fundamentais *contra bonos mores*, isto é, contra a boa moral.

Observa-se que as partes não trouxeram expressamente a questão sobre se a “sodomia” causa ou não dano não consentido a outras pessoas, mas essa discussão foi introduzida, durante as argumentações orais, pelos juízes Stephen Breyer, David Souter e Ruth Ginsburg. Segundo Breyer, a maioria em *Bowers v. Hardwick* não compreendeu devidamente o fato de que “as pessoas em seus próprios quartos, que têm direito de fazer basicamente o que desejam, não estão prejudicando outras pessoas”²¹⁸. Em sua fala, Souter registrou que é comum que o legislador, ao criminalizar uma conduta, não esteja apontando apenas para um julgamento moral isolado que recai sob a conduta e sim para um julgamento moral respaldado pela demonstração de que essa conduta causa dano a outras pessoas²¹⁹. Os juízes Souter e Ginsburg chegam a questionar o Procurador do Condado de Harris, Texas, sobre qual dano estaria o Estado buscando prevenir por meio da criminalização da conduta,

government may not enter’. *Casey*, supra, at 847. The Texas statute furthers no legitimate state interest which can justify its intrusion into the personal and private life of the individual.”

²¹⁸ No original: “It’s that people in their own bedrooms, which have their right to do basically what they want, it’s not hurting other people.” Áudio e transcrição dos argumentos orais consultados em: *Lawrence v. Texas*. Oyez, 18 Nov. 2018, www.oyez.org/cases/2002/02-102.

²¹⁹ No original: “when the State criminalizes behavior as immoral, customarily what it points to is not simply an isolated moral judgment or the moral judgment alone, but it points to a moral judgment which is backed up by some demonstration of harm to other people.”

mas não obtiveram resposta. Diante disso, Souter concluiu que “não parece haver nenhum dano porque, se houvesse dano, para além da desaprovação moral, a lei não se restringiria aos homossexuais”,²²⁰.

Portanto, embora os precedentes da Suprema Corte estadunidense não cite expressamente o *harm principle*, nota-se que a ideia de que o legislador não está legitimado a restringir a liberdade individual a partir da criminalização de condutas privadas que não causam dano a outras pessoas encontra ressonância nas opiniões da minoria em *Bowers v. Hardwick* e da maioria em *Lawrence v. Texas*. Por essa razão, há quem afirme que esse último precedente, se não criminalizou tacitamente o princípio do dano, ao menos afirmou o rechaço ao moralismo legal²²¹.

1.5.4 Constitucionalização do harm principle no sistema anglo-americano

A Constituição americana é pobre em disposições de direito penal material, contando com uma presença consideravelmente maior de disposições em direito processual penal. Como resultado, no que toca ao direito penal constitucional, a maior parte da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos é, no juízo de Dubber, *acidental*²²². Ademais, a Corte nunca desenvolveu uma jurisprudência abrangente e sólida nesse âmbito, sendo comuns mudanças de posicionamento em curto prazo (como vimos ocorrer no caso da superação do precedente *Bowers v. Hardwick* de 1986 por *Lawrence v. Texas* em 2003). Segundo Dubber, em lugar de identificar os princípios próprios de direito penal material constantes da Constituição, a Suprema Corte americana tende a extrair conclusões de direito material de disposições constitucionais típicas de direito processual penal (por exemplo, a presunção de inocência e, sobretudo, o devido processo legal). Para o autor, o problema dessa abordagem é que, além de *indireta*, ela é *invertida*, pois a questão substancial precede à questão processual

²²⁰ No original: “it doesn't seem to be any harm because if there were a harm, beyond moral disapproval, the law would not be restricted to homosexuals.”

²²¹ BURGEEES-JACKSON, Keith. Our Millian Constitution: The Supreme Court's Repudiation of Immorality as a Ground of Criminal Punishment. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, v. 12, n. 2, 2014, p. 416.

²²² DUBBER, Markus Dirk. Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment, p. 521.

tanto do ponto de vista lógico quanto temporal, fazendo “pouco sentido falar sobre como aplicar normas antes de descobrir quais são essas normas”²²³.

Nesse quadro, Dubber alerta que a Suprema Corte americana precisa deixar de tratar o direito penal constitucional como um *primo pobre* do direito processual penal constitucional. Para tanto, o autor propõe a construção de uma jurisprudência constitucional em matéria penal que, na mesma linha da Suprema Corte canadense, o Tribunal constitucional alemão e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, oriente-se pelo sistema de proteção de direitos humanos sem desrespeitar o legítimo exercício do autogoverno por meio do poder legislativo²²⁴. Tendo em vista que o direito penal produz as mais graves ameaças aos direitos fundamentais, *não há como a Constituição ser agnóstica quanto à importante questão sobre o que pode contar como crime*, não devendo as Cortes constitucionais permanecerem inertes perante abusos do legislador em atribuir essa etiqueta a condutas²²⁵. No entanto, para o autor, o limite constitucional imposto ao direito penal é dado pela dignidade humana, baseada na capacidade de autonomia e implícita à Quinta, Oitava e Décima Quarta Emendas, e não pelo princípio do dano²²⁶.

Na visão de Finkelstein, duas importantes garantias constitucionais de natureza processual dependem do conceito material de crime: *a presunção de inocência e a vedação ao bis in idem (double jeopardy)*²²⁷. Em primeiro lugar, se inexistem limites à criminalização de condutas pelo legislador, é perfeitamente possível criminalizar comportamentos humanos completamente inofensivos com o único propósito de superar dificuldades probatórias, o que

²²³ DUBBER, Markus Dirk. *Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment*, p. 522. No original: “Now the problem with a procedural approach to substantive issues—or, rather, with addressing substance for procedure’s sake – isn’t just that it is indirect, but that it is backward. Substance is logically, and temporarily, prior to procedure. It makes little sense to talk about how to apply norms before figuring out what the norms are.”

²²⁴ DUBBER, Markus Dirk. *Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment*, p. 512.

²²⁵ Nesse ponto, Dubber dialoga com a obra de Henry M. Hart Jr.: HART JR., Henry M. *The Aims of the Criminal Law. Law and Contemporary Problems*, v. 23, n. 3, 1958, p. 401-441.

²²⁶ DUBBER, Markus Dirk. *Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment*, p. 515. Veremos mais sobre a posição de Dubber no tópico 4.3.2.

²²⁷ Ambas as garantias são extraídas da Quinta Emenda à Constituição: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”.

esvaziaria a presunção de inocência²²⁸. Em segundo lugar, os julgadores só estão aptos a decidir se duas ofensas são ou não idênticas, para fins de evitar uma indesejável dupla persecução e punição pelo mesmo fato, ao analisarem se a criação de tais ofensas se fundamenta ou não nas mesmas razões²²⁹. Além disso, a autora sustenta que o compromisso com a liberdade assumido pela jurisprudência constitucional cria uma *presunção contra o uso da sanção penal*. Como a legislação penal é altamente invasiva da liberdade, *a mera demonstração da racionalidade instrumental de uma medida não é suficiente para superar essa presunção*. Portanto, é necessário superar a interpretação meramente positivista feita pela jurisprudência da Constituição e reconhecer que o recurso à sanção penal exige uma justificação especial que, por sua vez, influi na própria definição de crime. Daí que a noção material de crime deve ser construída de modo que a violação à liberdade imposta pela pena esteja justificada à luz do dano que a conduta proibida inflige²³⁰.

Na ausência de uma teoria normativa da criminalização, Husak também vê a Constituição como a única fonte de princípios limitadores do direito penal²³¹. Contudo, ele reconhece que a Constituição americana define mais o procedimento para a criação de uma lei penal do que o seu conteúdo, sendo que somente algumas disposições afetam diretamente o conteúdo das normas penais incriminadoras, como a Oitava Emenda que proíbe punições não usuais e cruéis, a cláusula do devido processo legal substantivo e o direito constitucional à privacidade. Nesse contexto, o autor esclarece que *o procedimento a ser utilizado pelas Cortes americanas ao decidir sobre a constitucionalidade das leis depende de serem as liberdades em jogo fundamentais ou não*²³².

As liberdades fundamentais são, em primeiro lugar, aquelas expressamente enumeradas pela Constituição, como é o caso da liberdade de expressão. Além delas, também são consideradas fundamentais pela jurisprudência as liberdades profundamente enraizadas na história e tradição da sociedade americana e as implícitas ao conceito de ordem social livre (por exemplo, a liberdade de contrair matrimônio). As leis que restringem liberdades fundamentais estão sujeitas ao escrutínio estrito a partir da aplicação do *teste do interesse*

²²⁸ FINKELSTEIN, Claire. Positivism and the Notion of an Offense, p. 379.

²²⁹ FINKELSTEIN, Claire. Positivism and the Notion of an Offense, p. 387.

²³⁰ FINKELSTEIN, Claire. Positivism and the Notion of an Offense, p. 387.

²³¹ HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización*, p. 196-197.

²³² HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización*, p. 197-198.

estatal proeminente. De acordo com esse teste, a legislação desafiada só será declarada válida se for o meio necessário e menos restritivo para alcançar um objetivo proeminente e essencial perseguido pelo Estado. Caso a lei cuja constitucionalidade é questionada restrinja apenas liberdades não fundamentais, ela estará sujeita ao *teste da mera racionalidade*: um teste muito menos exigente que demanda apenas que a lei possa ser concebida como substancialmente relacionada a um propósito governamental legítimo²³³. Registra-se que, conforme a opinião manifestada pelo juiz Antonin Scalia no precedente *Barnes v. Glen Theatre Inc.*, ausente proteção constitucional específica para a conduta envolvida, a Constituição não interdita a criação de lei que a proíba com base apenas na sua imoralidade.

Como a maioria das leis restringem liberdades não fundamentais – mais numerosas do que as liberdades fundamentais – o teste da mera racionalidade é o mais aplicado no âmbito penal, o que permite que o legislador criminalize um espectro demasiadamente amplo de condutas. Por isso, na concepção de Husak, *o teste de constitucionalidade aplicado à legislação criminal precisa ser mais rígido do que o aplicado à legislação extrapenal*²³⁴. Todavia, aplicar o teste do interesse estatal proeminente a todas as leis penais pode praticamente impossibilitar a criação de crimes para além do homicídio, estupro e lesões corporais graves. Diante disso, o autor propõe que se reconheça a existência de um *direito a não ser criminalizado*, o qual possui *status intermediário entre o de liberdade fundamental e o de liberdade não fundamental*, fazendo com que toda lei penal incriminadora se submeta ao teste de escrutínio intermediário (aplicado, por exemplo, nos casos envolvendo a liberdade de expressão comercial e o direito a não discriminação de gênero).

O *teste de escrutínio intermediário* é composto, conforme descreve Husak, por três elementos centrais: 1) a lei penal deve visar um objetivo no qual o Estado tenha um interesse substancial; 2) a lei penal deve promover esse interesse de maneira direta e 3) a lei penal não pode ser mais extensa do que o necessário para alcançar seu propósito²³⁵. Diante disso, há que se questionar: como definir um interesse substancial? Embora não explicita propriamente o

²³³ Sobre o teste de mera racionalidade, Finkelstein explica que: “Rationality review is usually understood as containing two separate tests: First, the legislature’s end in passing the legislation must be ‘legitimate’, and second, the legislation must be ‘rationally’ related to this end. When is a means ‘rationally related’ to the end? The answer the Court has generally adopted is that a statute is rationally related to the state’s end when it tends to promote the end.” (FINKELSTEIN, Claire. *Positivism and the Notion of an Offense*, p. 370).

²³⁴ HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización*, p. 200.

²³⁵ HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización*, p. 209.

conceito de interesse substancial, o autor afirma que *o Estado possui um interesse substancial na prevenção de danos no sentido defendido pelo harm principle*. Ocorre que a teoria de Husak não deixa claro o motivo de o direito a não ser criminalizado não ser classificado como uma liberdade fundamental e sim como uma liberdade de status intermediário e porque o teste de mera racionalidade não é suficiente para proteger esse direito²³⁶.

Nota-se que a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos indica que, pela relevância da liberdade de expressão, essa só pode ser restringida pelo legislador com base em um *harm principle* bastante restrito (perigo concreto e iminente de dano). Outras liberdades menos fundamentais poderiam ser restringidas pela criminalização com base em um *harm principle* menos rigoroso e, até mesmo, com base em outros fundamentos diversos da danosidade da conduta. O precedente *O'Brien v. United States* da Suprema Corte americana, que analisa uma alegação de violação à liberdade de expressão, trabalha com um *teste diferenciado de constitucionalidade em quatro etapas*. Segundo esse teste diferenciado, o interesse proeminente que o legislador visa a promover não pode consistir na própria supressão da liberdade de expressão, isto é, a lei não pode ter por objetivo impedir que determinada mensagem chegue ao conhecimento da audiência a fim de prevenir o impacto comunicativo da atividade de expressão²³⁷.

Para Baker, a causação dolosa ou culposa de dano grave e injusto para outras pessoas constitui a *única justificativa moral e constitucional para a imposição da pena de prisão*, uma vez que a pena de prisão provoca sérias consequências danosas ao criminalmente condenado²³⁸. No entanto, o legislador pode recorrer a consequências negativas diversas do dano, tais como a violação da privacidade alheia que não necessariamente cause dano a alguém, para justificar a criminalização de condutas, porém sem sancioná-las com a pena de prisão. Da mesma forma, as condutas que causam danos de menor gravidade, como é o caso da poluição ambiental de pequena monta, não devem ser punidas com pena de prisão. Além da gravidade do dano, o legislador também deveria considerar, ao decidir sobre o tipo de pena cominada, a intensidade da culpa, isto é, o grau em que o agente é moralmente merecedor de censura moral.

²³⁶ FERRECCIO, Rocío Lorca. Introducción. In: HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización*. Los Límites del Derecho Penal, p. 22.

²³⁷ *United States v. O'Brien*, 391 US 367 (1968).

²³⁸ BAKER, Dennis J. Constitutionalizing the Harm Principle, p. 05-06.

Observa-se que Baker, apesar de conceber o *harm principle* como um limite constitucional ao recurso à pena de prisão pelo legislador, diferencia-o dos direitos constitucionais com base em dois argumentos principais: 1) o princípio do dano parte de uma liberdade geral de agir de todas as formas que não causam dano a outras pessoas, enquanto os direitos constitucionais protegem liberdades específicas como a de opinião e expressão do pensamento e 2) os direitos constitucionais vinculam o legislador de maneira tal que podem ser invocados para fins de invalidação de leis penais que violam essas liberdades específicas, independentemente de a aplicação de pena de prisão estar ou não em jogo²³⁹. Ademais, os direitos constitucionais fornecem, de antemão, razões objetivas para não criminalizar determinadas atividades, razões essas que só podem ser superadas com base em outras razões morais e objetivas igualmente relevantes (o que não inclui razões de moralidade positiva). Assim, “os direitos humanos são restrições deontológicas e, na medida em que tenham sido constitucionalizados, os juízes devem interpretá-los com referência à lógica moral do direito, aos padrões sociais em evolução, aos precedentes e às práticas passadas”²⁴⁰.

Não obstante, Baker esclarece que os direitos constitucionais não devem ser interpretados restritivamente e sim em conformidade a seu propósito moral mais abrangente. Daí que, por exemplo, o direito a não ser submetido a punição cruel e não usual, garantido pela Oitava Emenda à Constituição americana²⁴¹, pode ser interpretado extensivamente a fim de impedir que as pessoas sejam submetidas a qualquer forma de tratamento injusto e opressivo por parte do poder punitivo estatal. Para o autor, a própria Suprema Corte norte-americana tomou esse caminho quando, no âmbito do precedente *Solem v. Helm*, reconheceu um direito amplo a não ser punido desproporcionalmente²⁴² e, ao julgar o caso *Griswold v. Connecticut*, extraiu o direito à privacidade de diversas emendas à Constituição. Contudo, isso não significa que Baker dê carta branca a Suprema Corte para criar novos direitos

²³⁹ BAKER, Dennis J. *Constitutionalizing the Harm Principle*, p. 09. Baker esclarece que a criminalização da mendicância não agressiva em locais públicos só foi derrubada, nos Estados Unidos e no Canadá, a partir da alegação de que a lei interferia na liberdade específica à expressão.

²⁴⁰ BAKER, Dennis J. *Constitutionalizing the Harm Principle*, p. 10. No original: “Human rights are deontological constraints and as far as they have been constitutionalized, judges have to interpret them with reference to the moral rationale of the right, evolving societal standards, precedent, and past practice.”

²⁴¹ “Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.”

²⁴² No precedente *Solem v. Helm*, a Suprema Corte afirmou que a Oitava Emenda proíbe não apenas a imposição de penas bárbaras e desumanas, mas também a aplicação de penas desproporcionais à gravidade do crime (*Solem v. Helm*, 463 US 277 (1983)).

constitucionais, mas apenas que cabe à Corte a explicitação de direitos que decorrem, logicamente, das mesmas razões morais que justificam os direitos fundamentais expressamente previstos²⁴³.

De fato, Baker vê a Oitava Emenda como a opção mais correta para a constitucionalização do harm principle nos Estados Unidos e não o direito à privacidade. Para o autor, a Oitava Emenda consagra um direito a não ser punido injustamente e dela se deduz o princípio da proporcionalidade, sendo que o dano causado pelo crime se apresenta como a principal referência para a aplicação desse princípio pela Suprema Corte²⁴⁴. Todavia, observa-se que a Suprema Corte é resistente em reconhecer a existência de violação ao princípio da proporcionalidade em casos que não envolvem a aplicação da pena de morte, limitando-se a dizer que não deve haver grave desproporção entre a severidade da pena e a gravidade do crime²⁴⁵. Além de *Solem v. Helm*, outra exceção a essa abordagem é o precedente *Robinson v. California*, no qual a Suprema Corte declarou inconstitucional uma lei que criminalizava “estar sob a influência ou ser viciado no uso de narcóticos” por violação à Oitava Emenda. Na oportunidade, o juiz Potter Stewart rechaçou a possibilidade de punir com a pena de prisão meras patologias como o vício em narcóticos, enfatizando que “mesmo um dia na prisão seria uma punição cruel e não usual pelo ‘crime’ de ter um resfriado comum”²⁴⁶.

Diversamente, outros autores alegam que, em casos como *Lawrence v. Texas*, o direito constitucional à privacidade e à intimidade foi instrumentalizado para constitucionalizar o harm principle. Por certo, a alegação de violação ao direito fundamental à privacidade foi utilizada pela jurisprudência, em uma pluralidade de casos, como fundamento para declarar a inconstitucionalidade da criminalização de condutas que a grande maioria dos defensores do harm principle consideraria não danosa a interesses de outras pessoas. Além do célebre *Lawrence v. Texas*, vale mencionar o precedente *Ravin v. State* da Suprema Corte do Alasca, em que a Corte sustentou que o direito constitucional à privacidade protege a prerrogativa das pessoas adultas de possuírem em casa uma pequena quantia de

²⁴³ BAKER, Dennis J. Constitutionalizing the Harm Principle, p. 12.

²⁴⁴ BAKER, Dennis J. Constitutionalizing the Harm Principle, p. 19.

²⁴⁵ BAKER, Dennis J. Constitutionalizing the Harm Principle, p. 19. No mesmo sentido: DUBBER, Markus Dirk. Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment, p. 563-566; FINKELSTEIN, Claire. Positivism and the Notion of an Offense, p. 349.

²⁴⁶ *Robinson v. California*, 370 US 660 (1962). No original: “Even one day in prison would be a cruel and unusual punishment for the ‘crime’ of having a common cold.”

maconha para uso pessoal. Dessa forma, a Corte do Alasca foi a primeira e única corte nos Estados Unidos a entender que a Constituição protege, em certo nível, a liberdade de posse de maconha para consumo próprio. Nos termos dessa decisão de 1975, desde que a atividade privada não cause dano nem perigo de dano ao público em geral, a proteção à privacidade é absoluta²⁴⁷.

Apesar de ser evidente a influência de Mill sob a doutrina do direito à privacidade na jurisprudência norte-americana, Baker considera equivocado interpretá-lo como a versão constitucionalizada do *harm principle*, uma vez que o princípio do dano e o direito à privacidade não são princípios coincidentes, estando, em algumas situações, em clara oposição²⁴⁸. Assim, o direito à privacidade não pode ser ampliado ao ponto de proteger contra a criminalização condutas não privadas, ainda que tais condutas não causem danos a ninguém (por exemplo, a mendicância). Além disso, na análise de Baker, o direito à privacidade não tem se mostrado o melhor caminho para evitar criminalizações indevidas²⁴⁹. Em muitos casos, o caráter vago desse direito permitiu que considerações de ordem moral fossem utilizadas para afastar o caráter privado de determinadas condutas. Como resultado, verificamos precedentes como *Barnes v. Glen Theatre Inc.* em que a Suprema Corte não foi capaz de identificar o direito à privacidade como fundamento da liberdade de pessoas adultas de entreterem outras pessoas adultas com apresentações de dança com nudez completa em recinto fechado e acessível apenas àqueles que desejam presenciar tais atos.

Com efeito, afirmar que o precedente *Lawrence v. Texas* constitucionalizou o *harm principle* é um exagero. Na análise de Dubber, a argumentação vencedora em *Lawrence v. Texas* estabeleceu o princípio da autonomia e não o *harm principle* como um limite material ao poder do legislador de criminalizar condutas²⁵⁰. Certamente, há uma inegável relação entre esses dois princípios, mas essa relação ainda não foi explicitada nem desenvolvida em maiores detalhes pela jurisprudência constitucional americana. Por outro lado, conforme destacado por Moore, a proposta de Baker de encontrar suporte para o princípio do dano nas decisões da Suprema Corte sobre proporcionalidade vinculada à Oitava Emenda não passa de

²⁴⁷ *Ravin v. State*, 537 P.2d 494 (Ak. 1975).

²⁴⁸ BAKER, Dennis J. Constitutionalizing the Harm Principle, p. 12.

²⁴⁹ BAKER, Dennis J. Constitutionalizing the Harm Principle, p. 11.

²⁵⁰ DUBBER, Markus D. Policing Morality: Constitutional Law and the Criminalization of Incest. *University of Toronto Law Journal*. Toronto, v. 61, n. 4, 2011, p. 748-749.

*leitura criativa e pensamento positivo*²⁵¹. A verdade é que a Corte constitucional nunca adotou o *harm principle* nem nenhum outro princípio plausível a fim de delimitar as fronteiras da criminalização legítima. Logo, da mesma forma que o dogma do bem jurídico na maioria dos países do sistema romano-germânico, o princípio do dano também não é, em geral, reconhecido como um postulado constitucional nos países do sistema anglo-americano.

1.6 Conclusão parcial

O *harm principle* extraído da obra de Mill é, ainda, um princípio de pouco proveito prático, tendo em vista a ausência de uma definição precisa do que constitui dano, bem como de uma explicação plausível para a exclusão dos danos indiretos. Além disso, a versão milliana do princípio é dependente do princípio da utilidade e não explícita, de forma clara, um fundamento deôntico para o uso da coerção penal. Ainda que se possa dizer que Devlin também endossou um *harm principle* de perfil utilitarista, a sua versão do princípio se afasta de Mill por não opor qualquer limite a esse utilitarismo, em especial limites que espelhem o valor da autonomia pessoal para um modelo liberal de Estado. Por outro lado, o *harm principle* de Hart falha ao perder de vista que a incorreção moral da conduta é igualmente relevante para a sua proibição e, assim, abrir caminho para que o legislador paternalista coopte o princípio do dano. Por seu turno, o *harm principle* perfeccionista de Raz não só desafia a ideia de neutralidade tradicionalmente atrelada ao liberalismo, mas acaba por esvaziar o próprio direito à autonomia, ao permitir que a lei recuse proteção a modos de vida considerados desvaliosos, mesmo que não prejudiquem outras pessoas.

Ademais, certa razão deve ser reconhecida a Devlin quando questiona a pretensão por parte dos filósofos liberais de estabelecer o *harm principle* como o único princípio capaz de fundamentar a criminalização de condutas. Afinal, sobretudo nas hipóteses que envolvem desacordos morais razoáveis, é possível fornecer boas razões para proibir comportamentos que não tenham relação com as suas consequências danosas. Com isso, o ônus da argumentação é transferido dos moralistas – que, até então, tinham que defender sua posição

²⁵¹ MOORE, Michael S. Liberty's Constraints on What Should be Made Criminal. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor (eds.). *Criminalization: The Political Morality of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 210.

contra a acusação de cerceamento indevido da liberdade individual – para os liberais – que são inesperadamente confrontados com a objeção de intervenção ilegítima na liberdade do legislador democrático²⁵². Como visto, as Cortes anglo-saxãs, de forma geral, não reconhecem o princípio do dano como um postulado constitucional. Diante disso, os defensores do princípio devem, então, responder à seguinte questão: se não da Constituição, de onde o *harm principle* retira a sua autoridade moral para limitar as escolhas do legislador? A obra de Feinberg vai buscar não só superar os problemas das formulações anteriores do princípio, mas também fincar definitivamente seus alicerces na filosofia moral analítica e no liberalismo político.

²⁵² SEHER, Gerhard. Comment on Andreas von Hirsch: The Roles of Harm and Wrongdoing in Criminalisation Theory. *Criminal Law and Philosophy*, v. 8, n. 1, 2014, p. 263.

2. A CONTRIBUIÇÃO DE JOEL FEINBERG À CONSOLIDAÇÃO DO *HARM PRINCIPLE*

Entre os anos de 1984 e 1988, foi publicado, em quatro volumes, o tratado *The Moral Limits of the Criminal Law* (“Os Limites Morais do Direito Penal”), escrito pelo filósofo do direito norte-americano Joel Feinberg. Nesses livros, o autor se propôs a enfrentar a seguinte questão: que tipo de conduta pode o Estado legitimamente criminalizar? A resposta principal a essa pergunta foi construída a partir da reformulação do princípio proposto originariamente por Stuart Mill. A obra de Feinberg é hoje referenciada como a mais importante, completa e rigorosa sobre o *harm principle*, inclusive por aqueles que criticam seus posicionamentos²⁵³.

Em seus estudos, Feinberg não pretende indicar o que deve ou não ser crime, mas o que pode ou não ser objeto da legislação penal ideal de um país democrático. Nesse afã, o autor se isenta de discutir argumentos relativos à eficácia social e ao custo-benefício da intervenção criminal, porquanto a sua preocupação é com a validade e não com a utilidade das normas penais²⁵⁴. Ademais, os limites morais estudados por Feinberg não se confundem com

²⁵³ ALEXANDER, Larry. Harm, Offense, and Morality. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. VII, n. 2, 1994, p. 199-200; ARNESON, Richard J. Liberalism, Freedom, and Community. *Ethics*. The University of Chicago Press, v. 100, n. 2, jan., 1990, p. 368; BAKER, Dennis J. The Sense and Nonsense of Criminalising Transfers of Obscene Material. *Singapore Law Review*, v. 26, 2008, p. 134; BLASI, Vincent. Six Conservatives in Search of the First Amendment: The Revealing Case of Nude Dancing. *William & Mary Law Review*, v. 33, n. 3, 1992, p. 619; DOPPELT, Gerald. The Moral Limits of Feinberg's Liberalism. *Inquiry*, v. 36, n. 3, 1993, p. 255; GEORGE, Robert P. Moralistic Liberalism and Legal Moralism. *Michigan Law Review*, v. 88, n. 6, 1990, p. 1415; GREENAWALT, Kent. Legal Enforcement of Morality. *Journal of Criminal Law and Criminology*. Northwestern University, v. 85, n. 3, 1995, p. 712; SMITH, Steven D. The Hollowness of the Harm Principle. *University of San Diego Public Law and Legal Theory Research Paper Series*. San Diego, n. 17, set., 2004, p. 06; STEEL, Alex. The Harms and Wrongs of Stealing: The Harm Principle and Dishonesty in Theft. *UNSW Law Journal*, v. 31, n. 3, 2008, p. 714.

²⁵⁴ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*. The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 1. New York: Oxford University Press, 1984, p. 04. Ver também: FEINBERG, Joel. Harm to Others – A Rejoinder. *Criminal Justice Ethics*, v. 5, n. 1, 1986, p. 17: “A third question, namely what further conditions must be satisfied in order for the prevention of harm to be a decisive reason in a given case, I modestly left to my hypothetical legislators; themselves, with full confidence in their ability to understand that a proposed law can be morally permissible to enact and yet be ineffective, impolitic, or unwise.” Conforme observa Schonsheck, apesar de afirmar que não se imiscuiria em questões relativas à eficiência da criminalização, Feinberg acaba se contradizendo ao apresentar argumentos de ponderação de custos e benefícios: SCHONSHECK, Jonathan. *On Criminalization: an Essay in the Philosophy of Criminal Law*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1994, p. 80. Nota-se que a própria definição de *harm principle* formulada pelo filósofo contém referência à ausência de “outro meio igualmente eficaz sem maiores custos a outros valores”.

os limites constitucionais à criminalização²⁵⁵, uma vez que a proposta do autor é ir além do sistema legal de seu país e pode ocorrer que, a depender da interpretação dada ao texto constitucional, o constitucionalmente legítimo não se comprove moralmente legítimo²⁵⁶. Em lugar de recorrer diretamente a princípios constitucionais ou a direitos fundamentais, a abordagem de Feinberg se baseia em uma filosofia social de corte liberal que parte da *presunção em favor da liberdade*²⁵⁷, a qual só pode ser elidida com fundamento em um dos denominados *princípios limitadores da liberdade* (*liberty-limiting principles*).

2.1 A presunção em favor da liberdade e os princípios da criminalização

A *presunção em favor da liberdade*, da qual parte a teoria de Feinberg, não estabelece de antemão limitações vinculantes ao legislador, mas *impõe uma obrigação de fundamentação racional nos casos em que se pretende restringir a liberdade individual*²⁵⁸. Daí que o legislador só pode intervir na liberdade individual com fundamento em boas razões. Feinberg compreende liberdade individual como sinônimo de autonomia ou soberania pessoal, sendo a proteção da autonomia introduzida no terceiro volume da série de livros – quando o autor trata especificamente de rejeitar o paternalismo penal – como um dos pilares

²⁵⁵ Para um jurista da tradição jurídica da Europa continental, pode parecer que a proposta de identificar limites morais à atividade do legislador penal indique que, no direito penal anglo-americano, não houve uma ruptura clara e evidente entre direito e moral. Nesse sentido: MACHADO, Tomás Grings. *Harm principle e Direito Penal: em busca da identificação de limites ao crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Tirant le Blanc, 2021, p. 178. Todavia, a ideia de que a lei pode ser criticada racionalmente à luz da moralidade foi defendida justamente por positivistas como Hart, um dos principais defensores da separação entre direito e moral. Afinal, uma das premissas do positivismo é a diferenciação entre a lei como é e a lei como deveria ser, conduzindo à conclusão de que leis podem ser justas ou injustas segundo um ideal suprapositivo de justiça. De toda a forma, não é possível inferir diretamente do postulado da separação entre direito e moral a defesa da ideia de que não há ou não deveria haver uma interseção entre os dois âmbitos. Sobre o tema, ver: HART, H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, 1958, p. 593-629.

²⁵⁶ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 05. Criticando essa opção metodológica, conferir Baker: “Feinberg’s approach was too far removed from law and thus failed to show that the harm constraint forms part of a constitutional right not to be unfairly criminalized/punished.” (BAKER, Dennis J. *The Right Not to be Criminalized*. Demarcating Criminal Law’s Authority. Farnham: Ashgate, 2011, p. 29).

²⁵⁷ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 08: “Liberty should be the norm; coercion always needs some special justification.” Endossando a presunção de liberdade proposta por Feinberg: SCHONSHECK, Jonathan. *On Criminalization*, p. 63.

²⁵⁸ SEHER, Gerhard. La Legitimación de Normas Penales Basada en Principios y el Concepto de Bien Jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 90-91. Seher afirma que, na discussão alemã, a presunção de liberdade (ou *in dubio pro libertate*) caiu em descrédito por carecer de previsão constitucional. Contudo, o autor destaca que, considerando a função atribuída por Feinberg à presunção, ela constitui um critério útil, ainda que não imprescindível, no âmbito da Constituição.

de sua teoria, ao lado da presunção em favor da liberdade.

Criticando a presunção em favor da liberdade, Doppelt afirma que Feinberg erra ao identificar liberdade com ausência de lei, tendo em vista que, em inúmeros cenários, a lei é essencial à proteção da liberdade individual²⁵⁹. Afinal, no que concerne à correção das desigualdades materiais e ao combate às opressões advindas da própria sociedade civil e não do Estado, a lei é fonte de promoção e não de restrição da liberdade. Aparentemente, a crítica do autor é mais direcionada à nomenclatura *liberty-limiting principles* do que à teoria de Feinberg em si. Observa-se que, como todo liberal que se preze, Feinberg é um cético em relação a possíveis efeitos positivos da intervenção penal. Logo, a ideia de princípios limitadores da liberdade parte da perspectiva da parte criminalizada que, nesse momento, apresenta-se como a parte mais fragilizada da relação. Por certo, Feinberg não exclui a importância da lei, principalmente da lei não penal, na proteção e promoção da liberdade individual. Não só o Estado, mas também agentes privados ameaçam a liberdade dos indivíduos, mormente em sociedades profundamente desiguais em que determinados grupos possuem poder político e econômico suficiente para oprimir grupos mais vulneráveis.

Já Kahlo critica Feinberg por não se ocupar de fundamentar filosoficamente essa presunção, nem as concreções dela decorrentes, limitando-se a afirmar que “suas considerações partem de convicções e representações morais que ele assume como reconhecidas e predominantes na sociedade”²⁶⁰. Ocorre que Feinberg encara a presunção em favor da liberdade como um *axioma intuitivo que, por coerência, deve ser acatado por todo liberal*, podendo também ser racionalmente aceito mesmo por muitos daqueles que não adotam uma visão liberal de mundo. Para o filósofo, a plausibilidade dessa presunção deriva diretamente do fato de que qualquer pessoa perceberá a privação de sua liberdade como uma “genuína perda pessoal”²⁶¹. Feinberg não se aprofunda nesse ponto, mas apresenta outros argumentos que guardam relação estreita – porém não explicitada – com a defesa da liberdade em Mill, embora não integre tais argumentos a um arcabouço utilitarista²⁶².

²⁵⁹ DOPPELT, Gerald. The Moral Limits of Feinberg's Liberalism, p. 257.

²⁶⁰ KAHLO, Michael. Sobre la Relación entre el Concepto de Bien Jurídico y la Imputación Objetiva en Derecho Penal. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 60.

²⁶¹ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 8. Ver também: SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe. Zur Strafrechtsphilosophie von Joel Feinberg*. Berlin: Duncker & Humbold, 2000, p. 48.

²⁶² “Feinberg expressly disavowed utilitarianism as a comprehensive theory and offered, albeit in piecemeal

De fato, o liberalismo de Feinberg²⁶³ demonstra certa ambiguidade ao se apresentar como uma versão oscilante entre a tradição do *liberalismo ético ou teleológico de Stuart Mill* e o mais recente *liberalismo político ou deontológico de John Rawls*²⁶⁴. Alguns autores descrevem o liberalismo de Feinberg como não dogmático e sim aberto, cauteloso e prudente²⁶⁵. Isso porque o autor adota uma postura filosófica prática e dialética que sempre parte da possibilidade de ser racionalmente convencido pelos argumentos de posição contrária. Ressalta-se, contudo, que Feinberg não estrutura uma teoria completa sobre o liberalismo, definindo o que é liberalismo exclusivamente no que toca ao seu objeto de estudo: os limites morais da atividade de criminalização.

fashion, a somewhat different vision of what is good and valuable in life – with an obvious emphasis on long-term projects and plans over passing satisfactions, and with special emphasis on personal autonomy” (SMITH, Steven D. *The Hollowness of the Harm Principle*, p. 59-60).

²⁶³ Sobre a definição de liberalismo: “As raízes do liberalismo remontam à filosofia dos séculos XVII e XVIII. Ele adaptou-se desde então à mudança de constelações sociais e aparece no século XX em várias modalidades bastante opostas. Por conseguinte, uma possível definição geral do liberalismo é vaga: é uma teoria que atribui especial importância à liberdade como um valor político e ético. Outra abordagem vê o liberalismo como 'uma filosofia social que assume e defende uma posição de neutralidade moral perante concepções rivais de boa vida'. O conceito de neutralidade ético-moral é, no entanto, bastante questionável, porque essa assim chamada neutralidade é, por sua vez, uma posição intrinsecamente ética, que - entre outros por Feinberg - é apresentada como uma reivindicação incondicional de validade. Não é, portanto, um ponto de vista amoral, mas o princípio ético segundo o qual as concepções rivais de vida boa devem poder se desenvolver em igual liberdade.” (SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 163).

²⁶⁴ Sobre a diferença entre o liberalismo ético ou teleológico de Mill e o liberalismo político ou deontológico de Rawls, ver Seher: “Enquanto o liberalismo ético se vê como uma concepção correta e racional do bem, competindo com outros projetos éticos abrangentes, o liberalismo político de Rawls se vê meramente como uma teoria-quadro para uma sociedade democrática e pluralista. (...) O liberalismo político, então, assume que existem muitas concepções rivais de vida boa; Ele mesmo, no entanto, não representa tal concepção, mas visa a criar uma base política para uma coexistência justa de todas essas concepções.” (SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 164). Ver também: RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993. Para críticas dos autores do chamado comunitarismo ao liberalismo, sobretudo ao liberalismo político de Rawls, conferir: SANDEL, Michael J. *Liberalism and the Limits of Justice*. 2nd edition. Massachusetts: Harvard University Press, 2012; MACINTYRE, Alasdair. *Whose Justice? Which Rationality?* Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1988. Seher (*Ibidem*, p. 182) argumenta que o liberalismo defendido por Feinberg é plenamente compatível com as preocupações do comunitarismo. Em sentido contrário: ARNESON, Richard J. *Liberalism, Freedom, and Community*, p. 376-380.

²⁶⁵ FIANDACA, Giovanni. *Diritto Penale, Tipi di Morale e Tipi di Democrazia*. In: FIANDACA, Giovanni; FRANCOLINI, Giovanni (org.). *Sulla Legittimazione del Diritto Penale: Culture Europeo-Continentale e Anglo-Americana a Confronto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008, p. 156. De forma diversa, George entende que o liberalismo de Feinberg é sim dogmático: “(...) Feinberg's liberalism is, by his own reckoning, universalistic and, indeed, 'dogmatic'. Unlike the more circumspect liberalism of, say, Joseph Raz, Feinberg's liberalism is not meant to apply only in modern pluralistic or secular societies. Rather, it is proposed and defended as the one true (political) faith. Although it is in many ways a doctrine of tolerance, it is self-consciously intolerant of nonliberal cultures.” Entretanto, o autor esclarece que, conquanto Feinberg defenda um liberalismo dogmático, a sua defesa do liberalismo não é dogmática: “He does not assume the truth of liberalism in advance. He recognizes that 'the liberal position' on the moral limits of the criminal law is not self-evidently true, and that its truth must therefore be established by argument.” (GEORGE, Robert P. *Moralistic Liberalism and Legal Moralism*, p. 1416-1417).

Na teoria de Feinberg, *os princípios limitadores da liberdade são princípios da criminalização discursivamente abertos que estabelecem que determinado tipo de consideração sempre constitui uma razão moral relevante para propor uma proibição penal, ainda que outras razões possam, em dadas circunstâncias, superá-la*. Tais princípios não fornecem condições necessárias nem suficientes a justificar a criminalização de condutas. Isso porque, em primeiro lugar, há uma pluralidade de princípios igualmente plausíveis que não rivalizam entre si. Em segundo lugar, a razão relevante em favor da criminalização pode não prevalecer perante as razões morais ou pragmáticas que apoiam a presunção em favor da liberdade²⁶⁶.

O primeiro e mais importante princípio da criminalização é precisamente o princípio do dano. O conteúdo do *harm principle* ou *harm to others principle* é explicitado por Feinberg nos seguintes termos: “Haverá sempre uma boa razão em apoiar uma legislação penal que seria, provavelmente, efetiva em prevenir (eliminar, reduzir) danos a outras pessoas que não o agente (aquele proibido de agir) e não haja, provavelmente, outro meio igualmente eficaz sem maiores custos a outros valores”²⁶⁷. Esse é o princípio por trás da grande maioria dos crimes clássicos que proíbem condutas que causam dano efetivo aos indivíduos e cuja legitimidade, em geral, não se ousa questionar seriamente (homicídio, lesões corporais, furto etc.), mas também da criminalização de condutas que criam risco não razoável de dano para outras pessoas (porte ilegal de arma de fogo, condução de veículo automotor sob efeito de álcool ou outra substância entorpecente, omissão de socorro etc.) e de condutas que causam dano ou perigo de dano à coletividade (sonegação fiscal, poluição ambiental, falsificação de moeda etc.).

Da mesma forma que a presunção de liberdade, o princípio do dano também é apresentado por Feinberg como um postulado intuitivo, cuja validade é derivada de uma série de indicações²⁶⁸. Em primeiro lugar, em todas as sociedades civilizadas, o núcleo rígido duro

²⁶⁶ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 10.

²⁶⁷ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 26. No original: “It is always a good reason in support of penal legislation that it would probably be effective in preventing (eliminating, reducing) harm to persons other than the actor (the one prohibited from acting) and there is probably no other means that is equally effective at no greater cost to other values”.

²⁶⁸ Crítico a isso, Smith afirma: “if one looks for any sustained justification of the harm principle as a limitation on government, one will search the book in vain. (...) Perhaps Feinberg imagined himself, as liberal theorists sometimes self-consciously do, to be engaged in a conversation with people who already share his base assumptions and commitments (...)” (SMITH, Steven D. *The Hollowness of the Harm Principle*, p. 51).

das legislações penais é formado por incriminações que punem, essencialmente, a produção de dano ou perigo de dano para outros indivíduos ou para a coletividade (homicídio, roubo, estupro, fraude etc.). Em segundo lugar, mesmo em sociedades mais tradicionais e homogêneas e até religiosas, tão diversas das sociedades ocidentais plurais e seculares, o fato de que determinado comportamento possui efeitos adversos ou socialmente prejudiciais também é relevante para a sua proibição. Logo, a ideia de *harm to others* é dotada de um apelo transcultural²⁶⁹. Além disso, a ideia de dano tem a vantagem de fornecer um parâmetro para definir a seriedade da conduta criminosa²⁷⁰, permitindo entender como crimes que aparentemente não fazem vítimas (a falsificação de moeda, por exemplo) afetam ou podem afetar negativamente a vida das pessoas²⁷¹. Dessa forma, Feinberg tem razão ao dizer que qualquer pessoa, liberal ou não, concordaria que prevenir danos é uma boa razão para criminalizar condutas. Todavia, nem todos concordariam que a prevenção de danos é a única boa razão ou mesmo a principal.

Nota-se que o *harm principle* de Feinberg pressupõe a aceitação de um *mínimo ético válido transculturalmente*, isto é, aplicável igualmente a todas as sociedades, sejam quais forem as suas outras convicções culturais, religiosas e sociais²⁷². Com efeito, se há um ponto de interseção entre direito e moral, este se encontra precisamente na ideia de que ninguém deve tornar pior as vidas de outras pessoas. Daí que o princípio do dano incorpora, pelo menos em seu núcleo central, um consenso moral tendencialmente universal. O recurso à noção de mínimo ético parece, em um primeiro momento, conflitar com o intuicionismo cético que norteia a metodologia de investigação feinberguiana. Todavia, assim como a própria presunção em favor da liberdade, esse mínimo ético se baseia em generalizações de intuições derivadas de determinada visão a respeito do ser humano, suas características, necessidades, vulnerabilidades e recursos²⁷³. Segundo Seher, a adesão à ideia de mínimo

²⁶⁹ SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 54-55.

²⁷⁰ Propondo o dano para o padrão de vida da vítima decorrente do crime como critério para a definição da proporcionalidade da punição: HIRSCH, Andrew von; JAREBORG, Nils. Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis. *Oxford Journal Legal Studies*, v. 11, n. 01, 1991, p. 01-38.

²⁷¹ SIMESTER, A.P.; SPENCER, J.R.; SULLIVAN, G.R.; VIRGO, G.J. *Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine*. Portland: Hart Publishing, 2010, p. 641.

²⁷² FIANDACA, Giovanni. *Diritto Penale, Tipi de Morale e Tipi di Democrazia*, p. 156-157.

²⁷³ De forma semelhante a Feinberg, Hart também retira o conteúdo do mínimo moral de várias circunstâncias irrefutáveis relativas à natureza humana, como a vulnerabilidade física, o altruísmo e a força de vontade limitados e a necessidade por recursos naturais (SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 170-171).

moral comprova que *o liberalismo não está a defender um relativismo ético quando postula a igualdade axiológica entre modelos rivais de vida boa*. Afinal, Feinberg e outros liberais trabalham com a defesa de valores éticos como a tolerância, a liberdade, a autonomia e a justiça, sendo que “a esses valores, cuja forma normativa está incorporada nas regras do mínimo moral, os liberais atribuem prioridade ética absoluta”²⁷⁴. Portanto, o compromisso dos liberais com o ideal de neutralidade não os compromete também com o relativismo moral, uma vez que não é possível ser neutro em relação aos valores que fundamentam a própria defesa da neutralidade estatal²⁷⁵.

Observa-se que Feinberg expressa o *harm principle* como um *fundamento positivo* – ainda que não conclusivo – e não como um *limite negativo* da criminalização: não se propõe a enunciar as condições para que a criminalização de uma conduta seja considerada legítima ou justificada em definitivo, mas tão somente o que constitui uma boa razão para qualquer legislador liberal introduzir uma proibição penal²⁷⁶. Por outro lado, fiel à versão canônica do princípio, Feinberg formula o princípio do dano como um *princípio preventivo* e não *responsivo*: não diz que apenas condutas danosas podem ser criminalizadas, mas que só se pode criminalizar para prevenir dano ou, pelo menos, risco de dano²⁷⁷. Contudo, ao aplicar o *harm principle* a alguns casos concretos, Feinberg parece entendê-lo como um *limite negativo* que impede a criminalização de condutas que não causem dano nem perigo de dano a outras pessoas²⁷⁸.

Para Moore, não há diferença prática entre adotar um princípio preventivo ou

²⁷⁴ SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 174.

²⁷⁵ SADURSKI, Wojciech. Joseph Raz on Liberal Neutrality and the Harm Principle. *Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy*, v. 48, 1989, p. 66-67.

²⁷⁶ DUFF, R. A.; MARSHALL, S.E. “Abstract Endangerment”, Two Harm Principles, and Two Routes to Criminalisation. *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, v. 3, n. 2, 2015, p. 135.

²⁷⁷ SIMESTER, A.P.; SPENCER, J.R.; SULLIVAN, G.R.; VIRGO, G.J. *Simester and Sullivan's Criminal Law*, p. 639. Hirsch/Simester e Gardner/Schute também parecem optar por uma versão positiva do *harm principle*: HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A.P. *Crimes, Harms and Wrongs. On the Principles of Criminalisation*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014, p. 35; GARDNER, John; SCHUTE, Stephen. *The Wrongness of Rape*. In: HORDER, Jeremy (ed.). *Oxford Essays in Jurisprudence*. Fourth Series. New York: Oxford University Press, 2002, p. 215-217. Na visão de Simester *et. al*, em Mill, o *harm principle* é expresso como um limite negativo: SIMESTER, A.P.; SPENCER, J.R.; SULLIVAN, G.R.; VIRGO, G.J. *Simester and Sullivan's Criminal Law*, p. 638.

²⁷⁸ Identificando e discutindo não só as formulações negativa e positiva do *harm principle*, mas também outras diferentes estruturas que o princípio pode adquirir: TADROS, Victor. Harm, Sovereignty, and Prohibition. *Legal Theory*, v. 17, 2011, p. 35-65; HOLTUNG, Nils. The Harm Principle. *Ethical Theory and Moral Practice*, v. 5, n. 4, 2002, p. 357-389; TOMLIN, Patrick. Retributivists! The Harm Principle is Not for You! *Ethics*, v. 124, n. 2, 2014, p. 272-298.

responsivo, pois, se o objetivo do legislador é prevenir danos, a forma mais racional de alcançar esse fim é proibindo apenas condutas danosas²⁷⁹. Diversamente, Duff e Marshall ressaltam que é possível que a lei consiga prevenir mais danos, sobretudo danos indiretos ou remotos, por meio da criminalização de condutas não danosas²⁸⁰. Na mesma linha, Edwards cita o exemplo do crime de roubo da legislação inglesa que pune simplesmente tocar um bem alheio com a intenção de privar o seu dono de poderes inerentes ao seu direito de propriedade²⁸¹. Ainda que a conduta não chegue a causar dano ou mesmo perigo de dano, os defensores da incriminação afirmam que uma proibição desse tipo previne mais danos porque contribui para a criação de uma cultura de respeito aos direitos de propriedade. O problema é que a conclusão sobre se determinada proibição previne danos depende de suposições empíricas que competem principalmente ao próprio legislador. Dessa forma, um *harm principle* preventivo tende a estabelecer limites menos seguros para o uso da coerção penal, havendo o risco de que ele seja utilizado para autorizar o legislador penal a punir a mera *vontade contrária à lei*, sem qualquer repercussão sobre a esfera de liberdade de outras pessoas.

Conforme expõe Feinberg, vários outros princípios limitadores da liberdade também pretendem fundamentar a intervenção penal no *Common Law*, sendo os mais comuns: 1) *princípio da ofensa (offense principle)*, segundo o qual a conduta deve ser proibida quando socialmente percebida como ofensiva em si (ameaça, maus-tratos a animais, apologia ao crime e incitação ao ódio etc.); 2) *paternalismo legal (legal paternalism)*, para o qual a conduta deve ser proibida quando necessária a evitar dano ou perigo de dano ao próprio agente (auxílio ao suicídio, uso e tráfico de entorpecentes, comércio de órgãos etc.) e 3) *moralismo legal (legal moralism)*, que admite a criminalização de condutas unicamente por sua imoralidade, independente de causar dano ou perigo de dano a alguém (incesto, chantagem, *insider trading* etc.). Tais princípios são analisados, respectivamente, nos

²⁷⁹ MOORE, Michael S. Liberty's Constraints on What Should be Made Criminal. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor (eds.). *Criminalization: The Political Morality of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 190.

²⁸⁰ DUFF, R. A.; MARSHALL, S.E. "Remote Harms" and the Two Harm Principles. In: SIMESTER, AP; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid. *Liberal Criminal Theory*. Essays for Andreas von Hirsch. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014, p. 205-223.

²⁸¹ EDWARDS, James. Master Principles of Criminalisation. *Jurisprudence*, v. 7, n. 1, 2016, p. 145.

volumes dois, três e quatro do tratado *The Moral Limits of the Criminal Law*, de Feinberg, intitulados: *Offense to Others*, *Harm to Self* e *Harmless Wrongdoing*²⁸².

Por fim, Feinberg esclarece que, uma vez que os referidos princípios da criminalização não se excluem mutuamente, faz sentido que as diferentes perspectivas filosóficas aceitem princípios diversos (apenas um deles, dois ou mais, todos ou mesmo nenhum). Adotando um *liberalismo moderado*, divergente em parte do *liberalismo extremo* de Stuart Mill, Feinberg explicita inicialmente o entendimento de que *somente os princípios do dano e da ofensa fornecem boas razões para que um legislador liberal faça uso da coerção penal*²⁸³, de modo que a criminalização de condutas para além desses limites morais seria, em si, uma injustiça moral. No entanto, no quarto volume da obra, Feinberg altera sua tese inicial e passa a sustentar que *o harm e o offense principles são frequentemente os únicos princípios a fornecer boas razões para a criminalização capazes de elidir a presunção em favor da liberdade*²⁸⁴. É nessa ocasião que o filósofo esclarece que, além de moderado, o seu liberalismo é cauteloso e não ousado. O *liberalismo cauteloso* (*cautious liberalism*) sustenta que *apenas o harm-offense principle fornece sempre boas razões e frequentemente decisivas para a criminalização, mas reconhece que o moralismo legal pode, ainda que raramente, oferecer uma boa razão*. Já o *liberalismo ousado* (*bold liberalism*) entende que o caráter danoso ou ofensivo de uma conduta é *sempre* a única boa razão para criminalizá-la²⁸⁵.

2.2 Definições importantes para a compreensão do *harm principle* em Feinberg

A obra de Feinberg mostra que o conteúdo do *harm principle*, assim como o conceito de bem jurídico-penal, não é simples e inequívoco como pressupunha Stuart Mill. Por isso, é necessário melhor esclarecer os pressupostos de aplicação do princípio e, dessa forma, restringir a sua abrangência, selecionando aquelas condutas que produzem consequências suficientemente graves para justificar a intervenção do direito penal. Certo é que nem toda conduta que causa algum tipo de dano à outra pessoa pode, do ponto de vista dos mais

²⁸² Mais sobre esses princípios no capítulo 6, *infra*.

²⁸³ Enquanto o liberalismo extremo endossa apenas o *harm principle*, o liberalismo moderado endossa também o *offense principle*.

²⁸⁴ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*. The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 4. New York: Oxford University Press, 1990, p. 323.

²⁸⁵ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 324.

intuitivos juízos de justiça, ser proibida sob a ameaça de pena, mas apenas aquelas que causam dano evitável e substancial. Diante disso, “o *harm principle* deve ser suficientemente preciso para permitir a formulação de critérios de 'seriedade' e também, se possível, de alguma forma de classificação de tipos de danos conforme sua gravidade”. Sem a devida especificação de noções elementares como dano (*harm*), interesse (*interest*) e injusto (*wrong*), “o *harm principle* pode levar à interferência ilimitada do Estado em praticamente todos os tipos de conduta humana que afetem os interesses dos outros, para melhor ou pior, em algum grau”²⁸⁶. Examinaremos, a seguir, cada um desses conceitos.

2.2.1 Dano (*harm*)

“Dano” é um termo utilizado de maneira pouco rigorosa pela linguagem cotidiana. Feinberg explica que, em língua inglesa, há três diferentes usos de *harm*: 1) no sentido de danificar algo (*sentido não derivativo*, *harm* aqui é sinônimo de *broke* ou *damage*); 2) no sentido de prejudicar os interesses de alguém (*sentido derivativo* ou não normativo, *harm* aqui é sinônimo de *set back*²⁸⁷) ou 3) no sentido de violar o direito de alguém (*sentido normativo*, *harm* aqui é sinônimo de *wrong*, que traduziremos como injusto)²⁸⁸. Para o filósofo, o sentido

²⁸⁶ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 12. No original: “Clearly not every kind of act that causes harm to others can rightly be prohibited, but only those that cause avoidable and substantial harm. Since the effect of legal coercion may itself be harmful to the interests of the actor it restrains, one would think that only the prevention of still more serious harms to others could justify its infliction. So the harm principle must be made sufficiently precise to permit the formulation of criterion of “seriousness”, and also, if possible, some way of grading types of harms in terms of their seriousness. Without these further specifications, the harm principle may be taken to invite state interference without limit, for virtually every kind of human conduct can affect the interests of others for better and worse to some degree (...)”.

²⁸⁷ Outros termos também utilizados por Feinberg como sinônimos apropriados de *harm* em sentido derivativo ou não normativo são: *defeat*, *thwart*, *impede* e *doom*. Vejamos a definição específica atribuída pelo filósofo a cada um desses termos: “To *set back* an interest is to reverse its course, turn it away, put it back toward the point from which it started. In terms of its associated goals, it is to reverse its progress, to put it in a worse condition than it was formerly in. To *defeat* an interest is to put it to utter rout, to conclusively and irrevocably set it back by destroying the conditions that are necessary to its advancement or fulfillment, as death for example can set back some interests once and for all. To *thwart* (or block, or frustrate) an interest is to stop its progress without necessarily putting it in reverse, to successfully oppose it, and prevent, at least for the time being, from making an advancement or improvement. To *impede* an interest is to slow its advancement without necessarily stopping or reversing it, to hinder or delay. (...) A final way of harming a person is to *doom* one of his interests, to foreordain its defeat. Once a person invests enough in a given goal to make it one of his ulterior interests, while unknown to him, another party has destroyed (or will destroy) the conditions necessary for its fulfillment, then from that moment on, his hopes and labors will be in vain.” (FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 53-54).

²⁸⁸ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 32-35. Também identificando diferentes empregos do termo *harm*: KLEINIG, J., Crime and the Concept of Harm. *American Philosophical Quarterly*. University of Illinois Press,

de *harm* que se deve ter em mente ao aplicar o *harm principle* é uma combinação do segundo e do terceiro sentidos (ver Figura 1 abaixo). Dessa forma, *apenas quando houver prejuízo a interesses com violação de direitos (wrongful harm) e violação de direitos com prejuízo a interesses (harmful wrong) haverá dano propriamente dito*²⁸⁹.

Contudo, a fusão das noções de dano (*harm*) e injusto (*wrong*) em um único superconceito de dano, por meio da inclusão da segunda na definição da primeira, tende a produzir complicações terminológicas desnecessárias²⁹⁰. Além disso, com essa unificação, é fácil perder de vista o fato de que o conteúdo do *harm principle* de Feinberg é o resultado da combinação entre um pressuposto consequencialista e um pressuposto deontológico, ambos necessários à fundamentação da decisão do legislador pela criminalização de condutas. Por isso, o presente trabalho optará por manter as duas categorias separadas, de modo que ambas possam ser compreendidas adequadamente²⁹¹. Portanto, *o termo dano (harm) será utilizado para designar apenas o prejuízo a interesses alheios* e o termo injusto (*wrong*) reservado, em um primeiro momento²⁹², à noção feinberguiana de violação de direitos.

Neste tópico, iremos nos ocupar especificamente do segundo sentido de *harm*. Esse sentido é dito derivativo porque, diferentemente do sentido não derivativo, só dizemos que há dano quando alguém possui um interesse, referido ao seu próprio bem-estar, na preservação ou desenvolvimento do objeto que vem a suportar as consequências danosas. Embora o conceito de dano compreenda a perda ou diminuição de algo valioso para alguém, o que faz com que o dano seja encarado como um evento prejudicial não é a perda ou diminuição de um

v. 15, n. 1, jan, 1978, p. 27-28. Vide também a observação de Peršak sobre o emprego do termo *harm* em Mill: “Mill, in his work, expounds the harm principle (principle of liberty) without clarifying what harm is, and according to some, he himself gives it at least eight different meanings throughout his book, without telling the reader when he is shifting from one meaning to another.” (PERŠAK, Nina. *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts*. New York: Springer, 2007, p. 57).

²⁸⁹ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 32-36.

²⁹⁰ Criticando a opção de Feinberg por incluir *wrong* no conceito de *harm*, ao invés de mantê-los separados: STEWART, Hamish. Harms, Wrongs, and Set-Backs in Feinberg’s Moral Limits of the Criminal Law. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 5, 2002, p. 65-66; HIRSCH, Andrew von. Injury and Exasperation: An Examination of Harm to Others and Offense to Others. *Michigan Law Review*, v. 84, n. 4/5, 1986, p. 702. Também em favor de manter uma moldura objetiva, neutra e não normativa para o conceito de dano, ainda que a definição do conteúdo dessa moldura (isto é, os critérios que determinam o que contará como dano) nunca seja neutra ou objetiva: PERŠAK, Nina. *Criminalising Harmful Conduct*, p. 58. Com efeito, o fato de Feinberg, ao discutir se há ou não um dano, também se referir à presença ou não de um injusto é fonte de uma série de desencontros na interpretação da sua análise.

²⁹¹ Da mesma forma: GREEN, Stuart P. *Lying, Cheating, and Stealing. A Moral Theory of White-Collar Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 39, nota 36.

²⁹² No capítulo 5, tópico 5.5, apresentaremos um conceito de injusto alternativo ao de Feinberg.

objeto em si, mas a sua implicação para o bem-estar dessa pessoa. No sentido que interessa especificamente ao *harm principle*, dano é um conceito relacional, pois um fato danoso é sempre danoso para alguém, ainda que não necessariamente uma pessoa concreta e determinada²⁹³. Assim, em Feinberg, *danoso é aquilo que retrocede os interesses de alguém, de forma irrevogável ou não, ou que, mesmo sem reverter o avanço desses interesses, frustra ou sabota o seu progresso ou as suas chances de ganho*²⁹⁴. Logo, a identificação de um dano em sentido derivativo demanda esforços a fim de delimitar as consequências de determinado fato real para outro sujeito determinado ou indeterminável, isto é, a forma como a vida desse outro sujeito pode vir a ser impactada. Como o dano é o resultado de um processo causal²⁹⁵, só é possível atribuir caráter danoso à determinada conduta se forem apresentadas, e submetidas a escrutínio crítico, evidências empíricas da existência de nexo causal entre a conduta e a alegada afetação de algum componente do bem-estar alheio²⁹⁶.

Um conceito de dano baseado em interesses pode ser definido a partir de duas perspectivas²⁹⁷: uma centrada no *bem-estar imediato* dos sujeitos e outra em seus *projetos de vida de longo prazo*. Para a primeira abordagem, dano equivale à produção de efeitos negativos para o bem-estar objetivo do sujeito, efeitos esses que independem tanto das preferências subjetivas da vítima²⁹⁸ quanto da sua consciência a respeito da ocorrência de um revés para seus interesses²⁹⁹. Nota-se que, em Feinberg, o direito penal se volta à proteção de interesses que servem ao bem-estar do seu titular, de forma que prejudicar os interesses do

²⁹³ Parte dos defensores da teoria do bem jurídico criticam teorias a respeito dos limites materiais ao poder de incriminar condutas que utilizam os conceitos de interesse ou direito, argumentando que a conduta criminosa viola o bem e não o interesse ou o direito, os quais permanecem íntegros após a prática do crime. Ver, por exemplo: SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico?* Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 123-124. Contudo, em relação ao *harm principle* de Feinberg, essa crítica só faria sentido se o princípio se referisse à noção de dano em sentido não derivativo.

²⁹⁴ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 36.

²⁹⁵ PERRY, Stephen. Harm, History, and Counterfactuals. *San Diego Law Review*, v. 40, 2003, p. 1296.

²⁹⁶ Para ver a discussão de Feinberg sobre o elemento causal da noção de *harm to others*, conferir: FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 118-125.

²⁹⁷ A respeito de um conceito de dano não baseado em interesses, ver, no tópico 2.3.1 a seguir, a referência à concepção hedonista de dano em Epicuro, para a qual o bem-estar do indivíduo depende apenas do prazer ou desprazer que ele experimenta. Anteriormente, vimos que essa mesma ideia está presente no conceito de dano atrelado ao utilitarismo de Bentham (ver capítulo 1, tópico 1.4, nota nº 133).

²⁹⁸ TADROS, Victor. *Wrongs and Crimes*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 177. Afinal, uma pessoa pode ter preferências que contrariam o seu próprio bem-estar.

²⁹⁹ TADROS, Victor. *Wrongs and Crimes*, p. 182-183. Isso significa que é perfeitamente possível que os interesses de uma pessoa sejam prejudicados sem que ela tenha ciência disso.

indivíduo significa, em última instância, tornar a sua vida pior em matéria de bem-estar. De outra parte, dano também pode ser definido de forma mais prospectiva do que retroativa, envolvendo o reconhecimento de uma diminuição, ainda que contingente, das oportunidades do indivíduo de gozar ou buscar uma boa vida³⁰⁰. Nessa linha, Hirsh e Simester afirmam que danoso é aquilo que muda para pior as perspectivas de uma pessoa ao retirar ou reduzir suas possibilidades de perseguir os objetivos que elegeram para si e de se envolver em atividades e relações tidas por ela como valiosas³⁰¹. Daí que, por exemplo, quebrar o braço de alguém é causar dano porque debilita as condições desse membro de atender às necessidades futuras de tal indivíduo³⁰².

Essa segunda perspectiva é alvo de críticas por ser considerada, ao mesmo tempo, ampla e restrita demais. Segundo Tadros, embora a capacidade e oportunidade de perseguir exitosamente um projeto de vida boa componham o bem-estar pessoal, a afetação desses componentes não é necessária nem suficiente para a ocorrência de dano³⁰³. Isso porque, por um lado, sujeitos que não possuem projetos de vida de longo prazo, como recém-nascidos e animais, também podem sofrer dano e, por outro, há danos que integram a própria estratégia de persecução dos objetivos que o ofendido elegeram para si (como é o caso de algumas autolesões) e há violações de projetos pessoais de vida boa que promovem o bem-estar do indivíduo afetado (como é o caso de intervenções paternalistas)³⁰⁴. No mesmo sentido, Peršak critica a perspectiva centrada nos projetos de longo prazo por considerá-la demasiadamente orientada ao futuro e não ao presente, de forma que só é possível falar em dano quando há redução ou limitação das opções do indivíduo no que diz respeito aos seus planos e decisões futuras e não porque o indivíduo foi ferido aqui e agora³⁰⁵. A teoria de Feinberg é criticada por, caminhando em direção a essa segunda perspectiva, utilizar o termo *hurt* para designar estados físicos indesejados e temporários que não constituem necessariamente dano³⁰⁶, desprezando o fato de que o indivíduo que experiencia dor física sofre, mesmo que por um

³⁰⁰ SIMESTER, A.P.; SPENCER, J.R.; SULLIVAN, G.R.; VIRGO, G.J. *Simester and Sullivan's Criminal Law*, p. 640.

³⁰¹ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A.P. *Crimes, Harms and Wrongs*, p. 36 e 38. De forma semelhante, o conceito de dano em Raz (ver capítulo 1, item 1.3, *supra*).

³⁰² HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A.P. *Crimes, Harms and Wrongs*, p. 36-37.

³⁰³ TADROS, Victor. *Wrongs and Crimes*, p. 179.

³⁰⁴ TADROS, Victor. *Wrongs and Crimes*, p. 179-180.

³⁰⁵ PERŠAK, Nina. *Using 'Quality of Life'*, p. 229-230. Colocar na biblio no final.

³⁰⁶ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 46.

breve instante, uma redução em seu bem-estar³⁰⁷.

A proximidade de Feinberg com uma definição de dano a partir da perspectiva centrada nos projeto de longo prazo também se manifesta na *diferenciação entre dano e ofensa*³⁰⁸. O termo ofensa, no contexto da teoria feiberguiana, possui sentido completamente diverso do que é tradicionalmente atribuído ao termo pela doutrina penal do sistema romano-germânico. Segundo o filósofo, ofender alguém é incutir nele, temporariamente, estados mentais indesejados, tais como medo, ansiedade, vergonha e incômodo, sem chegar a causar-lhe danos mais permanentes³⁰⁹. Nessa visão, a não ser em circunstâncias excepcionais, as pessoas não possuem um interesse penalmente tutelável em evitar esses estados mentais transitórios. Contudo, caso essas experiências desagradáveis se tornem suficientemente intensas e prolongadas, é possível que os interesses do indivíduo sofram um revés e se produza, com isso, um dano. Como ficará claro no próximo tópico, a diferenciação entre dano e ofensa, bem com a separação entre *harm* e *hurt*, decorre inicialmente da definição de interesses de bem-estar na teoria de Feinberg, o que, a nosso ver, não impede que a lei penal também proíba ofensas e *hurts*, ainda que, no primeiro caso, seja recomendável recorrer ao *offense principle*³¹⁰.

O reconhecimento de um dano depende de uma análise comparativa³¹¹ do *status* da vítima em termos de bem-estar que permita concluir que o interesse afetado está em

³⁰⁷ TADROS, Victor. *Wrongs and Crimes*, p. 180. Também crítico à postura de Feinberg: DWORKIN, Gerald. Harm and the Volenti Principle. *Social Philosophy and Policy*, v. 29, 2012, p. 311.

³⁰⁸ Segundo Smith, o conceito de dano em Feinberg, mesmo em sentido derivativo e não normativo, é artificial e opera a partir de juízos normativos, sendo que, em razão dessa visão restrita de dano, Feinberg acaba por reconhecer a existência de outros tipos de consequências indesejadas não danosas, tais como as ofensas e o que dele denomina de *hurts*: SMITH, Steven D. The Hollowness of the Harm Principle, p. 37-38.

³⁰⁹ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 45-46.

³¹⁰ Nosso entendimento é de que o conceito de dano também abarca ofensas e *hurts*, mas que o mais adequado é proibir as primeiras com base em um princípio específico. Conferir capítulo 6, tópico 6.1.4, *infra*.

³¹¹ Crítica aos modelos comparativos de dano de uma forma geral, Shiffrin afirma que esses modelos não explicam a assimetria moral entre causar um dano ou falhar em evitá-lo, de um lado, e deixar de produzir um benefício, de outro: SHIFFRIN, Seana Valentine. Wrongful Life, Procreative Responsibility, and the Significance of Harm. *Legal Theory*, v. 5, 1999, p. 117-148. Criticando os modelos comparativos por sua inadequação aos casos em que não há identidade entre os sujeitos a serem comparados: BORGOGNO, Santiago Truccone. Daño al Futuro: ¿Puede el no Comparativismo Resolver el Problema de la No-Identidad? *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, n. 70, 2017, p. 83-96. Apesar das críticas, a maioria dos filósofos e juristas ainda recorre à análise comparativa para dizer se houve ou não um dano. Também destacando que o modelo comparativo de dano falha em casos específicos, mas ressaltando que os modelos não comparativos também não são satisfatórios: BRADLEY, Ben. Doing Away with Harm. *Philosophy and Phenomenological Research*, v. 75, n. 2, 2012, p. 390-412. Diante disso, Bradley propõe o abandono da noção de dano pela filosofia moral. Entretanto, essa proposta não se mostra praticável, tendo em vista a relevância da ideia de dano na justificação racional de nossas intuições morais, sobretudo para o pensamento liberal.

condições piores do que estaria, caso a conduta não houvesse sido praticada³¹². Em quais bases essa comparação deve ser realizada é, ainda, uma questão altamente controversa³¹³, sendo identificados três parâmetros possíveis: temporal, contrafactual e normativo. De acordo com o *parâmetro temporal*, haverá dano quando o bem-estar da vítima se encontrar, depois da prática da conduta (t^2), em situação pior do que estava antes da prática da conduta (t^1)³¹⁴. Uma representação gráfica simplificada dessa ideia seria a seguinte: $P(t^2) < P(t^1)$. Conforme o *parâmetro contrafactual*, haverá dano quando o bem-estar da vítima se encontrar, depois da prática da conduta (t^2), em situação pior do que estaria se a conduta não houvesse sido praticada (t^{2*})³¹⁵. A representação gráfica desse parâmetro seria: $P(t^2) < P(t^{2*})$. Por fim, segundo o *parâmetro normativo*, haverá dano quando o bem-estar da vítima se encontrar, depois da prática da conduta (t^2), em situação pior do que deveria estar ($t^{2\#}$). A representação gráfica seria: $P(t^2) < P(t^{2\#})$. Observa-se que, enquanto o parâmetro temporal compara dois cenários que realmente existiram ou existem, os parâmetros contrafactual e normativo imaginam um cenário que poderia ou deveria ter existido e o comparam ao cenário existente.

Feinberg opta por um *parâmetro de comparação não normativo*³¹⁶, mas reconhece que tanto o parâmetro temporal quanto contrafactual podem eventualmente, ao serem aplicados a determinados casos concretos, contrariar nossas intuições a respeito da existência ou não de dano. Assim, o parâmetro contrafactual falha nos casos em que a conduta danosa acaba evitando a ocorrência de outro dano de igual ou maior gravidade (p. ex., A incendeia a casa de B minutos antes de C também tentar incendiá-la)³¹⁷. Por outro lado, o parâmetro temporal não funciona quando o agente omite uma conduta apta a reduzir um risco iminente de dano pré-existente, pois, nessas hipóteses, o *status* anterior em matéria de bem-estar pode

³¹² FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 36: “The test, in turn (as we shall see), of whether such an invasion has in fact set back an interest is whether that interest is in a worse condition than it would otherwise have been in had the invasion not occurred at all”.

³¹³ HOLTUNG, Nils. The Harm Principle, p. 369; PETERSEN, Thomas Søbirk. Being Worse Off: But in Comparison with What? On the Baseline Problem of Harm and the Harm Principle. *Res Publica*, v. 20, n. 2, 2014, p. 204.

³¹⁴ Defendendo o parâmetro temporal ou histórico: PERRY, Stephen. Harm, History, and Counterfactuals, p. 1295.

³¹⁵ TADROS, Victor. *Wrongs and Crimes*, p. 191.

³¹⁶ Veremos, mais adiante, que a opção de Feinberg por um parâmetro não normativo tem reflexos sobre a forma como o filósofo lida com os casos de exploração (capítulo 6, tópico 6.3.3, *infra*).

³¹⁷ PERRY, Stephen. Harm, History, and Counterfactuals, p. 1287.

não ser melhor do que vem a existir posteriormente³¹⁸. Diante disso, Feinberg utiliza um modelo comparativo misto de caráter *temporal-contrafactual*, o qual toma como parâmetro de comparação o *status de bem-estar normal da vítima em marco temporal anterior à conduta*³¹⁹. O bem-estar normal da vítima é composto pelas condições que, considerando o curso normal dos eventos, seria razoavelmente previsível que estivessem presentes naquelas circunstâncias³²⁰. Desse modo, A terá causado dano a B quando, como resultado da conduta comissiva ou omissiva de A, B se encontrar, depois da prática da conduta (t^2), em posição pior em termos de bem-estar do que estaria *normalmente* antes da prática da conduta (t^{1*}), seja porque o agente lhe impôs uma perda de bem-estar ou lhe privou de um ganho de bem-estar que decorreria de outra fonte independente³²¹. Simplificadamente, a representação gráfica seria: $P(t^2) < P(t^{1*})$ ³²².

Figura 1 – Sentidos do termo “dano”

Dano em sentido não derivativo	Dano em sentido derivativo ou não normativo	Dano em sentido normativo	Dano para fins de aplicação do <i>harm principle</i>
Sentido de danificar algo, sinônimo de <i>broke</i> ou <i>damage</i> .	Sentido de prejudicar ou frustrar interesses, sinônimo de <i>set back</i> <i>defeat</i> , <i>thwart</i> etc.	Sentido de violar direitos, sinônimo de <i>wrong</i> (injusto).	Combinação do segundo e terceiro sentidos: prejudicar interesses e violar direitos. Diferencia-se

³¹⁸ Segundo Tadros, o parâmetro temporal é incapaz de reconhecer que reduzir a possibilidade de um benefício também é uma forma de causar dano e que minorar os efeitos de um evento danoso é uma forma de causar benefícios. Por exemplo, A ministra um medicamento que desacelera o declínio da saúde de B que sofre de uma doença degenerativa. Nesse caso, A beneficia B, ainda que B não esteja, depois da conduta, em situação melhor do que estava anteriormente. Ver: TADROS, Victor. *Wrongs and Crimes*, p. 192.

³¹⁹ Utilizando como parâmetro não o bem-estar normal da vítima em marco temporal anterior e sim o potencial humano em geral, isto é, o “potencial humano inteiramente comprometido com um bem básico humano em específico”: HARROSH, Shlomit. Identifying Harms. *Bioethics*, v. 26, n. 9, 2012, p. 496.

³²⁰ FEINBERG, Joel. Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming. *Social Philosophy & Policy*, v. 4, n. 1, 1986, p. 153.

³²¹ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 142-143. Ver também: FEINBERG, Joel. Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming, p. 149 e ss.

³²² Petersen critica o parâmetro de comparação proposto por Feinberg. Segundo o autor, não há como precisar qual seria o *status quo* “normal” da vítima. Uma interpretação possível é a de que o “normal” teria como referência o nível de bem-estar médio de uma determinada pessoa. Contudo, esse parâmetro não é capaz de alcançar a melhor solução em todos os casos (como no caso em que o nível médio de bem-estar da vítima é ainda mais baixo no estágio em que ela se encontra após a intervenção do agente). O autor também destaca que Feinberg só introduz o parâmetro “normal” de bem-estar nos casos de conduta omissiva. Ver: PETERSEN, Thomas Søbirk. Being Worse Off: But in Comparison with What?, p. 204. Não será possível, neste trabalho, solucionar os complexos desafios do modelo comparativo, mas voltaremos a essa questão ao tratar do dano na omissão (tópico 2.3.3, *infra*).

			do conceito de ofensa.
Exemplo: um relógio antigo, sem dono, deixa de funcionar.	Exemplo: um negócio vai à falência e seu proprietário perde dinheiro.	Exemplo: alguém adentra uma propriedade privada sem o consentimento do proprietário.	Exemplo: quebrar o braço de outra pessoa sem o seu consentimento.

2.2.2 Interesse (*interest*)

Os interesses de uma pessoa, na perspectiva de Feinberg, direcionam-se às *condições essenciais à consecução dos seus planos de vida*³²³. Segundo o autor, o bem-estar de uma pessoa floresce ou definha conforme os seus interesses florescem ou definham³²⁴. Assim, tudo aquilo que promove os interesses de alguém lhe beneficia e tudo aquilo que frustra seus interesses lhe prejudica. Feinberg identifica três categorias principais de interesses: 1) interesses de bem-estar (*welfare interests*); 2) interesses superiores (*ulterior interests*) e 3) desejos instrumentais (*instrumental wants*)³²⁵. Tais interesses se apresentam interconectados em rede, complementando-se e reforçando-se reciprocamente³²⁶, sendo que cada indivíduo terá a sua própria rede de interesses.

Os interesses mais elementares para os seres humanos são os denominados *interesses de bem-estar*: preservação da vida, um mínimo de saúde física e mental, de segurança financeira, de liberdade de ação, de liberdade política, de privacidade etc.³²⁷ Nas sociedades organizadas, o mínimo fundamental também inclui o funcionamento de várias instituições sociais e governamentais, tais como os sistemas monetário, judicial e de assistência social³²⁸.

³²³ Observa-se que, diferentemente da conceituação de interesses corrente na doutrina penal brasileira, o conceito de interesse em Feinberg não pode ser equiparado a um vínculo de natureza psicológica entre o sujeito e um objeto. Conferir, por exemplo, FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte geral. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 330-331; NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*. Volume I. São Paulo: Saraiva, 1959, p. 148.

³²⁴ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 34.

³²⁵ As categorias e definições de interesses apresentadas por Feinberg não são inéditas na filosofia moral em língua inglesa, já aparecendo, por exemplo, em: KLEINIG, John, *Crime and the Concept of Harm*, p. 30 e ss.

³²⁶ SEHER, Gerhard. *La Legitimación de Normas Penales Basada en Principios y el Concepto de Bien Jurídico*, p. 80.

³²⁷ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 57: “Our interest in welfare, speaking quite generally, is an interest in achieving and maintaining that minimum level of physical and mental health, material resources, economic assets, and political liberty that is necessary if we are to have any chance at all of achieving our higher good or well-being, as determined by our more ulterior goals. Personal welfare, as the term is used here, is an indispensably necessary condition for the achievement of ultimate well-being, but by no means a sufficient condition. One cannot get anything else if one does not have it, but one does not usually have much when one has only it.”

³²⁸ SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 57.

Os interesses de bem-estar se referem aos *pressupostos essenciais da vida humana em concreto* e, justamente por isso, são interesses *estáveis e duradouros*. Além disso, são os interesses mais *básicos e triviais* de um indivíduo, mas que, conquanto *indispensáveis*, são *insuficientes* para uma vida plena. Não obstante, esses são os *interesses mais importantes a serem protegidos*, tendo em vista que, se não forem satisfeitos, o seu titular será incapaz de eleger para si um projeto de vida boa, de persegui-lo ou de, uma vez alcançado o seu propósito, usufruí-lo. Tomados em conjunto, *esses interesses só são tão fortes quanto o elo mais fraco da corrente de interesses fundamentais*³²⁹. Afinal, deficiências em algum desses interesses primários (p. ex., a integridade física) não podem ser compensadas pela promoção de outro interesse para além do mínimo essencial (p. ex., a segurança financeira)³³⁰. Ademais, os interesses de bem-estar são *compartilhados pela generalidade dos seres humanos*, independente de quais sejam ou venham a ser as suas metas de vida em específico³³¹.

É possível se questionar se os interesses básicos de todas as pessoas são idênticos em quaisquer situações da vida ou se variam dependendo da época e da cultura. Na visão de Seher, como a noção de interesses em Feinberg é intuicionista e, portanto, baseada em projeções sobre a realidade, parece apropriado concluir que *as mudanças de tempo, local e cultura irão impactar na configuração dos interesses de bem-estar*³³². No entanto, essa abertura tem a desvantagem de tornar muito variável o conteúdo dos interesses de bem-estar, os quais são centrais para o delineamento dos limites de intervenção do direito penal³³³. De

³²⁹ A comparação com uma corrente é retirada por Feinberg de Nicholas Rescher.

³³⁰ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 37.

³³¹ Ressalta-se a influência da ideia de “bens primários” (*primary goods*) em Rawls no conceito de interesses de bem-estar de Feinberg: “(...) primary goods (...) are things which it is supposed a rational man wants whatever else he wants. Regardless of what an individual’s rational plans are in detail, it is assumed that there are various things which he would prefer more of rather than less.” (RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Original Edition. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1971, p. 92).

³³² SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 57-58. Destacando “the moral, cultural, and political nature of the interests recognized in a particular system”: ASHWORTH, Andrew; HORDER, Jeremy. *Principles of Criminal Law*. 7ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 28. Em sentido semelhante, KLEINIG, J., *Crime and the Concept of Harm*, p. 31: “Built into the above specification of welfare interests is reference to some standard of normalcy. This standard is likely to differ from one society to another, where conditions, resources, and opportunities differ. Although this does not preclude the possibility of some objective welfare standard appropriate to all human beings, it is far from clear what such a standard should be. The welfare requirements in a highly technologized urban society will vary significantly from those in a simple agrarian society, and unless we can confidently claim that one is better than the other we will bailey search for universally applicable criteria of normalcy. Further, in a society which is rich in resources, the available options will tend to be increased, and so the level of welfare which constitutes the standard below which people should not fall tends to be raised.”

³³³ SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 58.

fato, sobretudo com a profunda transformação das estruturas sociais ao longo do tempo, o conteúdo dos interesses fundamentais pode variar. Por exemplo, um acesso mínimo à internet e a outras tecnologias pode ser considerado, nas atuais sociedades modernas, como um interesse de bem-estar. Apesar disso, *há um núcleo duro de interesses básicos que sempre serão essenciais a todos os seres humanos*, como um mínimo de integridade física e psicológica e de liberdade de ação. Diante disso, o legislador penal de cada país deve ter como ponto de partida *os interesses básicos que podem ser objetivamente atribuídos a um indivíduo padrão da sociedade em questão*³³⁴.

Além de básicos, essenciais, estáveis, duradouros e interdependentes, os interesses de bem-estar são também *instrumentais*. Isso porque esses interesses fundamentais são *meios necessários à persecução dos interesses superiores (ulterior interests)* que os sujeitos elegem para si³³⁵ (ver Figura 3 abaixo). Feinberg define os interesses superiores como sendo *os objetivos de vida e as aspirações de longo prazo únicos de cada indivíduo*: escrever um livro ou produzir uma obra de arte, realizar uma grande descoberta científica, casar, ter filhos e construir a casa dos sonhos, ocupar um cargo de destaque em uma grande empresa etc.³³⁶ Trata-se, por conseguinte, de objetivos da vida real e não meros sonhos distantes³³⁷. Segundo Seher, o papel que Feinberg atribui aos interesses superiores é influenciado pela noção de autorrealização pessoal própria das sociedades industriais ocidentais³³⁸. Apesar disso, o filósofo americano admite que, em certos períodos e locais, é comum que as pessoas considerem o mínimo de bem-estar como o seu bem maior. No mais, tais interesses *costumam mudar mais rapidamente ao longo do tempo*, diferentemente dos interesses de bem-estar que tendem a se manter mais estáveis. Por isso, os interesses superiores variam em quantidade e qualidade de pessoa para pessoa e tem o poder de moldar as ações e escolhas de cada uma. Finalmente, esses interesses *não possuem valor puramente instrumental*, uma vez que são

³³⁴ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 112; SEHER, Gerhard. La Legitimación de Normas Penales Basada en Principios y el Concepto de Bien Jurídico, p. 80.

³³⁵ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 37. Ver também o diagrama de Feinberg na página 61.

³³⁶ Os interesses superiores também são chamados por Feinberg de “objetivos focais” (*focal aims*). Conferir: “(...) our ultimate interests characteristically resemble what C. L. Stevenson has called 'focal aims', ends (not *the* end) which are also means to many other divergent ends.” (FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 45). No entanto, o filósofo destaca a existência de interesses superiores que não constituem objetivos que podem ser perseguidos pelo titular pelos seus próprios esforços e, por isso, não podem ser denominados de *focal aims*.

³³⁷ SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 58.

³³⁸ SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 58.

verdadeiros fins escolhidos pelos indivíduos. Contudo, o valor desses interesses também não é unicamente intrínseco, pois a sua promoção levará, inevitavelmente, à promoção de outros interesses que compõem a mesma rede e estão a eles conectados³³⁹.

O tipo mais grave de dano que uma pessoa pode sofrer é, precisamente, um dano contra os seus interesses de bem-estar. Afinal, esse tipo de dano faz com que algum aspecto do bem-estar humano seja reduzido a patamar aquém do nível mínimo tolerável. Além disso, é comum que *a realização de interesses superiores do indivíduo também seja comprometida quando os seus interesses básicos são negativamente afetados*. Já um dano contra os interesses superiores do indivíduo não necessariamente atinge, ao mesmo tempo, os seus interesses de bem-estar ou outra categoria de interesses³⁴⁰. Por essa razão, *os interesses de bem-estar são os interesses penalmente relevantes por excelência*³⁴¹, enquanto *os interesses superiores, de forma geral, só são protegidos indiretamente pela lei penal*. Assim, se A tem como meta construir um patrimônio financeiro de milhões de dólares, o máximo que a lei penal pode fazer é, por exemplo, impedir intrusões indevidas em sua liberdade de iniciativa econômica e protegê-lo de crimes patrimoniais como furto, roubo e estelionato. Desse modo, é possível compatibilizar a igual liberdade de todos os indivíduos em perseguir ou realizar seus interesses de nível superior, sem que o progresso de alguns seja promovido à custa do retrocesso ou estagnação de outros³⁴².

Na visão de Feinberg, o poder punitivo não pode ir além do necessário a garantir as condições mínimas necessárias aos indivíduos à persecução dos seus interesses superiores. Daí que a efetiva realização dos objetivos humanos mais elevados não é tarefa da lei penal e

³³⁹ Vide diagrama em: FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 61.

³⁴⁰ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 37. Nas palavras de Seher: “A princípio, parece que a frustração dos interesses superiores é uma interferência particularmente grave na esfera do indivíduo: o fracasso dos planos de vida em longo prazo parece atingir as pessoas mais profundamente. É decisivo, contudo, que a realização dos interesses fundamentais, em primeiro lugar, seja a pré-condição para que o homem possa perseguir objetivos mais elevados. Uma violação desses interesses básicos representa, assim, um dano em dois aspectos: seu fracasso afeta indiretamente os interesses superiores. Por outro lado, um revés direto para as metas de vida mais altas não causa nenhum dano duradouro ao resto da rede de interesses, porque não põe em questão a realização dos interesses fundamentais: ainda há espaço para novas metas mais altas.” (SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 61).

³⁴¹ WOHLERS, Wolfgang. La Fattispecie Penali come Strumento per il Mantenimento di Orientamenti Sociali di Carattere Assiologico? Problemi di Legittimazione da una Prospettiva Europea Continentale e da una Angloamericana. In: FIANDACA, Giovanni; FRANCOLINI, Giovanni (org.). *Sulla Legittimazione del Diritto Penale: Culture Europeo-Continentale e Anglo-Americana a Confronto*, p. 128.

³⁴² FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 62. Ver também: BAKER, Dennis J. *The Right Not to be Criminalized*, p. 43.

sim uma questão de mérito individual e, principalmente, de sorte. Há, porém, uma importante exceção. Alguns interesses superiores são *extensões dos interesses de bem-estar para além do mínimo necessário*: por exemplo, o interesse em um mínimo de saúde física é um interesse básico, mas o desejo em se tornar um atleta de alto desempenho constitui um interesse superior³⁴³. Com efeito, *a lei penal protege diretamente esses interesses superiores que não passam de extensão de um interesse de bem-estar*. Assim, por exemplo, o patrimônio individual de um milionário pode ser protegido ainda que o crime patrimonial que lhe vitimou não reduza a sua segurança financeira para alguém do mínimo, isto é, ainda que o seu interesse de bem-estar não venha a ser afetado³⁴⁴. A fim de dar conta desses interesses, Feinberg chega a introduzir, posteriormente, duas novas categorias de interesses, intermediárias entre os interesses de bem-estar e os interesses superiores: os *interesses de segurança* (*security interests*) e os *interesses acumulativos* (*accumulative interests*), os quais funcionariam como uma *tela de proteção* para os interesses de bem-estar³⁴⁵. Daí que, por exemplo, os indivíduos têm um interesse de bem-estar em manter um mínimo essencial de liberdade, um interesse de segurança por ter ainda mais opções em aberto para além desse mínimo e um interesse acumulativo em usufruir do máximo de liberdade possível, muito além do necessário e dessa margem de segurança³⁴⁶.

Para Hirsch e Jareborg, a teoria dos interesses de Feinberg é atrativa porque atribui à ideia de autonomia uma função determinante na definição dos contornos das diferentes categorias de interesses, em especial dos interesses de bem-estar, o que reforça a fidelidade dessa teoria ao liberalismo filosófico. Entretanto, os autores entendem equivocada a abordagem de Feinberg, argumentando que *nem todo dano pode ser traduzido como um prejuízo à capacidade ou oportunidade dos indivíduos de escolher e perseguir um projeto de vida boa*, tendo em vista que há interesses vitais dos indivíduos que não podem ser reduzidos a meras dimensões da autonomia pessoal³⁴⁷. Como visto acima, essa é exatamente a crítica feita por aqueles que definem dano a partir de uma perspectiva centrada no bem-estar do

³⁴³ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 62-63.

³⁴⁴ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 62.

³⁴⁵ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 207.

³⁴⁶ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*. The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 3. New York: Oxford University Press, 1986, p. 65. Ver também: HIRSCH, Andrew von. Injury and Exasperation: An Examination of Harm to Others and Offense to Others. *Michigan Law Review*, v. 84, n. 4/5, 1986, p. 703-704.

³⁴⁷ HIRSCH, Andrew von; JAREBORG, Nils. Gauging Criminal Harm, p. 08-09.

titular do interesse e não nos seus planos de longo prazo. De fato, os indivíduos em geral também têm um interesse elementar, por exemplo, em evitar desconfortos físicos e psíquicos, ainda que a frustração transitória desse interesse não afete a busca e realização de seus projetos de vida³⁴⁸.

Os interesses de uma pessoa não se confundem com os seus *meros desejos ou vontades (wants)*, de modo que *o desapontamento decorrente da não realização de um simples desejo não configura, por si, um dano*. Embora pareça paradoxal dizer que nem tudo em que as pessoas têm interesse é por elas desejado, há casos claros em que *aquilo que uma pessoa quer não se alinha àquilo que melhor promove os seus interesses*³⁴⁹. Isso é verdade principalmente no que toca aos interesses de bem-estar: por exemplo, a vontade de B por comer sobremesa pode conflitar com o seu interesse por saúde. Contudo, os desejos desempenham um papel especial no que diz respeito à constituição dos interesses superiores do indivíduo, já que, em regra, os propósitos de vida surgem e desaparecem conforme os indivíduos desejem ou não a sua satisfação³⁵⁰.

Ocorre que desejos, por mais genuínos e intensos que sejam, não bastam para a criação de interesses superiores: por exemplo, não importa o quanto C queira que seu time de futebol vença o campeonato, ele não tem, só por isso, um interesse nessa vitória³⁵¹. Ademais, muitos desejos não são apropriados a fundamentar interesses superiores por não serem suficientemente estáveis e duradouros e, por conseguinte, não possuem uma conexão com objetivos de longo prazo. É o caso do desejo por um sorvete ou a vontade de ir ao cinema. Tais desejos erráticos e arbitrários são chamados por Feinberg de *desejos passageiros (passing wants)*³⁵². A fim de fundamentar um interesse superior na teoria de Feinberg, o desejo deve possuir, em síntese, três características essenciais: 1) *deve se mostrar razoavelmente duradouro*; 2) *deve estar associado a expectativas realistas* e 3) *deve ser*

³⁴⁸ A nosso ver, esse tipo de interesse, ainda que não constitua um interesse de bem-estar, pode ser incluído na categoria identificada por Feinberg pela nomenclatura de desejos instrumentais, os quais também compõem a rede de interesses do indivíduo.

³⁴⁹ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 38. Ver também: KLEINIG, J., *Crime and the Concept of Harm*, p. 30.

³⁵⁰ “My health may be good for me whether I want it or not, but in respect to some of my more ulterior interests, at least, I seem to have a stake in them because I desire their fulfillment, rather than the other way round. In these instances, if my wants changed, my interests would too.” (FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 42).

³⁵¹ A não ser na hipótese especial em que C tenha apostado uma alta quantia em dinheiro nesse resultado.

³⁵² FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 42-43.

*promovido por meio do esforço humano, particularmente da pessoa que detém o desejo*³⁵³. Os desejos que integram a rede de interesses dos indivíduos são denominados *desejos instrumentais (instrumental wants)* e definidos como *desejos imediatos que constituem meio ou condição necessária à persecução de objetivos, mais gerais, estáveis e permanentes, de nível superior* (por exemplo, o desejo de fazer exercícios físicos e seguir uma dieta saudável a fim de ter boa saúde)³⁵⁴.

Da mesma forma que os desejos passageiros, também devem ser excluídos da categoria de interesses aqueles *objetivos mais abrangentes e elevados (most ulterior and comprehensive goals)* do indivíduo, também chamados de *fins últimos (inclusive ends)*. Para Feinberg, não há um interesse em ser feliz, em viver em paz ou em encontrar um propósito. Afinal, dizer que as pessoas possuem um interesse na felicidade é tão tautológico quanto dizer que elas têm interesse no próprio interesse ou que o que promove os seus interesses é de seu interesse³⁵⁵. A felicidade, por exemplo, é um termo sem definição universal e, em geral, sequer é estabelecida como uma meta consciente e refletida. O conteúdo de uma meta desse tipo é demasiadamente genérico e abstrato, só podendo ser preenchido a partir da dedução de interesses específicos que, por sua vez, já são abarcados pela categoria dos interesses superiores.

Destarte, excluídos os desejos passageiros e os fins últimos, *os interesses compreendem apenas os desejos e objetivos de nível intermediário* (interesses de bem-estar, interesses superiores e desejos instrumentais – vide Figura 2 abaixo). Entretanto, mesmo dentro da esfera de interesses, as diferentes estruturas e funções desses interesses condicionam as fronteiras da intervenção penal orientada à proteção de cada categoria. O direito penal é um instrumento político que deve agir de forma prática e operável sobre o mundo real. Por esse motivo, *a lei penal deve ter por foco a proteção dos interesses de bem-estar e dos interesses superiores que constituem meras extensões dos interesses básicos*, porquanto, nesses casos, os interesses são identificados por circunstâncias externas concretas cuja afetação na forma de dano pode ser objetivamente verificada³⁵⁶. Em outras palavras, o direito penal deve se ocupar da proteção de interesses que se apresentam como elementos da realidade e não como metas

³⁵³ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 44-45.

³⁵⁴ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 56-57.

³⁵⁵ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 56.

³⁵⁶ SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 61-62.

subjetivas mais gerais e abstratas que existem, primeiramente, apenas em pensamento. Quanto aos *desejos instrumentais*, assim como ocorre com os interesses superiores, esses interesses são *protegidos apenas indiretamente*, isto é, na medida em que a lei penal proíbe intervenções indevidas na esfera de liberdade de ação necessária à consecução dos objetivos humanos, dos mais específicos aos mais gerais, sejam eles puramente instrumentais ou não. Eventualmente, *a lei penal também se ocupará de forma direta de retrocessos aos desejos instrumentais que recaem sobre os mesmos objetos que os interesses de bem-estar*³⁵⁷.

Nem todos os defensores contemporâneos do *harm principle* adotam também a teoria feinberguiana de interesses. Hirsch e Simester, por exemplo, definem dano como o menoscabo de um interesse alheio, mas concebem interesse como um *recurso*, isto é, um *meio ou capacidade normalmente valiosa para a manutenção de um determinado padrão de qualidade de vida*³⁵⁸. Os autores fazem três apontamentos sobre o conceito de recurso³⁵⁹. Em primeiro lugar, um recurso não deve ser entendido como um bem natural ou material, mas como potencialidades. Em segundo lugar, o importante não é analisar se o recurso pode melhorar o bem-estar de uma pessoa específica, mas se favorece a qualidade de vida de uma pessoa padrão. Em terceiro lugar, o rebaixamento ou depreciação desse recurso deve influir na qualidade de vida por um período razoável de tempo. Segundo Hirsch, a ideia de recursos é mais ampla do que a noção de interesses de bem-estar em Feinberg, pois o que conta não são apenas os meios ou capacidades básicas que fornecem ao seu titular uma ampla gama de usos potenciais, mas também aqueles ativos mais particulares que contribuem igualmente para a qualidade de vida do sujeito³⁶⁰.

Apesar disso, parece não haver grandes diferenças entre o conceito de interesse em Feinberg e o de recurso em Hirsch/Simester³⁶¹. Estamos cientes de que, considerando a consistência das críticas que foram e serão levantadas, a teoria feinberguiana carece de uma

³⁵⁷ Para nós, a frustração desse tipo de interesse nem sempre deverá ser qualificada como dano, o que não impede que se reconheça a produção de outro tipo de consequência negativa que também pode ser proibida pelo direito penal. Mais sobre essa discussão no capítulo 6, tópico 6.1.4, *infra*.

³⁵⁸ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A.P. *Crimes, Harms and Wrongs*, p. 37.

³⁵⁹ HIRSCH, Andrew von. El Concepto de Bien Jurídico y el Principio del Daño. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 42-43.

³⁶⁰ HIRSCH, Andreas von. Harm and Wrongdoing in Criminalisation Theory. *Criminal Law and Philosophy*, v. 8, n. 1, 2014, p. 249.

³⁶¹ SEHER, Gerhard. La Legitimación de Normas Penales Basada en Principios y el Concepto de Bien Jurídico, p. 80, nota 40.

série de reparos, os quais se buscará fazer ao longo deste trabalho. No entanto, preferimos falar em prejuízo a interesses e não em menoscabo a recursos, a fim de ressaltar o caráter derivativo do conceito de dano e evitar que o cerne desse conceito seja expropriado da vítima e transferido para um referencial externo, de forma semelhante ao que acontece com a concepção de bem da teoria do bem jurídico. Além de evidenciar essa conexão com a vida do titular do interesse afetado, a noção de dano como retrocesso ou frustração de interesses é mais restrita e mais bem delimitada do que a alternativa proposta por Hirsch/Simester, inclusive porque Feinberg a apresenta combinada com uma tese sobre quais interesses são precipuamente protegidos pelo direito penal e em que medida essa proteção pode ser estendida para além desse núcleo básico.

Figura 2 – Diagrama de interesses e não interesses³⁶²

<i>Desejos passageiros</i>	<i>Interesses</i>			<i>Objetivos mais abrangentes e elevados ou fins últimos</i>
Desejos e vontades arbitrários e erráticos que não possuem conexão com objetivos de longo prazo.	<i>Desejos instrumentais</i> Desejos que constituem meio eficaz à promoção de interesses de bem-estar. São razoavelmente duradouros, realistas e realizáveis mediante esforço humano.	<i>Interesses de bem-estar</i> Interesses básicos, estáveis, duradouros, interdependentes, instrumentais e essenciais a todos os seres humanos. Condições concretas mínimas necessárias a uma vida digna, ainda que não suficientes a uma vida boa e plena, e à persecução dos interesses superiores.	<i>Interesses superiores</i> Objetivos de vida e aspirações de longo prazo que cada indivíduo elege para si, razoavelmente específicos e que podem ser perseguidos pelo titular por seus próprios esforços.	As mais elevadas metas de vida de todo ser humano. São genéricos, abstratos e nem sempre conscientes e refletidos.
Ex.: vontade de tomar um sorvete ou de ir ao cinema.	Ex.: seguir uma dieta, fazer exercícios físicos, aprender um segundo idioma, poupar dinheiro.	Ex.: preservação da vida, mínimo de saúde física e mental, mínimo de segurança financeira, mínimo de liberdade de ação e de liberdade política, mínimo de privacidade e autonomia	Ex.: escrever um livro, fazer uma grande descoberta científica, obter sucesso na defesa de uma causa social, formar uma família, construir a casa dos	Ex.: felicidade, paz, harmonia.

³⁶² Ver também os diagramas em: FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 60; SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 60.

		sobre o próprio corpo, funcionamento de instituições e serviços sociais básicos (saúde, justiça, educação, transporte etc.).	sonhos, ser eleito para um mandato político, ocupar um cargo.	
Não são protegidos pelo direito penal.	Protegidos apenas indiretamente pelo direito penal ou quando recaem sobre os mesmos objetos dos interesses de bem-estar.	Protegidos pelo direito penal.	Protegidos apenas indiretamente pelo direito penal ou quando constituem meras extensões dos interesses de bem-estar.	Não são protegidos pelo direito penal.

Figura 3 – Representação gráfica da dinâmica interna à rede de interesses

Desejos instrumentais ===== meio eficaz à promoção =====> *Interesses de bem-estar*
Interesses de bem-estar ----- condição necessária à persecução -----> *Interesses superiores*

2.2.3 Injusto (*wrong*)

Como visto, depois de identificar um terceiro sentido do termo *harm*, para o qual dano é sinônimo de *injusto* (*wrong*³⁶³), Feinberg afirma que, para fins de aplicação do *harm principle*, o conceito de dano emerge da combinação entre o segundo sentido (derivativo ou não normativo) e esse terceiro sentido (sentido normativo estrito). Dessa forma, o filósofo introduz um elemento normativo que seleciona, dentre as inúmeras condutas danosas a interesses, as que podem ser criminalizadas com base no *harm principle*³⁶⁴. De fato, o

³⁶³ Criticando a terminologia *wrongful* utilizada por Feinberg, uma vez que o termo pode ser empregado tanto em sentido moral quanto político-legal: HÖRNLE, Tatjana. Theories of Criminalization. *Criminal Law and Philosophy*, v. 10, n. 2, 2016, p. 303. Na literatura em língua espanhola, o termo *wrong* aparece traduzido como ilicitude material. Ver: HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización*. Los límites del Derecho penal. Trad. Rocío Lorca Ferreccio. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 113; BARBERÁ, Gabriel Pérez. El Ilícito Material del Delito Tributario. En torno a la legitimidad de la criminalización de incumplimientos fiscales. In: ROBIGLIO, Carolina (dir.). *Institutos de Derecho Penal Tributario*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2017, p. 69-103; VERDE, Alejandra. Receptación, no Encubrimiento. Un Delito contra el Mercado Formal. *En Letra: Derecho penal*, ano VI, n. 10, 2020, p. 54-107. Neste trabalho, optamos por traduzir *wrong* como injusto e não como ilicitude porque esse último, muitas vezes, é equiparado à ilegalidade, isto é, à mera contrariedade à lei, sendo que tal compreensão não é adequada ao conceito de injusto em Feinberg nem em nenhuma das outras teorias da criminalização que serão abordadas ao longo deste trabalho.

³⁶⁴ Segundo Holtung, o elemento de injusto torna o conceito de dano, em Feinberg, moralizado: HOLTUNG, Nils. The Harm Principle, p. 377. Já Smith critica o fato de o elemento de *wrong* tornar o conceito de dano de

prejuízo aos interesses de outra pessoa não basta, por si só, para fundamentar a criminalização de uma conduta. Afinal, mesmo em suas atividades diárias mais corriqueiras, as pessoas afetam negativamente os interesses umas das outras, buscando promover o próprio bem-estar e perseguir seus interesses superiores. Logo, conflitos de interesses são inevitáveis em qualquer sociedade e nem todas essas situações são dignas da atenção do direito penal.

Para Feinberg, dizer que a conduta que retrocede ou frustra interesses alheios constitui um injusto é dizer que o agente cometeu uma incorreção moral, tendo tratado a parte prejudicada injustamente. Uma pessoa é tratada injustamente quando *os seus direitos são violados, de forma injustificável e inescusável*. Portanto, importa ao *harm principle* que o sujeito impactado prejudicialmente em seu bem-estar possua sobre os interesses atingidos uma pretensão legítima³⁶⁵. É a existência de violação a um direito que faz da conduta danosa um injusto, isto é, um fato inescusável e injustificável e, por conseguinte, *moralmente indefensável ou intolerável*³⁶⁶. Assim, por exemplo, no caso em que um comerciante perde sua clientela e vai à falência em razão da concorrência *leal* de um rival, há dano no sentido de prejuízo a interesses, mas não há injusto. O mesmo ocorre nos casos em que prejuízos a interesses humanos básicos são causados por eventos naturais ou são produzidos com o consentimento da vítima³⁶⁷. Já se, a despeito de um direito ter sido violado, gera-se um benefício em lugar de um prejuízo ao titular do direito ou um benefício superior ao prejuízo, há injusto, mas não há dano em sentido derivativo ou não normativo.

Segundo Feinberg, quase todo injusto (dano em sentido normativo estrito) vem também acompanhado de dano em sentido derivativo ou não normativo, mas nem todos os retrocessos ou frustrações de interesses são também violações de direitos. Portanto, *injustos não danosos* são raros, mas *danos não injustos* (ou justos, simplesmente) são comuns. Em inúmeras situações cotidianas de conflito de interesses, por exemplo, é justificável prejudicar

Feinberg altamente artificial, afastando o termo do seu sentido consagrado pelo uso: SMITH, Steven D. *The Hollowness of the Harm Principle*, p. 49.

³⁶⁵ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A.P. *Crimes, Harms and Wrongs*, p. 37.

³⁶⁶ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 105.

³⁶⁷ No mesmo sentido: GREEN, Stuart P. *Lying, Cheating, and Stealing*, p. 39. Criticando o fato de Feinberg igualar o dano causado por uma conduta criminosa e o causado por um desastre natural, diferenciando-os apenas em razão do caráter injusto da conduta, Duff argumenta que essa abordagem não é condizente com o fato de que a própria “vítima” percebe o dano de maneiras diferentes em cada uma das situações: DUFF, R. A. *Harms and Wrongs*. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 5, n. 1, 2001, p. 22.

um interesse de menor hierarquia com vistas a proteger um interesse de maior relevância³⁶⁸. Nos casos excepcionais em que a conduta injusta não é também danosa, Feinberg explica que o dano só é excluído do ponto de vista do *balanceamento de interesses*, isto é, a conduta injusta sempre prejudica, em alguma extensão, interesses alheios, mas esse prejuízo pode ser contrabalanceado por um benefício gerado pela mesma conduta aos interesses do terceiro afetado³⁶⁹. Em outras palavras, a conduta injusta só não é danosa em sentido derivativo e não normativo porque, ao mesmo tempo e na mesma medida, retroage e progride os interesses do sujeito afetado. É o caso de um promitente que descumpre, sem justa causa, a promessa feita, mas o descumprimento acaba, por um acaso, beneficiando o promissário. Nessa hipótese, o promissário é injustiçado, mas não chega a sofrer um dano. Contudo, Feinberg argumenta que, em geral, a existência de um injusto não danoso é meramente aparente, pois sempre haverá nas situações de violação de direito, pelo menos, um dano ao interesse pela liberdade³⁷⁰. Como se verá adiante, essa perspectiva é criticada por obscurecer a distinção entre dano e injusto (ver capítulo 4, tópico 4.2.2, *infra*).

Ainda de acordo com Feinberg, uma conduta humana só configura um injusto quando estão presentes três condições: 1) dolo ou culpa³⁷¹; 2) a conduta é moralmente indefensável e repreensível, isto é, nem justificável nem exculpável e 3) a conduta viola direitos alheios³⁷². No entanto, os teóricos criticam a inclusão desses elementos no conceito de injusto. Em relação à primeira condição, Hirsch e Simester argumentam que, conquanto a conclusão final sobre o caráter injusto da conduta possa, eventualmente, exigir a presença de uma *mens rea* específica, o injusto é parte integrante do *actus reus*, sendo que a análise da dimensão objetiva do crime (*actus reus*) antecede, no plano lógico, a da sua dimensão

³⁶⁸ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 36.

³⁶⁹ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 35. Entretanto, logo após fazer essa afirmação, Feinberg apresenta um exemplo que não tem relação com balanceamento de interesses. Trata-se do caso ao qual a doutrina anglo-americana se refere como invasão de propriedade não danosa (*harmless trespassing*). Esse caso será debatido no capítulo 4, tópico 4.2.2, *infra*.

³⁷⁰ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 36.

³⁷¹ Nesse ponto, adaptamos a teoria de Feinberg à estrutura do delito no direito brasileiro, uma vez que o *Common Law* não trabalha com essas categorias e sim com outras: *purpose*, *knowledge*, *negligence* e *recklessness*. Sobre essas categorias, conferir: PARDINI, Lucas. *Imputação Dolosa do Crime Omissivo Impróprio ao Empresário em Cegueira Deliberada*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 32-35. Ao exigir a presença de algum dos quatro níveis de *mens rea* para que a conduta seja considerada injusta, Feinberg se posiciona contra a responsabilidade penal objetiva (*strict liability*).

³⁷² FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 105-106.

subjetiva (*mens rea*)³⁷³. Além disso, há séria controversa entre os filósofos morais contemporâneos a respeito da *relevância do estado mental do agente para a impermissibilidade da sua conduta*³⁷⁴, tendo a maioria se posicionado no sentido de reconhecer a irrelevância das intenções nesse tocante, mas admitir a relevância de elementos psíquicos para a reprovabilidade do agente³⁷⁵. Em nossa opinião, como ficará claro ao longo deste trabalho, o juízo de injustiça moral do qual depende a aplicação do *harm principle* e outros princípios da criminalização pressupõe que o agente tenha atuado, no mínimo, com culpa, mas o requisito da injustiça (*wrongfulness constraint*) não deve ser confundido com a exigência de dolo ou culpa inerente ao postulado de que a responsabilidade penal é sempre subjetiva³⁷⁶. Afinal, as razões deônticas que fundamentam esse juízo nunca devem se esgotar nas intenções do agente, embora considerações a respeito do momento subjetivo possam sim tornar mais robusto o conteúdo de injusto³⁷⁷.

A segunda condição trata da ausência de causas de exclusão da ilicitude e da culpabilidade (legítima defesa, estado de necessidade, obediência hierárquica etc.)³⁷⁸. A concepção feinberguiana de *injusto como conduta injustificável e inescusável* é criticada por outros autores do *Common Law* por supostamente ignorar a separação existente, naquele

³⁷³ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A.P. *Crimes, Harms and Wrongs*, p. 71-72. Registra-se que, no direito penal anglo-saxão, o conceito de crime (isto é, de *offence*) é bidimensional e não tridimensional como o nosso, possuindo uma dimensão fática constituída pela conduta externa (*actus reus*) e uma dimensão intelectual formada pela disposição mental do agente (*mens rea*). Ver: PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *La Estructura de la Teoría del Delito en el Ámbito Jurídico del "Common Law"*. Granada: Comares, 2002, p. 111-112.

³⁷⁴ Voltaremos a essa discussão ao tratarmos da criminalização da chantagem: capítulo 6, tópico 6.3.3.4, *infra*.

³⁷⁵ HUSAK, Douglas. The Costs to Criminal Theory of Supposing that Intentions are Irrelevant to Permissibility. *Criminal Law and Philosophy*, v. 3, 2009, p. 53. A posição de Husak é semelhante a de Feinberg, como se verá na sequência (capítulo 5, tópico 5.4.1, *infra*).

³⁷⁶ De forma semelhante, diferenciando *wrongfulness* e *mens rea*, mas reconhecendo a interação entre as duas categorias: GREEN, Stuart P. *Lying, Cheating, and Stealing*, p. 40-41.

³⁷⁷ Assim, a decisão do legislador por só punir determinada conduta quando praticada pelo agente com determinada intenção deve decorrer da preocupação com a legalidade estrita ou de considerações pragmáticas referentes ao custo e benefício da intervenção e não da falta de qualquer desvalor moral da conduta na ausência dessa intenção. Vide, por exemplo, o crime de invasão de dispositivo informático do art. 154-A do CP que só pune a conduta quando praticada “com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita”.

³⁷⁸ Mais uma vez, estamos adaptando a obra de Feinberg à nossa realidade. Como visto, o conceito de crime no direito penal anglo-saxão é bidimensional, resultando da combinação entre *actus reus* e *mens rea*. Por sua vez, inimputabilidade, legítima defesa, estado de necessidade etc. integram as denominadas defesas gerais (*general defenses*) e não afastam a existência do crime, mas apenas a responsabilidade penal. Cf.: PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *La Estructura de la Teoría del Delito en el Ámbito Jurídico del "Common Law"*, p. 111-112.

sistema, entre *offense* e *defenses*³⁷⁹. Todavia, esse não seria um obstáculo à recepção da teoria de Feinberg nos países do *Civil Law*, uma vez que, entre nós, a presença de causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade afasta a própria existência de crime, enquanto no sistema penal anglo-saxão exclui apenas a punibilidade da conduta. Por certo, como bem percebeu Feinberg, o juízo de ausência de injustiça está na base das causas de exclusão da ilicitude, de forma que um fato lícito não consubstancia um injusto. Entretanto, a inclusão da inesculpabilidade no conceito de injusto é questionável do ponto de vista de ambos os sistemas legais. Para Hirsch e Simester, o conteúdo de injusto moral não pode depender da culpabilidade do agente, pois, enquanto os pressupostos de validade da criminalização devem ser investigados *ex ante facto*, o juízo de culpabilidade é *ex post facto* e, portanto, referente ao agente em concreto³⁸⁰. Ademais, *não deixa de haver uma violação aos direitos da vítima pelo simples fato de ser a conduta do agente escusável*³⁸¹. Com efeito, diferentemente das causas de justificação, *as excludentes de culpabilidade não tornam a conduta permitida*, mas apenas afastam o juízo de censura que recairia sobre o agente em razão da prática de um injusto³⁸².

A terceira e última condição para que uma conduta constitua um injusto conduz a um exercício complexo de filosofia moral: definir o que é uma *violação de direitos*. Diferentemente dos interesses, os direitos são concebidos por Feinberg como *trunfos não instrumentais*, o que significa que direitos são limites que não podem ser ultrapassados pelo legislador penal e não um bem a ser promovido e maximizado³⁸³. Logo, a exigência de um conteúdo de injusto moral adiciona um elemento deontológico à, de outro modo, utilitarista

³⁷⁹ DUFF, R. A. Harms and Wrongs, p. 19; SPENA, Alessandro. Harmless Rapes? A False Problem for the Harm Principle. *Diritto & Questioni Pubbliche*, v. 10, 2010, p. 522-523; POSTEMA, Gerald. Politics is about the Grievance: Feinberg on the Legal Enforcement of Morals. *Legal Theory*, v. 11, n. 03, 2005, sept., p. 293-323. Sobre a diferença entre *offense* e *defenses*, ver nota anterior e conferir: FLETCHER, George P. *Rethinking Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2000. Observa-se que *offense* aqui diz respeito ao conceito jurídico de crime, não se confundindo com a ofensa (consequência específica de determinadas condutas criminosas diversa do dano) de que trata o *offense principle* de Feinberg.

³⁸⁰ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A.P. *Crimes, Harms and Wrongs*, p. 73.

³⁸¹ HÖRNLE, Tatjana. Offensive Behavior and German Penal Law. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 5, n. 1, 2001, p. 264.

³⁸² Isso vale tanto para o direito penal romano-germânico quanto para o anglo-americano. Ver: “Excuses are usually thought to exempt persons from blame for their wrongful conduct.” (HUSAK, Douglas. The Costs to Criminal Theory of Supposing that Intentions are Irrelevant to Permissibility, p. 66). Ver também: “Typically, excused conduct is understood to be wrong all things considered, but the defendant is not blameworthy of perpetrating it.” (TADROS, Victor. Wrongness and Criminalization. In: MARMOR, Andrei (ed.). *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. New York: Routledge, 2012, p. 159).

³⁸³ STEWART, Hamish. Harms, Wrongs, and Set-Backs in Feinberg’s Moral Limits of the Criminal Law, p. 48. Nesse tocante, Feinberg se alinha à teoria dos direitos de filósofos como Ronald Dworkin.

conformação do princípio do dano³⁸⁴. Diante disso, é possível dizer que a combinação entre dano e injusto representa uma solução conciliatória ao impasse filosófico entre consequencialismo e deontologismo que se arrasta desde o século XVIII com Bentham e Kant (ver capítulo 1, tópico 1.4, *supra*).

Em Feinberg, os *direitos são pretensões ou reivindicações válidas*³⁸⁵ dirigidas a uma pessoa específica (assistência, reparação, compensação etc.) ou às pessoas em geral (não interferência em assuntos privados, p. ex.). Tais pretensões também podem ser dirigidas ao Estado, tanto para que o Estado realize determinadas prestações (fornecimento de serviços públicos, p. ex.) e não interfira na liberdade individual quanto para que obrigue os demais cidadãos a cumprir com as reivindicações a eles dirigidas³⁸⁶. Ocorre que nem todas as reivindicações válidas dirigidas a outras pessoas são apoiadas por uma pretensão contra o Estado de fazê-las cumprir: é o caso da pretensão de não ser tratado rudemente. Essas pretensões são denominadas de *direitos puramente morais (moral rights merely)*³⁸⁷. Apenas as reivindicações dirigidas contra o Estado ou contra os demais indivíduos e reforçadas pelo Estado configuram direitos no plano legal e não apenas moral, passando a sua satisfação a ser juridicamente exigível.

Segundo Feinberg, “[u]m *direito moral é uma reivindicação apoiada por razões válidas e endereçadas à consciência do reclamante ou à opinião pública*”³⁸⁸. Além de

³⁸⁴ 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. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 10, época 3, jul., 2013, p. 361. Para Duff, Feinberg, certamente, não é um consequencialista *tout court*, mas o que atribui relevância penal a uma conduta do ponto de vista do *harm principle* é, essencialmente, as suas consequências danosas e não o seu caráter injusto (DUFF, R. A. Harms and Wrongs, p. 20).

³⁸⁵ Feinberg faz uma diferenciação entre reivindicação (*claim*) e reivindicação válida (*valid claim*). Qualquer reivindicação dá ao reclamante o direito à audiência justa e à consideração, mas apenas uma reivindicação válida – fundamentada em princípios morais racionais – pode dar direito ao objeto reivindicado: FEINBERG, Joel. *Social Philosophy*. Englewood Cliffs: Prentice Hall Press, 1973, p. 66.

³⁸⁶ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 109. Nas palavras de Feinberg: “right is a valid claim which an individual can make in either or both of two directions”

³⁸⁷ Feinberg cita como exemplo o caso do voto feminino. As mulheres não tinham o direito legal de votar nos Estados Unidos até 1890 e, na década de 1990, ainda não tinham o direito ao voto no Kuwait. Apesar disso, é correto dizer que as mulheres possuíam o direito moral ao voto nos Estados Unidos mesmo antes de 1890 e, no momento em que escrevia Feinberg, já possuíam esse direito moral no Kuwait. Cf.: FEINBERG, Joel. In Defence of Moral Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 12, n. 1, jul., 1992, p. 149. A Arábia Saudita, por exemplo, só efetivou o direito ao voto das mulheres em 2015.

³⁸⁸ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 110, grifo nosso. No original: “A moral right is a claim backed by valid reasons and addressed to the conscience of the claimer or to public opinion.” O autor reconhece, todavia, que a melhor definição de direito moral é a de Raymond Frey. Segundo essa definição, um direito moral é um direito

racionalmente fundadas, as *razões válidas devem ser decisivas* para a postulação do direito moral e não apenas relevantes e cogentes³⁸⁹. Contudo, quando as pretensões humanas, apesar de endossadas juridicamente, são arbitrárias e não suportadas por boas razões, estaremos diante de *direitos puramente legais (legal rights merely)*. É o caso das pretensões da minoria branca de segregação racial contra a maioria negra na África do Sul, as quais se efetivaram por meio do regime jurídico de *apartheid*. Para o filósofo, os interesses de bem-estar são a base, por excelência, para a formulação de reivindicações válidas contra outras pessoas e, portanto, para a postulação de direitos morais. Embora não seja possível excluir a possibilidade de que outros tipos de interesses também fundamentem direitos morais, alguns podem ser excluídos de antemão: interesses em causar dor e sofrimento a terceiros e outros interesses cruéis, sádicos e mórbidos³⁹⁰. Só é possível falar em um direito, ao mesmo tempo, moral e legal quando a pretensão, além de fundamentada em razões válidas e decisivas, é reforçada por uma reivindicação contra o Estado.

Em regra, *os direitos morais antecedem e independem dos direitos legais*, mas *há casos especiais em que os direitos morais são derivados dos direitos legais*. Isso acontece, por exemplo, quando a lei demanda que todos os motoristas conduzam pelo lado direito da via. De fato, a criação dessa *regra de coordenação*, cujo conteúdo é puramente convencional, atribui a todos os participantes do trânsito um direito legal e moral a que os motoristas transitem pelo lado direito da pista. Porém, é mais comum que seja assim nos casos em que a norma jurídica criadora do direito legal e moral não tem natureza eminentemente penal³⁹¹. É o que se verifica, por exemplo, nas situações que envolvem condutas que podem levar aos denominados danos por acumulação, cujo conteúdo de injusto está diretamente vinculado à

que não é criado pela lei nem pelo costume, persistindo mesmo sendo contrário à lei ou ao costume, e que estabelece o limite que não deve ser ultrapassado pelos indivíduos ou pela sociedade na realização dos seus objetivos em geral (FREY, R.G. *Interests and Rights. The Case Against Animals*. Oxford: Clarendon Press, 1980, p. 7 *apud* FEINBERG, Joel. In *Defence of Moral Rights*, p. 151). Para críticas gerais à ideia de direito moral, considerada por alguns como inexistente, supérflua ou socialmente prejudicial: SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 82-83. Seguindo a linha de seu ceticismo cauteloso, Feinberg discute as críticas à noção de direitos morais e conclui que a suposição de que o conceito de direito morais é relevante e proveitoso é mais plausível do que a posição oposta. Conferir: FEINBERG, Joel. *Freedom and Fulfillment: Philosophical Essays*. Princeton: Princeton University Press, 1994, capítulos 8, 9 e 10. Da mesma forma, em: FEINBERG, Joel. *The Social Importance of Moral Rights. Philosophical Perspectives*, v. 6, 1992, p. 175-198; FEINBERG, Joel. In *Defence of Moral Rights*, p. 149-169.

³⁸⁹ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 215.

³⁹⁰ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 111.

³⁹¹ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 110. Voltaremos a essa questão no capítulo 4, tópico 4.2.4, *infra*.

violação de normas extrapenais que regulamentam determinada atividade³⁹².

Para Feinberg, se o elemento referente à violação de direitos for entendido como violação de direitos legais, a exigência de que a conduta proibida constitua um injusto se esvaziará de qualquer capacidade de fornecer um limite material à atividade do legislador penal. Por isso, a fim de evitar que o conceito de injusto se torne redundante, o filósofo explica que a noção de *violação de direitos deve ser interpretada como violação de direitos morais, independentemente de serem também direitos legais*. Todavia, seguir por esse caminho impõe a necessidade de delinear uma teoria de direitos morais. A primeira opção seria resgatar a ideia de *direitos naturais* própria do *jusnaturalismo*, mas Feinberg reconhece que muitos estudiosos já apresentaram bons motivos para considerar essa concepção inconsistente³⁹³. Diante disso, ao elaborar seu conceito de direitos morais, Feinberg prefere recorrer à ideia de *moralidade crítica* ou, em suas palavras, *verdadeira moralidade*³⁹⁴. Assim, tendo em vista a necessidade de abertura democrática para outras moralidades, as boas razões que sustentam uma reivindicação válida são aquelas que possuem *caráter universalizável*, sendo passíveis de justificação concreta em qualquer discurso filosófico-crítico³⁹⁵. Portanto, os direitos morais são definidos como *reivindicações que, por estarem, do ponto de vista da moralidade crítica, fundamentadas em boas razões não arbitrárias, merecem ser reconhecidas como válidas*.

No entanto, a defesa de uma moralidade objetiva e universal parece, em um primeiro momento, conflitar com o próprio ceticismo cauteloso adotado por Feinberg como referencial metodológico³⁹⁶. Com efeito, o compromisso com uma moralidade crítica e não apenas positiva costuma ser criticado por implicar uma forma de *cognitismo metaético*, isto é, a ideia de que é possível alcançar racionalmente verdades morais. Contra essa posição, são levantados tanto *óbices epistemológicos* – que duvidam da capacidade de o conhecimento

³⁹² FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 193. Mais sobre os danos acumulativos no capítulo 5, item 5.3.2, *infra*.

³⁹³ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 111.

³⁹⁴ “(...) what is sometimes called ‘true morality’ is thought to be immune to such fluctuations, being at least to some degree ‘part of the nature of things’, critical, rational, and correct. True morality, so understood, provides the standards and principles by which to judge the actual institutions of any given society, *including* its conventional morality – the rules and principles actually established in that society, for better or worse. Rights conferred by a universal true morality may also be a part of the conventional moralities of many societies, as the right not to be killed except in defence of self or others (...).” (FEINBERG, Joel. In *Defence of Moral Rights*, p. 152).

³⁹⁵ FEINBERG, Joel. *Freedom and Fulfillment*, p. 200.

³⁹⁶ SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 87-88.

humano acessar verdades morais – quanto *óbices de autoridade moral* – que questionam quem teria autoridade para estabelecer o conteúdo da verdadeira moralidade³⁹⁷. Por outro lado, há quem entenda que aportar conclusões obtidas a partir da reflexão sobre o conteúdo de uma verdadeira moralidade para a discussão sobre o que pode ou não ser criminalizado afronta o *princípio democrático*, pois impede que todas as visões de mundo tomem parte no debate, independentemente da adequação de seus argumentos a um modelo metaético³⁹⁸.

Na opinião de Seher, a preocupação de Feinberg com a circularidade de eventual conceito de injusto baseado em direitos legais é infundada, já que o direito penal não cria novos direitos, mas apenas disponibiliza mais um mecanismo coercitivo para a proteção de direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Para o autor alemão, os direitos constitucionais poderiam ser tomados como base para a formulação de direitos morais, tendo em vista que neles se encontram positivados os juízos axiológicos de determinada sociedade³⁹⁹. Como o filósofo americano opta por construir a noção de direito moral sem recorrer a valores já positivados juridicamente, sua abordagem acabaria se aproximando indesejadamente das teorias jusnaturalistas. Com isso, Feinberg estaria ignorando que “a legitimação de posições morais na sociedade democrática depende da interação comunicativa temporal e socialmente contingente dos seus membros”⁴⁰⁰ e os resultados dessa interação, em geral, emergem na forma de normas jurídicas. Por haver uma interação intrínseca e contínua entre normas morais e normas jurídicas, não seria possível falar em direitos puramente morais.

A nosso ver, Feinberg tem razão em remeter à moralidade crítica a definição do conteúdo dos direitos morais cuja violação constitui o conceito de injusto. O filósofo

³⁹⁷ HÖRNLE, Tatjana. “Rights of Others” in Criminalisation Theory. In: SIMESTER, AP; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid. *Liberal Criminal Theory*. Essays for Andreas von Hirsch. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014, p. 177.

³⁹⁸ BARBERÁ, Gabriel Pérez. El Ilícito Material del Delito Tributario, p. 88; SOLAVAGIONE, Lucía. La Incorrección Moral como Presupuesto de Legitimidad de la Criminalización. *En letra: derecho Penal*, año V, número 8, 2019, p. 128-129.

³⁹⁹ SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 79.

⁴⁰⁰ SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 80. No original: “Allerdings ist dabei noch nicht berücksichtigt, daß die Legitimation moralischer Positionen in der demokratischen Gesellschaft abhängig ist von der zeitlich und sozial kontingenten kommunikativen Interaktion der Mitglieder. Diese Interaktion vollzieht sich im sozio-moralischen Diskurs, dessen Ergebnisse typischerweise in der Form rechtlicher Normierungen zutage treten. (...) Damit aber zeigt sich ein immanentes Wechselspiel zwischen moralischen und rechtlichen Positionen. Dieser Befund verbietet es, ausschließlich nach rein moralischen Rechten als Schutzobjekten des Strafrechts zu suchen.”

esclarece que a verdadeira moralidade não se confunde com a moralidade razoável em abstrato, mas é uma moralidade analítica, racional e exequível na prática. Além disso, não se trata de uma moralidade eterna e inalterável, deduzida de leis naturais, e sim de princípios morais adaptáveis, em certo grau, às circunstâncias históricas, políticas e sociais⁴⁰¹. Como visto, o objetivo da teoria de Feinberg é identificar os limites morais que podem ser opostos ao legislador liberal de qualquer país democrático, independente do que dispõe a sua Constituição. Certamente, esse projeto só pode ser executado por uma teoria capacitada a criticar a atividade de criminalização a partir de um referencial externo ao ordenamento jurídico. Apesar disso, é inegável que existe uma relação dialética entre os deveres impostos pela moralidade crítica e pelas normas jurídicas, como demonstra a discussão sobre o conteúdo de injusto nos crimes *mala prohibita*, apresentada no próximo capítulo.

De outra parte, ainda que nem todas as verdades morais sejam acessíveis ao conhecimento humano, disso não decorre que seja impossível discutir racionalmente sobre questões morais⁴⁰² a fim de acessar não todas as verdades morais, mas apenas aquelas que interessam especificamente ao direito penal. Na realidade, a possibilidade de consensos racionais, ao menos, em relação às questões morais relevantes para a coexistência livre e pacífica em sociedade é um pressuposto do próprio debate democrático. Assim, indivíduos que divergem quanto ao *bom e o mal* no que se refere a projetos de vida boa precisam ser capazes, em dadas circunstâncias, de concordar racionalmente quanto ao *certo e errado* no que toca aos seus deveres em face dos demais membros da comunidade política⁴⁰³.

O verdadeiro problema da teoria feinberguiana de direitos morais é, para nós, a sua *dependência em relação à teoria feinberguiana de interesses*. O filósofo americano rejeita corretamente a doutrina dos direitos naturais e a substitui não por uma autêntica teoria de direitos morais, mas pela sua própria concepção de interesses: quaisquer interesses, mas principalmente os interesses de bem-estar, podem ser a base de um direito moral, exceto aqueles interesses moralmente reprováveis (corruptos ou sádicos). Desse modo, ao evitar se

⁴⁰¹ FEINBERG, Joel. *Freedom and Fulfillment*, p. 200.

⁴⁰² De forma semelhante: VERDE, Alejandra. *Receptación*, no *Encubrimiento*, p. 85-86.

⁴⁰³ Essa separação entre bom/mal e certo/errado é feita por liberais que, como Feinberg, aderem ao princípio da neutralidade, mas não ao relativismo moral. Daí que indivíduos que discordam, por exemplo, sobre a virtude moral do uso de drogas podem concordar que o indivíduo que faz uso de drogas não viola, só por esse motivo, direitos morais de outras pessoas. Ver: SADURSKI, Wojciech. *Moral Pluralism and Legal Neutrality*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1990, p. 90.

apoiar na ideia de direitos legais para fugir da circularidade do argumento, Feinberg acaba construindo uma argumentação circular⁴⁰⁴. Afinal, a exigência de violação a um direito foi introduzida como um filtro apto a selecionar, entre os mais variados retrocessos a interesses, as hipóteses dignas de tratamento penal. O problema é que o filósofo vê, virtualmente, todos os interesses como a base de um direito moral e, com isso, frustra-se o propósito de seleção. Ora, se quase todo interesse constitui um direito moral, o que o conceito de direito acrescenta ao de interesse? A impossibilidade de derivar um direito moral da existência de um interesse fica, na prática, limitada aos casos de interesses moralmente reprováveis⁴⁰⁵.

Logo, em Feinberg, o critério decisivo para determinar a dignidade penal não é a ideia de violação de direitos e sim a de hierarquização de interesses. Isso porque, na prática, o *harm principle* sempre será chamado a intervir em situações de conflito de interesses, seja entre os interesses da vítima que são prejudicados pela conduta e o interesse específico do agente em praticá-la ou entre os primeiros e o interesse geral do agente em não ter tolhida a sua liberdade de ação. Crucial é, portanto, estabelecer a primazia de certos interesses em detrimento daqueles a que alguma das partes terá que renunciar. Como consequência, a utilidade da noção de direitos morais nessa teoria é colocada em xeque: ou será preciso restringi-la a ponto de excluir do seu âmbito interesses outros que não os de bem-estar ou a noção se tornará dispensável, uma vez que o verdadeiro problema passa a ser o da primazia de interesses, o qual deve ser resolvido sem ela⁴⁰⁶.

Ao reduzir a discussão sobre o caráter injusto da conduta a uma questão de balanceamento de interesses, Feinberg faz com que direitos percam a condição de *trunfos não instrumentais*. Como registra Stewart, os direitos podem ser compreendidos de duas maneiras: 1) como “trunfos” atribuídos a alguém tão somente em função do seu *status* de pessoa

⁴⁰⁴ SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 81. Circular e contraditório, como demonstra Seher (*Idem*, p. 91), uma vez que o filósofo afirma que: 1) o injusto é definido como uma violação de direitos; 2) todo interesse (exceto o corrupto e o sádico) deve ser a base de um direito e 3) nem toda violação de interesse constitui um injusto. Verifica-se que as afirmações 2 e 3 se contradizem.

⁴⁰⁵ Para uma crítica semelhante, conferir: FRANCOLINI, Giovanni. Il Dibattito Angloamericano sulla Legittimazione del Diritto Penale: La Parabola del Principio del Danno tra Visione Liberale e Posizione Conservatrice. In: FIANDACA, Giovanni; FRANCOLINI, Giovanni (org.). *Sulla Legittimazione del Diritto Penale: Culture Europeo-Continentale e Anglo-Americana a Confronto*, p. 19. Ver também: SMITH, Steven D. The Hollowness of the Harm Principle, p. 43: “But far from resolving the circularity, this response merely complicates the problem with additional normative questions. (...) It seemed that these were sorts of questions that the harm principle was supposed to help us answer (or deflect), but it turns out that we cannot even use the principle unless we already have answers to these questions”.

⁴⁰⁶ SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 81.

(direitos como trunfos ou direitos kantianos) ou 2) como instrumentos atribuídos a alguém para a proteção dos seus interesses⁴⁰⁷. A primeira compreensão é completamente independente da noção de dano, isto é, de qualquer consideração a respeito de eventuais consequências (prejuízos ou benefícios) para os interesses do titular do direito. Essa parece ser, em alguns momentos, a visão adotada por Feinberg ao tratar dos direitos à liberdade de expressão e à autonomia pessoal. Entretanto, como se verificou, o filósofo encaminha o debate sobre a definição de direitos morais em direção à segunda compreensão. Como resultado, o caráter de injusto só pode recair sobre a conduta que mais retroage do que promove interesses e cuja criminalização promove mais interesses do que retroage⁴⁰⁸.

Por esse motivo, ao longo da obra, a discussão sobre o conceito de direitos morais se converte na análise de critérios, incluídos na categoria de máximas de mediação (*mediating maxims*), destinados a orientar o balanceamento de interesses. Os critérios recomendados por Feinberg como aptos a indicar o interesse que deve prevalecer em situações de conflito são: 1) a vitalidade do interesse na rede do titular; 2) a convergência do interesse com interesses de outros indivíduos ou da sociedade; 3) a qualidade moral inerente ao interesse e 4) a condição de interesse pessoal e não externo⁴⁰⁹. Diante disso, ainda que Feinberg apresente a noção de injusto como sendo tão vital à aplicação do *harm principle* quanto a de dano, observa-se que o filósofo se concentra mais no conceito de *harm* e não desenvolve satisfatoriamente o de *wrong*⁴¹⁰, limitando-se a definir como injusto a repreensível violação a direitos morais, a atrelar o conceito de direitos morais ao de interesses e a indicar critérios para o balanceamento de interesses. Mais adiante neste trabalho, diferentes compreensões do elemento de injusto

⁴⁰⁷ STEWART, Hamish. The Limits of the Harm Principle. *Criminal Law and Philosophy*, v. 4, n. 1, 2010, p. 19.

⁴⁰⁸ STEWART, Hamish. The Limits of the Harm Principle, p. 23. Ainda que a ideia de direitos como trunfos ou direitos kantianos seja preferível a de direitos instrumentais ou baseados em interesses, Stewart destaca que um conceito de injusto baseado nessa compreensão coloca em xeque a necessidade de manter o conceito de dano como referência para a criminalização legítima: “If people have Kantian rights, then the violation of those rights seems to be an independently plausible reason for criminalizing those violations, whether the victim was harmed or not.” (*Ibidem*). Entendendo que a noção de *wrong* torna desnecessário recorrer ao conceito de *harm*, pois o critério decisivo para a criminalização de condutas seria a existência ou não de violação de direitos e não a ocorrência ou não de prejuízos a interesses: PETERSEN, Thomas Søbirk. Being Worse Off: But in Comparison with What?, p. 202; STANTON-IFE, John. What is the Harm Principle for? *Criminal Law and Philosophy*, v. 10, n. 2, 2016, p. 341. Essas críticas serão respondidas mais adiante neste trabalho.

⁴⁰⁹ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 203-204; FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 60. Mais sobre essas máximas de mediação no capítulo 5, tópico 5.2.5, *infra*.

⁴¹⁰ STEWART, Hamish. Harms, Wrongs, and Set-Backs in Feinberg’s Moral Limits of the Criminal Law, p. 52.

serão exploradas, quando também apresentaremos nossa proposta de reformulação do conceito de *wrong* (ver capítulo 5, tópico 5.5, *infra*).

Figura 4 – Conceito de injusto em Feinberg

Conteúdo de injusto (<i>wrong</i>)	Dolo ou culpa
	Ausência de causa de justificação ou exculpação
	Violação a direitos morais
Definição de direitos morais	Reinvindicações válidas dirigidas a outras pessoas ou ao próprio Estado baseadas em interesses (exceto se corruptos ou sádicos) e apoiadas por boas razões não arbitrarias
Hipóteses de exclusão do conteúdo de injusto por ausência do elemento de violação de direitos	Ausência de conduta humana (dano causado por desastre natural etc.)
	Consentimento da vítima
	Balanceamento de interesses em casos de conflito (os benefícios gerais produzidos pela conduta superam os prejuízos)
CrITÉRIOS de hierarquização de interesses (máximas de mediação)	Vitalidade do interesse na rede do titular
	Convergência com interesses de outros indivíduos ou da sociedade
	Qualidade moral inerente ao interesse
	Condição de interesse pessoal e não externo

2.3 Aplicação do *harm principle* a exemplos práticos

Ao longo do primeiro volume de sua obra, Feinberg discute alguns *hard cases* que poderiam representar, à primeira vista, dificuldades para a aplicação do princípio do dano. O autor registra que, nesses casos-limite, a definição de dano injusto a interesses depende de uma depuração mais refinada, tendo em vista que, quando se está diante de conceito normativo tão relevante, toda imprecisão é intolerável. Neste tópico, veremos como o filósofo procura superar alguns desses desafios práticos.

2.3.1 Dano contra os mortos

Os filósofos da Antiguidade questionavam se a morte seria um dano para aquele que morre. Aristóteles não só respondia positivamente a essa questão, mas também defendia que uma pessoa poderia ser afetada adversamente por eventos posteriores a sua morte. Já Epicuro afirmava que apenas seres sencientes podem ser prejudicados ou beneficiados e, uma vez que a morte é a privação de qualquer senciência, quem morre não sofre um dano nem pode haver dano pós-morte⁴¹¹. A maioria dos filósofos adota a posição de Aristóteles e rejeita a de Epicuro⁴¹², ao mesmo tempo em que também compartilha da premissa sustentada por Feinberg de que a morte é mais propriamente compreendida como um estado de “não mais existência”⁴¹³. É neste ponto que os filósofos morais que endossam o *harm principle* feinberguiano enfrentam um dilema. Considerando que a conclusão pela ocorrência de um *harm to others* exige que se compare o estado da rede de interesses de um sujeito antes e depois da prática da conduta, como falar em dano contra B, cujas perspectivas futuras em dois momentos distintos deveriam ser comparadas para decidir se estão ou não piores do que estariam normalmente, quando B sequer existe em um desses cenários? Por essa perspectiva, o mais tradicional dos delitos, o crime de homicídio, parece não se acomodar aos estreitos limites do princípio do dano.

Com o objetivo de identificar o ponto de desencontro entre o crime de homicídio e o princípio do dano, Feinberg utiliza o exemplo a seguir. Imaginemos que A é uma mulher jovem com muitos projetos de vida em andamento, mas sem filhos, familiares ou amigos que sofressem com a sua morte. A é atingida na cabeça, de surpresa, por um disparo de arma de fogo e morre instantaneamente, sem ter chegado a saber que estava em perigo ou ter tomado consciência de ter sido fatalmente ferida. Por certo, A possuía um interesse básico e vital na continuidade de sua própria vida (ou em evitar a própria morte), já que continuar a viver (ou não morrer) era um pressuposto necessário à realização dos seus projetos de longo prazo em

⁴¹¹ TAYLOR, James Stacey. *Death, Posthumous Harm, and Bioethics*. New York: Routledge, 2012, p. 1.

⁴¹² TAYLOR, James Stacey. *Death, Posthumous Harm, and Bioethics*, p. 1. Taylor destaca que, não obstante seu caráter metafísico, a questão sobre se a morte é um dano para aquele que morre é relevante para discussões sobre a moralidade de condutas como suicídio, eutanásia e aborto (*Ibidem*, p. 2). De fato, a bibliografia discutindo se a morte é um dano e a possibilidade de danos póstumos é extensa e não há como tratar aqui de todas as nuances dessa complexa discussão. O objetivo, neste tópico, é apenas destacar a relevância dessa discussão para a adesão a uma versão plausível do *harm principle*.

⁴¹³ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 80. O filósofo também trata das questões aqui levantadas em: FEINBERG, Joel. Some Puzzles about the Evil of Death. In: FISCHER, John Martin (ed.). *The Metaphysics of Death*. Stanford: Stanford University Press, 1993, p. 305-326.

andamento⁴¹⁴. De fato, nossas intuições dizem que esse interesse foi não apenas retrocedido, mas definitivamente derrotado, o que nos leva a concluir pela produção de uma consequência danosa para um interesse de bem-estar que constitui condição indispensável à persecução de interesses superiores. Todavia, considerando que o momento da morte é também o momento da não existência, soa absurdo dizer que interesses foram frustrados quando, na verdade, esses interesses deixaram de existir. Logo, o problema não seria propriamente a ausência de um evento passível de ser qualificado como danoso e sim a ausência de um sujeito (o outrem) contra quem o dano seria perpetrado ou, mais especificamente, a *inexistência desse sujeito contemporaneamente àquilo que intuitivamente se considera como um dano*.

A não coexistência no tempo entre sujeito e resultado danoso é um problema que também se manifesta no âmbito dos *danos póstumos a interesses post mortem*, como podem ser chamados os danos supostamente atrelados, por exemplo, aos crimes contra a integridade do cadáver, a imagem e a reputação dos mortos. Alguns filósofos se alinham a Epicuro para negar a possibilidade de um evento póstumo causar dano àquele que já morreu, argumentando que *a vida de uma pessoa já está completa na morte*, de modo que nenhum evento pós-morte é capaz de alterá-la⁴¹⁵. É comum que juristas questionem a legitimidade da proibição penal dessas condutas alegando que seriam *crimes sem vítima*, tendo em vista que, no momento em que ocorre, por exemplo, a profanação de cadáver, a pessoa diretamente atingida não existe mais e, portanto, não pode ter reduzido seu bem-estar nem embaraçados seus projetos de vida. Apesar disso, raramente reconhecem a presença, no que toca ao crime de homicídio, desse mesmo *problema do sujeito*⁴¹⁶, isto é, da não mais existência do titular do interesse que nossas intuições apontam como frustrado no momento em que teria ocorrido o dano.

Para resolver essa dificuldade, Feinberg propõe considerar que *alguns interesses das pessoas sobrevivem a sua morte*, o que permitiria que o retrocesso desses pela própria morte

⁴¹⁴ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 81.

⁴¹⁵ PARTRIDGE, Ernest. Posthumous Interests and Posthumous Respect. *Ethics*, v. 91, 1981, p. 248. Também no sentido de que é impossível haver danos póstumos: TAYLOR, James Stacey. *Death, Posthumous Harm, and Bioethics*, p. 39.

⁴¹⁶ Esse é o termo utilizado pelos filósofos para se referir ao argumento levantado por Epicuro contra a posição de Aristóteles. Esse problema resulta de duas observações feitas por Epicuro: 1) quando a pessoa está viva, ela não pode ter sido prejudicada pela sua própria morte e 2) depois da sua morte, a pessoa não existe mais e, por isso, não pode mais sofrer dano. Ver: TAYLOR, James Stacey. *Death, Posthumous Harm, and Bioethics*, p. 10-11.

ou por outro evento subsequente à morte fosse considerado um dano⁴¹⁷. Um exemplo de interesse sobrevivente seria o interesse em manter uma boa reputação. A tese de que interesses podem sobreviver à morte de seu titular é sustentada com base em duas intuições: 1) a de que *pessoas que já morreram podem ter seus direitos violados* e 2) a de que *danos não precisam necessariamente afetar a experiência subjetiva da vítima*⁴¹⁸. Para o filósofo, se não temos reservas em aceitar a ideia de que uma pessoa que já morreu pode ter seus direitos violados (p. ex., quando se desrespeita as disposições de última vontade do testador⁴¹⁹), não podemos recusar a ideia de dano contra os mortos, ainda mais porque o *dano é um ingrediente essencial do injusto*⁴²⁰. Além disso, a existência de interesses *post mortem* é compatível com a visão de que o dano, diferentemente da ofensa, *não precisa ser algo experienciado pelo indivíduo*, ou seja, a ocorrência de um dano não depende de ter o sujeito, cujos interesses foram prejudicados, consciência disso. Com efeito, o juízo sobre a causação ou não de um dano a alguém é objetivo e não subjetivo, pois o ponto de vista adotado é o de um *observador impessoal externo*. Por isso, não se pode negar, por exemplo, que já há dano aos interesses de B assim que um incêndio atinge a sua casa, mesmo que ele ainda não tenha conhecimento da tragédia.

Os *interesses sobreviventes* que podem vir a ser prejudicados por evento simultâneo ou posterior à morte do seu titular são interesses da própria pessoa que viveu e não, como poderia se alegar, do morto, dos seus familiares, da sociedade ou do Estado⁴²¹. Segundo Feinberg, a partir de uma *revisão retrospectiva de eventos passados*, é possível inferir que já há dano aos interesses de A antes mesmo da sua morte, pois os objetivos de longo prazo e projetos de vida em que ela investia seus esforços estavam fadados ao fracasso. Da mesma forma, as expectativas que um indivíduo, assim como os seres humanos em geral, tem de que outras pessoas não venham a tratar seu cadáver como se fosse lixo nem a lhe atribuir

⁴¹⁷ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 83.

⁴¹⁸ Essa última intuição também é sustentada por: PARFIT, Derek. *Reasons and Persons*. Oxford: Clarendon Press, 1984, p. 495.

⁴¹⁹ Citando o exemplo do autor que morre antes da publicação de seu livro, vindo esse a ser destruído por um desafeto: TADROS, Victor. *Harm, Sovereignty, and Prohibition*, p. 48. Os filósofos, em geral, concordam que é possível violar deveres morais (ainda que não legais) em face de quem já morreu, por exemplo, quando alguém quebra uma promessa feita a uma pessoa que faleceu.

⁴²⁰ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 89. Como se perceberá ao longo do texto, discordamos dessa afirmação de Feinberg, pois entendemos que é possível violar os direitos de alguém sem causar-lhe dano.

⁴²¹ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 89.

falsamente a autoria de crimes depois de sua morte já estariam frustradas ainda em vida. Essa seria a constatação de um observador impessoal externo que analisa retrospectivamente a biografia desse indivíduo, sabendo que, após a sua morte, seu cadáver foi descartado e sua reputação maculada. Em síntese, no caso de dano póstumo, os interesses da pessoa *ante mortem* são retrocedidos, enquanto ela ainda está viva, por um evento *post mortem*. Na mesma linha de Feinberg, Pitcher afirma que é possível dizer, em retrospecto, que um interesse de alguém em vida já havia sido frustrado em razão de um evento que ocorre depois de sua morte, assim como seria possível dizer, olhando pra trás, que Ronald Regan fora o penúltimo presidente dos Estados Unidos, se, no ano de 1993, uma explosão nuclear houvesse destruído o planeta Terra⁴²².

A solução de Feinberg ao *problema do sujeito* é criticada por Seher por não resolver adequadamente a questão da não contemporaneidade entre sujeito e dano. Isso porque, pela própria interpretação atribuída aos fatos por Feinberg, enquanto A estava viva e perseguindo esses objetivos e projetos, nenhum de seus interesses teve seu curso normal de evolução factualmente alterado para pior⁴²³. Na visão do autor alemão, em casos como o homicídio de A, o problema pode ser solucionado de uma maneira mais sutil. Para tanto, basta que se reconheça que há uma fase intermediária, entre o momento em que o disparo atinge A fatalmente e o momento em que a sua vida biológica se extingue, no qual o dano a interesses e o titular desses interesses coexistem, ainda que apenas por um microssegundo. Já em relação a outros danos *post mortem*, como a profanação de cadáveres e a calúnia contra os mortos, o autor alemão sugere que a questão poderia ser resolvida com a substituição do conceito feinberguiano de interesse pela noção alemã de bem jurídico⁴²⁴. Assim, o *harm principle* não seria capaz de fundamentar a proibição penal nessas hipóteses, considerando que, após a morte do titular do interesse, não se pode falar em um conflito entre vítima e perpetrador que ameaça a coexistência social pacífica, já que não há intervenção indevida na liberdade da vítima de ditar os rumos da própria vida.

⁴²² PITCHER, George. The Misfortunes of the Dead. In: FISCHER, John Martin (ed). *The Metaphysics of Death*. Stanford: Stanford University Press, 1993, p. 168. Igualmente em favor da existência de danos póstumos, mas apresentando uma abordagem diferente de Feinberg e Pitcher: GROVER, Dorothy. Posthumous Harm. *The Philosophical Quarterly*, v. 39, n. 156, 1989, p. 334-353; LAVENBOOK, Barbara Baum. Harming Someone after His Death. *Ethics*, v. 94, n. 3, 1984, p. 407-419.

⁴²³ SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 67.

⁴²⁴ SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 67.

A nosso ver, a solução apresentada por Feinberg para o problema do sujeito é problemática porque seu defensor acaba tendo que admitir a possibilidade de uma *causalidade reversa* (*backwards causation*), uma vez que o resultado danoso antecede cronologicamente à conduta danosa. Como observa Taylor, ter sofrido um dano não é uma *propriedade sequencial* que pode ser atribuída, em retrospecto, da mesma forma que a condição de penúltimo presidente dos Estados Unidos⁴²⁵. Afinal, conforme o parâmetro comparativo contrafactual, uma pessoa terá sofrido um dano se estiver em uma situação pior em matéria de bem-estar do que estaria se a conduta não houvesse sido praticada. No caso do homicídio, ainda que a morte de alguém se inicie no primeiro momento da sua não existência, é plausível dizer que, de forma geral, *a não mais existência de alguém é um estado pior do que a sua existência*. Logo, a morte pode sim ser considerada um dano para aquele que morreu, ao menos por aqueles que, assim como Feinberg, não adotam uma *concepção hedonista de dano* como a de Epicuro, que concebe dano como necessariamente atrelado à dor ou à privação de prazer⁴²⁶, mas que entendem que também há dano quando uma pessoa é privada de condições mínimas à persecução de seu projeto de vida boa.

A vida de uma pessoa é certamente impactada pela conduta que causa a sua morte, assim como pode ser impactada por outras condutas praticadas enquanto ela estiver viva, mas o mesmo não pode ser dito de condutas posteriores a sua morte. Diferentemente do sustentado por Feinberg, o amplo consenso teórico em relação à possibilidade de haver violação aos direitos de pessoas que já morreram e o fato de que a existência de um dano não depende de a vítima ter dele consciência não conduzem à conclusão de que uma pessoa que já morreu pode sofrer dano⁴²⁷. Em nossa opinião, a afirmação de que uma pessoa sofreu um dano em razão de uma conduta praticada depois de sua morte exigiria a adoção de uma das seguintes estratégias: 1) *comparar dois estados de não existência*, um anterior e outro posterior à conduta, o que não seria compatível com um modelo comparativo pensado para definir se a vida de alguém, em alguma medida, mudou ou não para pior ou 2) *admitir a criticável tese da causalidade reversa*. Por certo, nenhuma dessas duas estratégias é satisfatória. Por outro lado, recorrer à postulação de um bem jurídico abstrato e intangível também não é uma solução

⁴²⁵ TAYLOR, James Stacey. *Death, Posthumous Harm, and Bioethics*, p. 14.

⁴²⁶ Taylor nega que a morte seja um dano para aquele que morreu justamente por adotar um conceito hedonista de dano: TAYLOR, James Stacey. *Death, Posthumous Harm, and Bioethics*, p. 83.

⁴²⁷ TAYLOR, James Stacey. *Death, Posthumous Harm, and Bioethics*, p. 17.

adequada ao objetivo de explicitar de maneira clara as boas razões, compatíveis com o direito penal liberal, para a criminalização de condutas.

Nesse quadro, entendemos que os crimes contra os mortos não devem ser tratados no âmbito do *harm principle* e sim de outros princípios. Como se verá no capítulo 6, condutas como a profanação de cadáveres, quando praticadas perante uma audiência não voluntária, podem ser proibidas com fundamento no princípio da ofensa (item 6.1.5.5, *infra*). No entanto, mais significativa é a proposta de proibir essas condutas com fundamento apenas em seu caráter injusto, dispensando-se a presença de dano ou ofensa (item 6.3.4.1). Por mais controversa que seja a ideia de dano contra os mortos, há amplo consenso entre os filósofos quanto à possibilidade de haver injustos contra os mortos⁴²⁸. Isso significa que, ainda que não possam sofrer danos, os mortos podem ter seus direitos morais violados, ou seja, é possível que os vivos dispensem aos mortos um tratamento moralmente injusto. Diante disso, nossa solução é reconhecer não a existência de interesses sobreviventes, mas de *direitos sobreviventes*, isto é, de direitos que sobrevivem à morte de seu titular, ainda que excepcionalmente e não definitivamente⁴²⁹. Daí que a violação pelos vivos de direitos inerentes à dignidade humana daquele que viveu, como o seu direito a ter seu cadáver, imagem e reputação tratados com o devido respeito, fornece ao legislador liberal uma boa razão para criminalizar determinadas condutas.

2.3.2 Dano contra o feto e contra aquele que ainda não nasceu

Além de discutir se é possível haver dano contra uma pessoa que não existe mais (= que já morreu), Feinberg também questiona se pode haver dano contra uma pessoa que ainda não existe (= que ainda não nasceu). A presente discussão demanda que se enfrente o *problema do status do feto*, o que significa definir se o feto pode ser considerado pessoa e, em

⁴²⁸ TAYLOR, James Stacey. *Death, Posthumous Harm, and Bioethics*, p. 53. O próprio Taylor é um dos poucos que desafiam a visão que pode haver injustos contra os mortos. Para o autor, os mortos não podem ser *harmed* nem *wronged*, sendo que a única razão que os vivos têm para honrar a vontade dos mortos é garantir a continuidade dessa prática social, de forma que a sua vontade também seja honrada no futuro (*Ibidem*, p. 67).

⁴²⁹ Nesse sentido: HÖRNLE, Tatjana. Criminalizing Behaviour to Protect Human Dignity. *Criminal Law and Philosophy*, v. 6, n. 3, 2012, p. 318.

caso positivo, em qual estágio de desenvolvimento e em virtude de quais propriedades⁴³⁰. Segundo Feinberg, *pessoa em sentido moral ou normativo* é o ser humano⁴³¹ que possui *efetivamente* determinadas características (consciência de si mesmo, de seus planos de vida, de suas hierarquias de valores e de suas expectativas quanto ao próprio futuro) em razão das quais lhes são reconhecidos direitos fundamentais⁴³². Portanto, de acordo com essa concepção, o feto ainda não seria uma pessoa, independentemente de seu estágio de desenvolvimento gestacional.

Entretanto, isso não impede que um dano seja causado a alguém por uma conduta praticada antes do seu nascimento. Quando a conduta danosa é *anterior ao nascimento da vítima, mas posterior a sua concepção*, o dano é denominado por Feinberg de *dano pré-natal*. Para Feinberg, o feto não possui nenhum interesse atual⁴³³, mas é cabível atribuir-lhe certos *interesses futuros ou potenciais*, considerando que, desde que o desenvolvimento gestacional prossiga até o nascimento, a criança que provavelmente existirá no futuro terá determinados interesses básicos que já podem ser antecipados⁴³⁴. Assim, por exemplo, se C está grávida de quatro meses e vem a ser atropelada por D, que dirigia embriagado, caso o seu filho E venha a nascer com sequelas causadas pelo atropelamento, não haverá dúvida de que D causou dano a interesses de E. Nesse caso, a conduta de D causa um dano em sentido não derivativo para o feto (= *damage*) que, com o nascimento de E, evoluirá para um dano em sentido derivativo (= *harm*). Por causa do comportamento negligente de D, E se encontrará em uma situação pior em matéria de bem-estar do que estaria normalmente se não houvesse cruzado caminhos com D.

⁴³⁰ FEINBERG, Joel. *Abortion*. In: FEINBERG, Joel. *Freedom and Fulfillment: Philosophical Essays*. Princeton: Princeton University Press, 1994, p. 37.

⁴³¹ Como pontuado por Dworkin, que o feto é um ser humano é um “fato biológico inegável”. Porém, disso não decorre necessariamente que “um feto também tenha direitos ou interesses do tipo que o governo poderia ter uma responsabilidade derivativa de proteger” (DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida*. Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 29).

⁴³² FEINBERG, Joel. *Abortion*, p. 52.

⁴³³ Nesse sentido, Dworkin salienta que nem tudo que pode ser destruído tem interesse em não ser destruído (p. ex., uma escultura). Além disso, não é suficiente que algo esteja vivo e se desenvolvendo para que tenha interesses (p. ex., o broto de uma planta). Finalmente, o fato de estar em vias de se tornar um ser humano completo também não é suficiente para ter interesses (o autor cita o exemplo fictício de uma pessoa que interrompe uma experiência do Dr. Frankenstein que daria vida a um ser humano produzido em laboratório). Ver: DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida*, p. 20-21.

⁴³⁴ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 96. Segundo Feinberg, parte da controvérsia a respeito do aborto se deve ao equívoco de deduzir direitos atuais da futura qualificação para o *status* de pessoa moral. Antes de reunir as características necessárias à qualificação como pessoa, o feto não possui um direito a viver, assim como um potencial eleitor de 12 anos não possui, ainda, o direito de votar. Ver: FEINBERG, Joel. *Abortion*, p. 73.

Ocorre que só haverá dano efetivo no sentido empregado pelo *harm principle* se o feto vier realmente a nascer. Os interesses futuros ou potenciais do feto não podem ser convertidos em interesses sobreviventes, uma vez que, diferentemente dos interesses de quem já faleceu, aqueles nunca sequer constituíram interesses atuais⁴³⁵. Diante disso, se, em razão do atropelamento, C vier a sofrer um aborto, não se chegará à mesma conclusão afirmada no exemplo anterior, de forma que haverá dano contra interesses de C, mas não contra E. Nessa hipótese, a morte do feto configura um dano contra os interesses básicos da gestante, mas, se já é sabido que E não virá a existir, fica excluída, de antemão, a possibilidade de o dano em sentido não derivativo se converter em um dano em sentido derivativo. Dessa forma, na visão de Feinberg, a criminalização do *aborto voluntário* não pode ser fundamentada com base no *harm principle*, pois não há como afirmar a possibilidade de produção de dano, no sentido exigido pelo princípio, contra uma pessoa que certamente não virá a existir⁴³⁶. Assim, se uma mulher fuma durante a gravidez, é possível que haja no futuro uma pessoa cujos interesses serão diretamente impactados por tal conduta, mas, se ela interrompe a gravidez, certo é que não existirá esse indivíduo cujos interesses poderiam ter sido contrariados⁴³⁷.

Diante disso, vale fazer algumas considerações a respeito de *comportamentos praticados pela gestante que não planeja realizar um aborto* e que podem causar dano à criança que provavelmente existirá no futuro. Trata-se, aqui, de condutas praticadas durante a gestação que impactam negativamente a vida da criança após o nascimento, mas não de maneira tão grave que a vida extrauterina não valha a pena ser vivida, ou seja, a criança ainda está melhor tendo nascido do que se não tivesse nascido. Segundo Holly Smith, os conflitos de interesses entre a gestante e a criança que existirá no futuro são, em geral, muito semelhantes aos conflitos de interesses entre a mãe (ou pai) e seu filho já nascido⁴³⁸. Isso porque, salvo em casos extremos, condutas inadequadas de gestantes que pretendem levar a gravidez adiante (p. ex., fumar e ingerir álcool durante a gravidez) não causam ativamente dano à criança, mas apenas deixam de proporcionar a ela o maior benefício possível⁴³⁹. Afinal, a grávida está, com seu corpo, beneficiando gratuitamente o feto ao prover seu

⁴³⁵ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 96.

⁴³⁶ De forma semelhante: DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida*, p. 24-25.

⁴³⁷ DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida*, p. 25-26.

⁴³⁸ SMITH, Holly M. Fetal-maternal conflicts. In: COLEMAN, Jules L.; BUCHANAN, Allen (ed.). *In Harm's Way. Essays in Honor of Joel Feinberg*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994, p. 328.

⁴³⁹ SMITH, Holly M. Fetal-maternal conflicts, p. 333-334.

crecimento e desenvolvimento, garantindo as condições mínimas necessárias à existência futura da criança⁴⁴⁰. Ainda que a gestante se comporte de modo a impedir que a criança nasça com o nível mais alto de bem-estar possível, esse comportamento ocorre no curso de um processo de beneficiamento que, no balanço final, coloca a criança em uma condição melhor do que ela estaria na ausência de qualquer interação com a gestante⁴⁴¹. Em outras palavras, eventuais consequências adversas para a vida extrauterina do feto são geralmente causadas por condutas da gestante que devem ser compreendidas não como ações danosas, mas como omissões em produzir o maior benefício possível⁴⁴².

Como se verá no próximo tópico, o *harm principle* também pode fundamentar a proibição de um não agir para evitar um dano, mas a afirmação do caráter injusto da conduta exige, nessas hipóteses, um esforço argumentativo maior quando comparado aos casos em que o agente produz ativa e diretamente um dano. De fato, há uma diferença moral relevante entre prejudicar alguém e deixar de beneficiá-lo ou beneficiá-lo menos do que seria possível. A não ser que se recorra a um utilitarismo ilimitado de perfil antiliberal, a reflexão moral não se coaduna com a imposição de sacrifícios indiscriminados a um indivíduo a fim de promover benefícios para um terceiro ou mesmo para toda a sociedade⁴⁴³. Com efeito, a lei não é nem poderia ser insensível à *diferença moral entre intervir na liberdade individual para evitar um dano e para promover ou assegurar um benefício*. Se, por um lado, ninguém questiona que a ordem jurídica impõe um dever geral de não causar dano a outras pessoas, por outro, a criação de um dever juridicamente vinculante de beneficiá-las demanda fundamentação específica e robusta (p. ex., não há dúvida de que todo indivíduo tem o dever legal de não tomar o dinheiro

⁴⁴⁰ Assim, de acordo com a autora, a situação da gestante é mais semelhante à daquele que doa um rim para alguém que necessita de um transplante para sobreviver: SMITH, Holly M. *Fetal-maternal conflicts*, p. 333.

⁴⁴¹ A própria autora antecipa uma possível dificuldade da sua análise ao comparar o exemplo da grávida que fuma, ingere álcool ou trabalha em um ambiente altamente poluído com o motorista que presta socorro a uma vítima acidentada, salvando a sua vida, mas a agride fisicamente no caminho até o hospital: SMITH, Holly M. *Fetal-maternal conflicts*, p. 338-339.

⁴⁴² A diferenciação entre ação e omissão se mostra, em alguns contextos, extremamente complexa. Cabe, aqui, destacar que, como demonstra a análise sobre os comportamentos da gestante que podem repercutir na vida extrauterina do feto, ações e omissões não devem ser diferenciadas conforme um critério ontológico ou naturalista, mas valorativo ou normativo. Sobre essa discussão na doutrina brasileira, conferir: ESTELLITA, Heloisa. A distinção entre ação e omissão no caso dos comportamentos ambivalentes. In: JUNIOR, Miguel Reale; MOURA, Maria Thereza de Assis (Orgs.). *Coleção 80 Anos do Código Penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 97-121; SIQUEIRA, Flávia; KASECKER, Izabele. Cuidados paliativos e a responsabilidade penal do médico por omissão em casos de suspensão de suporte artificial de vida. In: DADALTO, Luciana (coord.). *Cuidados Paliativos*. Aspectos Jurídicos. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 191-212.

⁴⁴³ SMITH, Holly M. *Fetal-maternal conflicts*, p. 329.

de qualquer outro, mas não o de doar dinheiro para todos aqueles em dificuldades financeiras). Será mais fácil fundamentar esse dever em determinadas circunstâncias, como quando há um vínculo especial entre benfeitor e beneficiado e quando o custo de produzir o benefício é mínimo. Para Holly Smith, no caso da gestante, a existência de um dever moral da gestante de agir em favor de condições ótimas para o crescimento e desenvolvimento do feto depende tanto dos benefícios que a conduta é capaz de gerar quanto dos custos a serem suportados pela gestante⁴⁴⁴.

Voltando à análise de Feinberg, o autor pontua que também é possível que uma criança venha a sofrer dano em razão de *conduta anterior a sua concepção*⁴⁴⁵. Digamos, por exemplo, que F arme uma bomba em um jardim de infância que só explodirá daqui a seis anos, matando principalmente crianças de cinco anos que, no momento da conduta, nem estavam ainda sendo gestadas. O mesmo raciocínio se aplica à produção e comercialização de medicamentos que, utilizados por mulheres em idade fértil, conduzem a má-formações fetais em gestações futuras que fazem com que a criança nasça portadora de problemas de saúde congênitos. Esses exemplos demonstram que Seher não tem razão ao criticar a compreensão de Feinberg a respeito dos danos pré-natais por supostamente situar o dano em momento anterior à existência do sujeito e, por conseguinte, antes da existência atual de qualquer interesse pelo próprio bem-estar⁴⁴⁶. A objeção de Seher se esvazia quando se considera que *a conduta praticada antes do nascimento da vítima gera perigo de dano e não dano efetivo para os interesses da pessoa que provavelmente existirá no futuro*. A consumação do dano só ocorre posteriormente: com a explosão da bomba, no primeiro exemplo, e com o nascimento de criança com problemas de saúde, no segundo. Logo, diferentemente das hipóteses analisadas no tópico anterior, sujeito e interesses prejudicados coexistem no tempo.

Registra-se que os *direitos violados por tais condutas pertencem à pessoa que*

⁴⁴⁴ SMITH, Holly M. *Fetal-maternal conflicts*, p. 335. Logo, na visão da autora, a solução para esses casos seguiria lógica semelhante à da definição dos deveres dos pais em relação aos filhos já nascidos. Por exemplo, é inquestionável que os pais têm a obrigação de assegurar que os filhos em idade escolar tenham acesso à instrução formal, mas não é razoável exigir que os pais se mudem de cidade para que os filhos possam estudar nas melhores escolas. Da mesma forma, mesmo aqueles que atribuem à gestante o dever de não fumar ou ingerir álcool dificilmente afirmariam que ela tem a obrigação de se submeter a tratamentos altamente intrusivos que podem aprimorar a inteligência da criança. Diversamente, quando se trata de não causar dano, os custos desse comportamento não são normalmente relevantes para a afirmação da existência ou não de um dever de não causar dano.

⁴⁴⁵ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 97.

⁴⁴⁶ SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 72-73.

provavelmente existirá no futuro (e não, por exemplo, ao feto, embrião ou exclusivamente aos seus potenciais genitores), uma vez que a existência de um lapso temporal de meses ou anos entre a conduta e a consumação do dano e o fato de, no momento da prática da conduta, as pessoas efetivamente afetadas ainda não serem determinadas ou determináveis não afastam o dever do agente de não produzir o risco de dano⁴⁴⁷. Com efeito, sendo provável que essas pessoas venham a existir no futuro e assumindo que elas também terão determinados interesses, esses últimos merecem ser protegidos pela lei em face das condutas que, mesmo antes da sua existência, já se mostram idôneas a causar-lhes dano futuramente. Além disso, os indivíduos em geral têm o dever moral de não transformar em possíveis vítimas aqueles que presumivelmente existirão no futuro, inclusive os ainda não nascidos e os que sequer foram concebidos⁴⁴⁸.

Feinberg reconhece que o seu conceito de pessoa, apresentado ao discutir o *status* do feto, tem a desvantagem de implicar a conclusão de que *crianças recém-nascidas* não são ainda pessoas em sentido moral, pois também não possuem efetivamente as características que fundamentam a atribuição de direitos⁴⁴⁹. Como resultado, o *infanticídio* não seria uma violação aos direitos da criança e, por conseguinte, poderia não configurar um crime. Diante desse desdobramento inaceitável, o filósofo argumenta que, tendo em vista o potencial do recém-nascido para se tornar uma pessoa, o infanticídio não deixa de constituir um ato injusto, ainda que não viole os direitos da criança⁴⁵⁰. Pela mesma razão, embora não se atribua ao feto um direito de nascer, há boas razões para reconhecer que o aborto de feto viável também configura uma injustiça moral⁴⁵¹. Assim, um aborto pode ser moralmente errado não porque trata outra pessoa injustamente e sim, por exemplo, porque é prudente preservar e promover o respeito por qualquer forma de vida humana (argumento utilitarista)⁴⁵² ou porque a conduta profana o valor da inviolabilidade da vida humana (argumento moralista)⁴⁵³. Contudo, considerando que o feto, diferentemente do recém-nascido, pode não estar tão próximo de adquirir as características que fundamentam o *status* de pessoa moral, pode haver

⁴⁴⁷ De forma semelhante: SMITH, Holly M. *Fetal-maternal conflicts*, p. 327.

⁴⁴⁸ FEINBERG, Joel. *Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming*, p. 154.

⁴⁴⁹ FEINBERG, Joel. *Abortion*, p. 52.

⁴⁵⁰ FEINBERG, Joel. *Abortion*, p. 53.

⁴⁵¹ FEINBERG, Joel. *Abortion*, p. 55.

⁴⁵² FEINBERG, Joel. *Abortion*, p. 55.

⁴⁵³ DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida*, p. 32.

razões com peso suficiente para contrabalancear, em determinadas circunstâncias, o desvalor moral inicial do aborto e, desse modo, afastar seu caráter injusto⁴⁵⁴ (p. ex., razões referentes à autonomia da gestante).

Não estamos confortáveis com a solução de Feinberg. Parece-nos mais plausível a tese de que *a existência de uma pessoa com interesses próprios e direitos aptos a proteger esses interesses depende da presença de alguma forma, ainda que primitiva, de vida consciente*. Segundo Ronald Dworkin, criaturas capazes de sentir dor já têm um interesse em evitá-la⁴⁵⁵ e outros interesses, inclusive o interesse pela própria sobrevivência, surgem conforme essas criaturas desenvolvam capacidades mais complexas (sentir prazer e emoções, ter esperança e expectativas, experimentar decepções e frustrações etc.)⁴⁵⁶. Logo, faz sentido dizer que o feto já deve ser tratado como titular de determinados interesses e direitos mesmo antes do nascimento, mas depois de atingido certo nível de *maturação do córtex cerebral*, ampliando-se gradativamente o leque de interesses e direitos reconhecidos, acompanhando a progressão do seu desenvolvimento físico e mental. Em todo caso, Feinberg pondera que, ainda que se atribua ao feto o *status* de pessoa moral, isso não significa que o aborto será sempre injusto, pois a gestação também implica os interesses e direitos de outra pessoa moral: a gestante⁴⁵⁷. Para o filósofo, o *direito da mulher ao aborto* é um *direito discricionário* (isto é, que pode ou não ser exercido) que, assim como outros direitos desse tipo (p. ex., a liberdade de locomoção), está sujeito a determinados limites⁴⁵⁸. A identificação desses limites depende da *ratio essendi* do direito discricionário que, no caso do direito ao aborto, é o direito fundamental da mulher à *autodeterminação corporal*⁴⁵⁹.

⁴⁵⁴ FEINBERG, Joel. *Abortion*, p. 56-57.

⁴⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida*, p. 21.

⁴⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida*, p. 23.

⁴⁵⁷ FEINBERG, Joel. *Abortion*, p. 57.

⁴⁵⁸ FEINBERG, Joel. *Abortion*, p. 58.

⁴⁵⁹ FEINBERG, Joel. *Abortion*, p. 58. Feinberg analisa outros dois possíveis fundamentos para a existência de um direito discricionário ao aborto: o direito à propriedade e o direito à legítima defesa. No primeiro caso, o feto seria propriedade da mulher, assim como seus órgãos e outras partes do corpo. Para o autor, essa visão não é plausível, já que, embora o desenvolvimento do feto dependa temporariamente do corpo da mãe, ele tem potencial de se tornar uma entidade independente. Além disso, o recurso à ideia de propriedade levanta a questão sobre se o pai não teria algum direito de disposição em relação ao feto, uma vez que ele também contribuiu geneticamente para a sua existência. Finalmente, caso o direito ao aborto fosse encarado como um desdobramento do direito à propriedade, um defensor desse direito discricionário não teria sucesso em justificar racionalmente a morte de uma pessoa moral com base no exercício ao direito à propriedade. No segundo caso, o fundamento do direito ao aborto seria o direito da mulher a defender sua saúde física e mental, ameaçada por uma gravidez indesejada. O problema dessa posição é que, primeiramente, o aborto continuaria sendo injusto na

Por derradeiro, Feinberg questiona *se o próprio nascimento pode ser considerado um dano contra a pessoa que vem a nascer*. O termo *wrongful life*⁴⁶⁰ (que podemos traduzir como “vida indevida”) passou a ser utilizado no contexto de ações judiciais em que o demandante, portador de grave deficiência física ou mental, pretende ser indenizado, por seus genitores ou pelo médico, pela prática de ações ou omissões que possibilitaram o seu nascimento. Essas ações judiciais se tornaram uma realidade em países, como os Estados Unidos e França⁴⁶¹, em que a interrupção da gravidez é permitida, sem necessidade de justificação especial, nos primeiros estágios da gestação. Vejamos um exemplo. Suponha que G e H planejem ter um filho, mas são informados pelo médico obstetra I que, em razão de G ter contraído uma doença, ela deveria esperar um ano para engravidar, caso contrário há alta probabilidade de malformação fetal que fará com que a criança nasça portadora de enfermidade gravíssima, porém compatível com a vida extrauterina. Contrariando a recomendação médica, G e H insistem no plano de ter um filho, vindo G a engravidar. Como previsto, o filho do casal, J,

imensa maioria dos casos, pois só estaria justificado na presença de uma ameaça séria e iminente à integridade física e psíquica da mulher (p. ex., a mulher que não deseja levar adiante a gravidez apenas porque seria inconveniente, ainda que não prejudicial, para a sua carreira não teria o direito ao aborto). Em segundo lugar, não é cabível a referência à legítima defesa porque o feto é um ser totalmente inocente e não um agressor, não sendo sequer o instrumento de uma agressão contra a mulher, ao menos quando a gravidez não é resultado de um estupro. Portanto, o fundamento mais adequado para o direito ao aborto é o direito da mulher à autodeterminação corporal: ainda que o feto tenha o direito à vida, disso não decorre que a gestante tenha um dever correlativo a permitir que o seu corpo seja instrumentalizado, em quaisquer circunstâncias, para mantê-lo vivo. Diante disso, na visão do filósofo, a definição dos limites ao exercício concreto do direito ao aborto exige que se considere o grau de responsabilidade da mulher pela própria gravidez. Cabe aqui o mesmo raciocínio aplicável ao dever de resgate: a extensão concreta do dever de salvar alguém que está se afogando, por exemplo, é diferente para aquele que empurrou a pessoa na piscina e para aquele que apenas presenciou o fato. Assim, o dever de continuar com a gravidez tende a ser mais forte quando a mulher opta voluntariamente por engravidar e quando ela não toma todas as precauções possíveis para prevenir a gravidez. Por outro lado, esse dever será mais fraco quando a mulher engravida tendo tomado todas as precauções, assumindo apenas o risco razoável, e quando a gravidez é totalmente involuntária (p. ex., no caso de estupro ou falha do método anticoncepcional não incluído na margem de erro). Ver: FEINBERG, Joel. *Abortion*, p. 58-71.

⁴⁶⁰ O termo foi empregado, pela primeira vez, por um tribunal de Illinois, no caso *Zepeda v. Zepeda*, em 1963, em contraposição ao termo *wrongful death*, que designa a situação em que se coloca termo a uma vida que deveria ter continuado. Assim, *wrongful life* designa as situações em que se permite que tenha início uma vida que não deveria ter iniciado. As ações judiciais de *wrongful life* não se confundem com as ações de *wrongful birth* (ou nascimento indevido), que são propostas pelos próprios progenitores contra médicos ou empresas farmacêuticas, em razão do nascimento de uma criança em decorrência de gravidez indesejada. Nesses casos, a pretensão é obter uma indenização pelos danos, sejam patrimoniais ou morais, sofridos pelos pais e não pela criança. Ver: SIMÕES, Fernando Dias. Vida indevida? As ações por *wrongful life* e a dignidade da vida humana. *Tékhnē*: Revista de Estudos Politécnicos, v. VIII, n. 13, 2010, p. 188 e 192.

⁴⁶¹ Conferir o caso *Williams v. State of New York*, nos Estados Unidos, e o caso *Perruche*, na França. Há situações em que, em lugar de uma deficiência física ou mental, o demandante alega uma deficiência moral (nascimento fora do casamento ou de pais ausentes ou incapazes) ou econômica (grave situação de penúria financeira).

nasce portador de deficiência física severa. Em uma variação do caso, I se omite em esclarecer ou informar suficientemente G e H sobre a possibilidade de malformação fetal, a efetiva existência da malformação ou a gravidade da deficiência futura, vindo G a engravidar e, meses depois, a dar a luz a J. Nessas hipóteses, G, H e I causaram dano a J?

Nota-se, em primeiro lugar, que se trata de deficiência física severa a ponto de destruir as condições indispensáveis ao florescimento dos interesses mais básicos de J, isto é, uma deficiência incompatível com uma existência decente e digna. Além disso, a malformação fetal que causou a deficiência de J não foi causada por nenhuma intervenção ativa de G, H ou I sobre uma gestação já em curso: eles apenas permitiram que J viesse a nascer, mesmo sabendo que ele nasceria em uma condição gravíssima de saúde⁴⁶². Por fim, a malformação, apesar de detectável ainda na fase pré-natal, é incurável no estado atual da arte médica, não havendo a opção de que a criança nasça saudável nem a perspectiva de que ela venha um dia a se curar, total ou parcialmente, da deficiência.

Nesse quadro, considerando que a única alternativa possível ao nascimento com uma deficiência tão severa era a não existência, é possível concluir que, ponderando os custos e benefícios da vida, o nascimento de J configura um dano contra ele? Ou seja, J estaria em uma situação melhor se não tivesse nascido? Seguindo o raciocínio de Feinberg, não há dúvida de que J está em uma *condição danosa*⁴⁶³. Afinal, estando as suas condições de vida abaixo de um patamar mínimo razoável e exigido para que tais condições não fossem consideradas degradantes, J está vivendo uma vida que, do ponto de vista racional, é plausível concluir que não vale a pena ser vivida. No entanto, tal condição danosa não foi causada pela conduta de alguém no sentido específico definido pelo *harm principle*, pois causar dano é retroceder interesses a um patamar abaixo daquele em que os interesses se encontrariam, normalmente, antes da prática da conduta. Logo, para Feinberg, o parâmetro comparativo temporal-contrafactual impede que se diga que G, H e I causaram dano a J, tendo em vista que, caso a conduta não houvesse sido praticada, sequer haveria um J em t' que pudesse ser comparado

⁴⁶² Como destacado por Feinberg, dar a luz não é “uma ato voluntário comissivo sob o controle da mulher grávida”, mas a “consequência de omissões voluntárias” durante o período em que um aborto ainda é possível (FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 97).

⁴⁶³ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 99. Feinberg diferencia atos danosos de condições danosas. Segundo Bradley, essa diferenciação é similar à feita entre *dano extrínseco* e *dano intrínseco*. O primeiro é danoso em razão dos seus efeitos e o segundo em razão de suas propriedades imanentes. Assim, por exemplo, fumar é extrinsecamente danoso e a dor é intrinsecamente danosa. Ver: BRADLEY, Ben. *Doing Away with Harm*, p. 392.

com o J em t^2 .

Mesmo não tendo havido uma conduta danosa, Feinberg sustenta que houve a prática de um injusto, pois G, H e I permitiram que J fosse trazido à vida mesmo sabendo que as condições para a eventual realização dos futuros interesses da criança, indispensável a uma vida minimamente boa, já estavam destruídas desde antes de ele nascer. Portanto, no momento de sua concepção⁴⁶⁴ e/ou de seu nascimento, os direitos mais básicos de J são violados por G, H e I⁴⁶⁵. Em face disso, G, H e I poderiam ser responsabilizados civilmente por terem tratado J injustamente ao violar seu direito a só vir a existir com, pelo menos, a chance de viver uma vida tolerável⁴⁶⁶. Não obstante, o *harm principle* não seria capaz de fundamentar a responsabilização penal nos casos de *wrongful life*, já que nenhum dano foi causado no sentido específico de tornar pior a qualidade de vida de alguém⁴⁶⁷. Daí que, segundo o posicionamento defendido por Feinberg no volume *Harm to Others*, apenas o moralismo legal poderia fundamentar a criminalização desse tipo de conduta⁴⁶⁸.

Todavia, em artigo publicado dois anos depois, Feinberg mudou de opinião e passou a defender uma revisão do parâmetro contrafactual que permitisse concluir que, nos casos de *wrongful life*, há sim dano contra aquele que vem a nascer⁴⁶⁹. De acordo com a versão reformulada do parâmetro temporal-contrafactual, quando a própria existência constitui um estado danoso, um dano terá sido causado a X se, em razão de uma violação de dever por parte de Y, ele vier a nascer em condições nas quais *seria racional preferir a não existência a existir em tais condições*⁴⁷⁰. Esse juízo a respeito do que seria mais racional deve ser feito a partir da perspectiva de um *proxy chooser*, isto é, um representante do melhor interesse da criança⁴⁷¹. Assim, o teste comparativo, reformulado especialmente para esse caso, exige que aquele que se coloca no lugar do *proxy chooser* compare um estado existente ou que provavelmente existirá a um estado de não existência. Haverá dano quando, independente de

⁴⁶⁴ Em países em que o aborto de J seria ilegal, como é o caso do Brasil, seria possível dizer que a concepção de uma criança, sabendo que ela viria ao mundo em condições que a impediriam de perseguir qualquer projeto de vida boa, já configuraria um ato injusto.

⁴⁶⁵ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 98.

⁴⁶⁶ FEINBERG, Joel. *Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming*, p. 166.

⁴⁶⁷ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 102.

⁴⁶⁸ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 103.

⁴⁶⁹ FEINBERG, Joel. *Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming*, p. 167.

⁴⁷⁰ FEINBERG, Joel. *Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming*, p. 161.

⁴⁷¹ FEINBERG, Joel. *Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming*, p. 163-164.

quais sejam os interesses que a criança tenha ou venha a ter, tais interesses já estiverem, desde o seu nascimento, definitivamente derrotados em função de sua grave e irreversível condição de saúde, de forma que seria irracional para um representante e protetor desses interesses ter preferido a produção desse estado de coisas à opção por não ter a criança sequer vindo a existir. Para tanto, a criança precisa estar em uma condição tão miserável que até mesmo a não existência seria preferível a nascer assim.

Observa-se que essa solução não se aplica ao exemplo do denominado *bebê de Parfit*. Revisando o caso prático aqui proposto a partir do exemplo discutido por Derek Parfit, a malformação fetal seria menos severa e J viria a nascer com uma deficiência de menor gravidade (por exemplo, a surdez), de modo que a não existência não poderia ser considerada uma condição melhor do que a existência com a deficiência. Como a vida de J ainda vale a pena ser vivida, as condutas de G, H e I não produzem dano em sentido derivativo ou não normativo, já que não causaram dano *on balance* a J⁴⁷². Afinal, os genitores e o médico permitiram o nascimento de uma criança surda, mas a única alternativa a esse estado não ideal de coisas, a não existência da criança, seria ainda pior⁴⁷³. Logo, um representante do melhor interesse de J reconheceria que é racionalmente preferível ter nascido nessas condições a nem mesmo ter nascido. Para Feinberg, a situação dos genitores do *bebê de Parfit* é semelhante a do salva-vidas que quebra o braço de uma pessoa ao salvá-la de um afogamento, sendo a lesão física necessária à realização do resgate⁴⁷⁴. Isso porque, embora a pessoa resgatada sofra com dores e movimentos limitados, em razão do braço que teve de ser quebrado para possibilitar a ação de salvamento, o seu estado após a intervenção do salva-vidas é racionalmente preferível ao que ela estaria se o resgate não houvesse ocorrido.

Por essas razões, Feinberg entende que, nessa variação do exemplo, G, H e I não poderiam ser responsabilizados penalmente nem civilmente por qualquer conduta em face de J. Entretanto, no quarto volume do tratado, o filósofo revisa esse entendimento e pondera que,

⁴⁷² FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 103.

⁴⁷³ Esse aspecto é importante para diferenciar o caso da mulher que engravida sabendo que é altamente provável que a criança nasça com uma deficiência física ou mental e o da mulher que, estando grávida, faz uso de um medicamento, sabendo que é altamente provável que o medicamento cause malformação fetal e faça com que a criança nasça com uma deficiência física ou mental. Nesse último caso, a mulher tinha a alternativa de não tomar o medicamento e, assim, não gerar o risco de malformação fetal e, mantendo-se iguais todas as demais variantes, colocar a criança que provavelmente virá a existir em uma situação melhor do que a que estaria se a mulher houvesse tomado o medicamento.

⁴⁷⁴ FEINBERG, Joel. *Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming*, p. 169.

mesmo não havendo dano nem violação aos direitos do *bebê de Parfit*, os genitores, ao decidirem por não adiar provisoriamente os planos de terem um filho, o que reduziria as chances de vir a nascer uma criança com deficiência, agem com indiferença em relação ao risco significativo de introduzir no mundo certa dose de sofrimento humano não consensual e evitável, sem ter uma justificativa moral respeitável para agir dessa forma⁴⁷⁵. Frente a isso, Feinberg decide admitir uma exceção aos princípios do dano e da ofensa, argumentando que o desvalor moral da conduta dos genitores que optam deliberadamente por conceber uma criança com deficiência, tendo a opção de evitar esse sofrimento sem grandes custos, constitui uma boa razão *prima facie* para elidir a presunção em favor da liberdade, mesmo na ausência de um injusto danoso contra a criança que vem a nascer⁴⁷⁶.

Crítica à postura de Feinberg, Shiffrin pontua que *uma conduta não deixa de ser danosa por também conceder um benefício que supera o prejuízo produzido*. Assim, não se pode negar que o salva-vidas causa sim dano ao quebrar o braço daquele que estava se afogando, ainda mais porque a pessoa resgatada precisará de atendimento médico para aliviar a dor e evitar intercorrências mais sérias, da mesma forma que alguém cujo braço é quebrado durante uma briga⁴⁷⁷. Para a autora, ainda que a conduta do salva-vidas seja claramente permissível, reconhecer que um dano foi infligindo é importante para enfatizar que o salva-vidas só escapará à censura moral por ter uma boa razão para agir como agiu⁴⁷⁸. Pelo mesmo motivo, não há como afastar o fato de que a deficiência física ou mental congênita impõe sofrimento à criança e restringe as suas possibilidades de eleger e perseguir seus projetos de vida. Além disso, a analogia entre o caso do afogamento e do bebê de Parfit também é equivocada, pois há uma *diferença moral entre causar dano a alguém para evitar que ele sofra um dano imediato ainda mais grave e causar dano a alguém para simplesmente propiciar-lhe um benefício puro capaz de compensar o dano*⁴⁷⁹. Enquanto o primeiro pode ser, em determinadas circunstâncias, até obrigatório, o segundo é consideravelmente mais difícil

⁴⁷⁵ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 31-33.

⁴⁷⁶ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 336-337. Trataremos especificamente das concessões feitas por Feinberg ao moralismo legal no capítulo 6, tópico 6.3, *infra*.

⁴⁷⁷ SHIFFRIN, Seana Valentine. *Wrongful Life, Procreative Responsibility, and the Significance of Harm*, p. 120-121.

⁴⁷⁸ SHIFFRIN, Seana Valentine. *Wrongful Life, Procreative Responsibility, and the Significance of Harm*, p. 125.

⁴⁷⁹ SHIFFRIN, Seana Valentine. *Wrongful Life, Procreative Responsibility, and the Significance of Harm*, p. 126-127.

de ser justificado⁴⁸⁰. Isso ocorre porque condutas do segundo tipo, diferentemente das condutas do primeiro tipo, tendem a ser consideradas como invasões à autonomia de outras pessoas⁴⁸¹.

De fato, a atividade de procriação se encaixa na segunda categoria e não na primeira: embora uma pessoa seja geralmente beneficiada pela própria existência, a existência não salva essa pessoa de nenhum mal. Como visto, deixar de existir (= morte) configura um dano para aquele que morre, mas não há dano em não existir (= não ser concebido ou, ao menos enquanto não adquiridas as capacidades necessárias à titularidade de determinados interesses, não nascer) para aquele que nunca existiu. Afinal, se o indivíduo nem chegou a existir, ele não tem uma vida que possa ser impactada pela própria não existência. Por outro lado, toda existência implica fardos que não foram assumidos voluntariamente por aquele que existe. Absolutamente nenhuma criança pediu para nascer. Já vimos também que as pessoas que existem têm o dever de respeitar direitos básicos das pessoas que provavelmente existirão no futuro, inclusive seu direito à autonomia. Diante disso, Shiffrin conclui que *a procriação, em qualquer caso, não é uma atividade moralmente neutra*, pois envolve a *criação de um benefício não consentido para outra pessoa*, benefício esse que também é *acompanhado da imposição de determinados fardos*⁴⁸². Certamente, isso não significa que a procriação será sempre moralmente impermissível. Para a autora, a injustiça moral da atividade depende, em parte, de quão pesados são esses fardos e, em parte, do quanto o agente auxilia aquele que vem a nascer a suportá-los.

Casos como o do *bebê de Parfit* são utilizados para criticar o parâmetro comparativo empregado pelo *harm principle* por não ser capaz de explicar a existência de uma conduta danosa nas situações em que não há identidade entre o sujeito nos momentos t^1 e t^2 , isto é, antes e depois da prática da conduta⁴⁸³. Segundo Shiffrin, os modelos comparativos baseados

⁴⁸⁰ Por exemplo, um médico pode ter o dever de submeter uma pessoa inconsciente a cirurgia de urgência necessária a salvar a sua vida de perigo atual, mas dificilmente estará autorizado a submetê-la a intervenção que apenas produziria um benefício futuro.

⁴⁸¹ Como se verá mais adiante, a lesão corporal praticada pelo salva-vidas se apoia no consentimento presumido da pessoa que está se afogando. O consentimento presumido se fundamenta no propósito de prevenir danos não consentidos e não de produzir benefícios à revelia da vontade da pessoa beneficiada. É o consentimento que afasta o conteúdo de injusto da conduta do salva-vidas. Ver: capítulo 6, tópico 6.2.3, *infra*.

⁴⁸² SHIFFRIN, Seana Valentine. *Wrongful Life, Procreative Responsibility, and the Significance of Harm*, p. 139.

⁴⁸³ BORGOGNO, Santiago Truccone. Daño al futuro: ¿puede el no comparativismo resolver el problema de la no-identidad? *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, n. 70, 2017, p. 83-96.

tanto no parâmetro temporal ou histórico quanto no parâmetro contrafactual falham por estabelecer uma escala simétrica entre prejuízos e benefícios, de modo que, ainda que uma conduta retroceda os interesses de alguém em 10 unidades, o fato de tal conduta avançar os interesses dessa mesma pessoa em 40 unidades é suficiente para afastar a existência de um dano⁴⁸⁴. A despeito disso, percebe-se que, até então, os defensores de um parâmetro não comparativo também não apresentaram uma alternativa superior⁴⁸⁵.

A nosso ver, é preferível manter o parâmetro comparativo, mas aplicá-lo de forma que a presença de um dano em sentido derivativo e não normativo possa ser afirmada, mesmo que não haja dano *on balance*⁴⁸⁶. No mencionado caso do salva-vidas, pode-se concluir que houve dano quando se compara o bem-estar da pessoa que estava se afogando depois de ter o braço quebrado, mas antes de ser resgatada, e o seu bem-estar normal anterior à prática da conduta. Conquanto danosa, a conduta do salva-vidas não viola os direitos da pessoa que está se afogando e, portanto, não constitui um injusto. É verdade que, nesse exemplo, é possível pinçar dois fatos distintos na linha do tempo: a lesão física e o resgate. Diversamente, no caso do *bebê de Parfit*, há uma única conduta (a concepção) conectada por um nexo de causalidade a um benefício (a existência) e a um dano (a deficiência física) que se implicam mutuamente. Logo, mesmo afastando a exigência de dano *on balance*, não é possível dizer que os genitores causam dano ao bebê ao permitir que ele venha a existir.

Apesar disso, como se verá mais adiante, há casos em que o conteúdo de injusto da conduta, por si só, fornece ao legislador liberal uma boa razão *pro tanto* para proibi-la. Daí que, em princípio, aquele que pretendesse criminalizar a conduta dos genitores do *bebê de Parfit* teria de justificar a sua proposta com base no caráter injusto da intervenção significativa na autonomia da criança que vem a nascer. Considerando que direitos fundamentais dos pais também estão em jogo (p. ex., direito à autonomia reprodutiva, ao planejamento familiar e à privacidade), parece-nos que a injustiça moral só seria suficiente para legitimar a proibição nos casos em que os genitores atuam de forma deliberada e sem uma justificativa respeitável (situações que Feinberg designa por *concepção maliciosa*).

⁴⁸⁴ SHIFFRIN, Seana Valentine. *Wrongful Life, Procreative Responsibility, and the Significance of Harm*, p. 121.

⁴⁸⁵ BRADLEY, Ben. *Doing Away with Harm*, p. 398-401.

⁴⁸⁶ De forma semelhante: POSTEMA, Gerald. *Politics is about the Grievance*, p. 319-320.

2.3.3 Dano na omissão

Nos países do *Common Law*, não se questiona a legitimidade da punição do que o sistema romano-germânico denomina de *omissão imprópria*, mas há séria controversa quanto à punibilidade da dita *omissão própria*. Em regra, as legislações penais do sistema anglo-americano não contam com a previsão de crime como a omissão de socorro do art. 135 do Código Penal Brasileiro⁴⁸⁷. Nesse quadro, Feinberg discute se é compatível com o *harm principle* a punição do *mau samaritano*⁴⁸⁸, isto é, daquele que, não tendo nenhum vínculo especial com o terceiro em perigo nem com a fonte de perigo, omite ação de salvamento que lhe era fisicamente possível praticar sem custo desarrazoado ou risco pessoal, vindo o terceiro a sofrer dano ou um incremento na gravidade do dano⁴⁸⁹.

Do ponto de vista do liberalismo, são quatro os principais argumentos contra a punição do mau samaritano⁴⁹⁰. Em primeiro lugar, os críticos alegam que a criminalização da omissão própria seria uma forma de moralismo legal por impor aos indivíduos a *obrigação de desempenhar atos de benevolência*. Em segundo lugar, pontuam a dificuldade em diferenciar, na prática, situações em que o resgate é fácil de situações em que o ato de salvamento não pode ser praticado sem *inconveniência extrema, sacrifício injusto ou risco desarrazoado*⁴⁹¹. Em terceiro lugar, os liberais contrários à criminalização da omissão de socorro afirmam que *deveres positivos* de agir para evitar danos interferem mais na liberdade individual do que

⁴⁸⁷ Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

⁴⁸⁸ A expressão é uma alusão à parábola bíblica do bom samaritano contada por Jesus: “Um homem descia de Jerusalém a Jericó, e caiu nas mãos de ladrões que, depois de o despirem e espancarem, se retiraram, deixando-o meio morto. Por uma coincidência descia por aquele caminho um sacerdote; quando o viu, passou de largo. Do mesmo modo também um levita, chegando ao lugar e vendo-o, passou de largo. Um samaritano, porém, que ia de viagem, aproximou-se do homem e, vendo-o, teve compaixão dele. Chegando-se, atou-lhe as feridas, deitando nelas azeite e vinho e, pondo-o sobre o seu animal, levou-o para uma hospedaria e tratou-o. No dia seguinte tirou dois denários, deu-os ao hospedeiro e disse: Trata-o e quanto gastares de mais, na volta eu te pagarei.” (Lucas 10:25-37).

⁴⁸⁹ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 126. Ver também: FEINBERG, Joel. The Moral and Legal Responsibility of the Bad Samaritan. *Criminal Justice Ethics*, v. 3, n. 1, 1984, p. 57.

⁴⁹⁰ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 130.

⁴⁹¹ Feinberg cita o seguinte exemplo: digamos que um morador local deixe de avisar a um turista que o rio que ele pretende atravessar é muito fundo e caudaloso. Se tudo que o morador local precisa fazer para alertá-lo é abrir a boca e pronunciar as palavras, não há dúvida de que o esforço exigido não é desarrazoado. Porém, e se o morador precisar andar 200 metros para fazer o alerta? E se for preciso andar 1 km? Cf. FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 164.

deveres negativos de não causar danos a outras pessoas⁴⁹². Por fim, alegam que há uma diferença conceitual clara entre *causar ativamente um dano* e *permitir passivamente que um dano aconteça*, sendo que a lei deve se limitar a punir os indivíduos apenas pelos danos que eles causam.

Antes de analisar cada uma dessas críticas, vejamos um exemplo de mau samaritano comumente discutido⁴⁹³: a criança L está se afogando na piscina de um clube e, nesse momento, a única pessoa nas proximidades da piscina e que vê o incidente é M, adulto que, além de não ser salva-vidas profissional, não possui nenhum vínculo especial com L. Para que M salve a vida de L, basta que ele estique um de seus braços e retire, sem grande esforço, a criança da piscina. L é bastante leve e M não precisaria entrar na água nem se levantar da cadeira. Apesar disso, M deixa de efetuar a ação de salvamento e L vem a morrer afogada. Diante disso, questiona-se: o *harm principle* é capaz de justificar a punição de M? A resposta a essa questão depende da resposta a outras duas perguntas: deixar de prevenir um dano a L pode ser equiparado a causar dano a L? L tem direito à assistência de M, de modo que é possível dizer que seus direitos são violados pela inércia de M?

A princípio, a punição de M e dos maus samaritanos em geral não parece conflitar com o princípio do dano. Afinal, se o único propósito ao qual a atividade legal de criminalização de condutas deve servir é o de prevenção de danos, punir aquele que deixa de prestar socorro a pessoas em perigo constitui um meio adequado a se alcançar esse objetivo tanto quanto punir aquele que expõe outras pessoas a perigo de dano. Contudo, como já adiantado, os filósofos tendem a compartilhar a intuição de que *há uma diferença moral relevante entre prejudicar alguém e deixar de beneficiá-lo e, por conseguinte, entre intervir na liberdade individual para evitar um dano e para promover ou assegurar um benefício*. Considerando que, assim como Mill, Feinberg não é um utilitarista estrito disposto a admitir

⁴⁹² Alguns filósofos, frequentemente chamados de libertários, negam a existência de deveres positivos, afirmando que todos os deveres morais são negativos. Diversamente, os filósofos liberais reconhecem a existência tanto de deveres negativos quanto positivos, embora haja controvérsia quanto ao conteúdo desses últimos. Brevemente sobre esse ponto: REGAN, Tom. *Animal Rights, Human Wrongs: An Introduction to Moral Philosophy*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2003, p. 24. Segundo a definição que Regan toma emprestada de Nozick, ter direitos negativos é “to have a kind of protective moral shield, something we might picture as an invisible No Trespassing sign” (*Ibidem*, p. 26). Essa placa invisível de “Não ultrapasse” possui dois conteúdos gerais: não cause dano não consensual a outra pessoa e não interfira nas escolhas autônomas de terceiros.

⁴⁹³ Inspirado em: MURPHY, Jeffrie G. Blackmail: a Preliminary Inquiry. *The Monist*, v. 63, n. 2, april, 1980, p. 168.

que os indivíduos sejam instrumentalizados em prol da maximização do bem-estar geral, mostra-se necessário responder às críticas mencionadas a fim de concluir pela adequação da punição do mau samaritano aos contornos específicos do *harm principle* na obra de Feinberg e, principalmente, ao seu liberalismo fundado no respeito à autonomia pessoal.

Em relação ao *argumento da benevolência compulsória*, Feinberg esclarece que salvar uma pessoa que estava se afogando constitui um *benefício em sentido genérico*, uma vez que afeta favoravelmente os interesses dessa pessoa e não de forma adversa ou neutra, mas não um *benefício em sentido específico*, pois o ato de salvamento não eleva os interesses de bem-estar da pessoa resgatada para além de seu patamar normal ou até então vigente⁴⁹⁴. Trazer a curva de bem-estar de alguém para o seu nível normal ou para o mesmo nível em que se encontrava no momento imediatamente anterior à situação de perigo grave e iminente não configura um benefício propriamente dito. Logo, no cenário citado acima, não haverá que se falar em benefício como sinônimo de ganho, lucro ou vantagem gratuita, caso M, por meio de uma conduta que sequer exige grande esforço, salve L de um afogamento.

Além disso, segundo Feinberg, beneficiar alguém gratuitamente nesse sentido específico envolve, geralmente, fazer mais do que era exigido no caso concreto por nossos deveres morais⁴⁹⁵ (p. ex., quando X passa o seu único dia de folga no ano ajudando um completo desconhecido a pintar seu apartamento sem cobrar nada em troca⁴⁹⁶). Todavia, no exemplo do afogamento, caso realize a ação de resgate, esticando seu braço para retirar a criança L da água, M estará agindo na exata medida de seu dever moral de agir para evitar o dano. Para o filósofo, quando está em questão um dano de tal gravidade como a morte de L, tende a haver um *dever moral de solidariedade e assistência mútua entre seres humanos*,

⁴⁹⁴ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 136; FEINBERG, Joel. The Moral and Legal Responsibility of the Bad Samaritan, p. 59. Um exemplo para auxiliar nessa diferenciação: se X doa dinheiro a Y, X estará beneficiando Y no segundo sentido. Porém, se X devolve a Y o dinheiro que pegou emprestado, X estará beneficiando Y apenas no primeiro sentido.

⁴⁹⁵ FEINBERG, Joel. The Moral and Legal Responsibility of the Bad Samaritan, p. 59. Com efeito, respeitar nossos deveres morais é uma questão de justiça e não de generosidade. Nesse sentido: REGAN, Tom. *Animal Rights, Human Wrongs*, p. 27.

⁴⁹⁶ Certamente, o comportamento de X é moralmente valioso, mas não é imposto por nenhuma norma moral. A situação seria diversa se, em lugar de um desconhecido, estivesse o melhor amigo de X, uma pessoa solitária e desprovida de recursos financeiros que não tem mais a quem recorrer. Nessa variação do exemplo, é possível dizer que X tinha o dever moral de ajudá-lo a pintar o apartamento.

mesmo que não possuam qualquer vínculo especial⁴⁹⁷. Não obstante, a existência concreta de tal dever genérico de prestar assistência a estranhos depende da presença de duas condições⁴⁹⁸: 1) situação grave de perigo de dano ao bem-estar alheio (perigo de morte ou lesões corporais sérias)⁴⁹⁹ e 2) capacidade e oportunidade de executar a ação de salvamento sem custo, inconveniência ou risco desarrazoado para si ou para outrem.

Ao dever de M de realizar a ação de salvamento, corresponde o direito de L de ser por ele resgatado. Esse direito existe ainda que houvesse outra criança na mesma situação de risco e M só pudesse resgatar uma. Suponha-se que sejam duas as crianças se afogando na piscina, K e L, e que M possa com facilidade salvar qualquer uma, mas não as duas. M tem, então, que escolher entre salvar uma das crianças e permitir que a outra morra ou não salvar nenhuma. Na visão de Feinberg, tanto K quanto L tem *o direito moral a que M faça o máximo possível para salvar, pelo menos, uma delas*⁵⁰⁰. Apesar disso, caso M se omita e deixe de tentar salvar, ao menos, uma, vindo K e L a morrer, a única vítima da omissão de M é aquela criança que seria resgatada se ele tivesse agido. Portanto, nessa variação do caso-problema, K e L têm violado o seu direito a que M execute uma ação de salvamento, mas só uma das crianças sofreu um dano (= a morte) como resultado da omissão, embora não saibamos qual delas⁵⁰¹. Como consequência, M terá praticado um único crime de omissão de socorro e não dois, tendo em vista que apenas uma das crianças poderia ter sido salva, se ele tivesse praticado a ação de resgate, enquanto a outra já não tinha chance de ser resgatada e morreria em qualquer caso, ainda que ele cumprisse com o dever geral de solidariedade e assistência mútua.

A partir do momento em que se reconhece a existência de um dever moral de prestar

⁴⁹⁷ Também a favor da existência desse dever moral de prestar assistência: GREENAWALT, Kent. Legal Enforcement of Morality. *Journal of Criminal Law and Criminology*. Northwestern University, v. 85, n. 3, 1995, p. 713-715.

⁴⁹⁸ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 163.

⁴⁹⁹ Feinberg não fornece maiores esclarecimentos sobre esse requisito. No entanto, cumpre esclarecer que haverá situação de grave perigo de dano quando, caso a ação de salvamento possível não seja realizada imediatamente, estará consumado o dano ou um dano mais severo do que ocorreria se a ação houvesse sido praticada. Logo, além de grave, o perigo de dano precisa ser iminente. Um transeunte que presencia um desconhecido cortando o dedo, por exemplo, não tem o dever moral de se deslocar até a farmácia para comprar um curativo. Além disso, a nosso ver, pode ser possível fundamentar um dever de prestar socorro em situações que envolvem perigo iminente de dano grave e irreversível ou de difícil reparação para interesses existenciais ligados à dignidade humana, ainda que não haja perigo de morte ou de lesões corporais graves (p. ex., um transeunte que pode chamar um policial para impedir que dois homens estuprem uma mulher na rua).

⁵⁰⁰ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 146.

⁵⁰¹ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 147.

socorro, não executar a ação de salvamento capaz de trazer a curva de bem-estar da pessoa em risco para o seu patamar normal configura um injusto danoso⁵⁰². Em outras palavras, não evitar que alguém sofra um dano grave, quando se tem o dever de prestar assistência e é possível fazê-lo sem ônus excessivo, viola um direito dessa pessoa e contribui para que seus interesses sejam retrocedidos. Desse modo, o *harm principle* fundamenta em boas razões a punição de M nos dois casos discutidos, não sendo necessário admitir o moralismo legal para justificar a criminalização da omissão de socorro. Daí que a punição de condutas como a do sacerdote e a do levita da parábola do bom samaritano⁵⁰³ se baseia no fato de o agente não atuar para evitar um dano para terceiros, quando lhe era exigível que o fizesse, e não na simples falha em demonstrar uma virtude moral (benevolência, compaixão, boa vontade etc.).

O argumento do *traçado de linhas* salienta que seria impossível diferenciar os casos em que o custo, a inconveniência ou o risco da ação de resgate são desarrazoados daqueles casos em que não são. Embora Feinberg discuta essa crítica com maior profundidade⁵⁰⁴, é suficiente dizer que tal objeção não faz mais do que apontar para dificuldades advindas, inevitavelmente, da aplicação de normas abstratas a casos particulares⁵⁰⁵. Por certo, como acontece com qualquer critério jurídico destinado a ser aplicado a uma infinidade de situações concretas, em alguns casos, o custo, a inconveniência e o risco serão evidentemente razoáveis e, em outros, serão evidentemente desarrazoados. Entre esses dois polos opostos, haverá uma zona cinzenta em que a aplicação do critério em questão estará aberta à disputa entre os diferentes argumentos em favor de cada solução. De fato, eventuais incertezas quanto à razoabilidade concreta da ação de resgate pode ser tida pelo legislador como um obstáculo prático à introdução de um crime comum de omissão de socorro ou pelos julgadores como fundamento para manter a presunção de inocência e absolver alguns acusados, mas disso não decorre que a criminalização em si seja ilegítima.

Quanto ao argumento da *interferência indevida na liberdade*, segundo a qual a proibição de omissões restringe demasiadamente a liberdade individual, Feinberg argumenta que normas que proíbem omissões específicas não importam necessariamente em uma

⁵⁰² FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 143.

⁵⁰³ Ver nota nº 488 *supra*.

⁵⁰⁴ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 150-162; FEINBERG, Joel. *The Moral and Legal Responsibility of the Bad Samaritan*, p. 64-66.

⁵⁰⁵ SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 75.

limitação à autonomia pessoal superior à imposta por normas que proíbem ações específicas⁵⁰⁶. Por exemplo, o dever de chamar uma ambulância não se apresenta como uma restrição mais intensa à liberdade individual do que o dever de não conduzir veículo automotor acima de determinado limite de velocidade. Apesar disso, o filósofo reconhece que uma norma geral que proíbe a omissão de socorro pode interferir mais na liberdade do que outras proibições penais, uma vez que os seus destinatários têm maiores dificuldades em *antecipar e controlar* as chances de se encontrarem em uma situação fática que os obrigue a prestar socorro a alguém⁵⁰⁷. Por outro lado, justamente porque estar em condições fáticas de auxiliar estranhos em apuros é um *evento aleatório*, esses deveres de assistência acabam por onerar desigualmente os mais azarados. É, por isso, que a punição da omissão do mau samaritano depende da presença de determinados requisitos fáticos, como a seriedade do dano que se pretende prevenir e o mínimo esforço exigido para a prática da ação de resgate. Ademais, enquanto deveres negativos de não causar danos a outras pessoas são os principais indicadores de limites ao exercício de direitos fundamentais, os deveres positivos de agir encontram um obstáculo intransponível no *conteúdo mínimo essencial* desses direitos⁵⁰⁸.

Com efeito, a ação imposta ao indivíduo por seu dever moral de solidariedade e assistência mútua pode variar conforme a situação concreta, embora, em nenhum caso, seja cabível exigir dedicação à altura do bom samaritano da parábola bíblica. Na verdade, o samaritano da parábola não foi apenas bom e sim *esplêndido*, sendo que o homem que “caiu nas mãos de ladrões” no caminho de Jerusalém a Jericó não teria do que se queixar mesmo que o samaritano tivesse feito consideravelmente menos por ele. Considerando que os direitos morais em face de outros indivíduos costumam se limitar a reivindicações mínimas, a moralidade crítica só exigia que o samaritano bíblico se comportasse de maneira minimamente decente⁵⁰⁹. Ao fazer muito mais que o mínimo, o bom samaritano *beneficiou* o homem no sentido específico da palavra. Por mais admirável que seja essa postura, fato é que, se os deveres positivos se impusessem de forma incondicional sobre todos os indivíduos da

⁵⁰⁶ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 163.

⁵⁰⁷ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 164.

⁵⁰⁸ Por exemplo, a existência de um dever individual de colaborar para a redução da transmissão do novo coronavírus pode justificar a imposição da obrigação de utilizar máscaras em locais públicos, mas a imposição da obrigação de se vacinar é mais complexa, tendo em vista o “conteúdo essencial e intocável” do direito à autodeterminação corporal. Nesse sentido: SIQUEIRA, Flávia; SOARES, Hugo. Vacinação compulsória? Sobre os limites da atuação do Estado no combate à COVID-19, no prelo.

⁵⁰⁹ FEINBERG, Joel. The Moral and Legal Responsibility of the Bad Samaritan, p. 58-59.

mesma forma que os deveres negativos, a sociedade enfrentaria sérios *problemas de coordenação*. Assim, no caso de um incêndio em um prédio residencial, o indivíduo que passa pelo local tem o dever de acionar os bombeiros, mas apenas o bombeiro profissional tem o dever de enfrentar o perigo para apagar o incêndio e retirar pessoas de dentro do imóvel em chamas⁵¹⁰. A iniciativa de uma pessoa destreinada em ingressar em um prédio em chamas para prestar socorro, provavelmente, geraria mais dano do que evitaria. No caso de um morador de rua que pede esmola aos transeuntes para comer, o dever de assistência impõe geralmente não que os indivíduos deem esmolas aos mendicantes e sim que paguem tributos para que o Estado custeie serviços públicos de promoção do bem-estar social⁵¹¹. Certamente, um *sistema coordenado de deveres condicionais de assistência* é a forma mais eficiente de prevenir danos contra indivíduos em situação de vulnerabilidade.

Finalmente, cumpre analisar o *argumento da relevância moral da causação*, de acordo com o qual *quem permite que um dano ocorra não causa esse dano*, havendo uma *diferença moral entre causar um dano e permitir que ele ocorra*, diferença essa que justifica proibir apenas o primeiro sob a ameaça de pena. De uma parte, é possível definir causar dano como iniciar um processo causal que, se não for interrompido, conduzirá diretamente a um resultado danoso e, de outra, permitir que um dano ocorra ou falhar em preveni-lo como não intervir para deter um processo causal já iniciado, com ou sem a sua colaboração⁵¹². Eventualmente, permitir que algo aconteça pode envolver uma *intervenção ativa* e não *passiva*, como ocorre quando alguém remove uma barreira à continuidade de um curso causal já iniciado⁵¹³. Ao menos na presença de determinadas condições, inexistente diferença moral significativa entre provocar um dano e não agir para evitá-lo⁵¹⁴, mas é verdade que essa

⁵¹⁰ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 171.

⁵¹¹ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 159.

⁵¹² FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 166.

⁵¹³ SMITH, Patricia. Legal Liability and Criminal Omissions. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 5, n. 1, apr., 2001, p. 88. Por exemplo, quando o médico X desliga os aparelhos do paciente Y que impediam o progresso natural do processo de morte já iniciado.

⁵¹⁴ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 167. Considere o seguinte exemplo: X está tendo um ataque do coração e tenta alcançar o frasco do medicamento que pode salvá-lo. Não há grandes diferenças se Y, por desejar a morte de X, empurra o frasco para longe de X para impedir que ele o alcance ou simplesmente não o empurra para próximo de X, podendo fazê-lo sem grande esforço, sabendo que X provavelmente morreria antes de alcançar o medicamento.

simetria moral não se verifica em vários outros casos⁵¹⁵.

Como já ressaltado, o dever de agir para evitar um dano, desde que o esforço necessário a evitá-lo não seja trivial, não se impõe aos indivíduos da mesma forma incondicional e universal que o dever correspondente de não causar dano, sendo que o cumprimento de deveres positivos pelos membros de uma coletividade costuma estar submetido a determinadas regras de coordenação (p. ex., regras que estabelecem que certas atividades de assistência sejam executadas precipuamente por instituições públicas ou exclusivamente por especialistas). No entanto, existem situações excepcionais em que, embora o esforço exigido do bom samaritano não seja diminuto, não deixa de haver uma *simetria moral entre o dever de agir e o dever de não causar dano* (p. ex., X encontra Y gravemente ferido em uma trilha remota e precisa caminhar por horas para conseguir socorro). Trata-se de deveres de agir que só surgem perante circunstâncias raras, em que não há meio menos oneroso para impedir a realização de perigo grave e iminente, e cuja atribuição não gera problemas de coordenação⁵¹⁶. Por outro lado, além de essa simetria moral depender de fundamentação robusta, viu-se acima que o respeito à autonomia individual impõe limites que não podem ser ultrapassados na definição do conteúdo concreto desse dever de agir para evitar danos⁵¹⁷.

Aqueles que insistem que permitir que um dano ocorra nunca pode ser equiparado, do ponto de vista moral, à causação de um dano se apegam, muitas vezes, ao argumento de que a omissão, diferentemente da ação, não pode ser considerada a causa de um dano. No direito anglo-saxão, muitos autores alegam que admitir que omissões também causam resultados exigiria a ampliação do conceito a ponto de tornar a própria análise da causalidade

⁵¹⁵ Por exemplo, X tem o dever de não causar a morte de Y mesmo que não fazê-lo lhe traga um alto prejuízo financeiro, mas pode não ter o dever de praticar determinado comportamento que evitaria a morte de Y se a consequência para si for a mesma.

⁵¹⁶ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 171.

⁵¹⁷ Observa-se que Feinberg não destaca esse papel da autonomia na limitação do conteúdo dos deveres positivos, apoiando-se apenas no argumento de que o dano a ser evitado deve ser grave o suficiente para contrabalancear a intervenção na liberdade individual. Além disso, quando o custo da ação de salvamento vai além do trivial, o filósofo não entende que a intervenção na liberdade individual seja ilegítima por haver uma diferença moral inerente entre ação e omissão, mas apenas que a intervenção, em muitos casos, não será conveniente em razão dos problemas de coordenação que tendem a se tornar mais complexos quanto maiores os custos decorrentes da proteção dos mais vulneráveis.

uma etapa inútil que não excluiria nenhuma conduta do alcance da norma proibitiva⁵¹⁸. De forma semelhante, a doutrina penal do sistema romano-germânico, inspirada pelo brocado latino *ex nihilo nihil fit*, isto é, nada surge do nada, nega a existência de uma autêntica *causalidade na omissão*, preferindo falar em quase-causalidade ou causalidade hipotética⁵¹⁹.

Feinberg reconhece que a ideia de que omissões causam algo pode gerar estranheza, mas dizer que *omissões têm consequências* já soa mais natural aos ouvidos⁵²⁰. Afinal, “quando alguém tem o poder de afetar eventos de uma maneira ou de outra, dependendo da sua escolha, a forma como os eventos são subsequentemente afetados é uma consequência da forma como esse poder foi exercido”⁵²¹. Essa última afirmação é ilustrada a partir de um exemplo. Imagine que N, não sabendo nadar, é empurrado por O de uma ponte e começa a se afogar. Nesse momento, P passa pela ponte, escuta os gritos de socorro e percebe que, a sua frente, há uma boia que pode ser jogada sem grande esforço em direção a N. Se P joga a boia na água para N que se agarra a ela e, assim, sobrevive ao afogamento, não há dúvida de que o fato de N não ter morrido afogado é uma consequência da ação de P. Por conseguinte, se P não joga a boia e N vem a se afogar, a morte de N por afogamento também será uma consequência da omissão de P, da mesma forma em que o evento morte de N também será consequência da ação de O ao empurrá-lo da ponte. Portanto, não há diferença significativa entre ações e omissões do ponto de vista da causalidade, tendo em vista que *omissões também compõem as explicações causais dos acontecimentos*, enquanto condições negativas às quais se somam outras condições, positivas e negativas⁵²².

Nessa linha, Patricia Smith ressalta que permitir que algo aconteça é uma forma de

⁵¹⁸ SMITH, Patricia. *Legal Liability and Criminal Omissions*, p. 77-78. A ideia de causalidade próxima, introduzida para afastar a relevância de causas remotas, é utilizada com o propósito de defender um conceito restrito de causa. Contudo, como observa Smith, a diferenciação entre causas próximas e causas remotas não envolve propriamente uma análise de causalidade e sim juízos de política legal que definem limites à responsabilidade (*Ibidem*, p. 79). Logo, em vez de constituir uma teoria específica da causalidade, a noção de causalidade próxima exerce no direito penal anglo-americano um papel semelhante ao desempenhado pela teoria da imputação objetiva no direito penal germânico.

⁵¹⁹ Ver: COSTA, Victor. *Crimes Omissivos Impróprios*. Tipo e Imputação Objetiva. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 196-197.

⁵²⁰ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 173.

⁵²¹ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 174. No original: “when one has the power to affect events one way or another depending on one’s choice, then the way events are subsequently affected is a consequence of the way power was exercised”.

⁵²² Conferir: GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. Trad. Ronan Rocha. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 19.

causar esse acontecimento e não o oposto disso⁵²³. Assim como causar, permitir é um verbo que implica logicamente o próprio sucesso: só é possível dizer que X permitiu que algo acontecesse se esse algo realmente acontecer. Além disso, só quem tem *condições fáticas de evitar*⁵²⁴ algo pode também permitir que ele aconteça, sendo que, se alguém não impediu um evento danoso quando poderia fazê-lo, a sua inação era uma condição necessária a esse acontecimento, ainda que, por si só, insuficiente. Para a autora, o omitente exerce um *controle regulatório* sobre o curso causal (poder de intervir para interromper ou alterar a direção do curso causal), enquanto o agente exerce *controle condutor* (poder de orientar o curso causal até o resultado final), podendo ou não exercer também o controle regulatório⁵²⁵. O agente pode, inclusive, perder o controle condutor e, ainda assim, dar causa ao resultado (p. ex., quando o motorista perde o controle do veículo), mas o omitente só pode causar o resultado se tiver o controle regulatório (p. ex., não há que se falar em omissão causal quando o instrutor de direção não consegue impedir o aluno de colidir com o carro porque os pedais de duplo comando param de funcionar). Por certo, agir é normalmente a forma mais eficiente de produzir um resultado desejado e nem sempre se omitir é um método eficiente, mas, nas situações em que omissões se mostram eficientes, não há diferença relevante entre a potência causal de ações e omissões⁵²⁶.

2.3.4 Dano contra animais

Muitos animais, ao menos a grande maioria dos vertebrados, possuem determinadas capacidades mentais que os permitem experienciar de forma consciente a própria vida⁵²⁷, bem como uma capacidade, ainda que consideravelmente mais limitada do que a dos seres humanos, de autodeterminação⁵²⁸. Em sintonia com essa constatação, Feinberg reconhece que os *animais também possuem interesses de bem-estar* e, em determinados casos, interesses

⁵²³ SMITH, Patricia. Legal Liability and Criminal Omissions, p. 87.

⁵²⁴ Ou, pelo menos, de reduzir as chances de que o evento danoso venha a acontecer.

⁵²⁵ SMITH, Patricia. Legal Liability and Criminal Omissions, p. 90-91.

⁵²⁶ SMITH, Patricia. Legal Liability and Criminal Omissions, p. 94.

⁵²⁷ REGAN, Tom. *Animal Rights, Human Wrongs*, p. 93. Segundo Beauchamp, muitos animais possuem uma série de propriedades cognitivas, sensoriais e emocionais: BEAUCHAMP, Tom L. Opposing Views on Animal Experimentation: Do Animals Have Rights? *Ethics & Behavior*, v. 7, n. 2, 1997, p. 114-117.

⁵²⁸ GRECO, Luís. Proteção de Bens Jurídicos e Crueldade com Animais. *Revista Liberdades*, n. 3, jan.-abr., 2010, p. 57.

superiores, sendo que o retrocesso a esses interesses pode ser considerado um dano em sentido descritivo ou não normativo. Os interesses de bem-estar dos animais são aqueles inerentes ao próprio instinto animal de sobrevivência, os quais, diferentemente dos interesses de bem-estar humano, não costumam constituir meios à persecução de qualquer interesse superior. Apenas alguns animais superiores, como os chimpanzés, possuem determinados interesses superiores, ainda que esses interesses se apresentem primitivos aos olhos humanos (p. ex., o interesse em se tornar o macho alfa e obter mais alimentos e fêmeas do que os demais)⁵²⁹. Portanto, assim como pode ocorrer com seres humanos, o interesse da maioria dos animais pelo próprio bem-estar não tem caráter instrumental. Apesar disso, Feinberg reconhece que os demais seres sencientes compartilham com os seres humanos o *interesse superior em não ser submetido, desnecessariamente, a sofrimento intenso e persistente*⁵³⁰.

Considerando, então, que os animais possuem interesses básicos que podem ser retrocedidos, cumpre ainda saber se os animais não humanos seriam titulares de direitos e, por conseguinte, se poderiam ter seus direitos violados pelos humanos. Há quem sustente serem os animais incapazes de ocupar a posição de titular de direitos e deveres por não serem *agentes morais genuínos*⁵³¹. Nessa linha, Cohen e Rawls sustentam que animais não podem ter direitos porque não são capazes de formular *juízos racionais sobre certo e errado*⁵³² nem *discutir e aderir racionalmente a regras justas* para a convivência livre e ordeira entre iguais⁵³³. Na visão desses autores, seres humanos podem ter *deveres relativos aos animais*, mas esses não são *deveres para com os animais*⁵³⁴, uma vez que a esse dever não correspondem direitos dos animais. O problema é que essa mesma justificativa pode ser utilizada para negar direitos, por exemplo, a pessoas que, em razão de doença mental severa, nunca possuíram nem possuirão *autonomia moral* ou *senso de justiça*⁵³⁵. De fato, não se pode esperar que animais se motivem racionalmente por normas de comportamento, de forma livre e independente de seus instintos naturais, ou exigir que eles assumam responsabilidade pelas

⁵²⁹ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 58-59.

⁵³⁰ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 59 e nota 17.

⁵³¹ Feinberg citando Gray em: FEINBERG, Joel. The Rights of Animals and Unborn Generations. In: BLACKSTONE, William T. (ed.). *Philosophy & Environmental Crisis*. Athena, GA: The University of Georgia Press, 1974, p. 46.

⁵³² COHEN, Carl. Do Animals Have Rights? *Ethics & Behavior*, v. 7, n. 2, 1997, p. 96.

⁵³³ RAWLS, John. *A Theory of Justice*, p. 504-505.

⁵³⁴ FEINBERG, Joel. The Rights of Animals and Unborn Generations, p. 45.

⁵³⁵ REGAN, Tom. *Animal Rights, Human Wrongs*, p. 45.

consequências negativas advindas da contrariedade a essas normas. No entanto, embora haja consenso quanto à inexistência de deveres dos animais, a possibilidade de se reconhecer que esses seres possuem direitos não pode ser rechaçada com a mesma convicção.

Para Baker, o *harm principle* de Feinberg não comporta a criminalização de atos de crueldade contra animais⁵³⁶. Isso porque, ao restringir seu conceito de injusto à violação de direitos humanos, o filósofo norte-americano não reconheceria um direito moral dos animais a não sofrerem dano. Daí que, em Feinberg, a aplicação do princípio dependeria da existência de um nexo entre o dano sofrido pelo animal e interesses humanos tangíveis, como no caso de um interesse individual patrimonial sobre a preservação da vida de um animal ou um interesse coletivo pela preservação do meio-ambiente. Entretanto, certo é que *a proteção de animais não humanos não pode ser reconduzida, em todas as hipóteses, à proteção de interesses humanos, nem mesmo de interesses coletivos*. Por isso, Baker afirma que a teoria de Feinberg só deixa espaço para a criminalização dos atos de crueldade contra animais com base no moralismo legal⁵³⁷. O problema dessa posição, segundo o autor, é que o fundamento para a criminalização desse tipo de conduta nada teria a ver com o *dano objetivamente causado aos animais em si mesmos*⁵³⁸. Para ele, o relevante para a aplicação do *harm principle* não deve ser se o animal atingido tem ou não direitos e sim a gravidade do dano (p. ex., dor física, estresse mental, mutilação, extinção etc.) e o propósito buscado por meio da sua inflição⁵³⁹. Assim, há que se diferenciar, por exemplo, um experimento científico que impõe um sofrimento mínimo a animais com o fim de desenvolver medicamentos e tratamentos que possam vir a prevenir e curar doenças humanas de uma exibição que submeta animais a

⁵³⁶ BAKER, Dennis J. *The Right Not to be Criminalized*, p. 56-57.

⁵³⁷ Como se verá mais adiante, Feinberg admite realmente que só o moralismo legal pode fornecer um fundamento para a criminalização da extinção de espécies, mas que o princípio do dano acomoda a proibição da crueldade contra os animais. Voltaremos a essa questão no capítulo 6, mas cumpre ressaltar que, a nosso ver, é possível defender uma versão liberal do moralismo legal. Por exemplo, parece-nos que um argumento de moralismo liberal é apresentado por Greco para fundamentar a proibição da crueldade com animais. Segundo o autor, a *dominação alheia* é um *mal* cuja minimização deve ser uma das preocupações de um Estado liberal, mesmo quando o dominado é um animal não humano (GRECO, Luís. *Proteção de Bens Jurídicos e Crueldade com Animais*, p. 56). Como a dominação animal é definida como um mal em si mesmo e não como uma violação aos direitos dos animais, essa tese acaba se enquadrando no que Feinberg denomina de moralismo penal estrito. Todavia, observa-se que, em artigo mais recente, Greco reformulou sua posição, passando a sustentar que animais são titulares de direitos que podem ser violados pelos seres humanos: GRECO, Luís. *Legítima defesa de animais*. *Nuevo Foro Penal*, v. 15, n. 92, 2019, p. 27-31. Logo, a dominação animal não seria apenas um mal que não pode ser tolerado pelo Estado liberal, mas uma violação de direitos juridicamente tuteláveis.

⁵³⁸ BAKER, Dennis J. *The Right Not to be Criminalized*, p. 58.

⁵³⁹ BAKER, Dennis J. *The Right Not to be Criminalized*, p. 60.

graves maus-tratos para fins de entretenimento.

A interpretação de Baker sobre a obra de Feinberg pode ser contestada com base em outro escrito do filósofo americano. Em *The Rights of Animals and Unborn Generations*, ele admite como plausível a tese de que os animais possuem certos direitos, pois os seres humanos devem aos animais, pelo menos, não submetê-los a sofrimento intenso e desnecessário, sendo que a violação desse dever constitui um dano injusto⁵⁴⁰. Conforme esclarece Feinberg, *os seres que podem ser titulares de direitos são justamente aqueles que têm ou podem ter interesses* e que são, por consequência, capazes de serem beneficiados ou prejudicados⁵⁴¹. Aliás, o autor afirma que os direitos são designados a determinados titulares, ao menos em parte, com o objetivo de proteger seus interesses. Logo, *o harm principle de Feinberg é capaz de fundamentar a criminalização de maus-tratos contra animais*, uma vez que os animais possuem interesses de bem-estar que podem ser prejudicados por condutas humanas e, ao menos a alguns deles, pode ser atribuído *o direito moral a não ser submetido desnecessariamente a sofrimento intenso e persistente*⁵⁴².

Com isso, Feinberg dá um passo além da posição defendida por autores como Cohen, Rawls e Raz⁵⁴³, para quem os seres humanos teriam um dever moral de não impingir sofrimento desnecessário aos animais, mas a esse dever não corresponderia um *direito moral do animal a não sofrer, pelo menos, determinados tipos de danos*⁵⁴⁴. Porém, o filósofo não

⁵⁴⁰ FEINBERG, Joel. *The Rights of Animals and Unborn Generations*, p. 50-51.

⁵⁴¹ Discutindo as duas interpretações possíveis a respeito da teoria de direitos de Feinberg: RAINBOLT, George W. Two Interpretations of Feinberg's Theory of Rights. *Legal Theory*, v. 11, n. 03, 2005, p. 227-236.

⁵⁴² Também entendendo que o *harm principle* fundamenta a criminalização de abusos e maus-tratos contra os animais: DUFF, R. A. *Answering for Crime*. Responsibility and Liability in the Criminal Law. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007, p. 124. No sentido de que o princípio do dano fundamenta a criminalização da crueldade contra os animais e a extinção de espécies animais: HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización*. Los Límites del Derecho Penal. Trad. Rocío Lorca Ferreccio. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 294. Iacub argumenta que a proibição de condutas como a zoofilia, mesmo que o ato não submeta o animal a sofrimento físico, é motivada, na realidade, pelo paternalismo/moralismo e não pela proteção do bem-estar dos animais, tendo em vista que condutas que causam grande sofrimento animal, como a alimentação forçada de patos e gansos para a produção de *fois gras*, são consideradas legais: IACUB, Marcela. Legal Protection of Animals or Paternalism? *Raisons Politiques*, v. 4, n. 44, 2011, p. 88-89.

⁵⁴³ Para Raz, deveres em face de não membros da mesma comunidade moral não se baseiam nos interesses dos beneficiários desses deveres. Dessa forma: "if my duties to (non human) animals are based on considerations of my own character (I should not be a person who can tolerate causing pain, etc.) and not on the interests of animals, then animals do not have rights despite the fact that I have duties regarding them" (RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 177).

⁵⁴⁴ Igualmente crítico a essa posição por desconsiderar a correlação entre direitos e deveres: BEAUCHAMP, Tom L. *Opposing Views on Animal Experimentation*, p. 118.

chega a se alinhar a autores que, seja a partir de uma abordagem utilitarista (Singer)⁵⁴⁵ ou autodeclarada como kantiana (Regan)⁵⁴⁶, colocam no mesmo plano os interesses e direitos de humanos e animais. Assim, diferentemente de Regan, Feinberg não assegura aos defensores dos direitos dos animais argumentos para, por exemplo, criticar a testagem de vacinas em animais, embora esses não possam fornecer seu consentimento livre e informado, desde que o experimento não os submeta a sofrimento desnecessário⁵⁴⁷. De outra parte, Feinberg opta por caminho diverso do seguido por uma tradição filosófica que remete a Kant e Locke⁵⁴⁸, a qual pretende justificar a proibição da crueldade aos animais com base no argumento de que tais atos brutalizam os indivíduos e os tornam mais propensos a cometer crimes contra outras pessoas. De fato, pendem consideráveis dúvidas quanto à consistência de tal prognose empírica, principalmente considerando que adultos competentes são capazes de estabelecer uma clara distinção entre humanos e animais e de agir de acordo com ela⁵⁴⁹.

A teoria do bem jurídico também se vê em dificuldade quando invocada para fornecer o pressuposto de legitimidade da criminalização dos maus-tratos contra animais. Isso porque, malgrado a intensa controversa quanto ao conceito de bem jurídico, há certo consenso no sentido de que os bens penalmente protegidos atendem a necessidades dos indivíduos ou da coletividade⁵⁵⁰. A fim de contornar esse obstáculo, a doutrina da tradição romano-germânica, por um lado, formula contestáveis bens jurídicos coletivos como o *sentimento humano de piedade e solidariedade em relação aos animais* e, por outro, propõe a aceitação excepcional de alguns *crimes sem bem jurídico*⁵⁵¹. Apesar disso, parte da doutrina admite a ideia de que os animais são titulares de determinados bens jurídicos próprios que merecem ser

⁵⁴⁵ Singer atribui o mesmo peso, no cálculo da utilidade, aos interesses e preferências de animais e humanos, entendendo como moralmente aceitável, em determinadas hipóteses, violar direitos de um número menor de seres humanos para evitar dano ou promover o benefício de um grande número de animais. Ver: SINGER, Peter. *Animal Liberation*. 2. ed. London: Random House, 1995.

⁵⁴⁶ O autor critica o especismo e defende a igualdade moral entre humanos e animais: REGAN, Tom. *Animal Rights, Human Wrongs*, p. 94.

⁵⁴⁷ Para Beauchamp, além de necessário à obtenção de benefícios razoáveis para os seres humanos, deve haver um limite máximo a partir do qual a dor ou sofrimento imposto ao animal é moralmente inaceitável: BEAUCHAMP, Tom L. *Opposing Views on Animal Experimentation*, p. 119.

⁵⁴⁸ REGAN, Tom. *Animal Rights, Human Wrongs*, p. 52.

⁵⁴⁹ NOZICK, Robert. *Anarchy, State, and Utopia*. New York: Basic Books, 1974, p. 36.

⁵⁵⁰ Por exemplo, Roxin define bem jurídico como uma “circunstância real dada ou finalidade” necessária à coexistência livre e pacífica entre os seres humanos ou ao funcionamento do sistema social que se baseia nesse mesmo objetivo: ROXIN, Claus. *A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 18-19.

⁵⁵¹ No sentido de que o crime de maus-tratos aos animais constitui uma exceção à teoria político-criminal do bem jurídico: ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I. 4. Auflage. München: C. H. Bech, 2006, p. 30.

penalmente protegidos⁵⁵². Além disso, leis, doutrina e jurisprudência demonstram disposição em reconhecer os animais como sujeitos de direitos. O próprio Supremo Tribunal Federal, por exemplo, ao afirmar a constitucionalidade do abate de animais em cultos religiosos, indicou como fundamento o fato desses rituais não envolverem maus-tratos ou crueldade contra os animais, admitindo, ainda que implicitamente, que o direito dos animais a não serem submetidos a tratamento cruel e a tortura constituiria um limite ao exercício da liberdade religiosa⁵⁵³.

Em suma, tendo em vista que nossas intuições morais indicam que os animais possuem um valor intrínseco e não meramente instrumental, bem como que muitos dos animais vertebrados experienciam a vida de forma consciente e têm certo grau de autodeterminação, os animais devem ser encarados como sujeitos morais e não como meros objetos animados. A presença dessas capacidades cognitivas, sensoriais e emocionais, ainda que rudimentares, permitem que se afirme que os animais possuem interesses básicos que podem ser prejudicados pelas condutas humanas. Além disso, os animais possuem determinados direitos morais cuja violação constitui um injusto moral. A titularidade de direitos morais não depende da capacidade de reivindicá-los em nome próprio⁵⁵⁴ nem de ser também sujeito de deveres morais. É verdade que esses direitos não podem ser equiparados aos direitos dos seres humanos, não havendo espaço aqui para definir o conteúdo desses direitos, mas é plausível entender que os animais possuem, pelo menos, o direito de não serem submetidos desnecessariamente a sofrimento intenso e persistente. A nosso ver, o respeito a esse direito pode ser exigido pelo Estado dos seus cidadãos com base no contrato social que funda uma comunidade política orientada por valores liberais.

⁵⁵² Por exemplo: NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, Constituição e os Limites do Direito Penal. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (Org.). *Direito Penal como Crítica da Pena*. Estudos em Homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 529-531.

⁵⁵³ STF, RE 494.601/RS, Rel. Min Marco Aurélio, Rel. para o acórdão Edson Fachin, julgado em 28/03/2019. Outras decisões do STF também apontam no sentido de que os animais são protegidos pela lei em razão do valor que possuem em si mesmos, independentemente de sua relação com os seres humanos. Nesse sentido: ADI 4983, Relator Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2016, publicado em 27/04/2017 (declarando a inconstitucionalidade da prática da denominada vaquejada); ADI 1856, Relator Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2011, publicado em 14/10/2011 (declarando inconstitucional a briga de galos); RE 1223975 AgR, Relator Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 27/03/2020, publicado em 13/04/2020 (declarando constitucional a proibição de rodeios que utilizam condutores elétricos ou outros artefatos cruéis).

⁵⁵⁴ BEAUCHAMP, Tom L. *Opposing Views on Animal Experimentation*, p. 118.

2.3.5 Dano contra as gerações futuras

Para Feinberg, *os seres humanos que viverão no futuro* (= gerações futuras) *também possuem direitos que podem ser opostos contra a geração atual*, embora esses direitos potenciais sejam mais remotos do que os direitos potenciais reconhecidos aos fetos⁵⁵⁵. Apesar disso, desde que os eventos tomem seu curso normal, a existência futura da humanidade é tão certa quanto a vida extrauterina de fetos atualmente em formação, ou seja, a existência das gerações futuras não é, em regra, menos provável do que o nascimento de uma criança já em fase de desenvolvimento fetal. Ainda que não se tenha clareza sobre a identidade das pessoas que viverão no futuro⁵⁵⁶, é possível antecipar quais interesses básicos é provável que elas venham a ter, independentemente de quais sejam os seus valores e preferências⁵⁵⁷.

Destarte, *o princípio do dano fundamenta a criminalização de condutas injustas que geram um perigo de dano para o bem-estar das pessoas que provavelmente existirão no futuro*. Por exemplo, a emissão excessiva de gases que contribuem para mudanças climáticas pode ser proibida, atendidos determinados requisitos que serão indicados mais adiante (capítulo 5, *infra*), por tornar pior as condições de vida no futuro, violando o direito das próximas gerações a um ambiente ecológico equilibrado. Da mesma forma, a nosso ver, a extinção de espécies de animais e plantas também impacta negativamente a vida das pessoas e animais que existirão no futuro (p. ex., ao impedir que as futuras gerações conheçam e estudem cientificamente determinada espécie vegetal), ainda que eventualmente não se produza nenhuma consequência imediata ou de longo prazo para as pessoas e animais atualmente existentes e mesmo que se entenda que entre os direitos morais atribuídos aos animais não está o direito à subsistência da espécie⁵⁵⁸.

Não obstante seja plausível defender que animais e as gerações futuras são sujeitos

⁵⁵⁵ FEINBERG, *The Rights of Animals and Unborn Generations*, p. 65.

⁵⁵⁶ Nessa linha: “‘Harm to others’ does not, of course, mean identifiable others” (PACKER, Herbert L. *The Limits of the Criminal Sanction*. Stanford: Stanford University Press, 1968, p. 267).

⁵⁵⁷ POSTEMA, Gerald J. Collective Evils, Harms, and the Law. *Ethics*, v. 97, n. 2, 1987, p. 419. Porém, o autor ressalta que, em muitos casos, “concern for future generations ultimately turns not on protecting their interests but on protecting what in our judgment is the best in our world, what is worth having and preserving” (*Ibidem*, p. 419).

⁵⁵⁸ Diversamente, Feinberg vê maiores dificuldades em recorrer ao *harm principle* para justificar a criminalização da extinção de espécies. Ver: FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 24. Mais sobre esse ponto no capítulo 6, tópico 6.3.4.2, *infra*. Da mesma forma: HIRSCH, Andrew von. *El Concepto de Bien Jurídico y el Principio del Daño*, p. 51.

de direitos, ainda que não exatamente de direitos idênticos aos atribuídos aos seres humanos atualmente existentes, o mesmo não pode ser dito das *plantas* e dos *embriões in vitro* ou não implantados que não se destinam à implantação uterina. Afinal, plantas e embriões que não serão utilizados na reprodução assistida não possuem nem nunca possuirão vida consciente nem qualquer capacidade de autodeterminação, sendo que tais embriões, diferentemente do feto, não estão a caminho de se tornarem pessoas. Além disso, é possível que a destruição de plantas ou embriões *in vitro* não afete negativamente interesses de bem-estar nem viole direitos penalmente tuteláveis pertencentes, respectivamente, aos animais humanos e não humanos ou aos genitores dos embriões (p. ex., quando embriões *in vitro* são utilizados em pesquisas científicas ou destruídos com a autorização dos genitores).

Para defensores da teoria do bem jurídico como Roxin, deve-se admitir a criação de crimes sem bem jurídico para que o legislador penal possa proteger a flora e os embriões *in vitro*, proibindo, por exemplo, a produção de embriões para fins que não o de reprodução assistida e, futuramente, a clonagem humana com finalidade reprodutiva⁵⁵⁹. O princípio do dano também não pode ser invocado para justificar a criminalização nesses casos, uma vez que, de modo geral, tais condutas não tendem a tornar a vida de pessoas ou animais, presentes ou futuros, pior em matéria de bem-estar⁵⁶⁰. Contudo, a nosso ver, esse fato deve ser encarado pelo defensor de uma teoria da criminalização de perfil liberal como uma razão para questionar a legitimidade da intervenção do direito penal nesse âmbito.

2.3.6 Dano contra a coletividade

Ao lado dos *interesses privados*, atribuíveis a pessoas específicas e identificáveis previamente à prática de uma conduta capaz de afetá-los⁵⁶¹, Feinberg reconhece a existência

⁵⁵⁹ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 29.

⁵⁶⁰ Há quem entenda que a clonagem para fins de reprodução prejudica o interesse do indivíduo que vem a nascer pela própria identidade genética, a qual “permite que o indivíduo veja a si mesmo como fruto de um evento determinado pela natureza e não um produto artificialmente construído” (SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 234). Além do que já foi dito a respeito da discussão sobre se a própria existência pode ser considerada um dano, parece-nos que dizer que os indivíduos possuem um interesse de bem-estar em “se sentir uma criação da natureza” é banalizar a noção de interesses básicos e essenciais. Ademais, atribuir às pessoas em geral um interesse desse tipo dependeria da aceitação de uma visão de mundo que atribui primazia ao “natural” sobre o “artificial” (isto é, à “loteria genética” sobre as escolhas de um *proxy chooser*), o que não seria coerente com o compromisso do liberal com o ideal de neutralidade.

⁵⁶¹ POSTEMA, Gerald J. *Collective Evils, Harms, and the Law*, p. 421.

dos *interesses públicos*. Esses interesses são por ele divididos em dois grupos: *comunitários* e *governamentais*⁵⁶². No primeiro grupo, incluem-se interesses que são elementares do bem-estar individual, mas que, por serem amplamente compartilhados, podem ser considerados como interesses da própria comunidade: paz, saúde e segurança pública, uma economia sólida e equilibrada etc. Trata-se de *interesses congruentes* de um número indefinido de pessoas indeterminadas. Tais interesses são *públicos em sentido fraco*, já que não se baseiam em um único e mesmo objetivo, mas em distintos objetivos da mesma natureza⁵⁶³. Além disso, esses interesses não necessariamente pertencem a todos os integrantes de uma coletividade, podendo pertencer a qualquer um sem especificação, uma vez que os danos contra interesses desse tipo decorrem de condutas intrinsecamente perigosas dirigidas contra pessoas que não podem ser individualizadas de antemão. É o caso do interesse dos moradores de dada localidade em não ter a água de seus reservatórios envenenada.

O segundo grupo compreende interesses atribuídos ao governo e não exatamente à comunidade⁵⁶⁴. Esses interesses decorrem do exercício de atividades tipicamente governamentais, tais como as de recolher tributos, controlar a entrada de estrangeiros e de bens e mercadorias no território nacional e de organizar e administrar um sistema de justiça probo e efetivo. Os interesses governamentais se diferenciam por compreender interesses comuns *indivisíveis* e *igualmente pertencentes a todos os membros de uma comunidade*. Cita-se, como exemplos, o interesse em evitar guerras, epidemias, inflação e recessão econômica, poluição ambiental e desastres naturais; o interesse na manutenção dos serviços públicos (coleta de lixo, saneamento básico, fornecimento de energia elétrica etc.). Trata-se de *interesses convergentes* ou *públicos em sentido forte*, porquanto vinculam a maioria dos membros de uma comunidade a um mesmo objeto em particular⁵⁶⁵. É possível que os interesses convirjam em razão do valor intrínseco ou imediato desse objeto, mas, em geral, o valor do objeto para os integrantes da coletividade é instrumental, ou seja, a sua preservação ou promoção serve aos variados interesses de grande parte de uma coletividade.

Segundo Postema, senão em circunstâncias extraordinárias, os interesses

⁵⁶² FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 63-64.

⁵⁶³ POSTEMA, Gerald J. *Collective Evils, Harms, and the Law*, p. 422.

⁵⁶⁴ A nosso ver, o mais adequado é entender o Estado como gestor e não como titular desses interesses. Ver: BADARÓ, Tatiana. *Bem Jurídico-Penal Supraindividual*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 180.

⁵⁶⁵ POSTEMA, Gerald J. *Collective Evils, Harms, and the Law*, p. 422.

convergentes só podem ser perseguidos por meio do *esforço cooperativo da comunidade*, especialmente da atuação de representantes oficiais da comunidade financiada pela arrecadação tributária⁵⁶⁶. Por essa razão, esses interesses se realizam a partir da disponibilização de *bens públicos* que, se são fornecidos a uma parcela substancial de membros da comunidade, são inevitavelmente fornecidos a todos. Tais bens se caracterizam, por um lado, pela inviabilidade de dividi-los para consumo privado e, por outro, pela possibilidade de operacionalizá-los e mantê-los por menos que a *cooperação universal* de todos os membros da comunidade⁵⁶⁷. Isso porque não é provável que um único ato de não cooperação seja capaz de produzir um dano demarcável contra a higidez ou integridade de instituições ou atividades públicas, o que torna possível a existência de *free riders*⁵⁶⁸. Além disso, Feinberg observa que mesmo esses interesses convergentes, em alguns casos, podem ser públicos em um sentido mais fraco, tendo em vista que, embora a maior parte de uma comunidade compartilhe desses interesses em alguma medida, pode ser que os membros de tal comunidade não compartilhem deles na mesma proporção⁵⁶⁹. Afinal, o ônus imposto pela cooperação para a efetivação e preservação de um bem público pode superar os benefícios diretamente obtidos por alguns, enquanto outros tendem a ser mais impactados negativamente pela falta ou perda desse bem.

Em última instância, tanto os interesses comunitários quanto os interesses governamentais são também interesses das pessoas. No entanto, a importância desses

⁵⁶⁶ POSTEMA, Gerald J. *Collective Evils, Harms, and the Law*, p. 423.

⁵⁶⁷ Segundo Green, os bens públicos se diferenciam dos privados por não se caracterizarem pela *rivalidade* nem pela *exclusividade*. A rivalidade significa que o consumo do bem por uma pessoa impede o consumo simultâneo por outras. Já a exclusividade significa que é viável impedir que outras pessoas tenham acesso ao bem. Assim, por exemplo, a segurança das fronteiras é um bem público, porquanto caracterizado pela não rivalidade e pela não exclusividade. Os bens que se caracterizam pela rivalidade, mas não pela exclusividade são chamados de bens comuns (é o caso de alguns recursos naturais). Por sua vez, o que o autor denomina de *toll* ou *club goods* são bens que se caracterizam pela exclusividade, mas não pela rivalidade (p. ex., a propriedade intelectual). Ver: GREEN, Stuart. P. *Thirteen Ways to Steal a Bicycle*. *Theft Law in the Information Age*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2012, p. 208-2010. Esses conceitos também são utilizados pela doutrina alemã ao discutir critérios para a identificação dos bens jurídicos coletivos: HEFENDEHL, Roland. *El Bien Jurídico como Eje Material de la Norma Penal*. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del Bien Jurídico*. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 187-190.

⁵⁶⁸ Como destacado por Postema, essa questão não cria problemas para o princípio do dano nos termos definidos por Mill e Feinberg, pois o legislador pode argumentar que a proibição dessas condutas é necessária prevenir dano: POSTEMA, Gerald J. *Collective Evils, Harms, and the Law*, p. 423, nota n. 19. Como se verá no capítulo 5, considerando a versão do princípio do dano aqui defendida, esses casos merecem uma análise mais detida.

⁵⁶⁹ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 224.

interesses específicos se apresenta *altamente diluída* na hierarquia de interesses pessoais, de modo que o indivíduo não é seriamente prejudicado, por exemplo, por um único ato de contrabando ou sonegação fiscal, conquanto a difusão dessas práticas seja capaz de impossibilitar atividades estatais imprescindíveis ao bem-estar individual. Da mesma forma, condutas como o suborno de funcionário público só atingem indiretamente os interesses individuais, ainda que possam perturbar, em primeiro plano, o funcionamento regular e eficiente de serviços públicos essenciais aos quais todos os membros da comunidade têm direito⁵⁷⁰. Um dano de menor gravidade contra os interesses governamentais, em especial, produz apenas um prejuízo diminuto para cada indivíduo, embora esse dano adquira relevância pelo fato de afetar, ao mesmo tempo, uma pluralidade de indivíduos⁵⁷¹. Logo, para Feinberg, mesmos os interesses comumente designados como públicos, estatais, sociais ou coletivos são também *interesses de bem-estar dos indivíduos, na condição de membros de uma comunidade política*. Não poderia ser diferente, uma vez que, em sociedades complexas como as atuais, o bem-estar humano depende do funcionamento de variadas instituições sociais e estatais, como o tráfego monetário e documental, a administração da justiça e a rede então estabelecida de seguridade social⁵⁷².

Ocorre que, de acordo com Postema, os interesses públicos não se confundem com os *interesses coletivos*. Conforme a classificação feita pelo autor, os valores podem ser *pessoais*, *impessoais* ou *coletivos*⁵⁷³. Os primeiros dizem respeito aos valores adotados pelo indivíduo em razão de sua concepção de si mesmo e do projeto de vida boa que ele elegeu para si. Já os valores impessoais são aqueles que podem ser adotados por qualquer pessoa a partir de um ponto de vista imparcial e adequadamente definido. Tanto os valores pessoais quanto os impessoais são *privados* no sentido de que eles se referem àquilo que o indivíduo julga valioso para si. Por seu turno, os valores coletivos são também valores do indivíduo, mas não privados no sentido mencionado, pois são acolhidos pelo indivíduo apenas na medida em que ele se identifica como membro de uma comunidade. Portanto, tais valores não são perseguidos por alguém como *um eu*, mas como *um de nós*. No entanto, os valores coletivos

⁵⁷⁰ Todavia, mais adiante, veremos que o princípio do dano não é o princípio mais adequado para fundamentar a proibição penal desse tipo de conduta (capítulo 6, tópico 6.3.4.2, *infra*).

⁵⁷¹ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 223 e 225.

⁵⁷² SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 57.

⁵⁷³ POSTEMA, Gerald J. *Collective Evils, Harms, and the Law*, p. 419-420.

não se referem a algo que o indivíduo valoriza porque outros membros da comunidade também valorizam, mas a algo que ele vem a valorizar ao avaliá-lo na condição de membro da coletividade⁵⁷⁴. Para Postema, ao perseguir ou realizar esses valores, o indivíduo não só visa ao bem-comum, mas manifesta um espírito cívico e expressa solidariedade⁵⁷⁵. Ademais, esses valores são importantes para os indivíduos, em parte, porque se vinculam aos componentes de uma concepção comum de comunidade. Assim, em síntese, *enquanto os valores pessoais remetem ao bem para a vida do indivíduo e os impessoais ao bem em si, os valores impessoais remetem ao bem comum*.

A partir do contraste entre Rousseau e Hobbes, Postema afirma que o interesse público pode ser entendido como o resultado da combinação de interesses privados, enquanto os bens coletivos são identificados quando se leva em conta apenas os interesses comuns que, em lugar de estarem baseados nos interesses privados, são, na verdade, a fonte desses interesses⁵⁷⁶. Daí que os *free riders* são indivíduos que descolaram os seus interesses do interesse comum e, dessa forma, passam a ver o bem público como apenas contingente e instrumentalmente relacionado ao seu próprio bem e não como algo intrínseco a ele. Apenas do ponto de vista de um indivíduo que se descolou da coletividade é que faz sentido dizer que os custos da cooperação com o bem comum superam os seus benefícios, sendo que a tentação de agir como um *free rider* surge no momento em que o bem comum passa a ser visto como uma vantagem privada e não como um bem coletivo.

Assim, os bens coletivos expressam valores que não são apenas convergentes ou congruentes, mas *comuns e interdependentes, referentes a um estilo de vida que é coletivo e não individual*⁵⁷⁷. Esses bens, por conseguinte, não são componentes nem instrumentos dos bens ou interesses privados e sim seus *pressupostos lógicos*. Enquanto um interesse público convergente pode surgir, por exemplo, da circunstância de que determinadas pessoas vivem em determinada localidade, a existência de interesses coletivos exige que o indivíduo se veja como membro de uma comunidade e, desde esse ponto de vista, abrace os seus valores coletivos. Valores esses que expressam não apenas o que uma coletividade deseja, mas também como ela se percebe e define. Postema esclarece que o debate público por meio do

⁵⁷⁴ POSTEMA, Gerald J. Collective Evils, Harms, and the Law, p. 420-421.

⁵⁷⁵ POSTEMA, Gerald J. Collective Evils, Harms, and the Law, p. 421.

⁵⁷⁶ POSTEMA, Gerald J. Collective Evils, Harms, and the Law, p. 424-425.

⁵⁷⁷ POSTEMA, Gerald J. Collective Evils, Harms, and the Law, p. 425.

qual esses valores são reconhecidos não deve ser tido como um processo de negociação e barganha no qual cada parte busca a solução que melhor satisfaz os seus interesses privados e sim como uma argumentação orientada por princípios em torno de propostas sobre o que nós, como comunidade, valorizamos ou deveríamos valorizar⁵⁷⁸. Por isso, os danos coletivos não são danos contra uma entidade abstrata, mas contra outros indivíduos, na medida em que eles se identifiquem diretamente com a comunidade⁵⁷⁹.

Posteriormente, Feinberg vem a acolher a diferenciação feita por Postema entre *público* e *coletivo*. Na visão do filósofo, “o público é composto por uma multidão de indivíduos com interesses independentes e convergentes (entre outras coisas) na operação eficiente de suas instituições”⁵⁸⁰. As condutas que causam danos públicos retrocedem ou, melhor dizendo, ameaçam retroceder esses interesses convergentes. Uma vez que deveres em face da coletividade foram violados, os indivíduos que a compõem foram tratados injustamente como um grupo. Alguns tipos de danos públicos afetam mais incisivamente alguns indivíduos em particular (p. ex, um falso testemunho prestado por Y faz com que X se torne suspeito de um crime que não cometeu), mas, ainda assim, toda a coletividade e qualquer um dos seus membros pode, em nome do grupo, reclamar ter sido vítima desse injusto danoso e não apenas o indivíduo diretamente atingido⁵⁸¹.

Em todo caso, o injusto cometido contra indivíduos reais tomados coletivamente é sempre mais sério do que o injusto sofrido por qualquer indivíduo em particular. Um dano de menor gravidade ao funcionamento de uma instituição pública não se torna um dano mais grave pelo fato de ser compartilhado por um grande número de pessoas que integram determinada coletividade. Da mesma forma, um dano de maior gravidade não é menos grave porque seus efeitos são sentidos de forma difusa em uma comunidade composta por um grande número de pessoas. A gravidade de um dano público é determinada por dois fatores que variam independentemente (a extensão do impacto à funcionalidade da instituição e a

⁵⁷⁸ POSTEMA, Gerald J. *Collective Evils, Harms, and the Law*, p. 427.

⁵⁷⁹ POSTEMA, Gerald J. *Collective Evils, Harms, and the Law*, p. 435.

⁵⁸⁰ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 33. No original: “the public is composed of a multitude of individuals with independent and convergent interests in (among other things) the efficient operation of their institutions.”

⁵⁸¹ É diferente, por exemplo, da forma como todas as mulheres se sentem mais inseguras quando uma mulher é vítima de um estupro, pois, nesse caso, nenhuma outra pessoa pode reclamar ter tido os seus direitos violados sem sugerir a ideia equivocada de que ela foi a vítima exclusiva ou primária do fato (FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 35).

importância do interesse que cada indivíduo tem nessa instituição e o grau em que esse interesse é retrocedido), mas, em nenhum caso, a dimensão desse dano é multiplicada ou dividida simplesmente por ser compartilhado pelo público⁵⁸².

Nesse quadro, Feinberg define o *público* como o conjunto de fato formado por pessoas cujos interesses acabam convergindo aos mesmos objetos e instrumentos⁵⁸³. Os objetos dos interesses públicos são valorizados porque constituem meios para proteger e promover os variados interesses privados de cada pessoa, sendo que os interesses privados antecedem e independem dos instrumentos públicos que os servem. Já o *coletivo* ou a *comunidade* é um conjunto de indivíduos com interesses interdependentes na preservação e desenvolvimento de suas “posses” comuns consideradas como um fim em si mesmo, isto é, como “um componente do bem de cada pessoa que não pode existir antes e independentemente de seu objeto”⁵⁸⁴. Assim, os interesses coletivos recaem sobre estados de coisas em que cada indivíduo investiu o seu próprio bem, de forma que o bem de nenhum deles pode florescer sem que esse estado de coisas também floresça. É o pertencimento a uma comunidade que dá origem aos interesses coletivos.

Algumas instituições podem ser objeto tanto de interesses públicos quanto de interesses coletivos (p. ex., um parque nacional) e algumas instituições podem ser bens públicos, mas não coletivos (p. ex., o serviço de correios). Não obstante os integrantes de um público ou de uma mesma comunidade possam valorizar em graus diferentes as suas posses comuns, o interesse que eles possuem na realização e persecução de interesses coletivos é análogo ao interesse que alguns têm sobre o bem-estar de outros indivíduos com quem estabelecem um vínculo especial (p. ex., o interesse de genitores sobre o bem-estar de seus filhos). Por outro lado, assim como ocorre com os danos públicos contra os interesses convergentes, os indivíduos só podem reclamar contra um dano coletivo na condição de um representante falando em nome de toda a comunidade e não apenas em nome próprio, embora os interesses coletivos sejam um componente do seu próprio bem-estar e não apenas um meio para a sua promoção.

Autores como Kleinig criticam o conceito de dano em Feinberg por, ao focar

⁵⁸² FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 33-34.

⁵⁸³ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 36.

⁵⁸⁴ No original: “a component of each person’s good that could not exist prior to and independently of its objects” (FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 36).

demasiadamente no indivíduo, ignorar o fato de que os *interesses individuais também são de interesse da sociedade* e que, por isso, o dano causado a um indivíduo determinado pode produzir reflexos em uma dimensão social⁵⁸⁵. Essa observação não está de todo equivocada, tendo em vista que, por exemplo, o ato de violência ilegal praticado contra um indivíduo determinado também atinge o interesse dos demais na coexistência pacífica entre os membros de dada comunidade. Não se pode, porém, subestimar o risco de que o enfoque nessa dimensão social do dano se sobreponha ao dano causado direta e imediatamente aos interesses de bem-estar individual como a principal boa razão para a criminalização. Além disso, devido a sua elasticidade, o conceito de interesse público pode ser utilizado para expandir o princípio do dano com o fim de fundamentar a intervenção penal paternalista⁵⁸⁶. Por esse motivo, é necessário, por um lado, exigir que todo interesse social ou coletivo mantenha uma conexão clara com o bem-estar individual e, por outro, limitar a capacidade do *harm principle* em justificar a criminalização de condutas que afetem apenas remotamente as necessidades humanas básicas.

Portanto, o princípio do dano também fundamenta a criminalização de condutas cujos efeitos adversos para a vida de outras pessoas só podem ser constatados quando os sujeitos possivelmente afetados, não identificáveis previamente à consumação do dano, são tomados como membros de uma determinada coletividade. Os interesses prejudicados ou, mais propriamente, ameaçados por essas condutas podem ser, em primeiro lugar, *públicos congruentes* ou *comunitários*, que nada mais são do que interesses de bem-estar individual homogêneos, pertencentes a pessoas que, no momento da prática da conduta, ainda não podem ser determinadas. Em segundo lugar, esses interesses podem ser *públicos convergentes* ou *governamentais*, os quais se referem a instituições e atividades que constituem meios necessários à persecução dos projetos rivais de vida boa nas sociedades atuais e cuja realização e preservação dependem da cooperação comunitária. Por fim, existem os interesses *propriamente coletivos*, que são interesses comuns e interdependentes que compõem o bem-estar do indivíduo na medida em que ele se identifica como membro de uma comunidade, constituindo pressupostos lógicos dos seus interesses pessoais e sendo, por conseguinte, coerentes com esses últimos.

⁵⁸⁵ KLEINIG, John. Criminally Harming Others. *Criminal Justice Ethics*, v. 5, n. 1, 1986, p. 10.

⁵⁸⁶ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 222.

O legislador tem a opção de recorrer ao *harm principle* para proibir condutas que frustram ou podem vir a frustrar qualquer desses interesses, desde que essas condutas também violem direitos dos seus titulares. O injusto, nesses casos, tem como particularidade o fato de que qualquer integrante do público ou coletivo pode, falando como seu representante, reclamar ter sido tratado injustamente, sem que essa reclamação seja tida como uma usurpação da posição de vítima primária e exclusiva.

Como o enfoque do princípio prioriza as consequências para a vida das pessoas, há quem vislumbre certa afinidade entre o *harm principle* e a *teoria pessoal do bem jurídico*⁵⁸⁷. Porém, Hirsch salienta que o princípio do direito penal anglo-saxão não incorre no mesmo erro dos membros da *Escola de Frankfurt* de conceber todos os bens jurídicos coletivos como o mero somatório de bens jurídicos individuais, mas apenas exige que o reconhecimento de interesses coletivos tenha como *razão de ser a proteção da qualidade de vida de pessoas de carne e osso*⁵⁸⁸. É verdade que um defensor da teoria do bem jurídico poderia dizer que os interesses públicos congruentes são, na verdade, interesses coletivos falsos ou aparentes, tendo em vista o seu caráter divisível⁵⁸⁹. Apesar disso, certo é que os interesses públicos convergentes e os interesses coletivos não se reduzem à agregação de interesses individuais homogêneos de pessoas indeterminadas.

Com efeito, os critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos investigados pela doutrina alemã também podem ajudar a evitar o uso retórico de interesses públicos ou coletivos com o único objetivo de facilitar ao legislador a justificação de proibições mais extensas e de sanções mais severas⁵⁹⁰. Em todo caso, para que o princípio do dano não seja cooptado pelo paternalismo ou pelo conservadorismo moral, como vimos ocorrer com a tese da desintegração social de Devlin, a atuação do legislador na identificação de interesses e direitos coletivos penalmente tuteláveis deve, além de não perder de vista o bem-estar básico das pessoas, respeitar valores liberais como *neutralidade e autonomia pessoal*.

⁵⁸⁷ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 5. Auflage. Band I. München: C.H. Beck, 2020, 125a, p. 100. Sobre a teoria pessoal do bem jurídico, conferir: Winfried. Lineamentos de una Teoría Personal del Bien Jurídico. In: *Doctrina Penal, Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*. Buenos Aires: Depalma, ano 12, n. 45-48, 1989, p. 275-285.

⁵⁸⁸ HIRSCH, Andrew von. El Concepto de Bien Jurídico y el Principio del Daño, 45.

⁵⁸⁹ HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 87, 2010, p. 114.

⁵⁹⁰ Ver: GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? *Revista de Concorrência e Regulação*, Lisboa, n. 7/8, ano 2, jul.-dez., 2011, p. 349-373.

2.4 Conclusão parcial

A obra de Feinberg não se dedica a investigar quais tipos de condutas podem validamente ser criminalizadas pelo legislador de um Estado liberal, mas quais argumentos e considerações esse legislador está autorizado a invocar no debate público, a fim de justificar o uso da coerção penal para restringir a liberdade individual. Assim, cada um dos princípios da criminalização indicados pelo filósofo enuncia razões que podem fundamentar a introdução de uma proibição penal.

Diferentemente de Mill, Feinberg admite explicitamente que, além do princípio do dano, o princípio da ofensa também fornece sempre boas razões, ainda que não definitivas, para elidir a presunção em favor da liberdade e criminalizar determinada conduta. Na mesma linha de Mill, mas se afastando de Hart e Raz, o filósofo americano descarta o paternalismo penal como um fundamento válido da atividade de criminalização. Por fim, assim como os demais defensores do princípio do dano, o autor exclui o moralismo penal do rol de princípios da criminalização legítima.

Figura 5 – Comparação entre os fundamentos da criminalização legítima em Feinberg e em outros defensores do *harm principle*⁵⁹¹

Fundamentos legítimos para a criminalização	Dano para outras pessoas que não o agente	Ofensa para outras pessoas que não o agente	Dano para o próprio agente	Meras imoralidades
Mill	Sim	Não	Não	Não
Hart	Sim	Sim	Sim	Não
Raz	Sim	Não	Sim	Não
Feinberg	Sim	Sim	Não	Não

Como visto ao longo do presente capítulo, a discussão promovida por Feinberg nos leva a compreender os fundamentos da criminalização de forma mais profunda a partir da filosofia moral, sendo útil não apenas quando aplicada a casos aparentemente incontroversos,

⁵⁹¹ Figura inspirada em: STANTON-IFE, John. *The Limits of Law*. In: ZALTA, Edward N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Edition). Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/law-limits/>>. Acesso em: 16/03/2021.

mas especialmente quando se colocam questões de extrema complexidade, como o dano na omissão e o dano contra os mortos, o feto, os animais, as gerações futuras e a coletividade. Apesar disso, entendemos que o *harm principle* feinberguiano carece de revisão em relação alguns pontos, motivo pelo qual o princípio do dano defendido neste trabalho não é idêntico ao endossado pelo filósofo americano.

Em primeiro lugar, embora Feinberg transite, em alguns momentos, entre diferentes versões do *harm principle*, é possível dizer que, na visão do filósofo, o legislador estará amparado em boas razões ao proibir uma conduta cuja proibição previna danos contra outras pessoas que não o agente. Logo, nessa formulação, o princípio do dano é introduzido como um princípio *preventivo* e não *responsivo*, ou seja, o que importa são os efeitos buscados com a criminalização e não as características da conduta proibida. O problema é que um *harm principle* preventivo pode ser facilmente instrumentalizado pela *lógica da neutralização de sujeitos perigosos*, de forma que condutas inócuas seriam proibidas não porque podem conduzir faticamente a resultados danosos, mas porque são consideradas como um *indício* ou *sintoma* da periculosidade do agente (p. ex., o consumo de pornografia infantil totalmente fictícia). Portanto, a nosso ver, a versão do princípio do dano mais compatível com o espírito liberal é a responsiva e não a preventiva: *o legislador tem uma boa razão para proibir uma conduta que causa ou tem potencial de causar dano injusto*. Como se verá na sequência, essa versão responsiva não impede que o *harm principle* fundamente a proibição de condutas que só são idôneas a produzir danos indiretos ou remotos (ver capítulo 5, *infra*).

Em segundo lugar, como já adiantado, manteremos os conceitos de dano e injusto separados, pois a opção de Feinberg por reuni-los para construir um conceito especial de dano obscurece o fato de que a aplicação do princípio exige que a conduta que se pretende proibir atenda a dois requisitos distintos, o da *danosidade* e o da *injustiça*. Aderimos ao conceito feinberguiano de dano em sentido derivativo ou não normativo como *retrocesso ou frustração de interesses básicos de bem-estar que as pessoas geralmente possuem independente de quais sejam os seus interesses superiores*. Além disso, o prejuízo a interesses superiores que constituem meras extensões dos interesses de bem-estar ou a desejos instrumentais que recaem sobre os mesmos objetos que esses últimos também pode, em princípio, constituir um dano no sentido do *harm principle*. Contudo, sustentamos a combinação entre as perspectivas centradas no *bem-estar imediato* e nos *projetos de longo prazo*, de modo que haverá dano sempre que forem afetadas adversamente as *condições essenciais ao bem-estar do sujeito*

padrão e à consecução dos seus planos de vida. Essa abordagem, ao incluir o bem-estar de curto prazo do titular de interesses e limitar a perspectiva centrada nos projetos de longo prazo às condições universalizáveis a sua persecução, evita as críticas anteriormente apontadas.

Em terceiro lugar, acompanhamos Feinberg na adoção de um *modelo comparativo* para a determinação da ocorrência de um dano, bem como na utilização de um parâmetro *contrafactual e não normativo* combinado, nos casos das omissões, com o parâmetro *histórico-temporal*. Apesar das dificuldades enfrentadas pelo modelo comparativo e verificadas ao longo deste capítulo, acreditamos que esse modelo conduz, na maioria dos casos, às soluções mais condizentes com nossas intuições morais⁵⁹². Ainda que seja necessário adequar circunstancialmente o parâmetro utilizado, o modelo comparativo fornece ao legislador uma ferramenta prática e racional que o permite identificar, em abstrato, as condutas que impactam ou ameaçam impactar negativamente a qualidade de vida de outras pessoas. No entanto, diferentemente de Feinberg, entendemos que *é possível haver dano em sentido derivativo ou não normativo, mesmo que não haja dano on balance*. Nos casos em que a conduta é danosa *pro tanto* e não *on balance*, por estar factualmente conectada à produção de um benefício que compensa ou supera o prejuízo produzido, é possível que a conduta não seja alcançada pelo princípio do dano por não constituir um injusto.

Finalmente, em relação ao conceito de injusto em Feinberg, apresentaremos mais adiante uma versão alternativa da ideia de *injusto como violação de direitos morais* (capítulo 5, item 5.5, *infra*). Ademais, na parte final deste trabalho, argumentaremos em favor da admissão de outros princípios da criminalização para além do *harm-offense principle* (capítulo 6, *infra*).

⁵⁹² Crítico do modelo comparativo, Bradley reconhece as suas vantagens: BRADLEY, Ben. Doing Away with Harm, p. 396-397.

3. HARM PRINCIPLE E TEORIA DO BEM JURÍDICO⁵⁹³

Na grande maioria dos países da tradição romano-germânica (incluindo a Europa Ocidental Continental – com exceção da França –, América Latina e países da África e da Ásia), a questão filosófica fundamental a respeito dos limites da criminalização legítima ainda é respondida, bem ou mal, com base na teoria do bem jurídico. De maneira geral, entre nós, predomina a ideia de que só podem ser criminalizadas condutas que ofendam os bens jurídicos a que o direito penal se destina a proteger⁵⁹⁴.

Além disso, em nosso sistema, o conceito de bem jurídico é o principal critério de catalogação dos crimes na parte especial do Código Penal⁵⁹⁵ e tem importância fundamental em nossa dogmática: o bem jurídico ofendido/protegido é levado em conta na aplicação de critérios de imputação objetiva⁵⁹⁶, na aferição da eficiência do consentimento do ofendido⁵⁹⁷, na aplicação de causas de exclusão da ilicitude como a legítima defesa⁵⁹⁸ e o estado de necessidade⁵⁹⁹, de causas de exclusão da tipicidade como o princípio da insignificância⁶⁰⁰, na

⁵⁹³ Parte das reflexões sobre a teoria do bem jurídico aqui exposta foi, anteriormente, apresentada em: BADARÓ, Tatiana. *Bem Jurídico-Penal Supraindividual*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017; BADARÓ, Tatiana. Reflexões sobre o futuro da teoria do bem jurídico a partir do *harm principle* da filosofia liberal anglo-americana. In: IENNACO, Rodrigo. *Metadogmática penal: cienti(fici)smo, ciência e técnica na teoria do delito*. Estudos em Homenagem à Professora Sheila J. Selim de Sales. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 127-144.

⁵⁹⁴ Por todos: ROXIN, Claus. *A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁵⁹⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 96.

⁵⁹⁶ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 24.

⁵⁹⁷ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004; SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. MINAHIM, Maria Auxiliadora, O Consentimento do Ofendido em face de Bens Jurídicos Indisponíveis. *Revista de Ciências Jurídicas*, v. 6, n. 1, p. 217–235, 2008, p. 226; LEQUES, Rossana Brum. *O Consentimento do Ofendido como Excludente do Tipo no Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: LiberArs, 2016, p. 33.

⁵⁹⁸ TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 331; LINHARES, Marcelo Jardim. *Legítima Defesa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 171; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. A Nova Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 87; TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilícitude Penal e Causas de sua Exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 69.

⁵⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 633; ASUA, Luis Jimenez de. *El Delito - segunda parte*. Buenos Aires: Losada, 1961. (Tratado de Derecho Penal, t. 4), p. 367; TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*, p. 326; TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilícitude Penal e Causas de sua Exclusão*, p. 37.

⁶⁰⁰ ROXIN, Claus; *Problemas fundamentais de Direito Penal*. 3ª ed. Trad. Ana Paula dos Santos, Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel Figueiredo. Lisboa: Veja, 1998, p. 28.

definição do conteúdo do dolo⁶⁰¹, na construção de conceitos como resultado, consumação, tentativa⁶⁰², crime impossível, arrependimento eficaz, dano e perigo⁶⁰³, na interpretação das normas incriminadoras⁶⁰⁴, classificação dos tipos penais quanto ao grau de lesão ao bem jurídico⁶⁰⁵, na aplicação das regras do concurso aparente e real de crimes⁶⁰⁶ e na fixação legislativa e judicial da pena⁶⁰⁷.

Contudo, nos últimos anos, é comum que se fale em crise da teoria do bem jurídico⁶⁰⁸, sendo várias as críticas dirigidas contra a teoria, sobretudo no que toca a sua função crítica ou político-criminal, isto é, a sua pretensão de limitar a atividade do legislador penal. Esse contexto de crise tem se revelado uma oportunidade para discutir quais funções o conceito de bem jurídico ainda está apto a desempenhar e refletir sobre alternativas à teoria nos âmbitos em que se identifica o esgotamento de sua capacidade de rendimento.

3.1 A crise da teoria do bem jurídico

⁶⁰¹ FRISCH, Wolfgang; PUPPE, Ingeborg; KINKHAUSER, Urs. *El Error en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010, p. 69-70; VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 274.

⁶⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 27-29; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. Barcelona, Reppertor, 1998, p. 348-349.

⁶⁰³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 406.

⁶⁰⁴ MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Jose Arturo Rodriguez Munoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. t. I, p. 403-405; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. Parte generale. 3. ed. Padova: CEDAM, 2011, p. 202; RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormozábal. *Lecciones de Derecho Penal*. Parte General. Madrid: Trotta, 2006, p. 75; SALES, Sheila Jorge Selim de. Princípio da Efetividade no Direito Penal e a Importância de um Conceito Garantista do Bem Jurídico-Penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 95, v. 848, jun. 2006, p. 426.

⁶⁰⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, Direito Penal e sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 61, jul.-ago., 2006, p. 91-92; SCHULENBURG, Johanna. Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura de delito e imputación objetiva. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del Bien Jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 352-353; D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e ilícito penal ambiental. In: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 109-110.

⁶⁰⁶ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 115 e 148; MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de Direito Penal*, p. 409-410.

⁶⁰⁷ TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da Pena*. Fundamentos de uma Determinação Judicial da Pena Proporcional ao Fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 114; STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena*. Uma contribuição à teoria da aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 189.

⁶⁰⁸ HEFENDEHL, Roland. El Bien Jurídico como Eje Material de la Norma Penal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del Bien Jurídico*. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 180; ROXIN, Claus. O Conceito de Bem Jurídico Crítico ao Legislador em Xequê. Trad. Alair Leite. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 101, v. 922, ago. 2012, p. 291-322; BADARÓ, Tatiana. *Bem Jurídico-Penal Supraindividual*, p. 155.

As principais críticas atualmente enfrentadas pela teoria político-criminal do bem jurídico podem ser divididas em cinco grupos: 1) origem iliberal do conceito; 2) imprecisão conceitual; 3) inadequação ao direito penal moderno; 4) falta de respaldo constitucional e democrático e 5) incapacidade de fazer frente à criminalização de autolesões e de meras imoralidades.

Primeiramente, os críticos destacam que *o conceito de bem jurídico foi forjado, em sua origem, com o propósito de legitimar e não restringir as opções do legislador*. Assim, diferentemente do sustentado por muitos dos seus defensores⁶⁰⁹, a introdução do conceito de bem jurídico não é um legado do iluminismo e da teoria do contrato social, mas do positivismo moderado do período de Restauração das monarquias europeias⁶¹⁰. Na verdade, a noção de crime como ofensa a bens, patrocinada por Birnbaum no século XIX, significou um retrocesso em relação à ideia de crime como violação de direitos subjetivos, elaborada por Feuerbach, na medida em que possibilitou que a moral e a religião fossem assimiladas como objetos de proteção penal⁶¹¹. Segundo Amelung, deve-se à Escola de Kiel o equívoco de vincular a teoria do bem jurídico ao pensamento liberal clássico, tendo a doutrina penal do pós-Segunda Guerra Mundial abraçado o conceito de bem jurídico justamente porque os teóricos do direito nazista o recusaram⁶¹².

Em segundo lugar, os críticos ressaltam que *o conceito de bem jurídico é nebuloso e controverso*, havendo interminável discussão quanto a sua exata definição de bem jurídico (concepções constitucionalizadas, sociológicas, metodológicas, pessoal, procedimental

⁶⁰⁹ Ver, por exemplo: SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 203.

⁶¹⁰ SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico?* Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 93.

⁶¹¹ AMELUNG, Knut. El Concepto ‘Bien Jurídico’ en la Teoría de la Protección Penal de Bienes Jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 233. De forma semelhante: GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un “cambio de paradigma” en el derecho penal? In: CASABONA, Carlos María Romeo (Dir.). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000, p. 496-497.

⁶¹² AMELUNG, Knut. El Concepto ‘Bien Jurídico’ en la Teoría de la Protección Penal de Bienes Jurídicos, p. 234.

etc.)⁶¹³. Embora a disputa pelo monopólio sobre a melhor definição de bem jurídico seja altamente concorrida, todos esses conceitos têm sido considerados, até então, como restritos demais para acobertar “todos os tipos penais cuja legitimidade está fora de questão”⁶¹⁴ (como é o caso das teorias pessoal e constitucional estrita) ou amplos demais para desempenhar qualquer função crítica na prática⁶¹⁵ (como é o caso das teorias formalistas e metodológica-teleológica). Para os críticos, a imprecisão conceitual é uma consequência inevitável quando se pretende reconduzir a um único denominador comum toda a variedade de objetos dignos de tutela penal⁶¹⁶. Diante disso, é comum que o raciocínio construído a partir da teoria do bem jurídico se caracterize pela circularidade, pois, muitas vezes, o intérprete deduz o objeto de proteção da própria hermenêutica da norma jurídica que pretende justificar para, em seguida, recorrer a esse mesmo bem a fim de sustentar a legitimidade do tipo penal⁶¹⁷.

Em terceiro lugar, os céticos em relação à função crítica da teoria do bem jurídico afirmam que *o conceito não é capaz de acompanhar o processo de modernização do direito penal*. Para alguns, em razão de seu perfil individualista, o conceito de bem jurídico teria de se desfigurar completamente para atender às demandas de tutela penal das atuais sociedades globalizadas e tecnologicamente avançadas⁶¹⁸. Isso ocorreria porque, por um lado, a teoria tem dificuldade em fornecer um conteúdo concreto para os bens jurídicos coletivos, à semelhança do que está apta a fazer em relação a bens individuais como vida e integridade física⁶¹⁹, e, por outro, em relação a algumas normas incriminadoras, só é possível identificar

⁶¹³ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal*. Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 72-73.

⁶¹⁴ STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal*, Parte general I. El hecho punible. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Civitas, 2005, p. 55.

⁶¹⁵ SEHER, Gerhard. La Legitimación de Normas Penales Basada en Principios y el Concepto de Bien Jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del Bien Jurídico*. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 70. No mesmo sentido: FRISCH, Wolfgang. Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del Bien Jurídico*. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático? Madrid: Marcial Pons, p. 311-315. BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 5, jan.-mar., 1994, p. 10.

⁶¹⁶ FRISCH, Wolfgang. Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal, p. 312-313.

⁶¹⁷ BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal, p. 10.

⁶¹⁸ É o que sugere a proposta de um direito de penal de duas velocidades de Silva Sánchez: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal*. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 162.

⁶¹⁹ STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal*, p. 55-56.

um objeto a ser protegido se elas forem interpretadas como tipos penais de perigo longínquo⁶²⁰. Além disso, há autores que apontam que o conceito de bem jurídico, de forma geral, não pode fundamentar a proibição de desvios praticados pelas classes dominantes sem uma ampliação descontrolada dos seus contornos⁶²¹, enquanto outros afirmam que o conceito não serve como critério qualitativo para diferenciar crimes e infrações administrativas⁶²².

Em quarto lugar, os críticos pontuam que *a teoria do bem jurídico não possui assento constitucional e, por isso, carece de legitimidade política para vincular o legislador democraticamente eleito*⁶²³. Considerando que no Brasil, na Alemanha e em outros países (com exceção de Portugal⁶²⁴), o dogma do bem jurídico não está vertido em norma constitucional, pretender invalidar uma norma jurídica com fundamento somente na opinião doutrinária a respeito da existência ou não de um bem digno de tutela penal, sem recurso ao texto constitucional, seria uma postura antidemocrática, mormente em sociedades multiculturais em que os valores morais são plurais⁶²⁵. Diante disso, há autores que defendem

⁶²⁰ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal*, p. 73-74.

⁶²¹ BURCHARD, Christoph. El Principio de Proporcionalidad en el “Derecho Penal Constitucional”, o el Fin de la Teoría del Bien Jurídico Tuteado en Alemania. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (Org.). *Desarrollos Actuales de las Ciencias Criminales en Alemania*. Bogotá: Temis, 2012, p. 38. Na mesma linha: BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal, p. 8.

⁶²² LLINARES, Fernando Miró. La Criminalización de Conductas “Ofensivas”: A propósito del debate anglosajón sobre los “límites morales” del Derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 17-23, 2015, p. 3-4.

⁶²³ STUCKENBERG, Carl-Friedrich. The Constitutional Deficiencies of the German *Rechtsgutslehre*. *Oñati Socio-Legal Series*, v. 3, n. 1, 2013, p. 31-41; NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, Constituição e os Limites do Direito Penal. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (Org.). *Direito Penal como Crítica da Pena*. Estudos em Homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 526; MURMANN, Uwe. ¿Función Crítica del Concepto de Bien Jurídico versus Constitución? In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura; ZULUAGA, John (eds.). *Desarrollos Actuales de las Ciencias Criminales en Alemania*. Segunda y Tercera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Pena Alemana. Serie CEDPAL. V. 1. Göttingen: Göttingen University Press, 2016, p. 95-102.

⁶²⁴ O Tribunal Constitucional português já reconheceu expressamente a teoria do bem jurídico como princípio constitucional implícito, tendo em vista que a Constituição portuguesa possui dispositivo constitucional que estabelece que: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” (art. 12, n. 2, com redação da Lei Constitucional 1/82). Conferir: DIAS, Jorge de Figueiredo. O “Direito Penal do bem jurídico” como princípio jurídico-constitucional à luz da jurisprudência constitucional portuguesa. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio. *Direito Penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 253; ANDRADE, Manuel da Costa. Constituição e legitimação do Direito Penal. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 54-55.

⁶²⁵ CADOPPI, Alberto. Liberalismo, paternalismo e diritto penale. In: FIANDACA, Giovanni; FRANCOLINI, Giovanni (org.). *Sulla Legittimazione del Diritto Penale: Culture Europeo-Continentale e Anglo-Americana a Confronto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008, p. 84.

a substituição da teoria do bem jurídico pelo princípio da proporcionalidade, que, esse sim, teria *status* constitucional⁶²⁶, enquanto outros defendem que cabe aos direitos fundamentais e não ao conceito de bem jurídico a função de opor barreiras à atividade do legislador penal⁶²⁷.

Por fim, os críticos esclarecem que *o conceito de bem jurídico crítico ao legislador, mesmo em sua forma mais restrita, não consegue, por si só, impedir a criminalização de autolesões⁶²⁸ e de meras imoralidades⁶²⁹*. O principal exemplo do primeiro grupo é dado pelos crimes de posse de droga para consumo próprio e de tráfico de drogas, os quais são interpretados, pela doutrina majoritária, como crimes contra o bem jurídico coletivo saúde pública, mas que, na verdade, punem condutas que produzem perigo de autolesões e heterolesões consentidas, respectivamente⁶³⁰. Um exemplo do segundo é o crime de incesto, cuja constitucionalidade foi, em 2008, reconhecida pelo Tribunal Constitucional alemão. Nesse julgamento, a Corte alemã rejeitou a possibilidade de impor limites à atividade do legislador penal com base na teoria do bem jurídico, mas, contraditoriamente, identificou bens jurídicos protegidos pela incriminação (família, autodeterminação sexual e saúde da prole)⁶³¹. De acordo com os críticos, essa facilidade em encontrar bens jurídicos ofendidos por meras imoralidades decorre do fato de que praticamente qualquer comportamento humano pode conduzir indiretamente a consequências danosas para algum bem cuja dignidade penal pode ser plausivelmente defendida⁶³².

⁶²⁶ BURCHARD, Christoph. El principio de proporcionalidad en el “Derecho Penal Constitucional”, o el fin de la teoría del bien jurídico tutelado en Alemania, p. 40.

⁶²⁷ LAGODNY, Otto. El Derecho Penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 131-132.

⁶²⁸ SEHER, Gerhard. La Legitimación de Normas Penales Basada en Principios y el Concepto de Bien Jurídico, p. 85.

⁶²⁹ GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§173 *Strafgesetzbuch*). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 82, 2010, p. 176; DUBBER, Markus D. Policing Morality: Constitutional Law and the Criminalization of Incest. *University of Toronto Law Journal*. Toronto, v. 61, n. 4, 2011, p. 745-746.

⁶³⁰ 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, n. 49, abr.-jun., 2004, p. 115.

⁶³¹ GRECO, Luís. Tem Futuro a Teoria do Bem Jurídico?, p. 167.

⁶³² De forma semelhante: GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico?, p. 176. Comparando o fracasso da teoria do bem jurídico no caso da criminalização do incesto com o fracasso do *harm principle* no caso da criminalização da posse de drogas para consumo próprio, julgado pela Suprema Corte canadense no precedente *R. v. Malmo-Levine*: DUBBER, Markus; HÖRNLE, Tatjana. *Criminal Law: a Comparative Approach*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 113 e 138.

Essa não foi a primeira vez que a teoria do bem jurídico não obteve sucesso em se opor à criminalização de condutas que, em tese, deveria ser capaz de excluir do alcance da legislação penal. Nos anos de 1990, a Corte Constitucional alemã, ao declarar constitucional a proibição da posse de maconha em pequena quantidade para consumo próprio, ignorou completamente a questão da incompatibilidade entre o paternalismo rígido e o direito penal liberal, utilizando um conceito de bem jurídico castrado e subordinado ao princípio da proporcionalidade⁶³³. Certo é que, em décadas passadas, até a criminalização de atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo foi justificada como forma de proteger bens jurídicos como a “integridade da vida pública”⁶³⁴. Até hoje, a doutrina majoritária não vê problemas em postular como bem jurídico o “casamento monogâmico” a fim de justificar a criminalização da bigamia⁶³⁵.

Portanto, o futuro do conceito político-criminal de bem jurídico nos sistemas penais de matriz romano-germânica é incerto, tendo em vista que, não obstante a relevância dogmática do conceito, a sua função crítica ou transcendente vem sendo tratada com ceticismo. Nesse contexto, alguns defensores da teoria do bem jurídico passaram a admitir, em caráter excepcional, a existência de crimes sem bens jurídicos, a fim de acomodar determinados tipos penais cuja legitimidade ninguém questiona seriamente, embora não possam ser ajustados a um conceito satisfatoriamente delimitado de bem jurídico⁶³⁶. Por sua vez, os críticos à teoria propõem o abandono definitivo do conceito crítico de bem jurídico e a sua substituição por referencial diverso, como a vigência fática da norma⁶³⁷, a teoria da danosidade social⁶³⁸ ou o consenso normativo básico da sociedade⁶³⁹. No entanto, parte da doutrina argumenta que, a despeito da consistência de muitas das críticas à teoria do bem

⁶³³ SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito Penal, Racionalidade e Dogmática*, Sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional. Coord. Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018 p. 72-73.

⁶³⁴ BURCHARD, Christoph. El Principio de proporcionalidad en el “Derecho Penal Constitucional”, p. 39-40.

⁶³⁵ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Gisele Mendes. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Parte Especial. Vol. II. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 497; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial. Vol. 4. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 211.

⁶³⁶ ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I. 4. Auflage. München: C. H. Bech, 2006, p. 39-31; HEFENDEHL, Roland. El Bien Jurídico como Eje Material de la Norma Penal, p. 191.

⁶³⁷ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal*, p. 61-73.

⁶³⁸ AMELUNG, Knut. El Concepto ‘Bien Jurídico’ en la Teoría de la Protección Penal de Bienes Jurídicos, p. 263

⁶³⁹ STRATENWERTH, Günter. La Criminalización en los Delitos contra Bienes Jurídicos Colectivos. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 368-369.

jurídico e da real necessidade de aprimorá-la, os críticos não chegam a identificar falhas insuperáveis da teoria que demonstrem que ela está errada em si e deva, por consequência, ser descartada⁶⁴⁰.

3.2 *Harm principle* e teoria do bem jurídico: um intercâmbio

Certamente, *harm principle* e bem jurídico não são categorias equivalentes, uma vez que o princípio do *Common Law* se ocupa de estados lesivos, enquanto o bem jurídico-penal é identificado, de maneira geral, com o objeto de tutela da norma penal⁶⁴¹. Assim, *o foco do harm principle está na prevenção de danos e o da teoria do bem jurídico na proteção de bens ou valores*. Daí que o princípio do dano se relacionaria, mais diretamente, ao princípio da ofensividade ou da lesividade, desenvolvido, principalmente, pelo garantismo italiano⁶⁴². Ocorre que, por influência, sobretudo, da doutrina alemã, a elaboração teórica sobre o princípio da ofensividade foi apropriada e ofuscada pela discussão acerca do conceito de bem jurídico.

O *harm principle* possui origens filosóficas distintas e seguiu um percurso evolutivo próprio e apartado tanto do princípio da ofensividade/lesividade quanto da teoria do bem jurídico⁶⁴³. Enquanto o conceito de bem jurídico foi introduzido, como visto acima, pelo positivismo moderado alemão, o princípio do dano é herança do liberalismo do século XIX. Por isso, Hörnle aponta que *o harm principle tem a vantagem de se posicionar mais claramente no espectro da filosofia política de matriz liberal*, uma vez que as raízes políticas e filosóficas da teoria do bem jurídico são muito mais obscuras. Com efeito, “a noção de *Rechtsgüterschutz* não é tão firme e inequivocamente enraizada no liberalismo político quanto o *harm principle*”⁶⁴⁴. Apesar disso, alguns autores anglo-americanos também questionam a

⁶⁴⁰ SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 97.

⁶⁴¹ KAHLO, Michael. Sobre la Relación entre el Concepto de Bien Jurídico y la Imputación Objetiva en Derecho Penal. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 61.

⁶⁴² FERRAJOLI, Luigi. El Principio de Lesividade como Garantía Penal. Trad. Diana Restrepo Rodríguez. *Revista Nuevo Foro Penal*, v. 8, n. 79, jul.-dez., 2012, p. 100-114.

⁶⁴³ NUOTIO, Kimmo. Theories of Criminalization and the Limits of Criminal Law: A Legal Cultural Approach. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. *The Boundaries of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 244.

⁶⁴⁴ HÖRNLE, Tatjana. “Rights of Others” in Criminalisation Theory. In: SIMESTER, AP; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid. *Liberal Criminal Theory*. Essays for Andreas von Hirsch. Oxford and Portland,

índole libertária da obra *On Liberty* de Mill, destacando que o princípio do dano dela extraído definia limites bastante flexíveis para o exercício de poder pelo Estado, de forma semelhante a juristas continentais como Beccaria e, principalmente, Birnbaum⁶⁴⁵.

Conquanto não sejam coincidentes, a teoria do bem jurídico e o *harm principle* se aproximam por pretenderem desempenhar a mesma função de limitação, a partir de critérios inteligíveis, das opções de criminalização do legislador penal. Certo é que, além de desempenharem funções semelhantes em seus respectivos sistemas jurídicos, ambas as construções teóricas exerceram um papel relevante na reforma dos crimes contra a moral sexual na década de 1960. Tanto a teoria do bem jurídico na Alemanha quanto o *harm principle* na Inglaterra e nos Estados Unidos permearam o debate que antecedeu, nesses países, a descriminalização da prática privada de atos sexuais entre adultos do mesmo sexo.

Conforme ressalta Duff, *a teoria do bem jurídico, assim como o harm principle, pode ser formulada como um parâmetro responsivo ou preventivo*⁶⁴⁶. No primeiro caso, a teoria é pensada como um obstáculo à criminalização de condutas que não causem dano nem perigo de dano a bens jurídicos, isto é, a bens individuais e coletivos que mereçam a proteção do direito penal⁶⁴⁷. No segundo, a teoria é formulada simplesmente como a atribuição ao direito penal da função de proteção de bens jurídicos, de forma que não apenas condutas que ofendam bens jurídicos, mas também condutas inofensivas a bens jurídicos possam ser criminalizadas, desde que a incriminação se destine à proteção desses mesmos bens⁶⁴⁸. De fato, é possível combinar as duas versões da teoria do bem jurídico como também se combina as duas versões do *harm principle*, considerando que proibir condutas ofensivas a bens jurídicos constitui, em tese, um meio idôneo a proteger bens jurídicos. Portanto, o enfoque no resultado de dano explicitado pelo *harm principle* igualmente subjaz a aplicação da teoria do

Oregon: Hart Publishing, 2014, p. 171-172. No original: “(...) it is safe to conclude that the notion of *Rechtsgüterschutz* is not nearly as firmly and unequivocally rooted in political liberalism as is the harm principle”.

⁶⁴⁵ DUBBER, Markus D. Introduction. In: DUBBER, Markus D. (ed.). *Foundational Texts in Modern Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 11-13.

⁶⁴⁶ DUFF, R. A.; MARSHALL, S. E. “Abstract Endangerment”, Two Harm Principles, and Two Routes to Criminalisation. *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, v. 3, n. 2, 2015, p. 160; DUFF, R.A. *The Realm of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 240.

⁶⁴⁷ Foi nesses termos que defendi a teoria do bem jurídico em trabalho anterior: BADARÓ, Tatiana. *Bem Jurídico-Penal Supraindividual*. Essa formulação da teoria também é defendida em: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*, p. 128; TAVARES, Juarez. Bien jurídico y Función en Derecho Penal. Trad. Monica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 11-12.

⁶⁴⁸ Essa formulação aparece justamente quando a teoria não é combinada com o princípio da ofensividade.

bem jurídico, sobretudo em sua primeira formulação, sendo os dois construtos teóricos, em alguma medida, tributários do pensamento consequencialista e utilitarista⁶⁴⁹.

Pode haver coincidência, ainda que parcial, entre o que a doutrina jurídico-penal de influência romano-germânica denomina de violação a bem jurídico e o que os teóricos anglo-americanos denominam de dano ou prejuízo a interesses alheios⁶⁵⁰. Entretanto, há diferenças cruciais entre as duas abordagens. Primeiramente, *bem jurídico é um conceito menos restrito do que interesse*, sendo certo que nem todos os bens jurídicos reconhecidos pela doutrina majoritária se encaixam nos limites de concepções mais rigorosamente delineadas de interesse passível de tutela penal. Segundo Hirsch, a noção de bem jurídico constitui uma ampliação da ideia de *harm to others* que permitiu ao legislador estender a tutela penal, até mesmo, a entidades institucionais e relações funcionais, desvinculadas dos interesses individuais⁶⁵¹.

Ademais, as situações de violação a bens jurídicos abarcam consequências advindas de condutas humanas que não são tidas como danosas sob a égide do *harm principle*, tais como os estados mentais indesejados provocados por condutas meramente ofensivas. Logo, *a noção de violação de bem jurídico é ampla o suficiente para abarcar tanto o que Feinberg denomina de dano (harm) quanto o que ele denomina de ofensa (offense)*, diferenciação essa que é estranha ao direito penal do *Civil Law*. Por outro lado, *o harm to others principle inclui a referência expressa à exigência de que o interesse prejudicado seja alheio e não do próprio agente*, referência essa que não está presente nas formulações mais consagradas da teoria do bem jurídico.

Além da ideia de dano contra outras pessoas ser mais restrita do que a de violação a bem jurídico, a aplicação do *harm principle* depende de duas análises distintas: a primeira sobre a existência de um dano ou perigo de dano (*harm*) e a segunda sobre a incorreção moral da conduta (*wrong*)⁶⁵². Afinal, para os defensores do princípio do dano, tão ilegítimo quanto criminalizar meras imoralidades não danosas é criminalizar condutas danosas que não sejam

⁶⁴⁹ NUOTIO, Kimmo. *Theories of Criminalization and the Limits of Criminal Law*, p. 244.

⁶⁵⁰ PERŠAK, Nina. *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts*. New York: Springer, 2007, p. 105-106 e 117.

⁶⁵¹ HIRSCH, Andrew von. El Concepto de Bien Jurídico y el Principio del Daño. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 43.

⁶⁵² Como visto no capítulo anterior, a teoria de Feinberg pode ser criticada justamente por fundir essas duas noções em um conceito “moralizado” de dano. A teoria de Moore também falha em separar essas duas dimensões (ver capítulo 6, tópico 6.3.2.1, *infra*).

imorais. De fato, *a teoria do bem jurídico não se ocupa dessa diferenciação entre as consequências danosas da conduta e a sua incorreção moral*⁶⁵³. Por outro lado, essa diferença entre dano (*harm*) e injusto (*wrong*) não pode ser equiparada à separação feita pela dogmática alemã entre desvalor do resultado e desvalor da ação, tendo em vista que o conteúdo desse último se esgota na finalidade subjetiva⁶⁵⁴ ou exige também a criação de um risco (juridicamente proibido) para o bem jurídico⁶⁵⁵. Diversamente, a noção de injustiça moral tem como cerne a violação de direitos ou deveres morais.

É verdade que, como registrado por Barberá, parte da literatura alemã separa a ofensa ao bem jurídico da ilicitude material da conduta, mas o faz de modo conceitualmente impreciso, porquanto não reconhece a índole moral dessa última, optando por elaborá-la como uma questão de política-criminal (debatida sob a rubrica de merecimento de pena), quando, na verdade, as discussões político-criminais têm mais a ver com argumentos consequentialistas do que deontológicos⁶⁵⁶. Portanto, *o debate sobre os limites da criminalização legítima pautado pela teoria do bem jurídico tende a não enfatizar a separação entre razões consequentialistas e deontológicas em favor da proibição de condutas*. Como resultado, o que a doutrina penal compreende por violação a um bem jurídico pode eventualmente se confundir com o que os adeptos do *harm principle* identificam como sendo o conteúdo de injustiça moral da conduta, sem necessariamente incluir o que se considera um prejuízo a interesses no sentido específico do princípio de dano (p. ex., quando a doutrina indica a proibidade administrativa como o bem jurídico ofendido pelo crime de corrupção).

Não obstante essas diferenças, o princípio do dano do direito penal anglo-americano e a teoria do bem jurídico enfrentam alguns *desafios em comum*. O primeiro desses desafios diz respeito à *necessidade de limitar o alcance das proibições penais no que toca aos danos*

⁶⁵³ Alguns autores procuram corrigir essa falha, postulando a violação a um bem jurídico e a incorreção moral da conduta como pressupostos autônomos da legitimidade da criminalização: VERDE, Alejandra. Receptación, no Encubrimiento. Un Delito contra el Mercado Formal. En *Letra: Derecho penal*, ano VI, n. 10, 2020, p. 54-107; SOLAVAGIONE, Lucía. La Incorrección Moral como Presupuesto de Legitimidad de la Criminalización. En *Letra: derecho Penal*, año V, número 8, 2019, p. 117-153.

⁶⁵⁴ Segundo o finalismo de Welzel: WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003, p. 28.

⁶⁵⁵ Nos termos da teoria da imputação objetiva: GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 12.

⁶⁵⁶ BARBERÁ, Gabriel Pérez. El Ilícito Material del Delito Tributario. En torno a la legitimidad de la criminalización de incumplimientos fiscales. In: ROBIGLIO, Carolina (dir.). *Institutos de Derecho Penal Tributario*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2017, p. 73.

indiretos. Até o momento, esse problema tem sido resolvido pelas tradições romano-germânica e anglo-americana cada uma a sua maneira: a partir da postulação de critérios de imputação justa e da escolha adequada de uma teoria da causalidade, no caso da primeira, e por meio da noção de conteúdo de injusto (*wrongfulness*) e das denominadas máximas de mediação (*mediating maximum*), no caso da segunda. A exceção é a obra de Hirsch e Simester que opta por acumular as duas abordagens ao propor soluções para os problemas práticos trazidos pela criminalização de danos remotos (categoria que, no sistema anglo-americano, levanta dificuldades semelhantes às propiciadas, no sistema romano-germânico, pelos crimes de perigo abstrato)⁶⁵⁷.

O segundo desafio compartilhado pelo *harm principle* e a teoria do bem jurídico decorre do fato de, em geral, nenhum dos dois referenciais estarem previstos expressamente pelas Constituições dos países pertencentes aos sistemas do *Common Law* e do *Civil Law*, respectivamente. Daí que raramente os Tribunais constitucionais aludem, de forma direta, à ausência de dano a interesses alheios ou de ofensa a bem jurídico para invalidar uma norma incriminadora. Além disso, há certa tensão entre a pretensão de vincular a atuação do legislador a determinado parâmetro de racionalidade liberal que não se encontra inequivocamente incrustado no direito positivo e a dimensão política da atividade de criminalização. Afinal, como pondera Seher, a definição dos limites da criminalização “é mais uma questão de acordo político e maiorias legislativas do que de razões filosóficas”, uma vez que a criação da lei penal deve se dar a partir de um processo de deliberação política⁶⁵⁸. Com efeito, a ausência de respaldo constitucional expresse é um agravante entre os vários obstáculos ao sucesso dessas construções teóricas na tarefa de buscar apoiadores e formar consensos em torno de suas proposições.

⁶⁵⁷ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A.P. *Crimes, Harms and Wrongs: On the Principles of Criminalisation*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014, Part II. Contrariamente, entendendo que a elaboração dada ao *harm principle* por Feinberg torna desnecessários os critérios de imputação: HASSEMER, Winfried. The Harm Principle and the Protection of “Legal Goods” (*Rechtsgüterschutz*): a German Perspective, p. 199. Sobre as máximas de mediação e outros limites à criminalização de danos remotos, inclusive os critérios de imputação justa, ver o capítulo 5, *infra*.

⁶⁵⁸ SEHER, Gerhard. Comment on Andreas von Hirsch: The Roles of Harm and Wrongdoing in Criminalisation Theory. *Criminal Law and Philosophy*, v. 8, n. 1, 2014, p. 263. No original: “(...) the scope of criminalisation has to be determined in a process of political deliberation — and this implies that it is rather a matter of political agreement and legislative majorities than of philosophical reasoning.”

Por derradeiro, de modo semelhante ao que se vem constatando em relação à teoria do bem jurídico, o *harm principle* não tem conseguido suportar todo o ônus de justificação da atividade de criminalização⁶⁵⁹. Como se verá melhor no próximo capítulo, é comum que a doutrina em língua inglesa se debruce sobre casos concretos nos quais, embora as condutas não possam ser consideradas danosas do ponto de vista de uma concepção razoavelmente restrita de dano, há consenso no sentido de que negar a possibilidade de criminalizá-las é contraintuitivo⁶⁶⁰. O próprio Feinberg, conforme já dito, admitia a necessidade de complementar o *harm principle* com o princípio por ele denominado de *offense principle*⁶⁶¹ (que abarcaria, por exemplo, o ato obsceno, o desrespeito público aos mortos e o uso ostensivo de símbolos de ódio). De outra parte, os anglo-saxões discutem se, em determinados casos, fundamentos paternalistas também podem servir a justificar a criminalização de condutas (vide capítulo 6, tópico 6.2, *infra*) e se é possível criminalizar condutas com base apenas na sua “imoralidade” ou, utilizando a terminologia de Feinberg, na existência de um injusto moral não danoso (vide capítulo 6, tópico 6.3, *infra*).

3.2.1 O *harm principle* e a doutrina alemã

Diferentemente do conceito de bem jurídico que é manejado exclusivamente por juristas, a reflexão sobre os limites da criminalização legítima, nos países do *Common Law*, é conduzida, principalmente, por filósofos. Feinberg, Duff, Moore e Husak, por exemplo, são professores vinculados a departamentos de filosofia e outros autores como Simester possuem também formação em filosofia. Ainda assim, é crescente o interesse da ciência penal alemã, de maneira geral, pelos princípios da criminalização do direito penal anglo-americano e, especialmente, pela obra de Feinberg⁶⁶².

⁶⁵⁹ MURPHY, Jeffrie G. Legal Moralism and Liberalism. *Arizona Law Review*, v. 37, n. 73, 1995, p. 88.

⁶⁶⁰ Vide os exemplos da violação de domicílio e do estupro de pessoa inconsciente repetidamente trabalhados pela doutrina e sobre os quais nos debruçaremos mais adiante (ver capítulo 4, tópico 4.2.2).

⁶⁶¹ FEINBERG, Joel. *Offense to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*. Vol. 2. New York: Oxford University Press, 1985. Voltaremos a essa questão no capítulo 6, tópico 6.1.

⁶⁶² Ver, por exemplo, a resenha da obra de Feinberg publicada, já em 1986, por Ulfrid Neumann: NEUMANN, Ulfrid. Moralische Grenzen des Strafrechts: Zu Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law*. *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 72, n. 1, 1986, p. 118-125. Posteriormente e com maior profundidade, o trabalho de Seher: SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*. Zur Strafrechtsphilosophie von Joel Feinberg. Berlin: Duncker & Humboldt, 2000. No Brasil, são poucos ainda os trabalhos de direito penal que mencionam o *harm principle*, dentre eles: COSTA, Helena Regina Lobo da. Considerações sobre o estado atual

Segundo Schünemann, se, por um lado, não é possível falar em uma “ciência jurídico-penal americana em particular”, a dogmática penal alemã compartilha vários objetos de estudo com a filosofia penal anglo-americana⁶⁶³, tendo o desenvolvimento do *harm principle* conduzido “a um frutífero diálogo jurídico-penal intercultural no contexto do problema do paternalismo penal”⁶⁶⁴. Nessa linha, embora diga não ter certeza se é possível compatibilizar os referenciais fornecidos pelo *harm principle* e pelo bem jurídico, Hassemer pontua que a comparação entre a teoria germânica e o princípio anglo-saxão do dano pode contribuir aos contínuos debates na Alemanha a respeito do conceito de bem jurídico⁶⁶⁵.

Nesse quadro, Roxin/Greco afirmam que o defensor da teoria do bem jurídico deve reconhecer um *aliado* do princípio do dano, tendo em vista que as duas abordagens são animadas pelo mesmo espírito liberal, têm conteúdo semelhante e levam a resultados geralmente correspondentes. Para os autores, a mera existência do *harm principle* no pensamento jurídico-penal anglo-saxão é uma *confirmação de que a teoria do bem jurídico está no caminho certo*. Ademais, a discussão germânica tem a ganhar ao tomar nota do *harm principle*, particularmente no que diz respeito aos problemas suscitados pela criminalização de consequências indiretas e à necessidade de desvelar o moralismo ainda oculto no direito penal⁶⁶⁶.

Na análise de Kahlo, apenas a *base positiva* do princípio do direito penal anglo-americano (isto é, a noção de interesse e a exigência de lesão a esse interesse) pode ser equiparada à teoria do bem jurídico. Porém, essa base positiva, no que concerne à aplicação

da teoria do bem jurídico à luz do *harm principle*. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (org.). *Direito penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 133-149; RABELO, Galvão; VIANNA, Túlio. O fundamento constitucional do princípio da lesividade no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 139, 2018, p. 69-108; MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Harm principle* e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 115, v. 23, 2015, p. 255-290; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014; SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 59-78. Há uma única tese de doutorado, até então, que explora a aplicação do *harm principle* ao direito penal brasileiro: MACHADO, Tomás Grings. *Harm principle e Direito Penal: em busca da identificação de limites ao crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Tirant le Blanc, 2021.

⁶⁶³ SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito Penal, Racionalidade e Dogmática*, p. 67.

⁶⁶⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito Penal, Racionalidade e Dogmática*, p. 71.

⁶⁶⁵ HASSEMER, Winfried. The Harm Principle and the Protection of “Legal Goods” (*Rechtsgüterschutz*): a German Perspective. In: SIMESTER, AP; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid. *Liberal Criminal Theory*. Essays for Andreas von Hirsch. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014, p. 190.

⁶⁶⁶ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 5. Auflage. Band I. München: C.H. Beck, 2020, 125a, p. 101.

do *harm principle*, ainda depende de uma definição mais precisa e seletiva apta a superar a concepção de uma lesividade social difusa e abstrata⁶⁶⁷. Para Ambos, o *harm principle* pode ser considerado como o *lado negativo* da teoria do bem jurídico, na medida em que expressa tanto o resultado substancial e tangível de uma violação ao bem protegido quanto as exigências relativas à conduta danosa. Diante disso, *o conceito de bem jurídico seria capaz de conferir conteúdo normativo à base empírica e naturalista fornecida pelo harm principle*. Assim, a teoria do bem jurídico responderia “à pergunta sobre qual tipo de dano deve ser proibido pela lei penal e, portanto, pode ajudar a encontrar uma noção razoável de dano penalmente relevante”⁶⁶⁸.

Os autores da tradição de língua inglesa também têm reconhecido a *potencial utilidade da teoria do bem jurídico para o direito penal anglo-americano*. Nessa linha, Dubber pondera que é preferível que os tribunais discutam qual bem jurídico determinada lei penal se destina a proteger em lugar de se reportarem, de maneira assistemática, ao “escopo” ou “objetivo” de determinada lei penal, ao “mal” ou “ofensa” que se pretende evitar e ao “direito” ou “interesse” que se visa a proteger, como ocorre na jurisprudência norte-americana. Dessa forma, “o conceito de bem jurídico pode desempenhar um papel construtivo na teoria geral do direito penal, servindo talvez como diretriz para o legislador e, certamente, como instrumento de interpretação para os tribunais”⁶⁶⁹.

Há quem defenda que *o conceito de bem jurídico pode ser útil ao restabelecimento do potencial crítico do harm principle*, tendo em vista que a dogmática jurídica anglo-americana ainda não teria sido capaz de definir de forma satisfatória a noção de “interesse”,

⁶⁶⁷ KAHLO, Michael. Sobre la Relación entre el Concepto de Bien Jurídico y la Imputación Objetiva en Derecho Penal, p. 61.

⁶⁶⁸ 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. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 10, época 3, jul., 2013, p. 366-367. No original: “(...) el principio del *Rechtsgut*, si se encuentra lo suficientemente desarrollado como una teoría normativa, puede responder a la pregunta sobre qué tipo de daño debe ser prohibido por la ley penal y, por tanto, puede ayudar a encontrar una noción razonable de daño penalmente relevante”.

⁶⁶⁹ DUBBER, Markus Dirk. Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 53, 2005, p. 695-696. No original: “Even if the concept of a legal good turns out not to be constitutionally based, and therefore to have no destructive potential, it still can play a *constructive* role in a general account of the criminal law, perhaps even as a guideline for policy makers, and certainly as an interpretative tool for the courts”.

indispensável à aplicação daquele princípio⁶⁷⁰. Outros autores sustentam que a combinação entre a teoria do bem jurídico e o *harm principle* traz também benefícios para os sistemas penais da matriz romano-germânica, na medida em que *o enfoque do harm to others pode servir para traduzir com maior precisão o que constitui uma ofensa a bem jurídico*⁶⁷¹. Dessa forma, por este viés, tanto a doutrina do bem jurídico quanto o debate anglo-americano a respeito do *harm principle* saem enriquecidos desse intercâmbio.

Na visão de Hirsch, a crise da teoria do bem jurídico é resultado da constatação de que “o bem jurídico, por si só, não pode conformar uma teoria adequada de criminalização”⁶⁷². Nesse quadro, o autor atribui ao *harm principle* um papel complementar à teoria do bem jurídico⁶⁷³, pelo qual *o bem penalmente protegido seria deduzido desse e de outros princípios da criminalização* (como o *offense principle*), o que significa que *tais princípios passariam a constituir e limitar o conceito de bem jurídico*⁶⁷⁴. Por conseguinte, os princípios da criminalização do direito penal anglo-americano contribuiriam, por exemplo, a evitar uma ampliação excessiva da noção de bem jurídico para incluir “entidades puramente fáticas ou relações funcionais”, como “a possibilidade de funcionamento do mercado de capitais” e “a capacidade de rendimento social do seguro”⁶⁷⁵. Além disso, esses princípios permitiriam identificar os bens jurídicos coletivos em função de sua contribuição para a qualidade de vida de pessoas de carne e osso, o que importaria em entender os interesses individuais como a razão de ser dos bens coletivos, mas sem incorrer no erro dos membros da Escola de Frankfurt de conceber os bens jurídicos coletivos como uma mera soma dos bens jurídicos individuais⁶⁷⁶. Finalmente, a ênfase colocada pelos princípios do dano e da ofensa no ataque a interesses de terceiros ajudaria a demarcar a fronteira entre condutas que afetam outras pessoas e condutas que afetam apenas o próprio agente.

⁶⁷⁰ HIRSCH, Andrew von. El Concepto de Bien Jurídico y el Principio del Daño, p. 41-43; ESER, Albin. The Principle of “Harm” in the Concept of Crime: a Comparative Analysis of the Criminally Protected Interests. *Duquesne University Law Review*, 4, 1966, p. 357.

⁶⁷¹ HIRSCH, Andrew von. El Concepto de Bien Jurídico y el Principio del Daño, p. 44; SEHER, Gerhard. La Legitimación de Normas Penales Basada en Principios y el Concepto de Bien Jurídico, p. 79; PERŠAK, Nina. *Criminalising Harmful Conduct*, p. 128-129.

⁶⁷² HIRSCH, Andrew von. El Concepto de Bien Jurídico y el Principio del Daño, p. 52.

⁶⁷³ HIRSCH, Andrew von. El Concepto de Bien Jurídico y el Principio del Daño, p. 41.

⁶⁷⁴ HIRSCH, Andrew von. El Concepto de Bien Jurídico y el Principio del Daño, p. 44.

⁶⁷⁵ HIRSCH, Andrew von. El Concepto de Bien Jurídico y el Principio del Daño, p. 42-43.

⁶⁷⁶ HIRSCH, Andrew von. El Concepto de Bien Jurídico y el Principio del Daño, p. 45.

Analogamente, Seher propõe *entender por bem jurídico o interesse, recurso ou valor reconhecido como digno de proteção penal a partir de uma discussão baseada em princípios*⁶⁷⁷. O autor observa que o conceito de bem jurídico foi sobrecarregado pela cobrança excessiva em figurar como critério exclusivo do merecimento da incriminação⁶⁷⁸, tendo chegado o momento de se considerar que a noção talvez necessite de alguma “ajuda externa”, a qual pode ser fornecida pelos princípios manejados como estruturas argumentativas pelo discurso anglo-americano sobre a legitimidade das proibições penais⁶⁷⁹. Contudo, se faz necessário identificar os princípios que seriam admitidos nessa discussão, concretizar o conteúdo desses princípios e indicar as proibições penais legitimadas por cada um deles. Na Alemanha, os princípios limitadores da liberdade deveriam ser deduzidos da Constituição, da qual seria possível extrair, por exemplo, da consagração do meio ambiente como um bem jurídico constitucional fundamento para a admissão do princípio do moralismo ecológico⁶⁸⁰. Logo, esse intercâmbio deve levar em conta a especificidade do texto constitucional norte-americano que, não contando com um amplo rol de direitos fundamentais como as Constituições alemã e brasileira, fez com que o *harm principle* fincasse os seus alicerces na filosofia moral.

De modo diverso, outros autores entendem que a inclusão dos princípios da criminalização do direito anglo-americano cria novos desafios e dificuldades sem colaborar efetivamente para a superação dos problemas já enfrentados pela teoria do bem jurídico⁶⁸¹. Para Santos, “a melhor forma de aproveitar os princípios anglo-saxões (...) [é] utilizá-los como argumentos paralelos, de *reforço da persuasão racional* dirigida aos responsáveis por produzir legislação e jurisprudência a respeito da legitimidade de incriminar determinada conduta”⁶⁸². Portanto, o fato de uma proibição penal ser considerada ilegítima tanto do ponto

⁶⁷⁷ SEHER, Gerhard. *La Legitimación de Normas Penales Basada en Principios y el Concepto de Bien Jurídico*, p. 92.

⁶⁷⁸ SEHER, Gerhard. *La Legitimación de Normas Penales Basada en Principios y el Concepto de Bien Jurídico*, p. 89-90.

⁶⁷⁹ SEHER, Gerhard. *La Legitimación de Normas Penales Basada en Principios y el Concepto de Bien Jurídico*, p. 78.

⁶⁸⁰ SEHER, Gerhard. *La Legitimación de Normas Penales Basada en Principios y el Concepto de Bien Jurídico*, p. 90-91.

⁶⁸¹ SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 77. No mesmo sentido: BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem Jurídico-Penal*, p. 281.

⁶⁸² SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico?*, p. 77.

de vista da teoria do bem jurídico quanto do *harm principle* é um bom motivo para que legisladores e julgadores também a compreendam como ilegítima.

Com efeito, propostas nos sentido de *combinar* a teoria político-criminal do bem jurídico e o *harm principle* encontram óbices em diferenças fundamentais entre a abordagem da filosofia moral anglo-americana e a da doutrina penal de influência germânica. O simples fato de figurar como apenas um dos princípios que visam a fornecer razões válidas para a criminalização de condutas e não o único – ainda que seja, indubitavelmente, o mais importante – impede que se coloque o *harm principle* no mesmo nível que a teoria do bem jurídico. Por esse mesmo motivo, apenas *substituir* a teoria do bem jurídico pelo *harm principle* também não solucionará os dilemas enfrentados pela discussão sobre os limites materiais ao poder estatal de criminalizar condutas. Afinal, não é plausível que questão tão complexa como os limites da criminalização legítima se resolva a partir de uma única elaboração teórica, seja ela o *harm principle* ou a teoria do bem jurídico, evidenciando-se a necessidade de se desenvolver uma verdadeira teoria da criminalização⁶⁸³.

A nosso ver, o diálogo entre a ciência penal e o legislador pode se beneficiar da reflexão anglo-saxã não somente buscando um reforço argumentativo nos princípios da criminalização do direito penal anglo-americano, mas se abrindo para uma verdadeira *reconexão com a filosofia moral e o pensamento liberal*. Ocorre que não é possível pretender incorporar toda a abordagem anglo-americana da questão no bojo das discussões ainda em curso no sistema romano-germânico a partir somente da obra publicada por Feinberg na década de 1980⁶⁸⁴. O sucesso de um projeto de aproximação entre as duas culturas depende de análise mais abrangente da perspectiva anglo-americana, inclusive das contribuições mais recentes à discussão. É o que se buscará realizar ao longo deste trabalho.

3.2.2 Vantagens do harm principle em relação à teoria do bem jurídico

Como visto, os filósofos do direito penal anglo-americano e a doutrina penal do sistema romano-germânico empregam diferentes metodologias ao discutirem os limites da

⁶⁸³ Também a favor de uma teoria da criminalização mais complexa: NUOTIO, Kimmo. *Theories of Criminalization and the Limits of Criminal Law: A Legal Cultural Approach*, p. 238-262.

⁶⁸⁴ LAUTERWEIN, Carl Constantin. *The Limits of the Criminal Law: a Comparative Analysis of Approaches to Legal Theorizing*. Burlington: Ashgate, 2010, p. 43.

criminalização legítima. Apesar das semelhanças entre essas duas lógicas e da possibilidade teórica de combiná-las, entendemos que o princípio do dano apresenta consideráveis vantagens em relação à teoria do bem jurídico. Neste tópico, são identificadas cinco vantagens gerais: 1) o diálogo com o legislador democrático é favorecido pelo *harm principle*; 2) o conceito de dano é mais restrito do que o de violação a bens jurídicos; 3) o *harm principle* evidencia os limites morais de razões consequentialistas; 4) os argumentos fundamentados pelo *harm principle* são mais claramente destacados de argumentos de caráter paternalista ou moralista e 5) o princípio do dano não impede o reconhecimento de outros princípios da criminalização. Essas vantagens demonstram que, no que toca ao propósito de construir uma teoria da criminalização, a perspectiva anglo-americana atrelada ao *harm principle* é preferível à abordagem germânica vinculada à teoria do bem jurídico.

Em primeiro lugar, *a linguagem do harm principle é menos abstrata e genérica do que a utilizada pela teoria do bem jurídico, o que torna mais promissora a sua participação no debate político*. De fato, a ideia de dano é mais acessível do que a de bem ou valor protegido e a sua relevância é algo intuitivamente reconhecido, afinal “[d]ano importa em nossa vida cotidiana, em nosso raciocínio moral cotidiano, então deve importar [para] a lei também”⁶⁸⁵. Com efeito, dano é um conceito elementar dos processos de socialização, pois nenhuma sociedade pode sobreviver sem que, pelo menos, a maioria dos seus membros internalize o princípio de que não se deve infligir dano desnecessário nos demais integrantes do corpo social⁶⁸⁶. Daí que prevenir danos a outras pessoas constitui a mais amplamente aceita “boa razão” para a proibição de condutas⁶⁸⁷.

Além disso, a discussão anglo-saxã adota uma abordagem fenomenológica, focada em exemplos práticos considerados evidentes ou intuitivamente plausíveis⁶⁸⁸. Já a tradição continental-europeia discute questões parecidas em um plano muito mais abstrato,

⁶⁸⁵ PERŠAK, Nina. Using “Quality of Life” to Legitimate Criminal Law Intervention: Gauging Gravity, Defining Disorder. In: SIMESTER, AP; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid. *Liberal Criminal Theory*. Essays for Andreas von Hirsch. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014, p. 245. No original: “Harm matters in our everyday life, our everyday moral reasoning, so it should matter in law as well”.

⁶⁸⁶ LINKLATER, Andrew. *The Problem of Harm in World Politics: Theoretical Investigations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 29.

⁶⁸⁷ PERŠAK, Nina. *Criminalising Harmful Conduct*, p. 226.

⁶⁸⁸ WOHLERS, Wolfgang. Criminal Liability for Offensive Behaviour in Public Spaces. In: SIMESTER, AP; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid. *Liberal Criminal Theory*. Essays for Andreas von Hirsch. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014, p. 264.

demasiadamente preocupada em postular um referencial único do qual se poderia derivar o pressuposto de validade de todas as normas penais incriminadoras⁶⁸⁹. O resultado é que a primeira demanda que o legislador apresente as razões concretas que fundamentam a decisão pela criminalização e submete essas razões a escrutínio, enquanto a segunda permite que o legislador se entregue à criação de bens jurídicos fantasiosos⁶⁹⁰.

Por certo, no plano do debate legislativo, é mais inteligível falar em prejudicar os interesses de alguém desrespeitando os seus direitos do que recorrer à ideia de violação de bens jurídicos. Não é sem razão que a lei penal, tradicionalmente, descreve um dano e não uma violação de bem jurídico (“matar alguém”, “subtrair coisa alheia”, “constranger alguém a praticar ato libidinoso” etc.). Portanto, justamente pelo fato de utilizar uma linguagem mais próxima do debate político ordinário, bem como de estarem as suas bases filosóficas melhor fundamentadas no liberalismo político, o *harm principle* se apresenta mais apto a estabelecer uma ponte de diálogo entre acadêmicos e legislador democrático.

Em segundo lugar, *o conceito de dano a interesses alheios é mais restrito do que o de violação a bens jurídicos*. Como visto, a ideia de ofensa a bens jurídicos abarca não só o que Feinberg, e os vários autores por ele influenciados, designa por dano, mas também o que se refere como ofensa (*offense*) e injusto (*wrong*). Isso porque os contornos da noção de dano se apresentam mais claramente delimitados em razão do estabelecimento de um parâmetro comparativo contrafactual que permite determinar se opções geralmente valorizadas pelas pessoas como meios para a realização de seus projetos de vida foram afetadas para pior. Diversamente, a excessiva preocupação em definir o conceito de bem jurídico fez com os defensores da teoria do bem jurídico se dedicassem menos à tarefa de precisar o que constitui uma lesão ao bem jurídico.

É verdade que, como demonstra Seher, a teoria do bem jurídico, ao criar um referencial abstrato externo ao indivíduo e protegido pelo legislador de forma independente, explica com maior facilidade a criminalização de condutas como os crimes contra o respeito

⁶⁸⁹ WOHLERS, Wolfgang. Criminal Liability for Offensive Behaviour in Public Spaces, p. 264-265.

⁶⁹⁰ Ver também: WOHLERS, Wolfgang. Le fattispecie penali come strumento per il mantenimento di orientamenti sociali di carattere assiologico? Problemi di legittimazione da una prospettiva europea continentale e da una angloamericana. In: FIANDACA, Giovanni; FRANCOLINI, Giovanni (org.). *Sulla Legittimazione del Diritto Penale: Culture Europeo-Continentale e Anglo-Americana a Confronto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008, p. 134.

aos mortos⁶⁹¹ (previstos pelos artigos 209 a 212 do Código Penal brasileiro). No entanto, ainda que a fundamentação fornecida pelo *harm principle*, nestes casos, seja mais complicada e engenhosa (ver capítulo 2, tópico 2.3.1, *supra*), ela ainda é preferível ao recurso à criação de bens ideais e intangíveis, como “o sentimento de reverência dos vivos para com os mortos”⁶⁹², que podem servir a justificar a criminalização de toda e qualquer conduta⁶⁹³.

Segundo Duff, o princípio do dano de Feinberg é um princípio denso (*thick*), enquanto a teoria do bem jurídico é um princípio ralo (*thin*)⁶⁹⁴. Isso significa que a teoria do bem jurídico não possui um conceito descritivo suficientemente rico que possibilite a sua aplicação sem que seja necessário fazer juízos normativos adicionais e controversos, particularmente juízos do mesmo tipo que o princípio deveria fundamentar⁶⁹⁵. Assim, mesmo que seja possível indicar um grupo de bens sem que seja necessária maior reflexão normativa, assim como os feinberguianos podem indicar um grupo de interesses cujo retrocesso configura dano, ainda será necessário determinar quais bens contam como bens jurídicos, isto é, como bens protegidos pelo direito penal, mas identificar esse subgrupo de bens exige juízos normativos exatamente do mesmo tipo que a teoria do bem jurídico deveria fundamentar⁶⁹⁶.

A discussão anglo-americana é mais orientada pela argumentação racional prática baseada em princípios e menos por conceitos jurídicos, em oposição à tradição romano-germânica que adota, primordialmente, uma perspectiva cognitiva em relação à lei penal⁶⁹⁷. Diante disso, o *harm principle* impõe ao legislador a tarefa de delimitar precisamente, de um ponto de vista mais crítico e menos descritivo do que a teoria do bem jurídico⁶⁹⁸, o que fundamenta a preocupação do poder público em relação a determinado comportamento humano, quais consequências danosas podem advir da conduta que se pretende proibir e o

⁶⁹¹ SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 70-72.

⁶⁹² HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Volume VIII. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 69.

⁶⁹³ Como se verá melhor na sequência, a rigor, crimes desse tipo devem ter como base o *offense principle* e não o *harm principle*. Vide capítulo 6, tópico 6.1, *infra*.

⁶⁹⁴ Por outro lado, o *harm principle* de Mill também é um princípio ralo e não denso. Nesse sentido: PACKER, Herbert L. *The Limits of the Criminal Sanction*. Stanford: Stanford University Press, 1968, p. 266.

⁶⁹⁵ DUFF, R.A. *The Realm of Criminal Law*, p. 253.

⁶⁹⁶ DUFF, R.A. *The Realm of Criminal Law*, p. 254. Mais adiante, veremos que Duff considera que um princípio *thin* é preferível a um princípio *thick* (capítulo 6, tópico 6.3.2.2, *infra*).

⁶⁹⁷ PERŠAK, Nina. *Criminalising Harmful Conduct*, p. 24-26.

⁶⁹⁸ PERŠAK, Nina. *Criminalising Harmful Conduct*, p. 118.

quão graves são elas⁶⁹⁹. Responder adequadamente a essas questões é imprescindível ao estabelecimento da resposta estatal mais adequada a cada caso.

Por seu turno, no sistema romano-germânico, ainda predomina a investigação sobre o que determinada norma incriminadora pretende proteger, em detrimento da discussão sobre o que pode ser admitido como uma boa razão para criminalizar dada conduta humana. Realmente, um acordo mínimo quanto a conceitos a partir dos quais se pode estruturar uma crítica normativa à criminalização é de grande valor, pois, enquanto não existirem padrões compartilhados que conduzam a reflexão sobre determinada questão, é muito mais difícil debatê-la⁷⁰⁰. Apesar disso, o conceito de bem jurídico tende a travar a discussão, de forma infrutífera, na controversa sobre o reconhecimento ou não de algo como sendo um bem e sobre o merecimento ou não de tutela penal desse bem, perdendo de vista o impacto que a conduta que se pretende proibir tem sobre a vida de outras pessoas. É o que se vê, por exemplo, na discussão sobre a existência ontológica de certos bens coletivos, ditos falsos bens coletivos⁷⁰¹.

Em terceiro lugar, o *harm principle* impõe expressamente um limite deontológico à relevância de argumentos consequencialistas em favor da proibição de condutas. Como visto, o *harm principle* de Feinberg só fundamenta a proibição de condutas que, além de afetar adversamente interesses, violam direitos (danos injustos ou injustos danosos). A teoria do bem jurídico, por sua vez, não diferencia as razões para proibir uma conduta que se baseiam em suas consequências negativas para as perspectivas futuras de outras pessoas das razões que se baseiam no desvalor moral dessa mesma conduta. Como resultado, a teoria não pode ser invocada para questionar, por exemplo, a criminalização de uma lesão corporal praticada em legítima defesa, pois, também nesse caso, a conduta ofende o bem jurídico integridade física⁷⁰². De outra parte, a noção de violação a bens jurídicos é ampla o suficiente

⁶⁹⁹ SIMESTER, A.P.; SPENCER, J.R.; SULLIVAN, G.R.; VIRGO, G.J. *Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine*. Portland: Hart Publishing, 2010, p. 641.

⁷⁰⁰ LERNESTEDT, Claes. The Limits of Criminal Law: A Comparative Analysis of Approaches to Legal Theorizing. By Carl Constatir Lauterwein. Book review. *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, v. 14, n. 4, 2011, p. 669.

⁷⁰¹ Sobre essa questão, ver: HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 87, 2010, p. 103-120.

⁷⁰² Frente a isso, há que se reconhecer certa razão a Jakobs em sua crítica à teoria do bem jurídico, ao ressaltar que o direito penal não se ocupa simplesmente de garantir a estabilidade de bens, mas de responder a violações de deveres. Ver: JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal*, p. 61-62. O problema, a nosso ver, é que a teoria da criminalização de Jakobs fixa como única boa razão para a proibição de uma conduta a reafirmação da

para abarcar comportamentos moralmente indefensáveis que não só não colocam a vítima em uma posição pior do que ela estaria se a conduta não houvesse sido praticada, mas chegam até mesmo a promover o seu bem-estar (p. ex., é plausível que um defensor da teoria do bem jurídico sustente que colocar no suco de outra pessoa, sem o seu conhecimento, vitaminas sem qualquer efeito colateral viola bens jurídicos como liberdade e integridade corporal)⁷⁰³.

A combinação entre um elemento consequencialista e deontológico, ambos igualmente insuficientes e necessários, fornece ao *harm principle* algumas vantagens em relação à teoria do bem jurídico. Por um lado, essa separação garante ao conceito de dano a neutralidade que fez e faz com que ele seja acolhido pela grande maioria dos autores liberais que pretendem impedir que uma conduta seja punida unicamente ou mesmo principalmente por ser imoral⁷⁰⁴. Afinal, o requisito do dano obriga o legislador a investigar precisamente os impactos reais da conduta sobre os demais membros da coletividade. Por outro lado, o requisito da injustiça funciona como um limite à proibição de condutas danosas, sobretudo no que diz respeito às consequências danosas remotas ou indiretas. Desse modo, o elemento consequencialista e o elemento deontológico se restringem mutuamente⁷⁰⁵.

Em quarto lugar, o *harm principle* está mais capacitado do que a teoria do bem jurídico a desvelar incriminações penais paternalistas e moralistas. De fato, o debate sobre paternalismo e moralismo penal, apesar de não ser estranho à doutrina dos países do *Civil Law*, é enriquecido pela experiência anglo-americana que se desenvolveu, em boa parte, em torno do conflito entre o liberalismo e o paternalismo/moralismo. Quando se trata de fazer frente ao paternalismo penal, o *harm principle* tem melhores perspectivas do que a teoria do bem jurídico, mormente pelo fato de incluir em sua própria formulação a referência expressa à produção de consequências negativas para interesses alheios. Ademais, a facilidade com que o legislador ou intérprete pode inventar novos bens jurídicos, sobretudo coletivos como saúde pública, paz pública, incolumidade pública e moralidade sexual, naqueles casos em que a criminalização está, na prática, mais ligada ao desvalor inerente à conduta do que ao desvalor

validade fática das normas jurídicas, ignorando o papel que exercem nessa fundamentação as consequências negativas da conduta para os interesses de outras pessoas e a violação a deveres fundados em boas razões morais, não sendo suficiente nem necessário que esses deveres já estejam positivados.

⁷⁰³ No próximo capítulo, veremos que Feinberg é criticado justamente por estender o *harm principle* para incluir também esse tipo de situação (tópico 4.2.1, *infra*).

⁷⁰⁴ PACKER, Herbert L. *The Limits of the Criminal Sanction*, p. 267.

⁷⁰⁵ Mais sobre essa questão no capítulo 5, tópico 5.5, *infra*.

atrelado a suas consequências, contribui para tornar mais obscura a investigação sobre as razões que fundamentam tal incriminação e dificulta o reconhecimento de normas incriminadoras paternalistas e moralistas⁷⁰⁶.

Em parte, a presente vantagem decorre do mérito da reflexão anglo-saxã de partir da perspectiva da vítima e não da perspectiva do Estado para fundamentar a proibição de condutas. Nessa linha, Hörnle esclarece que partir da perspectiva da vítima não significa justificar a criminalização com base em suas sensibilidades subjetivas a respeito da conduta em questão, pois o que importa são os interesses que as pessoas possuem normalmente, se esses interesses são merecedores de proteção e como são prejudicados por ingerências externas⁷⁰⁷. É, por isso, que “[o] ponto de partida para qualquer teoria sobre criminalização deve ser que condutas podem ser criminalizadas se tiverem algum tipo de impacto negativo sobre outra pessoa ou outras pessoas (desde que não haja princípios de mediação desfavorecendo as proibições penais)”⁷⁰⁸. Partindo da perspectiva da vítima, a diferenciação entre, de um lado, condutas que não prejudicam ninguém, que só prejudicam o próprio agente ou que prejudicam terceiros com o seu consentimento e, de outro, condutas que prejudicam outras pessoas sem o seu consentimento é mais clara e objetiva. Como resultado, é possível demarcar com mais precisão a linha que separa os argumentos baseados na ideia de *harm to others* dos argumentos paternalistas e moralistas.

Em quinto lugar, *o harm principle não pretende figurar como critério único a orientar a atividade do legislador liberal, podendo conviver com outros princípios da criminalização*. Para os defensores da teoria do bem jurídico, só podem ser criminalizadas condutas que ofendem bens jurídicos e a proteção desses bens é a missão fundamental do direito penal. Contrariamente, o próprio Feinberg, como visto, complementa o princípio do dano com o princípio da ofensa. Como se verá adiante, a teoria da criminalização aqui

⁷⁰⁶ Conforme colocado por Wohlers: “this means that one cannot even argue that the rejection of the idea that criminal laws should protect moral beliefs is a true consequence of thinking in terms of legal goods. This is so because whenever a society regards certain moral values as being central to societal interaction, it will have no difficulty in considering the integrity of these values to be a legal good deserving of protection by the criminal law.” (WOHLERS, Wolfgang. *Criminal Liability for Offensive Behaviour in Public Spaces*, p. 256).

⁷⁰⁷ HÖRNLE, Tatjana. *Legal Regulation of Offence*. In: SIMESTER, A. P.; HIRSCH, Andrew von. *Incivilities: Regulating Offensive Behaviour*. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 136.

⁷⁰⁸ HÖRNLE, Tatjana. *Legal Regulation of Offence*, p. 136. No original: “The starting point for any theory about criminalisation should be that conduct might be criminalised if it has some kind of negative impact on another person or other persons (if there are not mediating principles disfavouring criminal prohibitions).”

defendida endossa outros princípios da criminalização para além do *harm principle*, desde que compatíveis com o espírito liberal. Tais princípios também combinam um requisito relativo à produção, no mundo real, de alguma consequência indesejada (ou do risco de sua produção) e outro relativo à existência potencial de uma vítima, determinada ou não, que tenha sido tratada injustamente. O reconhecimento de uma pluralidade de princípios permite explicitar mais claramente as razões que justificam a criminalização das condutas e identificar com maior precisão os limites à relevância dessas razões.

3.2.2 Comparando a aplicação do harm principle e da teoria do bem jurídico: o crime de incesto

A fim de demonstrar a superioridade acima atribuída ao *harm principle*, vale a pena retomar, mais uma vez, o exemplo do incesto, conduta criminalizada, por exemplo, na Alemanha, Inglaterra, Chile, Canadá e em vários estados norte-americanos (Massachusetts, Virginia, Texas etc.). Como dito, em 2008, o Tribunal Constitucional alemão manteve a condenação de dois irmãos maiores de 18 anos que mantinham um relacionamento amoroso e tiveram quatro filhos juntos, entendendo que a incriminação do incesto visa a proteger bens jurídicos como a família, a autodeterminação sexual e a saúde da prole. O então Vice-Presidente do Tribunal, Winfried Hassemer, em seu voto divergente, afirmou que a incriminação não protege autênticos bens jurídicos e sim “meras convicções morais, existentes ou supostas”, sendo que “uma convicção social não é capaz de legitimar constitucionalmente uma norma jurídico-penal”⁷⁰⁹. Todavia, a dissidência de Hassemer se esforçou mais em salvar o conceito crítico de bem jurídico do descrédito, juntamente com a doutrina que a ele se dedicava há décadas, do que em elucidar o que há realmente de problemático em criminalizar o incesto⁷¹⁰.

No direito penal anglo-saxão, a discussão acadêmica sobre a legitimidade da criminalização do incesto se desenvolve em outros termos, não estando focada na identificação de bens ofendidos pela conduta proibida ou protegidos pela proibição nem na admissibilidade desses bens como autênticos bens jurídico-penais. Certamente, há um

⁷⁰⁹ GRECO, Luís. *Tem Futuro a Teoria do Bem Jurídico?* p. 167-168.

⁷¹⁰ DUBBER, Markus D. *Policing Morality: Constitutional Law and the Criminalization of Incest*, p. 745.

paralelo entre as duas discussões, mas a análise guiada pela teoria feinberguiana se propõe, de maneira mais assertiva, a investigar, em um primeiro nível, os efeitos adversos da conduta para as condições reais de vida de outras pessoas e, em um segundo nível, se a produção dessas consequências negativas também viola direitos morais. Dessa forma, considerando o teste de legitimidade moral proposto pelo *harm principle*, é possível identificar três teses a respeito da danosidade do incesto para interesses alheios: 1) *o incesto expõe a prole da relação incestuosa a perigo significativo de dano, consistente no risco de nascer acometida por doenças genéticas*; 2) *o incesto ameaça a preservação da unidade familiar, instituição essencial à socialização do indivíduo* e 3) *o incesto coloca em risco a autodeterminação sexual dos membros mais vulneráveis da família, havendo grandes chances de que tais relações ocorram sem o consentimento válido de uma das partes*⁷¹¹.

A primeira tese pode ser contestada com base, pelo menos, em três argumentos. Em primeiro lugar, como se viu no capítulo anterior, a ausência de identidade entre os sujeitos antes e depois da conduta – uma vez que a possível vítima (isto é, a criança gerada pela relação incestuosa que nasce com alguma deficiência genética) sequer viria a existir caso a conduta não houvesse sido praticada – torna controversa a aplicação do parâmetro comparativo contrafactual que fundamenta a análise sobre a existência de um dano (ver capítulo 2, tópico 2.3.1, *supra*). Afinal, salvo em casos raríssimos de doenças genéticas que causam um sofrimento extremo ao ponto de ser plausível concluir que a criança estaria melhor se não tivesse nascido, *não faz sentido falar em um interesse básico em sua própria não existência e, portanto, o incesto geralmente não retrocede interesses da prole que vem a nascer com deficiência*⁷¹². Esse argumento já seria suficiente para afastar a possibilidade de fundamentar a criminalização do incesto com base no *harm principle*. Contudo, como esse primeiro obstáculo poderia ser superado a partir de uma revisão do parâmetro comparativo⁷¹³, cumpre apresentar mais argumentos.

⁷¹¹ Esses argumentos são discutidos em: GREEN, Stuart P. *How to Criminalize Incest*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2967280>. Acesso em: 27-03-2018. (DRAFT, May 11, 2017); BERGELSON, Vera. Vice is Nice But Incest is Best: The Problem of a Moral Taboo. *Criminal Law and Philosophy*, v. 7, 2013, p. 43-59.

⁷¹² HÖRNLE, Tatjana. Consensual Adult Incest: A Sex Offense? *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, v. 17, n. 1, 2014, p. 89.

⁷¹³ O próprio Green propõe uma solução para a objeção da ausência de identidade entre sujeitos: GREEN, Stuart P. *How to Criminalize Incest*, p. 19.

Em segundo lugar, se a razão para se proibir o incesto fosse realmente o propósito de evitar o nascimento de crianças com deficiências genéticas, *o tipo penal deveria ser extremamente restrito, limitando-se à relação sexual heterossexual, mais especificamente à conjunção carnal, entre parentes consanguíneos, sem a utilização de qualquer método contraceptivo e sendo ambos os parceiros férteis*⁷¹⁴. Assim, ficariam excluídas do alcance da proibição penal as relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo, atos libidinosos diversos da conjunção carnal, bem como as relações entre parentes não consanguíneos (genitor e filho adotivo, por exemplo) e aquelas praticadas com o uso de algum método contraceptivo. Certo é que, em nenhum lugar do mundo, a norma que incrimina o incesto está assim delimitada. Ainda que esse também não seja um argumento definitivo contra a incriminação, pois aquele que pretende defendê-la poderia teoricamente conceder que o alcance do tipo penal seja restringido, a constatação de que o incesto punível não costuma ser descrito nesses termos é um forte indício de que esse não é o principal fundamento de proibição da conduta.

Em terceiro lugar, *evidências empíricas demonstram que as chances de doenças genéticas entre crianças geradas por relações sexuais incestuosas consanguíneas não são superiores à incidência estimada de doenças genéticas entre as crianças geradas por relações sexuais não incestuosas praticadas por pessoas pertencentes a grupos específicos* (surdos-mudos, possíveis progenitores de crianças com Síndrome de Down etc.) que, não obstante as chances reais de que a prole apresente deficiências, não são proibidas por lei de terem filhos⁷¹⁵. De fato, a medicina é capaz de identificar pessoas portadoras de anomalias genéticas com alta probabilidade de que sejam transmitidas aos seus descendentes, mas esse risco de incidência de doenças hereditárias não tem, até então, merecido a atenção do legislador penal. Mesmo que o defensor da incriminação argumente que, em princípio, esse é um risco a ser considerado como penalmente relevante, independentemente da natureza incestuosa da relação, é provável que as próprias máximas de mediação que orientam a aplicação do princípio do dano excluam a conduta do alcance do princípio. Isso porque não se mostra razoável exigir que as pessoas se submetam a testes genéticos antes de começar uma família nem proibir que aquelas cuja descendência pode vir a apresentar deficiências

⁷¹⁴ BERGELSON, Vera. Vice is Nice But Incest is Best, p. 46-47.

⁷¹⁵ DUBBER, Markus D. Policing Morality: Constitutional Law and the Criminalization of Incest, p. 745; BERGELSON, Vera. Vice is Nice But Incest is Best, p. 47-48.

genéticas pratiquem, com qualquer outra pessoa, atos sexuais idôneos à procriação⁷¹⁶. Ademais, observa-se que uma proibição desse tipo não poderia sobreviver em nosso sistema jurídico, tendo em vista que a esterilização forçada contraria a Constituição brasileira (art. 226, §7º, da CR) e a Lei de Planejamento Familiar (Lei nº 9.610/98), bem como tratados internacionais de direitos humanos.

Voltamos, agora, a atenção à segunda tese sobre o caráter danoso do incesto, de acordo com a qual a proibição do incesto serve à preservação da unidade familiar ao prevenir rivalidades sexuais no contexto familiar⁷¹⁷, as quais geram conflitos e desunião entre familiares, além de perturbar o funcionamento regular da dinâmica familiar baseado na atribuição de papéis delimitados a cada um dos seus integrantes. Ocorre que, por um lado, *há várias outras condutas que podem gerar rivalidades entre os membros de uma família e, dessa forma, ameaçar a sua unidade, mas que não são nem devem ser proibidas pela lei* (p. ex., o fato de um dos genitores ter acumulado robusto patrimônio pode conduzir a disputas pela herança entre seus descendentes). Por outro lado, *o modelo padrão de família se alterou profundamente ao longo dos anos sem que isso importasse na eclosão da família como instituição*⁷¹⁸. Na realidade, em muitos casos, a relação incestuosa leva ao surgimento de um novo núcleo familiar e não ao aniquilamento de famílias (p. ex., quando irmãos que não foram criados juntos vêm a se relacionar na vida adulta)⁷¹⁹. Fato é que, no passado, o argumento da “proteção da família” foi utilizado contra a permissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo, estando seriamente desacreditado. Daí que, na medida em que a ordem jurídica reconhece e protege diferentes arranjos familiares, torna-se paradoxal proibir que pessoas adultas e livres constituam família em razão do caráter incestuoso da relação⁷²⁰.

⁷¹⁶ Sobre as máximas de mediação em Feinberg, conferir o capítulo 5, tópico 5.2, *infra*.

⁷¹⁷ GREEN, Stuart P. *How to Criminalize Incest*, p. 21; BERGELSON, Vera. Vice is Nice But Incest is Best, p. 48. Esse é um dos argumentos usados pelo Modelo de Código Penal para os Estados Unidos (*Model Penal Code*) para recomendar a criminalização do incesto.

⁷¹⁸ BERGELSON, Vera. Vice is Nice But Incest is Best, p. 49.

⁷¹⁹ A criminalização do incesto, por sua vez, enseja na prática situações em que crianças são separadas de seus pais, que perdem o direito de cria-las, e encaminhadas para a adoção. Veja-se o caso dos irmãos Allen e Pat Muth, parceiros e pais de quatro crianças, que, em 1997, foram condenados pela justiça nos Estados Unidos a oito e cinco anos de prisão, respectivamente, por terem praticado ato sexual um com o outro. Ver: *State v. Allen M.*, 571 N. W. 2d 872, 873 (Wis. Ct. App. 1997).

⁷²⁰ É o que Bergelson denomina de paradoxo do incesto: é legal que, por exemplo, duas irmãs criem uma criança juntas, bem como que duas mulheres tenham um relacionamento amoroso e criem um filho juntas, porém é ilegal que duas irmãs tenham um relacionamento amoroso e criem uma criança juntas: BERGELSON, Vera. Vice is Nice But Incest is Best, p. 49.

Finalmente, de acordo com a terceira e última tese, o incesto coloca em risco a autodeterminação sexual dos membros mais vulneráveis da família. No entanto, *se o objetivo do legislador penal é evitar que indivíduos vulneráveis sejam vítimas de abuso sexual, o crime de incesto é amplo demais e redundante*⁷²¹. Para os casos em que uma das partes não está apta a consentir validamente no ato sexual, já existe a previsão de crimes como o estupro de vulneráveis do direito penal brasileiro (art. 217-A do CP) ou o *statutory rape* do direito anglo-americano. Por certo, a proibição de praticar atos sexuais com quem não tem a competência mínima necessária à livre manifestação de sua vontade independe do caráter incestuoso ou não do ato, sendo que a relação de parentesco pode, no máximo, constituir uma circunstância agravante da punição.

É possível contestar que, no Brasil, os crimes contra a liberdade sexual não são capazes de alcançar os casos em que, não obstante as partes sejam maiores de 14 anos, não estejam acometidas de doença mental nem impossibilitadas de oferecer resistência e não haja emprego de violência, grave ameaça ou fraude, o consentimento nos atos sexuais não é verdadeiramente autônomo. Nessa linha, Hörnle entende que a ascendência decorrente da relação de parentesco impede que se afaste, mesmo quando os atos sexuais são aparentemente consensuais, a possível existência de pressão psicológica ou exploração da vulnerabilidade dos familiares dependentes⁷²². Diante disso, Green admite a criminalização apenas naqueles casos em que a relação sexual incestuosa tem início enquanto a parte mais vulnerável na relação familiar era ainda menor de idade e continua durante a vida adulta (p. ex., um pai que pratica relações sexuais com a filha de 14 anos, passando a conviver com ela maritalmente após a maioridade)⁷²³. Portanto, nessas hipóteses, a incriminação se justificaria pelos prejuízos à autodeterminação sexual ou ao desenvolvimento sexual saudável da parte vulnerável causados pelo familiar que com ela mantém uma relação inerentemente desigual. Entretanto, situações como as que preocupam Hörnle e Green poderiam ser proibidas a partir de uma reformulação dos crimes contra a liberdade sexual, não sendo necessário que o crime de incesto sobreviva somente para alcançá-las. Afinal, *o que justifica a criminalização de condutas desse tipo não é exatamente o caráter incestuoso das relações sexuais e sim o fato*

⁷²¹ BERGELSON, Vera. Vice is Nice But Incest is Best, p. 49.

⁷²² HÖRNLE, Tatjana. Consensual Adult Incest, p. 89.

⁷²³ GREEN, Stuart P. *How to Criminalize Incest*, p. 26-27.

de que algumas dessas relações são praticadas sem o consentimento plenamente voluntário de uma das partes.

Essa constatação nos leva a outro ponto importante. Como visto, segundo a obra de Feinberg, não basta ao *harm principle* que a conduta proibida seja danosa, efetiva ou potencialmente, sendo também necessário que a conduta constitua um injusto. Até aqui, já foi demonstrado que o caso em favor de fundamentar a proibição de relações sexuais entre pessoas adultas, ligadas por vínculos de parentesco consanguíneo ou afim, na existência de perigo de dano a interesse alheios é bastante frágil. Porém, ainda que se concluísse pelo seu caráter danoso, fato é que *a conduta é desprovida de conteúdo de injusto moral*. Para que uma conduta seja considerada moralmente incorreta no sentido específico do *harm principle*, não basta que ela seja desaprovada pela religião ou pela moralidade positiva. *Só serve a fundamentar o caráter injusto da conduta danosa o juízo de desvalor moral que pode ser defendido com base em argumentos racionais aceitáveis por qualquer indivíduo que reconheça os demais como seus iguais em liberdade e dignidade, independentemente da adesão a visões de mundo em particular*⁷²⁴. Por certo, valores morais incorretos não devem ser incorporados pela lei, mesmo que reflitam tabus culturais profundamente arraigados⁷²⁵. Assim, aqueles que tomam parte em uma relação sexual incestuosa não violam direitos morais e, por conseguinte, não praticam, sequer em princípio, um ato injusto⁷²⁶, tendo em vista que o pacto social de coexistência livre e pacífica entre os membros de uma comunidade não fundamenta direitos pré-positivos sobre a vida sexual de outras pessoas⁷²⁷.

De fato, aquele que engaja em um ato sexual incestuoso estará, na verdade, exercendo a sua liberdade fundamental de ingressar em um relacionamento sexual e afetivo com o parceiro de sua escolha ou preferência, desde que ambos sejam capazes e manifestem

⁷²⁴ Essa ideia é própria do liberalismo rawlsiano. Conferir: RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993, p. 220.

⁷²⁵ BERGELSON, Vera. *Vice is Nice But Incest is Best*, p. 54.

⁷²⁶ Observa-se que o ato sexual incestuoso praticado com finalidade reprodutiva, ainda que se acolha a tese do perigo de que a criança venha a nascer com deficiência, não pode ser equiparado ao exemplo mencionado acima da conduta dos genitores do denominado bebê de Parfit (capítulo 2, tópico, 2.3.2, *supra*). Isso porque o conteúdo de injusto identificado naquele exemplo se baseia no fato de os genitores terem decidido deliberadamente por conceber uma criança, sabendo que ela nasceria com deficiência, quando poderiam ter aguardado um curto período para conceber uma criança sem deficiência.

⁷²⁷ Estamos concebendo a noção de injusto de forma materialmente distinta de Feinberg, uma vez que o filósofo fundamenta a existência de direitos morais na ponderação de interesses orientada pelas suas máximas de mediação. O conceito de injustiça moral adotado por este trabalho será esclarecido no capítulo 5, tópico 5.5, *infra*.

livremente sua vontade de se relacionar dessa forma. Além disso, exigir que o indivíduo abra mão dessa opção de ação configura grave ingerência na sua liberdade, pois não se trata apenas de uma recusa em reconhecer determinado *status* jurídico ao relacionamento incestuoso (como fazem, por exemplo, as leis contra bigamia que invalidam o segundo casamento), mas de interferir no exercício dos direitos à liberdade e à privacidade⁷²⁸. Logo, como a liberdade de praticar atos sexuais consentidos com a pessoa específica a quem dirigimos nosso afeto e desejo sexual⁷²⁹ compõe o núcleo duro do direito à autonomia humana, a restrição a essa liberdade fundamental demanda justificação robusta, mormente a demonstração de que a conduta produz um perigo claro e direto a interesses básicos ou viola liberdades que também compõem o cerne da autonomia de outras pessoas⁷³⁰.

Com efeito, não se pretende esgotar todas as nuances do debate a respeito da criminalização do incesto, mas apenas ilustrar como a discussão conduzida pelo *harm principle* se desenvolve de maneira mais fluída e acessível. Dessa forma, em lugar de discutir se a saúde da prole, a unidade familiar e a autodeterminação sexual constituem ou não verdadeiros bens jurídicos e se esses bens jurídicos são ou não protegidos pela proibição da conduta, cabe questionar se o agente, com o seu comportamento, torna ou não a vida de outra pessoa pior em matéria de bem-estar e se, ao fazê-lo, trata essa pessoa injustamente do ponto de vista da moralidade crítica. Todavia, mesmo excluída a possibilidade de fundamentar a proibição da conduta com base no princípio do dano, ainda seria necessário analisar a pertinência de outros princípios da criminalização disponíveis ao legislador liberal⁷³¹. A nosso

⁷²⁸ BERGELSON, Vera. Vice is Nice But Incest is Best, p. 53.

⁷²⁹ Green esclarece que afeição e desejo sexual não são coisas fungíveis e sim dirigidas a uma pessoa específica, de forma que o argumento de que o indivíduo ainda poderá se relacionar sexualmente com outras pessoas que não sejam seus parentes não é capaz de afastar a gravidade da restrição da liberdade imposta pela criminalização do incesto: GREEN, Stuart P. *How to Criminalize Incest*, p. 16.

⁷³⁰ Observa-se que argumentação semelhante foi utilizada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no já mencionado precedente *Lawrence v. Texas* (ver capítulo 1, tópico 1.5.3, *supra*). Inclusive, esse precedente foi invocado por condenados pelo crime de incesto a fim de obter da Corte Constitucional a invalidação da condenação, mas sem sucesso. Ver, por exemplo, *Lowe v. Swanson* e *Muth v. Frank*.

⁷³¹ Por exemplo, verificando se o *offense principle* poderia, em alguma medida, legitimar a proibição do incesto, considerando que o defensor da proibição poderia argumentar que tal comportamento sujeita outras pessoas a estados mentais incômodos como o choque e a repugnância. Veremos que a relevância do argumento da ofensa é consideravelmente mais restrita do que a do argumento do dano, sendo vulnerável a uma série de contra-argumentos.

ver, esse exercício prático tem potencial de lançar luz sobre o tipo de razão que está por trás de diversos “crimes suspeitos em nosso direito positivo”⁷³².

3.3 *Harm principle*, bem jurídico e teoria da criminalização

As críticas à teoria político-criminal do bem jurídico e a comparação com a abordagem anglo-saxã demonstram que é impossível deduzir todos os pressupostos de legitimidade material das normas incriminadoras de um único referencial teórico, seja esse o *harm principle* ou a teoria do bem jurídico, ainda mais considerando a complexidade do fenômeno da criminalidade moderna⁷³³. Como questões complexas demandam soluções complexas, a identificação das boas razões aptas a fundamentar a proibição penal de condutas, bem como indicar os limites dessas boas razões, depende da construção de uma verdadeira e completa *teoria da criminalização*. A nosso ver, essa teoria deve contar com o *harm principle* e outros princípios da criminalização debatidos pela filosofia moral em língua inglesa, os quais introduziriam em nosso sistema uma nova linguagem – mais direta, prática, menos obscura e abstrata do que a que nos acostumamos a utilizar ao recorrer à ideia de bem jurídico – por meio da qual a ciência jurídico-penal poderia estabelecer um diálogo proveitoso e honesto com o legislador democrático.

Em linhas gerais, a teoria da criminalização é uma *teoria normativa que estabelece os princípios, valores e objetivos que devem orientar o legislador penal em sua tomada de decisão sobre o que criminalizar e como definir as condutas criminosas*⁷³⁴. O esforço em elaborar uma teoria desse tipo só faz sentido quando partimos da premissa de que *existem limites à atividade do legislador para além dos previstos pela Constituição*, pois, caso

⁷³² A expressão é utilizada por Estellita: ESTELLITA, Heloisa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. *Revista Brasileira de Filosofia*. São Paulo, v. LVI, 2007, p. 333-341.

⁷³³ De forma semelhante: LLINARES, Fernando Miró. La Criminalización de Conductas “Ofensivas”, p. 54.

⁷³⁴ DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. Introduction: Towards a Theory of Criminalization? In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor (eds.). *Criminalization: The Political Morality of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 1. Segundo os autores, esse é um sentido estrito de teoria da criminalização, sendo que o sentido amplo considera que, em alguns ordenamentos jurídicos do sistema da *Common Law*, ainda existem normas incriminadoras não estatutárias e que os Tribunais desempenham um papel na interpretação da lei penal (*Ibidem*, p. 2). O objeto central deste trabalho é justamente a teoria da criminalização em sentido estrito.

contrário, a teoria seria estéril e redundante. Logo, o foco, aqui, é uma *teoria moral*⁷³⁵ e não constitucional da criminalização, ou seja, uma teoria que identifique o tipo de consideração que é própria ou imprópria a motivar o legislador de todo e qualquer Estado Liberal. No entanto, não se trata de uma teoria meramente moral e sim de uma *teoria também política*, uma vez que o seu ponto de partida não é a questão sobre se a sociedade está ou não autorizada a emitir um juízo de censura moral em relação a determinado comportamento, como na teoria de Mill, mas a questão sobre a existência ou não de boas razões que justifiquem o exercício da coerção estatal. Assim, a teoria da criminalização precisa incluir uma teoria sobre a função da coação penal em dada comunidade política, tendo em vista que a lei penal, por integrar o aparato estatal, dirige-se aos indivíduos na condição de cidadãos e não apenas de agentes morais⁷³⁶.

A teoria da criminalização trata de explicitar as boas razões que fundamentam o exercício do poder de incriminar condutas. Portanto, essa é uma teoria que pretende impor limites a tal poder, já que, na medida em que atribui ao legislador penal um determinado papel e se propõe a defini-lo, *a teoria atua no sentido de restringir o que o legislador pode ou não fazer*⁷³⁷. Nesse quadro, a fim de *evitar que a discussão sobre a definição concreta desse papel se baseie em intuições e julgamentos ad hoc*, faz-se necessária uma teoria geral e plausível que forneça respostas racionalmente convincentes, mesmo que desafiem, inicialmente, convicções previamente consolidadas⁷³⁸. Além de opor limites ao poder do legislador de criminalizar condutas, espera-se dessa teoria que ela *sirva de referência para a crítica analítica*, em primeiro lugar, de normas incriminadoras (ou seja, que a teoria diga: “se isso é o que há de errado com essa conduta, então esse deve ser o conteúdo da norma geral de comportamento”) e, em segundo lugar, de decisões judiciais (ou seja, que a teoria diga: “se

⁷³⁵ Da mesma forma: MOORE, Michael. *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 640.

⁷³⁶ DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. Introduction, p. 5.

⁷³⁷ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 442.

⁷³⁸ PETTIT, Philip. Criminalization in Republican Theory. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor (eds.). *Criminalization: The Political Morality of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 132.

isso é o que há de errado com essa conduta, então isso é o que a torna mais ou menos censurável”)⁷³⁹.

A filosofia moral e política anglo-saxã articula diferentes modelos de teoria da criminalização, como o utilitarismo irrestrito de Devlin, o utilitarismo limitado de Mill e o moralismo legal de Moore⁷⁴⁰. A teoria que será defendida neste trabalho se afasta do moralismo legal por trazer em seu cerne um *conceito moralmente neutro de dano* e uma *noção política e não meramente moral de injusto*. Porém, justamente por introduzir razões deontológicas como fundamentos e limites à criminalização, também não pode ser considerada uma teoria utilitarista ou mesmo estritamente consequencialista. Ademais, nossa teoria parte do pressuposto de que a lei penal possui uma distinta *voz moral*⁷⁴¹ que comunica ao agente e a toda a sociedade a mensagem de que sobre a conduta proibida recai um juízo especial de censura. Por essa e outras razões, embora a lei penal também se dedique à regulação de condutas, não é correto compreendê-la como apenas mais uma esfera do sistema jurídico voltada à redução da incidência das condutas que proíbe⁷⁴². Tais especificidades contribuem para justificar a importância de uma teoria da criminalização.

Acontece que, na maioria dos países do sistema romano-germânico, as discussões pertinentes a uma teoria da criminalização pouco vão além do referencial teórico único fornecido pela teoria do bem jurídico e por princípios como o princípio da proporcionalidade⁷⁴³ e o, muitas vezes preterido, princípio da ofensividade. As exceções a tal

⁷³⁹ ALLDRIDGE, Peter. Dealing with Drug Dealing. In: SIMESTER, A. P.; SMITH, A. T. H. (ed.). *Harm and Culpability*. Oxford: Oxford Press, 1996, p. 239-240.

⁷⁴⁰ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 643-645.

⁷⁴¹ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014, p. 10-11. Mais sobre esse ponto no capítulo 5, tópico 5.5, *infra*.

⁷⁴² DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. Introduction, p. 27.

⁷⁴³ Alguns autores destacam que o princípio da proporcionalidade é uma máxima de mediação que não tem significado independente de outros princípios (como subsidiariedade, autoproteção da vítima e tolerância): HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. Einführung: Was sind Mediating principles? In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 16. Com efeito, certo ceticismo quanto à eficiência do princípio da proporcionalidade como máxima limitadora é justificado, uma vez que a sua aplicação depende de uma pluralidade de avaliações e de pontos de referência que não são definidas pelo próprio princípio. Por isso, há sempre o risco de que o princípio se converta em uma fórmula vazia e manipulável ao bel-prazer do interprete. Sobre o tema, conferir: HASSEMER, Winfried. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeitsprinzip als Grenze strafrechtlicher Eingriffe. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 121-127; NEUMANN, Ulfried. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als

tendência geral são alguns países nórdicos, como Finlândia e Suécia. Nesses países, é possível encontrar a menção a diferentes princípios da criminalização listados tanto em textos da doutrina jurídico-penal quanto em diplomas legislativos oficiais, demonstrando a preocupação teórica e prática com o tema⁷⁴⁴. Por outro lado, o princípio da *ultima ratio* ou da subsidiariedade, reconhecido expressamente como um princípio da criminalização na Finlândia⁷⁴⁵, é tradicionalmente acolhido pela doutrina penal da tradição continental. Todavia, fato é que referido princípio ainda não foi desenvolvido satisfatoriamente por seus proponentes, não se sabendo ao certo quais critérios devem orientar e basear a conclusão de que outros recursos, diversos da lei penal, não são capazes de fornecer uma resposta suficiente às condutas que se pretende reprimir⁷⁴⁶. No mais, é duvidoso que seja correto excluir do alcance da lei penal condutas que atacam gravemente liberdades fundamentais de uma vítima concreta simplesmente porque meios alternativos se mostraram eficientes em preveni-las⁷⁴⁷.

Logo, uma teoria da criminalização idônea a conduzir o legislador penal a decisões consistentes e razoáveis deve se pautar em princípios mais claros e substanciais. Os princípios da criminalização que aqui nos interessam podem, inicialmente, ter diferentes estruturas: podem ser *positivos* (buscam justificar a proibição de condutas) ou *negativos* (buscam restringir a proibição de condutas); *responsivos* (levam em conta as características da conduta) ou *preventivos* (levam em conta os efeitos da criminalização); *pro tanto* (estabelecem razões válidas, mas não definitivas) ou *categóricos* (estabelecem razões válidas

strafbegrenzendes Prinzip. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *Mediating Principles*. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 128-137.

⁷⁴⁴ PERŠAK, Nina. *Criminalising Harmful Conduct*, p. 11. Sobre a teoria da criminalização na doutrina de países nórdicos, citando os trabalhos de Claes Lernestedt, Sakari Melander, Raimo Lahti e Ari-Matti Nuutila: NUOTIO, Kimmo. *Theories of Criminalization and the Limits of Criminal Law*, p. 257-258.

⁷⁴⁵ MELANDER, Sakari. *Criminalization and its Limitations. The Finnish Perspective*. *Peking University Law Journal*, v. 5, n. 1, 2017, p. 51-75.

⁷⁴⁶ Sobre o princípio da *ultima ratio*, conferir: JAREBORG, Nils. *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*. *Ohio State Journal of Criminal Law*, v. 2, n. 2, 2005, p. 521-534; NUOTIO, Kimmo. *Theories of Criminalization and the Limits of Criminal Law*, p. 255-257. Ver críticas em: DUBBER, Markus; HÖRNLE, Tatjana. *Criminal Law: a Comparative Approach*, p. 139; MINKKINEN, Panu. *The “Last Resort”: A Moral and/or Legal Principle?* *Oñati Socio-Llegal Series*, v. 3, n. 1, 2013, p. 21-30; SCHÜNEMANN, Bernd. *Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik – von den unverrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstaat*. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *Mediating Principles*. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 18-35; WOHLERS, Wolfgang. *Strafrecht als ultima ratio – tragender Grundsatz eines rechtsstaatlichen Strafrechts oder Prinzip ohne eigenen Aussagegehalt?* In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *Mediating Principles*. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 54-69.

⁷⁴⁷ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 198.

e definitivas)⁷⁴⁸. No entanto, alguns autores afirmam não ser possível estabelecer um grupo coerente de princípios bem definidos, muito menos um único princípio, que possa dar conta de toda a legislação penal⁷⁴⁹. A despeito disso, é consenso entre os liberais que o legislador não pode proibir condutas por mero capricho, devendo se pautar por critérios racionais. Diante disso, mesmo desconfiados de que princípios plausíveis e úteis serão sempre incompletos e vagos, esses autores reconhecem que refletir sobre eles contribui à estruturação de um pensamento crítico sobre a criminalização⁷⁵⁰.

Diversamente, entendemos que é possível construir uma teoria da criminalização composta por princípios aceitáveis e razoavelmente delimitados. A teoria aqui proposta se inspira no procedimento decisório delineado por Schonscheck com o fim de orientar o legislador na proposição de proibições penais moralmente legítimas. Esse procedimento, denominado pelo autor de *filtragem (filtering)*, é constituído por, basicamente, dois filtros: o *filtro principiológico* (normativo ou de validade) e o *filtro pragmático*⁷⁵¹. De acordo com esse modelo, o legislador deve, primeiramente, fundamentar a criminalização de determinada conduta com base no *harm principle* ou algum outro princípio válido. Em seguida, o legislador deve se questionar sobre a existência de outros meios eficientes e menos gravosos para coibir a prática da conduta, bem como ponderar os custos e benefícios do recurso ao instrumento penal. A legislação penal proposta por um bom legislador deve resistir ao teste tanto do filtro principiológico quanto do filtro pragmático.

Observa-se que essa é uma *teoria procedimental*, no sentido de que ela descreve a linha de raciocínio a ser seguida pelo legislador penal, mas não puramente procedimental. Uma teoria da criminalização puramente procedimental é aquela que não fixa nenhum limite ao conteúdo possível da decisão legislativa⁷⁵². É o caso de uma teoria representativa que se esgota no postulado de que o legislador penal deve aprovar leis que reflitam a vontade de seus

⁷⁴⁸ Sobre a classificação dos princípios: TADROS, Victor. *Wrongs and Crimes*. Oxford: Oxford University Press, 2016, cap. 6 e 7; DUFF, R.A. *The Realm of Criminal Law*, cap. 6.

⁷⁴⁹ DUFF, R.A. *The Realm of Criminal Law*, p. 234. Criticamente à análise de Duff e outros autores: EDWARDS, James. Master Principles of Criminalisation. *Jurisprudence*, v. 7, n. 1, 2016, p. 138-148.

⁷⁵⁰ TADROS, Victor. *Wrongs and Crimes*, p. 92.

⁷⁵¹ SCHONSHECK, Jonathan. *On Criminalization: an Essay in the Philosophy of Criminal Law*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1994, p. 62 e ss. O método do autor inclui, ainda, um filtro intermediário: o filtro das presunções (*Presumptions Filter*). Neste trabalho, com o objetivo de simplificação, esse filtro será incluído no filtro pragmático.

⁷⁵² DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. Introduction, p. 43-44.

constituintes⁷⁵³. Uma *teoria substancial*, por sua vez, pode evitar que a maioria use seu poder à revelia da minoria. Isso porque uma teoria desse tipo deve identificar o que constitui, em princípio, uma boa razão para proibir uma conduta, o que mais deve ser analisado antes de concluir que essa razão é boa o suficiente e que razões em contrário podem ser consideradas ainda melhores, triunfando sobre as razões pró-criminalização.

Portanto, uma teoria da criminalização completa e de perfil liberal deverá ser composta por filtros diversos, notadamente por filtros materiais. Este trabalho se ocupa, especificamente, do filtro principiológico, normativo ou de validade, no qual se encontram os *princípios da criminalização que fornecem os fundamentos de legitimidade material das normas incriminadoras*, bem como as *máximas de mediação fundadas em considerações de liberdade e justiça* que orientam a sua aplicação⁷⁵⁴. Em relação a esse primeiro filtro, os teóricos estão autorizados a atuar de forma mais propositiva, isto é, com vistas a estabelecer o contorno dentro do qual o legislador pode transitar livremente. Esse primeiro filtro exige que a proibição da conduta possa ser fundamentada com base no princípio do dano ou em qualquer outro princípio da criminalização aqui endossado.

Assim, não obstante o protagonismo reconhecido à versão do *harm principle* que defendemos e sua afinidade com o liberalismo político, nada impede que outros princípios também se apresentem como opções apropriadas ao filtro principiológico das proibições penais. Para tanto, basta que o princípio em questão atenda a *fins sociais legítimos* e seja compatível com as *liberdades fundamentais*, inclusive, no caso da Constituição brasileira, com a *dignidade humana* e a *autonomia individual*, seu pressuposto indissociável. Os princípios endossados neste trabalho são vistos, pelo momento, como *suficientes*, mas não pretendem ser *exclusivos*. Porém, caberá ao defensor da proibição de uma conduta que não possa ser sustentada com base em qualquer dos princípios da criminalização por nós acolhidos o ônus de fundamentá-la em função de boas razões de outra ordem, igualmente compatíveis com um modelo liberal de Estado.

⁷⁵³ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 641. No geral, as teorias da criminalização são apenas parcialmente procedimentais, mas algumas são mais procedimentais do que outras. Considerando todo o espectro, estariam mais próximas do polo procedimental do que do polo substancial as teorias de Husak e do próprio Schonscheck. Nesse sentido: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. Introduction, p. 43.

⁷⁵⁴ Sobre as máximas de mediação, conferir o capítulo 5.

Com efeito, a conclusão sobre se, ao final, a conduta cuja proibição está fundamentada em boas razões deve ou não ser criminalizada pode depender, ainda, de questões práticas referentes à viabilidade, eficiência e ponderação de custos e benefícios⁷⁵⁵. É aqui que entra o filtro pragmático a que se refere Schonsheck. Todavia, parece-nos que, antes de analisar os possíveis efeitos contraproducentes da criminalização da conduta, cabe introduzir um segundo filtro, formal e não substancial: o *filtro da legalidade*. Nesse filtro, o legislador terá de lidar com a dificuldade em descrever de forma completa, sucinta e inteligível o fato abstrato que, vindo a ocorrer em concreto, estarão presentes os pressupostos materiais que tornaram legítimo, em primeiro lugar, o exercício do poder coercitivo-estatal por meio da proibição da conduta em tese. De fato, nem sempre é fácil expressar e delimitar linguisticamente aquilo que dá ao legislador penal boas razões para qualificar a conduta como criminosa. Ao fazê-lo, cumpre ao legislador assegurar que o destinatário da norma receba um *aviso justo (fair warning)*⁷⁵⁶ sobre a punibilidade de determinada conduta, aviso esse que não deve ser mais extenso do que o necessário⁷⁵⁷. Daí que, eventualmente, o legislador pode ter de deixar de criminalizar uma conduta que ele tem, em princípio, boas razões para criminalizar, por causa da dificuldade em conformá-la a um tipo penal que respeite a legalidade estrita⁷⁵⁸.

Finalmente, a norma proibitiva que tenha superado os filtros principiológico e da legalidade formal deverá ser submetida ao filtro pragmático. No que toca a esse último filtro, a liberdade de avaliação assinalada ao legislador é ampla, sendo a influência da filosofia moral e política consideravelmente mais restrita. Afinal, *o legislador tem a prerrogativa de decidir sobre a conveniência e a eficiência do recurso à proibição penal*. É verdade que juristas, criminólogos, antropólogos, sociólogos, economistas, entre outros, podem e devem dialogar com o legislador e apresentar subsídios científicos e empíricos aptos a orientá-lo. Além disso, é razoável exigir que o legislador formule juízos empíricos de forma racional, baseando-se em dados científicos devidamente documentados. Por outro lado, a contribuição dos juristas pode se dar, por exemplo, a partir da estruturação de princípios como o da

⁷⁵⁵ DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. Introduction, p. 19.

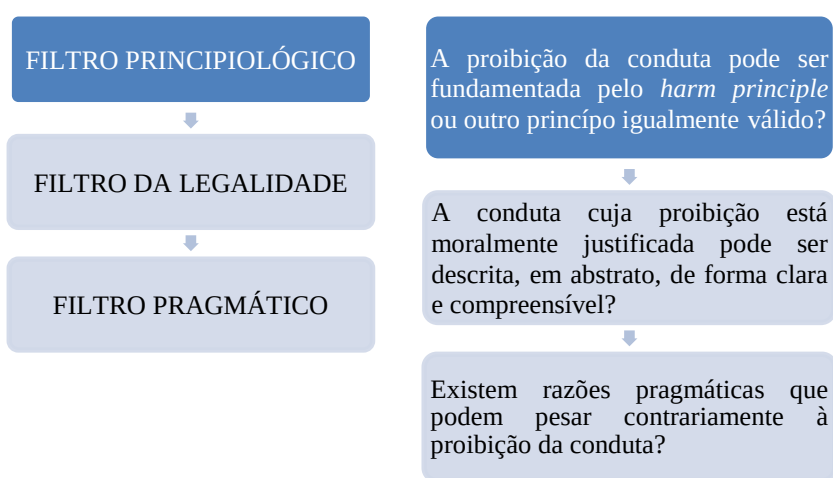
⁷⁵⁶ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 199.

⁷⁵⁷ Sobre a presunção em desfavor da legislação penal superinclusiva, ver o capítulo 4, tópico 4.1.3, *infra*.

⁷⁵⁸ Algumas situações desse tipo aparecem no capítulo 6, tópicos 6.1.5.1 e 6.1.5.2.

subsidiariedade e da *ultima ratio*⁷⁵⁹, inclusive no que diz respeito à indicação de critérios que permitam especificar um núcleo duro de proibições que não podem ser afastadas por razões instrumentais ou de utilidade⁷⁶⁰. Todavia, fora desses estreitos limites, o legislador tem a palavra final: pode não ser conveniente nem eficiente criminalizar, por exemplo, o dano culposos contra a propriedade particular, mas não é possível dizer que o legislador não está moralmente autorizado a fazê-lo se assim escolher⁷⁶¹.

Figura 6 – Procedimento trifásico da teoria da criminalização



3.3.1 Legitimidade democrática e constitucional

No mesmo sentido das críticas levantadas contra a teoria do bem jurídico, um cético em relação à formulação de uma teoria normativa da criminalização poderia argumentar que a

⁷⁵⁹ Conferir outras balizas que podem ser relevantes para o filtro pragmático em: HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, cap. 11.

⁷⁶⁰ Hirsch/Simester identificam esse núcleo a todos os injustos *mala in se* graves: HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 198. De forma semelhante: HÖRNLE, Tatjana. Subsidiarität als Begrenzungsprinzip – Selbstschutz. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 36. No sentido de que o caráter subsidiário não é do direito penal, mas da pena: SEHER, Gerhard. Kann Strafrecht „subsidiär“ sein? Aporien eines „unbestrittenen“ Rechtsgrundsatzes. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 81-82.

⁷⁶¹ DUFF, R.A. *The Realm of Criminal Law*, p. 262.

pretensão dos filósofos de estabelecer limites suprapositivos à criminalização é *antidemocrática*, já que *o legislador eleito é o porta-voz da vontade suprema do povo* e, portanto, teria a *prerrogativa de editar até mesmo leis perversas e estúpidas*, desde que respeitando os ditames constitucionais. Contudo, nada há de antidemocrático em impor limites racionais ao poder de proibir condutas do legislador, ainda que eleito, de forma a coibir arbitrariedades em nome da vontade majoritária. Afinal, *se é certo que não há liberdade sem respeito à legalidade, não é menos certo que não há liberdade quando a lei pode proibir qualquer coisa*⁷⁶². Logo, ainda que a criminalização seja, em última instância, um processo político, os estudiosos podem e devem postular princípios normativos, compatíveis com os valores constitucionais, aptos a orientar racionalmente esse processo⁷⁶³.

A fim de realizar esse propósito, o *harm principle* e os demais princípios da criminalização que, a nosso ver, compõem o filtro da legitimidade *não precisam ser constitucionalizados*. Conforme registra Bois-Pedain, não é recomendável atribuir *status* constitucional a nenhuma teoria penal em particular, pois há uma pluralidade de diferentes teorias igualmente baseadas em argumentos racionais convincentes e optar por uma delas suprimiria o desacordo moral razoável que toda Constituição democrática deve valorizar⁷⁶⁴. Ademais, a incorporação à Constituição de conceitos complexos pode levar à perda da profundidade teórica dessas construções no processo de tradução para a linguagem constitucional, a qual tende a ser mais direta e objetiva⁷⁶⁵. Com efeito, uma teoria penal

⁷⁶² CONSTANT, Benjamin. *Cours de Droit Constitutionnel*. apud ROJAS, Ricardo Manuel. Una visión económica del tema: la protección de los derechos frente al crimen, considerada como un bien público. In: ROJAS, Ricardo Manuel. *Las Contradicciones del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, p. 89. Na mesma linha: ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob a ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: ROXIN, Claus. *Escritos de Direito Penal*. Org. Luís Greco e Fernanda Gama de Miranda Netto. Trad. Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 31.

⁷⁶³ HIRSCH, Andrew von. Foreword. In: PERŠAK, Nina. *Criminalising Harmful Conduct*, p. vii: “Theory can, under favourable circumstances, help guide this process, but the risks of legislative overreach and populist criminal politics will always be present.”

⁷⁶⁴ BOIS-PEDAIN, Antje. The Place of Criminal Law Theory in the Constitutional State. In: SIMESTER, AP; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid. *Liberal Criminal Theory*. Essays for Andreas von Hirsch. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014, p. 318.

⁷⁶⁵ BOIS-PEDAIN, Antje. The Place of Criminal Law Theory in the Constitutional State, p. 319. Nesse ponto, a autora toma como base: GRECO, Luís. Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft. In: BRUNHÖBER, Beatrice; HÖFFLER, Katrin; KASPAR, Johannes; REINBACHER, Tobias; VORMBAUM, Moritz (ed.). *Strafrecht und Verfassung*. Baden-Baden: Nomos, 2013, p. 22-25. Finkelstein entende que nem a Constituição nem a legislação precisam definir dano, cabendo tal tarefa à teoria: “(...) the concept of harm need not itself be constitutionally specified. And unlike liberty and property, the notion of harm need not be legislatively defined if it is not constitutionally supplied. There are certain concepts the law must borrow from ordinary practices. But a *theory* of harm is

excessivamente simplificada e engessada pelo dispositivo constitucional não se mostraria adequadamente funcional e teria, provavelmente, que continuar a exercer seu papel independente da previsão constante da Constituição⁷⁶⁶.

Embora o princípio do dano, assim com a teoria do bem jurídico, não esteja previsto expressamente em nosso texto constitucional, certo é que reconhecê-lo como um fundamento válido para a criminalização de condutas *não é incompatível com a Constituição brasileira*. Em primeiro lugar, o *princípio republicano* (art. 1º, *caput*, da CRFB) exige que o exercício do poder estatal se oriente por critérios racionais e intelectualmente apreensíveis pelos cidadãos e não pelo mero capricho dos detentores ocasionais do poder decisório. Afinal, democracia não combina com arbitrariedade no uso da coerção estatal. Além de respaldado por argumentos racionais convincentes, o *harm principle* está em harmonia com as escolhas axiológicas feitas pela Constituição. Isso porque os valores da *liberdade, autonomia e privacidade*, subjacentes à filosofia liberal que constitui o substrato para a formulação do princípio, estão também consagrados constitucionalmente (art. 5º, *caput*, incisos IV, VI, IX, X, entre outros, da CRFB). Esses mesmos valores fornecem o conteúdo material necessário à concretização do princípio da *dignidade humana*, um dos pilares da democracia brasileira (art. 1º, inciso III, da CRFB). Em segundo lugar, a Constituição brasileira não é alheia à preocupação *em prevenir e coibir, por meio do recurso à lei, danos a interesses individuais e coletivos*, conforme se extrai de dispositivos como o art. 5º, incisos XXXV e XLI, art. 37, §§ 4º e 6º, e art. 225, §3º, todos da CRFB. Como reflexo disso, a lei penal ordinária, a despeito de não mencionar expressar em nenhum momento a ideia de proteção de bens jurídicos, contém referências à ideia de evitação de danos a outras pessoas nos dispositivos que tratam da tentativa (art. 14, inciso II, do CP), do crime impossível (art. 17 do CP), do estado de necessidade (art. 24 do CP) e da legítima defesa (art. 25 do CP).

O que qualquer Constituição democrática demanda é que *o poder legal de criminalização de condutas seja guiado por fundamentos racionais e não exercido de*

nonetheless necessary if legislatures and judges are to apply a harm principle to judge actual legislation, and thus the notion of harm will have to be a well-defined one.” (FINKELSTEIN, Claire. *Positivism and the Notion of an Offense*, p. 394).

⁷⁶⁶ Em sentido diverso, Dubber argumenta que, no sistema estadunidense, a constitucionalização dos princípios penais é de suma importância, uma vez que, diferentemente de países como a Alemanha em que a doutrina penal precede à própria jurisprudência constitucional, inexistente, nos Estados Unidos, consenso em torno de um arcabouço teórico intermediário, situado abaixo da Constituição e acima da legislação ordinária: DUBBER, Markus Dirk. *Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment*, p. 532.

maneira despótica e arbitrária. A Constituição brasileira, assim como várias outras, dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, inciso II, da CRFB). Todavia, a extensão real da proteção à inviolabilidade do direito à liberdade será extremamente restrita se a lei puder restringir a liberdade de ação apenas porque a maioria dos representantes parlamentares assim decidiu. Logo, o mínimo que se espera da proteção constitucional é que ela constitua um óbice ao cerceamento da liberdade individual que não possa ser justificado por boas razões. Porém, mesmo uma Constituição analítica como a brasileira só impõe expressamente limites materiais tímidos ao legislador penal, não oferecendo critérios práticos que sirvam de base a uma avaliação completa a respeito da racionalidade do exercício de poder. Portanto, mostra-se necessária *uma teoria da criminalização que racionalize o processo de criação de proibições penais e proteja efetivamente a liberdade de ação que a Constituição reconhece como inviolável.*

Apesar disso, a inconstitucionalidade da lei penal incriminadora, em nosso sistema, continuará a depender do reconhecimento da violação ao princípio da proporcionalidade (proibição de excesso) e, sobretudo, a direitos fundamentais, sendo que os princípios da criminalização desempenharão um papel na identificação e avaliação dessa violação. Por certo, cabe à ciência penal a proposição de *uma teoria da criminalização útil e plausível que possa ser operacionalizada pelas Cortes Constitucionais quando da aplicação do teste da proporcionalidade* à legislação penal incriminadora. Afinal, tal princípio carece de um ponto de referência para definir se determinada lei penal é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito⁷⁶⁷, motivo pelo qual não deve nunca ser usado como uma fórmula abstrata, mas sempre acompanhado por argumentos concretos, os quais podem ser fornecidos pela teoria da criminalização. Como a Constituição, por si só, não é capaz de identificar esses argumentos, cabe também à teoria da criminalização atuar como intermediário entre o legislador penal e a Constituição e subsidiar o controle de constitucionalidade das leis penais apoiado no princípio da proporcionalidade.

⁷⁶⁷ GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico?, p. 181. Da mesma forma: ROXIN, Claus. ROXIN, Claus. O Conceito de Bem Jurídico Crítico ao Legislador em Xequé, p. 315-316; HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 98-99.

A teoria da criminalização aqui defendida possui *perfil liberal*, o que significa que ela procura manter a *neutralidade em relação às diferentes concepções de vida boa*, mas *sem incorrer no relativismo axiológico*, tendo em vista o reconhecimento de *limites impostos à criminalização pela moralidade crítica*. Não obstante, essa teoria *respeita a liberdade do legislador democrático*, uma vez que os princípios da criminalização aqui endossados não engessam o legislador nem restringem indevidamente os seus poderes. Nem mesmo o princípio do dano reivindica o *status* de fundamento único da criminalização legítima, admitindo que outros princípios possam, igualmente, fornecer boas razões de ordem diversa para a proibição penal de condutas. Todavia, é inegável o protagonismo que o *harm principle* deverá adquirir em qualquer teoria da criminalização de inclinação liberal, porquanto esse é o princípio que melhor se coaduna ao ideal de promoção da tolerância política, do pluralismo e da diversidade. Por outro lado, tais princípios da criminalização se limitam a submeter a atividade do legislador penal ao filtro de legitimidade, a partir do estabelecimento de pressupostos de validade para a incriminação de condutas, reservando ao legislador eleito ampla discricionariedade no que toca à aplicação do filtro pragmático, isto é, ao juízo de eficiência, utilidade e conveniência da criminalização.

3.3.2 Bem jurídico e os princípios da criminalização

De acordo com a teoria da criminalização aqui defendida, as proibições penais devem ser submetidas a um procedimento trifásico de filtragem, sendo que o primeiro filtro, o filtro principiológico, da legitimidade ou da validade, é composto por princípios da criminalização que, assim como o princípio do dano, identificam as boas razões aptas a justificar moralmente a criminalização de condutas em um Estado liberal. Nos próximos capítulos, além de discutir e propor soluções para os desafios decorrentes da aplicação do *harm principle*, analisaremos outros candidatos a integrar o filtro da legitimidade e apontaremos os princípios que, a nosso ver, devem ser acolhidos por uma teoria da criminalização ideal. Veremos quais princípios são esses mais adiante. Pelo momento, cumpre destacar que entendemos *não haver espaço para a teoria do bem jurídico nesse primeiro filtro*, tendo em mente que, da forma como tem sido entendida, a noção de violação a bens jurídicos tende a abarcar não só o âmbito de incidência do *harm principle*, mas também dos demais princípios e além. Por conseguinte, a teoria do bem jurídico é justamente o tipo de

princípio que aqui queremos evitar: *amplo demais* a ponto de não salvaguardar a liberdade individual frente à coerção indevida e *pouco esclarecedor* a respeito das razões morais capacitadas a persuadir racionalmente o legislador liberal a criminalizar determinada conduta.

Isso significa que os sistemas penais de matriz romano-germânica devem abandonar definitivamente a teoria do bem jurídico? A resposta é negativa. A proposta deste trabalho é reservar ao conceito de bem jurídico a tarefa dogmática/intrassistemática e à teoria da criminalização baseada nos princípios da filosofia moral anglo-americana o papel crítico/transsistemático em relação à legislação penal. Era essa função dogmática que, aparentemente, Birnbaum tinha em mente quando substituiu a concepção feuerbachiana de violação de direitos pela ideia de lesão a bens⁷⁶⁸. Essa também é, certamente, a missão que Binding destinou ao conceito de bem jurídico⁷⁶⁹. Daí que, diferentemente do *harm principle*, a teoria do bem jurídico foi pensada, em seus primórdios, como um instrumento para a interpretação e aplicação da norma penal incriminadora e não de crítica política da atividade de criminalização⁷⁷⁰. Trata-se de um papel mais modesto do que o que foi atribuído ao conceito pela doutrina penal majoritária no pós-Segunda Guerra Mundial⁷⁷¹, mas, ainda assim, um papel de significativa relevância prática.

É claro que a reflexão sobre os fundamentos da criminalização legítima não é totalmente alheia ao campo de operacionalização da teoria do bem jurídico, pois essa reflexão também exercerá influência sobre a definição do bem jurídico ofendido por uma conduta criminosa específica. Essa conexão com os princípios da criminalização garantirá que o conceito de bem jurídico não perca, completamente, o seu potencial crítico, convertendo-se em uma categoria vazia que poderá ser preenchida arbitrariamente pelo intérprete com qualquer conteúdo. Por isso, o intérprete continuará imbuído da importante tarefa de postular bens jurídicos compatíveis com as boas razões que embasam uma proibição penal em específico. Nesse contexto, o bem jurídico será uma realidade que serve às necessidades essenciais, presentes ou futuras, dos seres humanos (ou, excepcionalmente, dos animais não

⁷⁶⁸ Ver: BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Trad. José Guzmán Dalbora. Buenos Aires: B de F – Julio César Faira, 2010.

⁷⁶⁹ Ver: BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Leitzig: Wilhelm Engelmann, 1877.

⁷⁷⁰ DUBBER, Markus D. Policing Morality: Constitutional Law and the Criminalization of Incest, p. 746: “From the start, *Rechtsgut* was designed to deflect critique, not to enable it”.

⁷⁷¹ Defendendo um conceito político-criminal de bem jurídico, por todos: HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984, p. 37-38.

humanos), atualmente existentes ou que provavelmente virão a existir, ou à manutenção ou funcionamento do sistema social estruturado para a persecução desse mesmo objetivo, sendo que essa realidade ou uma de suas propriedades é desafiada pela conduta cuja criminalização está fundamentada em boas razões fornecidas pelo *harm principle* ou, eventualmente, por outro princípio reconhecido pela teoria da criminalização.

Portanto, em nossa perspectiva, o conceito de bem jurídico é o *ponto de chegada* e não o *ponto de partida* da discussão sobre os fundamentos e limites da criminalização legítima. O peso do seu papel dogmático pode, inclusive, variar conforme o princípio da criminalização que sustenta a validação da proibição pelo filtro de legitimidade. Assim, o bem jurídico protegido costuma ter maior relevância para a interpretação de incriminações que são explicadas, precipuamente, em função das consequências adversas da conduta para a vida de outras pessoas e da violação às liberdades fundamentais de pessoas determinadas. Por outro lado, parece-nos que só faz sentido restringir o alcance de tipos penais com base em princípios como a adequação social quando a criminalização da conduta tem como principal fundamento a sua incorreção moral em razão da violação de certos deveres, deduzidos do contrato social, em face de pessoas indetermináveis ou da coletividade. Entretanto, uma análise completa sobre a relação entre as funções dogmáticas da teoria do bem jurídico e cada um dos princípios de legitimidade da criminalização demandaria uma investigação específica.

3.4 Conclusão parcial

Este trabalho busca transportar categorias da filosofia moral anglo-saxã para o debate sobre os fundamentos e limites materiais da criminalização nos países da tradição romano-germânica, a fim de que as discussões que se concentravam com exclusividade, até o presente momento, na teoria do bem jurídico se aproximem da filosofia política liberal. A proposta é assegurar aos princípios próprios da teoria da criminalização anglo-americana a tarefa de filtrar a atividade do legislador no âmbito da criminalização primária, reservando ao conceito de bem jurídico o papel de orientar o intérprete/julgador por ocasião da criminalização secundária⁷⁷².

⁷⁷² Na definição de Zaffaroni/Alagia/Slokar, criminalização primária é “*el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas*” e criminalização secundária é “*la*

O recurso aos princípios da criminalização do direito anglo-americano permite precisar melhor os limites da criminalização legítima em um Estado democrático comprometido com o respeito à autonomia individual. Para tanto, deve-se construir uma teoria da criminalização que tenha o *harm principle*, princípio construído a partir da combinação entre as noções de dano e injusto, como o primeiro filtro de identificação de fundamentos racionais aceitáveis para a criminalização de condutas. Todavia, como o *harm principle* é incapaz de suportar o ônus de figurar como critério exclusivo de justificação da criminalização de condutas, não bastando para traduzir toda a complexidade das legislações penais modernas, as proibições penais também podem se fundamentar em boas razões diversas das fornecidas por esse princípio.

O conceito de bem jurídico-penal, por sua vez, deve ser mantido como uma categoria estruturante da dogmática-penal, continuando a exercer as importantes funções sistemáticas que já lhes são atribuídas na delimitação, interpretação, catalogação e aplicação de tipos penais, na definição de outros conceitos jurídico-penais relevantes, no manuseio de causas de exclusão da tipicidade e da ilicitude, na dosimetria da pena etc. Por outro lado, a reflexão sobre as razões que fundamentam validamente a criminalização de condutas serve como substrato para a identificação mais apurada do bem jurídico ofendido.

Ainda que a sua capacidade de invalidar efetivamente proibições penais emane do conteúdo das normas constitucionais e não das suas próprias proposições, isso não significa que o *harm principle* e demais princípios da criminalização sejam inúteis ou vazios. Sem algum nível de elaboração teórica e prática, a linguagem sintética, abstrata e abrangente das normas constitucionais carece de aderência à realidade social. Portanto, a missão dos princípios que integram o filtro de validade é funcionar como ponte de diálogo entre, de um lado, o legislador penal e a Corte Constitucional e, de outro, os valores fundamentais da sociedade politicamente organizada.

acción punitiva ejercida sobre personas concretas” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*, p. 7, *itálico no original*). Essa diferenciação reflete a feita por Hörnle entre perspectiva *ex ante* e perspectiva *ex post* da criminalização: HÖRNLE, Tatjana. *Theories of Criminalization. Criminal Law and Philosophy*, v. 10, n. 2, 2016, p. 302.

4. O COLAPSO DO *HARM PRINCIPLE*

Não obstante o *harm principle* tenha sido acolhido tradicionalmente pela ampla maioria dos filósofos liberais, o princípio tem sido alvo, nas últimas décadas, de uma série de críticas. Por um lado, criminólogos chamam a atenção para o fato de que, a despeito de suas raízes liberais, o princípio pode facilmente ser cooptado por discursos conservadores em favor da criminalização de condutas como mendicância, prostituição e consumo de pornografia. Por outro lado, teóricos ressaltam que o princípio enfrenta maiores dificuldades em conduzir a soluções satisfatórias quando aplicado a determinados grupos de casos. Em razão disso, alguns autores se movimentam no sentido de propor princípios que poderiam assumir o lugar do princípio do dano na discussão sobre os fundamentos e limites da criminalização legítima.

4.1 A crítica criminológica

Com maior ênfase na década de 1990, cidades norte-americanas como Nova York, durante a administração do prefeito Rudolph Giuliani, instituíram as denominadas *políticas de tolerância zero*. Em síntese, essas políticas consistiam em estratégias de policiamento para a manutenção da ordem focadas na prevenção e repressão de infrações de menor gravidade, tais como mendicância, “vadiagem”, embriaguez em público, despejo de lixo nas ruas, pichação e o “pula-catraca” no transporte coletivo⁷⁷³. A adoção dessas medidas foi impulsionada pela *teoria criminológica das janelas quebradas*, para a qual pequenos atos desordeiros, quando tolerados, são responsáveis por gerar um ambiente urbano propício ao cometimento de crimes mais graves⁷⁷⁴. Seguindo a lógica dessa teoria, por exemplo, a conduta daquele que dorme e pede dinheiro na rua configura um distúrbio social perigoso por causar a seguinte sequência de eventos: 1) a presença de moradores de rua em determinada localidade causa prejuízo ao comércio local e a desvalorização dos imóveis na região; 2) os negócios locais fecham e as

⁷⁷³ HARCOURT, Bernard E. Reflecting on the Subject: A Critique of the Social Influence Conception of Deterrence, the Broken Windows Theory, and Order-Maintenance Policing New York Style. *Michigan Law Review*, v. 97, 1998, p. 292.

⁷⁷⁴ WILSON, James Q.; KELLING, George L. Broken Windows: The Police and Neighborhood Safety. *The Atlantic Online*, mar., 1982; WILSON, James. Broken Windows: The Police and Neighborhood Safety. In: WILSON, James. *Thinking about Crime*. New York: Basis Books, 2013, p. 63-77; KELLING, George L.; COLES, Catherine M. *Fixing Broken Windows: Restoring Order and Reducing Crime in Our Communities*. New York: Free Press, 1998.

famílias com melhores condições financeiras se mudam do bairro; 3) o local passa a ser ocupado por pessoas marginalizadas e 4) a violência urbana aumenta.

Segundo Harcourt, a combinação entre a teoria das janelas quebradas e as políticas de tolerância zero levou à intensa repressão penal e/ou administrativa de uma série de condutas antes consideradas “meras imoralidades” inofensivas ou de menor gravidade, sob o argumento de que tais comportamentos tinham o potencial de provocar danos significativos, ainda que *remotos*, aos demais indivíduos e à sociedade⁷⁷⁵. Dessa forma, por exemplo, proibiu-se o funcionamento de saunas gays com o alegado propósito de prevenir a disseminação do vírus HIV e a persecução penal da prostituição foi reforçada com fundamento na prevenção de danos à saúde da população, ameaçada pelo risco de contaminação por doenças venéreas como a sífilis e a gonorreia⁷⁷⁶. Isso ocorreu porque *grupos conservadores se apropriaram discursivamente do princípio do dano* a fim de utilizá-lo para justificar a criminalização de condutas que, na opinião da grande maioria dos liberais, deveriam ser permitidas ou, no máximo, reprimidas de forma mais branda. Até então, os principais argumentos conservadores em favor da proibição dessas condutas se estruturavam em base frágeis, em geral a partir de referências à mera inconveniência social do comportamento ou à sua alegada imoralidade. Agora, esses grupos passam a fazer alusão a evidências empíricas para formular argumentos aparentemente plausíveis a respeito da danosidade remota de condutas que os autores liberais se esforçaram por retirar do alcance do *harm principle*⁷⁷⁷.

⁷⁷⁵ HARCOURT, Bernard E. The Collapse of the Harm Principle. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 90, n. 1, 1999, p. 111.

⁷⁷⁶ Contestando o argumento consequencialista de que a prostituição aumenta a incidência de doenças venéreas: RICHARDS, A. J. Commercial Sex and the Rights of the Person: A Moral Argument for the Decriminalization of Prostitution. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, n. 5, may, 1979, p. 1217-1219.

⁷⁷⁷ Segundo Mehta Sood e Darley, pesquisas empíricas no campo da psicologia cognitiva demonstram que, ao tomar consciência da necessidade de identificar um dano para justificar a proibição de uma conduta, as pessoas tendem a enxergar como danosa, com mais facilidade, a conduta que consideram que deve ser proibida. Os autores citam o exemplo das campanhas contra a legalização do casamento entre pessoas do mesmo sexo que se basearam em alegações como a de que o casamento gay expõe a família, o casamento, as crianças e a sociedade a perigo de dano. Cf.: MEHTA SOOD, Avani; DARLEY, John M. The Plasticity of Harm in the Service of Criminalization Goals. *California Law Review*, v. 100, n. 5, 2012, p. 1313-1358. Holtung também identifica uma tendência *top-down* de considerar algo danoso quando a coerção parece ser cabível e não o contrário: HOLTUNG, Nils. The Harm Principle. *Ethical Theory and Moral Practice*, v. 5, n. 4, 2002, p. 387.

Diante disso, Harcourt afirma que o princípio do dano não conseguiu suportar o peso do seu próprio sucesso e, por isso, está em efetivo colapso⁷⁷⁸. O *colapso do harm principle* é um processo análogo à crise da teoria do bem jurídico e, assim como essa última, também foi propiciado pelos próprios contornos teóricos do princípio em sua versão mais popular. Por certo, esse fenômeno traz à tona um problema já levantado pelos críticos de Stuart Mill: o fato de que praticamente qualquer conduta humana, pelo menos indiretamente, pode afetar negativamente interesses de outras pessoas⁷⁷⁹. Afinal, o indivíduo não é uma ilha e, principalmente nas sociedades atuais, está inserido em complexas relações de interdependência, de modo que uma imensa variedade de cursos causais pode conduzir a um resultado danoso.

O debate sobre a criminalização da pornografia apresenta um dos principais exemplos de aplicações inusitadas do *harm principle*. Feministas radicais como Catharine Mackinnon e Andrea Dworkin desenvolveram argumentos persuasivos no sentido de que a pornografia, diferentemente das meras obscenidades, causa variados tipos de dano a mulheres: 1) a pornografia inflige, diretamente, danos físicos e psicológicos às mulheres que participam da produção do material pornográfico; 2) o consumo de pornografia pode incitar alguns homens à prática de violência sexual contra mulheres e 3) a pornografia promove um ambiente favorável à discriminação contra mulheres⁷⁸⁰. De fato, o próprio Feinberg reconhece a relevância do segundo tipo de dano e, por isso, admite a proibição da produção e distribuição de determinados materiais pornográficos, desde que presentes evidências empíricas em relação ao potencial danoso da conduta⁷⁸¹.

⁷⁷⁸ HARCOURT, Bernard E. *The Collapse of the Harm Principle*, p. 113.

⁷⁷⁹ LUNA, Erik. *The Overcriminalization Phenomenon*. *American University Law Review*, v. 54, 2005, p. 713.

⁷⁸⁰ MACKINNON, Catharine. *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 195-214; MACKINNON, Catharine. *Only words*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 3-41; DWORKIN, Andrea. *Pornography*. *Men Possessing Women*. New York: Plume, 1989, p. 199-202.

⁷⁸¹ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*. *The Moral Limits of the Criminal Law*. Vol. 1. New York: Oxford University Press, 1984, p. 157. Entendendo que a obra de Mill é compatível com a imposição de limites legais à pornografia violenta e degradante: VERNON, Richard. John Stuart Mill and Pornography: Beyond the Harm Principle. *Ethics*, v. 106, n. 3, apr., 1996, p. 621-632; DYZENHAUS, David. John Stuart Mill and the Harm of Pornography. *Ethics*, v. 102, n. 3, 1992, p. 540. Criticando os argumentos feministas antipornografia por não diferenciarem a pornografia heterossexual da homossexual: SHERMAN, Jeffrey G. Love Speech: The Social Utility of Pornography. *Stanford Law Review*, v. 47, mar., 1995, p. 661-705. Para Dripps, a discussão sobre a criminalização da pornografia demonstra que o *harm principle* “is a pretty unpromising way of promoting liberty” (DRIPPS, Donald A. The Liberal Critique of the Harm Principle. *Criminal Justice Ethics*, v. 17, n. 2, 1998, p. 10). Mais sobre a discussão a respeito dos fundamentos e limites da criminalização da pornografia no capítulo 6, tópico 6.1.5.2, *infra*.

Nota-se que a validade das premissas causais da teoria das janelas quebradas e a eficiência das políticas de tolerância zero são colocadas em xeque por numerosos estudos⁷⁸², os quais questionam, inclusive, a real existência de um nexo causal entre as condutas que se pretende proibir e os danos postulados. Além disso, o uso abusivo do *harm principle* pelos apoiadores dessas estratégias não é fundamento suficiente para decretar o colapso do princípio. Isso porque é possível prevenir o mau uso do princípio, como se verá no próximo capítulo, a partir da postulação de critérios de imputação justa de danos remotos, da exigência de que a conduta danosa ou potencialmente danosa também constitua um injusto (*wrong*) e da elucidação dos pressupostos de relevância do consentimento do ofendido. Por isso, é correta a conclusão de Hörnle no sentido de que a crítica criminológica formulada por Harcourt não é, por si, capaz de justificar o abandono do princípio do dano⁷⁸³.

4.2 As críticas dogmáticas

Diferentemente da crítica a partir da perspectiva criminológica, as críticas dogmáticas podem sim, na visão de Hörnle, *colocar o princípio do dano em maus lençóis*⁷⁸⁴. Na sequência, serão apresentados os principais desafios teóricos impostos ao princípio por quatro grupos de casos: danos remotos, injustos não danosos, legislação superinclusiva e crimes *mala prohibita*.

4.2.1 Danos remotos

A noção de *dano remoto* tem em conta não o afastamento espaço-temporal entre a conduta e o dano e sim o caráter *acentuadamente contingencial* desse dano⁷⁸⁵. Em linhas

⁷⁸² HARCOURT, Bernard E. *Illusion of Order*. The False Promise of Broken Windows Policing. Massachusetts: Harvard University Press, 2004, p. 57: “The surprising fact, though, is that the broken windows effect has never been verified. More important, (...) the existing social-scientific data suggest that the theory is probably not right”. No Brasil, ver: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward. Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, v. 3, n. 11, 2003, p. 23-29.

⁷⁸³ HÖRNLE, Tatjana. “Rights of Others” in Criminalisation Theory. In: SIMESTER, AP; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid. *Liberal Criminal Theory*. Essays for Andreas von Hirsch. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014, p. 173.

⁷⁸⁴ HÖRNLE, Tatjana. “Rights of Others” in Criminalisation Theory, p. 174-176.

⁷⁸⁵ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014, p. 57.

gerais, o dano é dito remoto quando a verificação das alegadas consequências socialmente danosas de longo prazo atribuídas à conduta que se pretende proibir depende da combinação entre uma série de condições, cuja ocorrência não é *impossível*, mas tampouco *necessária*. Ademais, como se verá melhor no próximo capítulo, os danos remotos tem como particularidade, a nosso ver, o fato de que a sua consumação depende da intervenção, posterior à conduta, de escolhas de indivíduos autônomos.

Alguns exemplos de utilização do princípio do dano para justificar a criminalização de condutas remotamente danosas são bastante controversos, como é o caso das proibições relacionadas ao *tráfico de drogas*. O argumento de que o tráfico de drogas causa dano à saúde dos usuários não é capaz de explicar a criminalização da conduta com fundamento no *harm principle*, tendo em vista que o consentimento do suposto ofendido afasta o conteúdo de injusto da conduta (ver capítulo 5, tópico 5.2.1, e capítulo 6, tópico 6.2, *infra*). Diante disso, evitando recorrer ao paternalismo penal, os defensores da proibição argumentam que o tráfico de drogas deve ser proibido porque o consumo de drogas causa danos à sociedade, ao reduzir a produtividade econômica dos indivíduos, prejudicando a geração de renda, deteriorando as relações familiares e, por conseguinte, contribuindo para a construção de um ambiente criminógeno, que favorece, inclusive, a difusão de crimes contra o patrimônio voltados a sustentar o consumo de drogas⁷⁸⁶.

Como se viu acima, esse primeiro grupo de casos difíceis possui conexão com a crítica criminológica ao *harm principle*. Todavia, não se trata aqui de criticar o uso discursivo do princípio por grupos conservadores e antiliberais para justificar a proibição de, praticamente, qualquer conduta, aparentemente inofensiva, pela simples referência à possibilidade remotíssima de produção de danos. O desafio em questão, de viés estritamente dogmático, diz respeito à capacidade de orientar a aplicação do princípio, por meio de critérios plausíveis, de forma a limitar a criminalização de danos cuja ocorrência depende da concatenação entre uma série complexa de eventos causais altamente incertos. A superação desse desafio é essencial a evitar a erosão do princípio do dano e preservá-lo como um princípio intrincado no pensamento liberal.

⁷⁸⁶ HUSAK, Douglas. For Drug Legalization. In: HUSAK, Douglas; MARNEFF, Peter de. *The Legalization of Drugs. For & Against*. New York: Cambridge UP, 2005, p. 64-71. Ver também o capítulo 6, tópico 6.2.4.1.2, *infra*.

Sabe-se que o *harm principle* de Feinberg, diferentemente do *liberty principle* de Mill, é introduzido, mais propriamente, como um *princípio limitador da liberdade* e não como um *limite moral ao poder estatal* de criminalização de condutas humanas. Isso sinaliza para o fato de que uma aplicação abusiva do princípio do dano pode colocar a própria liberdade individual em risco. Em razão disso, é necessário restringir o alcance do princípio a partir de diretrizes complementares, aptas a indicar o quão grave e provável precisa ser o dano conectado a dada conduta humana para fins de classificá-la como intoleravelmente perigosa e proibi-la com respaldo nesse princípio. Essas diretrizes são denominadas por Feinberg de *máximas de mediação*, as quais serão analisadas em detalhe no próximo capítulo.

Ocorre que, conforme registrado por Hirsch e Simester, as máximas de mediação de Feinberg não bastam para solucionar o problema dos danos remotos⁷⁸⁷. Como o dano remoto não está ligado à conduta como sua consequência imediata e direta, a diferenciação entre a potencialidade danosa da conduta a interesses alheios (*harm*) e o seu caráter de injusto (*wrong*) costuma ser mais tênue. Por isso, impõe-se a estipulação de critérios de *imputação justa* que permitam demarcar, concretamente, até onde se pode retroceder na cadeia causal a fim de atribuir a determinado agente a responsabilidade por um evento danoso longínquo.

As dificuldades encontradas pela doutrina anglo-americana ao lidar com os danos remotos são semelhantes às enfrentadas pelos sistemas penais romano-germânicos em relação aos crimes de perigo abstrato. Conquanto ambos os sistemas tentem solucioná-las, parcialmente, a partir da eleição de uma teoria da causalidade mais apropriada, a doutrina anglo-americana ainda não conta com uma teoria da imputação objetiva bem desenvolvida e sistematizada como a do direito penal alemão. Apesar disso, uma maior sofisticação do conceito de injusto (*wrongfulness*) também é uma alternativa disponível aos defensores do *harm principle*. No próximo capítulo, as máximas de mediação de Feinberg, os critérios de imputação justa de Hirsch e Simester e a reformulação da exigência de que a conduta proibida constitua um injusto serão apresentados como soluções possíveis ao problema dos danos remotos.

4.2.2 Injustos não danosos

⁷⁸⁷ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 59.

É comum que os críticos do princípio do dano apontem a incapacidade do princípio em fundamentar a proibição de determinadas condutas que, por um lado, não podem ser consideradas danosas do ponto de vista de uma concepção bem delimitada de dano, mas, por outro lado, não é razoável negar ao legislador o direito de criminalizá-las. A existência de injustos não danosos (*harmless wrongs*) que não só podem como *devem* ser criminalizados por qualquer legislador liberal é o principal argumento utilizado por aqueles que defendem que a danosidade, potencial ou efetiva, da conduta não constitui um requisito necessário nem suficiente para a sua criminalização, pois a legitimidade moral de uma proibição penal dependeria apenas, em princípio, do caráter injusto da conduta proibida⁷⁸⁸. De fato, muitas condutas são moralmente erradas porque causam danos evitáveis a outras pessoas e muitas das condutas criminosas mais sérias são injustas principalmente porque são danosas. Ademais, o mais fundamental dos deveres extraídos do contrato social é justamente o dever (negativo) de não causar dano intencional e não consensual a outras pessoas. A despeito disso, uma conduta pode ser injusta por razões alheias às suas eventuais consequências danosas.

Apesar de reconhecer que, excepcionalmente, uma conduta injusta (*wrong*) pode não ser também danosa (*harm*), Feinberg afirma que o injusto sempre prejudica, em alguma medida, interesses alheios, só que esse prejuízo pode ser compensado por um benefício gerado pela mesma conduta⁷⁸⁹. Contudo, a doutrina anglo-americana se debruça sobre contraexemplos de injustos não danosos em que a ausência de dano em sentido derivativo e não normativo não parece poder ser explicada pelo balanceamento de interesses. Nessa linha, Ripstein opõe ao *harm principle* o seguinte contraexemplo, o qual descreve uma *invasão de domicílio* que não causa qualquer dano ao proprietário (*harmless trespass*)⁷⁹⁰: enquanto A está no trabalho, B adentra a sua casa que estava vazia, sem que fosse necessário arrombar a porta, danificar a fechadura ou quebrar uma janela, e tira uma soneca na cama de A. B toma todas as providências para não sujar nem estragar nada: ele leva o próprio lençol, travesseiro e fronha, veste um pijama hipoalérgico e utiliza uma touca de rede nos cabelos. Após um rápido

⁷⁸⁸ DIMOCK, Susan. Contractarian Criminal Law Theory and *Mala Prohibita* Offences. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor (eds.). *Criminalization: The Political Morality of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 160-161.

⁷⁸⁹ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 35.

⁷⁹⁰ RIPSTEIN, Arthur. Beyond the Harm Principle. *Philosophy & Public Affairs*, v. 34, n. 3, 2006, p. 218.

cochilo e antes que A retornasse do trabalho, B se retira da casa. Tendo B deixado tudo exatamente igual, a sua presença na casa passa totalmente despercebida por A.

Para Ripstein, como B não retrocedeu qualquer interesse de A a um patamar comparativamente inferior àquele em que se encontrava previamente, o princípio do dano não consegue fornecer uma razão convincente para proibir a conduta de B⁷⁹¹. Afinal, tal conduta não causou nenhuma consequência negativa que possa ser classificada como um dano aos interesses de A. Em verdade, não houve absolutamente qualquer consequência para A, negativa ou positiva, pois nenhum efeito foi produzido sobre os interesses de A que possa ser separado e individualizado da conduta de B em si. O comportamento em questão só gerou reflexos em relação aos interesses de B, já que, após a soneca, ele estava descansado e, portanto, o seu nível de bem-estar era comparativamente superior ao momento imediatamente anterior à conduta. Em síntese, enquanto B estava melhor depois de praticar a conduta, A não estava melhor nem pior por causa dela, mas igual.

Na visão de Feinberg, o contraexemplo da “soneca” não chega a ser um desafio para o *harm principle*, uma vez que, em casos assim, haveria dano ao *interesse do proprietário em usufruir com exclusividade de sua propriedade*⁷⁹². No entanto, essa abordagem é criticada por esvaziar a própria diferenciação feita pelo filósofo entre dano (*harm*) e injusto (*wrong*), na medida em que a violação de um direito configuraria, por si só, um revés aos interesses de bem-estar do seu titular. De fato, no contraexemplo de Ripstein, a conduta de B violou os direitos de A à propriedade pessoal e à privacidade, mas não tornou a vida de A comparativamente pior em matéria de bem-estar. Por isso, a solução proposta acaba por alterar a definição de dano, moldada pelo próprio autor, para incluir a violação pura e simples de direitos. Outro problema da solução de Feinberg é que ela se baseia na ideia de que todo indivíduo tem um *interesse em não ser tratado injustamente*⁷⁹³. A partir do momento em que se introduz como objeto do dano interesses desse tipo, o conceito de injusto passa a ser dispensável para o *harm principle* e não faz mais sentido manter pressupostos autônomos (dano e injusto) para a incidência do princípio. Além disso, tendo em vista que a versão

⁷⁹¹ RIPSTEIN, Arthur. *Beyond the Harm Principle*, p. 218.

⁷⁹² FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 34-35 e 107.

⁷⁹³ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 50.

feinberguiana do princípio exige que a incriminação previna danos *on balance*⁷⁹⁴, o fundamento para a criminalização da conduta de B desapareceria caso a violação de domicílio produzisse benefícios para A que compensassem ou superassem o que Feinberg identifica com sendo um dano ao “usufruto exclusivo da propriedade”. Desse modo, a conduta de B não poderia ser proibida com base no princípio do dano se, por exemplo, houvesse um incêndio ocorrendo na residência de A e, tendo invadido o local, B apaga o fogo, impedindo que ele se alastre e destrua a propriedade. Afinal, com a casa destruída pelo incêndio, A sequer teria do que usufruir com exclusividade.

Há, ainda, um segundo contraexemplo de injusto não danoso bastante debatido pela doutrina anglo-americana. Trata-se do caso de *estupro de pessoa inconsciente* apresentado por Gardner e Shute⁷⁹⁵: após ingerir, voluntariamente, grande quantidade de álcool, C desmaia em uma festa na residência de D. Aproveitando-se que C estava inconsciente, D a despe e introduz o pênis em sua vagina, fazendo uso de preservativo. O fato não provoca nenhuma lesão ou hematoma em C, que permanece desacordada durante todo o tempo. Horas depois, C acorda e se dirige para casa, nunca vindo a saber que havia sido estuprada por D naquela noite. O fato não foi presenciado por nenhuma pessoa e D não contou o ocorrido a ninguém⁷⁹⁶. Segundo Gardner e Shute, nessa situação hipotética, a vida da vítima não mudou para pior em razão do fato, pois, como ela não vivenciou o estupro, a violação não foi, em nenhum momento, incorporada a sua *experiência de vida*⁷⁹⁷. Assim, C não sofreu nenhuma dor física, nem humilhação, vergonha, desespero, terror, tristeza, ansiedade, arrependimento, raiva ou aversão como consequência do fato. Considerando que ninguém soube do ocorrido, as vidas de outras pessoas também não foram impactadas pelo medo de serem vítimas de algo semelhante. Logo, ainda que o estupro seja, em geral, uma conduta altamente danosa, pode haver casos específicos em que o estupro não causa dano em sentido derivativo ou não

⁷⁹⁴ Ver nossa posição no sentido de que, para a ocorrência de dano em sentido derivativo ou não normativo, basta que haja dano *pro tanto* e não necessariamente *on balance* (capítulo 2, tópico 2.3.2, *supra*).

⁷⁹⁵ GARDNER, John; SHUTE, Stephen. The Wrongness of Rape. In: HORDER, Jeremy (ed.). *Oxford Essays in Jurisprudence*. Fourth Series. New York: Oxford University Press, 2002, p. 196.

⁷⁹⁶ Outra hipótese de estupro não danoso (*harmless rape*) que costuma ser citada pelos teóricos é a do médico ginecologista que, sob o pretexto de realizar exame em paciente inconsciente, masturba-se enquanto toca as partes íntimas da vítima. DAN-COHEN, Meir. Defending Dignity. In: DAN-COHEN, Meir. *Harmful Thoughts*. Essays on Law, Self, and Morality. Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 153.

⁷⁹⁷ GARDNER, John; SHUTE, Stephen. The Wrongness of Rape, p. 196.

normativo. Entretanto, embora D não tenha prejudicado interesses alheios, ninguém nega que tal conduta violou direitos de C.

Seria possível justificar a criminalização de condutas como o “estupro sem dano” (*harmless rape*) com fundamento no princípio do dano, sem alargar demasiadamente o conceito de dano? Gardner e Shute afirmam que sim. Na interpretação dos autores, o *harm principle* não exige que toda e qualquer conduta incluída no âmbito de aplicação da norma proibitiva seja danosa, mas apenas que a *proibição daquele espectro de condutas previna danos a outras pessoas*⁷⁹⁸. Por isso, bastaria que a generalidade das condutas proibidas pela norma incriminadora com fundamento nesse princípio da criminalização, no mínimo, exponha interesses alheios a perigo de dano. Em relação às condutas que eventualmente não produzam consequências negativas, a criminalização estaria justificada pelo fato de que não proibi-las criaria um risco de dano às pessoas em geral, já que poderia resultar no incremento da prática de condutas desse tipo e, por conseguinte, no incremento do risco de produção de danos.

De forma semelhante, Hirsch e Simester argumentam que, desde que a criminalização tenha como fundamento os danos provocados pela generalidade das condutas alcançadas pela norma proibitiva, não é incompatível com o *harm principle* que algumas dessas condutas possam ser praticadas sem causar dano⁷⁹⁹. Isso se dá, explicam os autores, pelo fato de haver condutas – o falso testemunho, por exemplo – cujo caráter injusto precede e independe de qualquer consequência danosa. Nesses casos, o injusto é intrínseco e não instrumental, pois o dano não é a fonte do injusto. Em outras palavras, diferentemente de crimes como o homicídio, o falso testemunho não é valorado como um ato injusto porque causa dano ou perigo de dano a outras pessoas, sendo que o injusto persiste ainda que o depoimento falso seja absolutamente incapaz de convencer alguém. Apesar disso, os autores discordam de Gardner e Shute por entenderem que, em casos como o estupro de pessoa inconsciente, o dano é meramente secundário e não pode, por conseguinte, constituir o

⁷⁹⁸ GARDNER, John; SHUTE, Stephen. *The Wrongness of Rape*, p. 216: “the harm principle does not say that only harmful wrongs may be criminalized. It says that the criminalization of wrongs is justified only in order to prevent harm”. Desenvolvendo argumento semelhante em relação ao contraexemplo da “invasão de domicílio sem dano”, Bird alega que a omissão em proibir essa conduta causaria dano indireto e intolerável ao interesse dos indivíduos por segurança pessoal (BIRD, Colin. *Harm Versus Sovereignty: A Reply to Ripstein*. *Philosophy & Public Affairs*, v. 35, n. 2, 2007, p. 185). No mesmo sentido, Baker afirma que, de uma perspectiva *ex ante*, o estupro é passível de criminalização por produzir, normalmente, um perigo de dano injusto (BAKER, Dennis J. *The Right Not to be Criminalized*. *Demarcating Criminal Law’s Authority*. Farnham: Ashgate, 2011, p. 156).

⁷⁹⁹ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 51.

conteúdo de injusto da conduta. Logo, nessas hipóteses, o caráter de injusto da conduta deve ser estabelecido de forma independente em relação aos seus possíveis efeitos danosos⁸⁰⁰.

São várias as críticas à solução de Gardner/Shute. Em primeiro lugar, a solução é questionada por depender de *evidências empíricas* de que a não proibição aumentaria a incidência de “estupros sem dano” e, por consequência, aumentaria o risco de que outras pessoas venham a sofrer danos⁸⁰¹. Por certo, o fato de que os autores partem do contraexemplo de um estupro que nunca é descoberto por ninguém torna pouco plausível o argumento consequencialista de que a não proibição geraria um risco de repetição da conduta por terceiros encorajados pela garantia de que também ficariam impunes. Por outro lado, a capacidade concreta da proibição em prevenir danos à sociedade se vincula, na realidade, a um diagnóstico prático a respeito da *eficiência utilitária* da intervenção penal. Aliás, a resposta mais adequada aos questionamentos sobre a eficiência e utilidade só poder ser dada pelo próprio legislador, a quem cumpre ponderar o dano produzido e o dano prevenido pela legislação penal. Logo, trata-se de questão afeta ao *filtro pragmático* e não ao *filtro de legitimidade*. Com efeito, pode ser que a norma proibitiva seja legítima, porquanto devidamente fundamentada pelo *harm principle*, ainda que a proibição da conduta não seja, em concreto, útil à prevenção de danos.

Em segundo lugar, seguindo a interpretação de Stewart, a estratégia de Gardner/Shute é justificar a criminalização do “estupro sem dano” com base no medo, preocupação e ansiedade que a não proibição da conduta impingiria à coletividade⁸⁰². O problema é que, com isso, o princípio do dano estaria sendo utilizado para justificar a proibição de condutas em razão de consequências negativas geradas não pela conduta e sim pela própria (ausência de) lei. Além disso, a inclusão de estados mentais indesejados como uma forma de dano é uma estratégia polêmica, tendo em vista que o conceito de dano em Feinberg exclui, expressamente, *reações psíquicas transitórias*⁸⁰³. O mais grave, porém, é que a abordagem dos autores reduz o dano no estupro de pessoa inconsciente a um *impacto social indireto*, de forma que o prejuízo causado diretamente à vítima não possui qualquer

⁸⁰⁰ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 48.

⁸⁰¹ SPENA, Alessandro. Harmless Rapes? A False Problem for the Harm Principle. *Diritto & Questioni Pubbliche*, v. 10, 2010, p. 505.

⁸⁰² STEWART, Hamish. The Limits of the Harm Principle. *Criminal Law and Philosophy*, v. 4, n. 1, 2010, p. 17.

⁸⁰³ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 45-46.

relevância, até porque, nessa concepção, ele sequer existe. Como demonstra a cooptação do princípio do dano pela teoria das janelas quebradas, enfatizar consequências danosas remotas e difusas à coletividade cria o risco de expandir exponencialmente o âmbito de aplicação do *harm principle*. Afinal, a proibição de qualquer comportamento possui, em abstrato, potencial de evitar a ocorrência de algum dano.

De outra parte, a própria existência de algo como um “estupro sem dano” é contestada por alguns autores. Spina argumenta que o dano causado pelo estupro não se reduz às consequências negativas experienciadas pela vítima, isto é, *há outros danos para além do dano de tipo experimental*. Segundo o autor, todo e qualquer estupro produz um dano consistente na violação do *direito da vítima à autonomia sexual*⁸⁰⁴. Portanto, o contraexemplo de Gardner e Shute seria um falso problema para o princípio do dano. No entanto, essa solução, assim como a apresentada por Feinberg para o caso da invasão de domicílio, conduz à confusão entre os conceitos de dano e injusto. Embora Spina tenha razão em afirmar que a solução é compatível com a primeira elaboração do *harm principle* extraída de Stuart Mill, é inegável que ela normativiza completamente o conceito de dano, bem como retira da noção de injusto o papel de limitar o âmbito de consequências danosas que podem constituir boas razões para a criminalização.

Há, ainda, quem argumente que algo está errado com o próprio conceito de dano quando ele não é flexível o suficiente para abarcar o mal que se deduz, intuitivamente, de condutas como a invasão de domicílio e o estupro de pessoa inconsciente. Nessa linha, Tadros alega que é plausível defender que essas condutas produzem danos diversos do dano experimental, tendo em vistas que ambas as condutas afetam as *escolhas de vida* feitas por outra pessoa, escolhas como com quem manter relações sexuais e quem está autorizado a entrar em sua casa, ainda que *as vítimas não cheguem a ter ciência dessa interferência em suas opções de vida*⁸⁰⁵. De maneira semelhante, Stanton-Ife afirma que, desde que se abandone uma concepção de *dano prospectivo*, um defensor do *harm principle* pode alegar que, no caso do estupro de pessoa inconsciente, há dano ao *interesse da vítima em sua*

⁸⁰⁴ SPINA, Alessandro. Harmless Rapes?, p. 501.

⁸⁰⁵ TADROS, Victor. Harm, Sovereignty, and Prohibition. *Legal Theory*, v. 17, 2011, p. 48. O autor não fala em “escolhas de vida” e sim em *shape and meaning of relationships*, mas a expressão aqui empregada reflete uma interpretação cabível da ideia do autor.

*integridade sexual*⁸⁰⁶. Igualmente, Roxin/Greco pontuam que o interesse pela própria autodeterminação sexual inclui o interesse por que ninguém utilize o seu corpo para satisfação sexual sem o seu consentimento⁸⁰⁷. Por seu turno, Scoccia argumenta que a ideia de que pode haver estupro ou violação de domicílio sem dano faz sentido para aqueles que aderem a uma *noção hedonista de dano*, mas não para quem define dano como a *frustração de determinadas preferências a respeito da própria vida*⁸⁰⁸.

Em verdade, os dois contraexemplos de injustos não danosos aqui mencionados poderiam, em tese, deixar de serem problemáticos para o princípio do dano, caso o conceito de dano não dependesse da identificação de *impactos negativos para o bem-estar imediato ou as perspectivas de vida da vítima*. Daí que, por exemplo, haveria dano sempre que a autonomia de uma pessoa fosse desrespeitada por alguém, ainda que a vítima não se encontre, aos olhos de um observador externo objetivo, em uma condição pior em matéria de bem-estar do que ela estaria se a conduta não houvesse sido praticada. Ocorre que é possível apontar, pelo menos, dois resultados indesejados dessa redefinição: a ampliação do conceito de dano e a perda de clareza da diferenciação entre dano e injusto. Todavia, a outra solução destinada a salvar o *harm principle* também não se mostra satisfatória, pois se concentra em alegados resultados danosos que, além de indiretos, são totalmente alheios à vítima do fato. No contraexemplo do “estupro sem dano”, Gardner e Shute convertem o estupro – um crime que tende a causar dano gravíssimo à vítima – em um crime de perigo de dano remoto para a coletividade. No mais, essa solução não captura o que fundamenta, essencialmente, a criminalização do estupro, ou seja, falha em explicar a razão para que qualquer legislador racional repute o estupro uma conduta particularmente grave e que deve ser proibida⁸⁰⁹.

⁸⁰⁶ STANTON-IFE, John. Horrific Crime. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. *The Boundaries of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 160.

⁸⁰⁷ ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 5. Auflage. Band I. München: C.H. Beck, 2020, 125d, p. 102.

⁸⁰⁸ SCOCCIA, Danny. In Defense of “Pure” Legal Moralism. *Criminal Law and Philosophy*, v. 7, n. 3, 2013, p. 518.

⁸⁰⁹ Com efeito, o desvalor do estupro vai além da intimidação e da violação à liberdade e à integridade física, relacionando-se também com o significado especial atribuído pela cultura à intimidade sexual. A respeito do conteúdo de injusto do estupro: “The moral wrongness of rape consists in violating an individual’s autonomy right to control one’s own body and one’s sexual self-determination and the seriousness of rape derives from the special important we attach to sexual autonomy” (MCGREGOR, Joan. Force, consent, and the reasonable woman. In: COLEMAN, Jules L.; BUCHANAN, Allen (ed.). *In Harm’s Way*. Essays in Honor of Joel Feinberg. Cambridge: Cambridge University Press, 1994, p. 236).

Os autores que questionam se esses seriam realmente contraexemplos de injustos sem dano têm razão ao destacar que, embora dano seja cotado em bem-estar, existem *dimensões não experienciais do bem-estar*, pois é perfeitamente possível que uma pessoa tenha sofrido dano mesmo que não tenha consciência disso⁸¹⁰. Todavia, considerando que *dano é cotado em bem-estar*⁸¹¹, mesmo que se conclua que há sim dano nos referidos casos da violação de domicílio e do estupro de pessoa inconsciente, a verdade é que esse dano é *marginal* em relação à gravidade injusto. No mais, há casos evidentes de injustos não danosos, como os já mencionados exemplos da profanação de cadáveres, do bebê de Parfit e, de forma geral, quando o bem-estar de alguém é beneficiado contra a sua vontade (p. ex., quando um indivíduo adulto e competente é impedido de realizar um autossacrifício em favor de uma causa⁸¹² e outras hipóteses de intervenção paternalista). Portanto, ainda que a esmagadora maioria das condutas que violam direitos também afetem adversamente os interesses da vítima, a existência de injustos não danosos demonstra que, por um lado, há injustos morais dos quais o direito penal não deve se ocupar na ausência de um dano (p. ex., a mera quebra de uma promessa) e, por outro, há condutas que devem ser proibidas em razão de seu conteúdo de injusto, independente de quais sejam os seus efeitos sobre o bem-estar daquele que teve seus direitos violados.

Observa-se que os contraexemplos desafiadores para o *harm principle* são resolvidos pela teoria do bem jurídico sem grandes dificuldades. Justamente por ser mais fluido e amplo, o conceito de violação a bem jurídico compreende tanto o que se define como dano (*harm*) quanto o que a doutrina anglo-americana denomina de injusto (*wrong*). Porém, como visto no capítulo anterior, essa é uma das razões para preferirmos o princípio do dano à teoria político-criminal do bem jurídico. De outra parte, os contraexemplos de injustos não danosos não são fatais para uma teoria da criminalização que endossa o *harm principle* apenas com um dos princípios que fornecem boas razões para a proibição penal de condutas, não excluindo a legitimidade de uma proibição fundamentada, exclusivamente, no conteúdo de injusto da conduta. Mesmo que a invasão de domicílio e o estupro de pessoa inconsciente causem danos

⁸¹⁰ TOMLIN, Patrick. Retributivists! The harm principle is not for you! *Ethics*, v. 124, n. 2, 2014, p. 282.

⁸¹¹ TADROS, Victor. *Wrongs and Crimes*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 177: “Well-being is the currency of harm”.

⁸¹² TADROS, Victor. *Wrongs and Crimes*, p. 202-203. Outro exemplo de injusto não dano citado pelo autor é o “furto sem dano”: um funcionário de um crematório subtrai a tampa de um caixão, assim que ele atravessa a cortina do forno para ser cremado.

diretos à vítima, o argumento decisivo pela criminalização dessas condutas não se vincula aos danos eventualmente causados. Nesses dois casos, o fundamento da proibição tem mais relação com a conduta em si mesma do que com as suas consequências contingenciais.

4.2.3 *Legislação penal superinclusiva*

No tópico anterior, o foco foram condutas que, embora não danosas, possuem um conteúdo de injusto bastante nítido, o qual precede e independe de qualquer consequência negativa para o bem-estar imediato de outras pessoas ou para os seus projetos de vida de longo prazo. Neste tópico, o grupo de casos analisado compreende principalmente condutas que não possuem um caráter injusto tão evidente quando apartadas de suas possíveis consequências danosas e, por isso, são proibidas precipuamente em razão de seu potencial danoso. Ocorre que é possível que os pressupostos formais de aplicação da lei penal que descreve esse tipo de conduta se verifiquem nas situações concretas mesmo na ausência desse potencial danoso. As leis que autorizam formalmente a punição desses comportamentos constituem o que se denomina de *legislação penal superinclusiva* (*overinclusive criminal legislation*).

Segundo Husak, uma norma incriminadora é superinclusiva “quando as razões que a justificam se aplicam a algumas, mas não a todas as condutas que proíbe”⁸¹³. De forma semelhante, Simester afirma que uma proibição é superinclusiva “quando se proíbe uma gama mais ampla de condutas do que a exigida pelas razões que motivam a proibição”⁸¹⁴. Assim, no caso das proibições justificadas com base no princípio do dano, o agente pode infringir a norma proibitiva, mesmo sem causar o dano ou perigo de dano que a lei pretende evitar. Nesse quadro, Husak defende uma *presunção contra a legitimidade das leis superinclusivas*, de modo que esse tipo de legislação só seria admitido em determinadas hipóteses⁸¹⁵. Logo,

⁸¹³ HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización*. Los límites del Derecho penal. Trad. Rocío Lorca Ferreccio. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 237. No original: “Un delito es sobreinclusivo cuando las razones que los justifican se aplican a algunas pero no a todas las conductas que prohíbe”.

⁸¹⁴ SIMESTER, A. P. Enforcing Morality. In: MARMOR, Andrei (ed.). *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. New York: Routledge, 2012, p. 486. No original: “A prohibition is overinclusive when it proscribes a wider range of conduct than is required by the reasons motivating the prohibition”.

⁸¹⁵ HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización*, p. 236-237. Em trabalho anterior, o autor defendia uma vedação absoluta à legislação penal superinclusiva: HUSAK, Douglas. Reasonable Risk Creation and Overinclusive Legislation. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 1, n. 2, 1998, p. 599-626. Para críticas às soluções de Husak ao

para o autor, as normas incriminadoras, em regra, não podem ser mais amplas do que o necessário para alcançar o objetivo de prevenção de danos.

Como os tipos penais precisam ser descritos de forma a se aplicarem a uma pluralidade de casos, a tendência é que eles abarquem mais situações concretas do que aquelas originalmente pretendidas, não importando o quanto o legislador se esforce para restringir linguisticamente a definição de crime. Portanto, o caráter geral da lei, na prática, impõe que ela seja também superinclusiva em alguma medida. Com efeito, esses excessos do legislador poderiam ser corrigidos por meio de uma interpretação restritiva do tipo penal. Todavia, há casos em que, embora o caráter superinclusivo da lei penal faça com que ela alcance condutas que, à primeira vista, não atenderiam às exigências do *harm principle* por não constituírem injustos danosos, não parece viável sustentar que essas condutas não devam ser criminalizadas.

Os exemplos mais discutidos de legislação penal superinclusiva aparentemente legítima dizem respeito aos *crimes de trânsito*. Considere a antiga redação do crime de dirigir embriagado, previsto pelo art. 306 da Lei nº 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro – CTB): “Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas”. Agora, suponha que E, após ingerir três taças de vinho, conduza seu carro, por cerca de 500 metros, do bar em direção a sua residência. Ocorre que E é um motorista especialmente competente e essa quantidade de álcool não é suficiente para afetar sua capacidade de dirigir em segurança. Apesar de saber disso, por cautela, E dirige mais devagar e com mais atenção e cuidado do que dirigiria se não houvesse bebido. Contudo, pouco antes de chegar a seu destino final, E é parado por policiais em uma blitz e realiza o teste de alcoolemia, vindo a soprar o “bafômetro”. Conquanto apresente concentração de álcool no sangue um pouco superior a 6 decigramas, a capacidade psicomotora de E não foi alterada pela ingestão dessa quantidade de álcool.

Para Duff e Marshall, condutas como a de E desafiam uma versão do princípio do dano que exige que a conduta proibida produza, pelo menos, perigo de dano, uma vez que,

problema da legislação penal superinclusiva: WESTEN, Peter. The Ontological Problem of ‘Risk’ and ‘Endangerment’ in Criminal Law. In: DUFF, R.A.; GREEN, Stuart P. (ed.). *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 325.

nesses casos, não há a criação de um perigo proibido para outras pessoas⁸¹⁶. Além disso, *a priori*, a conduta também não constituiria um injusto, a não ser que se equipare o seu conteúdo de injusto à mera violação da norma reguladora. De fato, não é possível afirmar que a conduta de E é injusta porque é injustificadamente arriscada, isto é, eventual desvalor moral da conduta não pode decorrer do fato de ela produzir um perigo proibido. Não obstante, a grande maioria dos defensores do *harm principle* não se opõe à criminalização de condutas como a de E com fundamento nesse princípio.

De forma geral, as normas administrativas de controle no âmbito do tráfico viário são, ao mesmo tempo, *super e subinclusivas (over and underinclusive)*, porquanto baseadas em um cálculo estatístico a respeito da periculosidade da conduta da média dos condutores, não atendendo às particularidades dos condutores especialmente hábeis ou inábeis. Daí que, por exemplo, enquanto E é um condutor acima da média em competência que não tem sua capacidade psicomotora prejudicada pela concentração de álcool no sangue pouco superior a 6 decigramas, F é um condutor abaixo da média em competência que já tem a sua capacidade psicomotora prejudicada por uma concentração de álcool no sangue inferior a 6 decigramas. Caso conduza seu veículo de forma insegura em razão da ingestão de bebida alcoólica, mas com concentração de álcool no sangue inferior ao patamar legal, F não cometeria o crime de dirigir embriagado na forma prevista pela antiga redação do art. 306 do CTB.

Há exemplos relevantes de leis penais superinclusivas aparentemente legítimas fora do âmbito dos crimes de trânsito. É o caso do crime de *estupro de vulnerável* quando a vítima, apesar de menor de 14 anos, já é suficientemente madura e intelectualmente capaz para decidir autonomamente por praticar uma atividade sexual. Por certo, o conteúdo de injusto presente na conduta daquele que pratica ato libidinoso com menor de 14 anos consiste na exploração da vulnerabilidade da criança ou adolescente que ainda não possui a maturidade sexual necessária para consentir validamente no ato sexual. Diante disso, é possível afirmar que, nas hipóteses específicas em que um adolescente menor de 14 anos já possui concretamente a capacidade de decidir, de forma livre e informada, por tomar parte em atividade sexual, aquele que mantém com ele relação sexual consentida não pratica um

⁸¹⁶ DUFF, R. A.; MARSHALL, S. E. "Abstract Endangerment", Two Harm Principles, and Two Routes to Criminalisation. *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, v. 3, n. 2, 2015, p. 144.

injusto. Afinal, nesses casos, não há violação ao direito do adolescente ao desenvolvimento sexual saudável e sim exercício da sua liberdade sexual positiva.

Assim, é possível imaginar um caso como o seguinte: G, de 13 anos e 11 meses, pratica ato sexual com H, se namorado há seis meses que acaba de completar 18 anos. G possui desenvolvimento psicológico, emocional e intelectual mais avançado do que a média dos adolescentes de sua idade, tendo decidido manter relação sexual com H após buscar informação e refletir sobre as possíveis consequências de sua decisão. H acompanhou o processo de decisão de G e está ciente de que ele possui a maturidade necessária para a prática do ato. Dessa forma, na medida em que o art. 217-A do Código Penal brasileiro abarca condutas como a de H, que carecem do elemento de exploração da imaturidade alheia que compõe o caráter de injusto da conduta, esse dispositivo se mostra superinclusivo⁸¹⁷.

Em verdade, a norma proibitiva em questão também pode se apresentar, em dadas circunstâncias, deficiente para abarcar todas as situações em que haveria dano ao desenvolvimento sexual saudável do adolescente. Imagine-se que H pratique relação sexual consentida com I que, apesar de seus 14 anos completos, ainda não é suficientemente maduro e desenvolvido para consentir no ato, ou seja, não possui a capacidade mínima necessária para se autodeterminar sexualmente. Casos como esse fazem com que alguns autores aleguem que o princípio do dano, como qualquer pretensão *master principle*, está fadado a ser, ao mesmo tempo, super e subinclusivo⁸¹⁸. Apesar de defender uma presunção contra leis penais superinclusivas, Husak não postula uma presunção similar contra leis penais subinclusivas⁸¹⁹.

Aos dois casos tratados neste tópico poderia ser apresentada solução análoga à proposta por parte dos defensores do *harm principle* para os dois contraexemplos discutidos

⁸¹⁷ Caso H não tivesse 18 anos e sim, por exemplo, 15 anos de idade, a tipicidade de ato infracional análogo ao crime de estupro de vulnerável poderia ser excluída pela “exceção de idade próxima” (*close-in-age exception*) prevista pela legislação penal de países como Canadá, Itália e Suíça. Ver: FÁRIA, Alécia Alvim Machado; VIANNA, Túlio. Maioridade Sexual: por uma idade de consentimento sexual pautada na tutela de bens jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 118, 2016, p. 15-54.

⁸¹⁸ DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. Introduction: The Boundaries of the Criminal Law. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. *The Boundaries of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 20.

⁸¹⁹ HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización*, p. 241. A não ser que o caráter subinclusivo da lei penal seja um indício de que os verdadeiros objetivos buscados pelo legislador são menos nobres do que sugerem os seus objetivos declarados. O autor cita o exemplo de norma incriminadora que, sob o pretexto de prevenir atos de crueldades contra animais, proíbe apenas o sacrifício de animais em rituais religiosos de santería, mantendo permitidos vários atos de crueldade contra animais. O mais provável é que uma norma desse tipo se oriente por objetivos discriminatórios e não de prevenção de danos.

no tópico anterior. Nesse quadro, o princípio seria compreendido como uma exigência de que a proibição da conduta previna danos, ainda que cada uma das condutas proibidas não cause dano nem perigo proibido de dano. Entretanto, essa solução apresenta os problemas mencionados no tópico anterior, além de ter as desvantagens já apontadas quando nos manifestamos em favor de um princípio do dano responsivo e não preventivo (capítulo 2, tópico 2.4, *supra*). Com efeito, a estratégia de definir o *harm principle* como se o princípio dispensasse a necessidade de que a conduta seja, ao menos, potencialmente danosa, a fim de salvá-lo das dificuldades criadas pelos casos de superinclusão, tem como efeito colateral anular a capacidade de uma teoria da criminalização de racionalizar as decisões do legislador penal. Um princípio da prevenção de danos não opõe limites morais substanciais à atividade de criminalização, restringindo-se a dizer *para que* uma conduta pode ser proibida, mas não o *que* pode ser proibido. Por essa razão, Duff pontua que essa versão do princípio oferece ao legislador boas razões apenas para *regular* uma conduta e não para criminalizá-la⁸²⁰.

Para Ripstein, os crimes de perigo proibido no trânsito, diferentemente dos casos analisados no tópico anterior, comportam solução dentro dos limites do *harm principle*⁸²¹. Isso porque há uma *diferença crucial* entre os dois grupos de casos problemáticos. O legislador penal pode ser indiferente à condução não intoleravelmente perigosa de veículo automotor, até porque o trânsito de veículos automotores sempre cria perigo de dano para outras pessoas, o qual, desde que mantido dentro de determinado limite, é considerado um perigo juridicamente permitido. No entanto, o legislador penal não pode ignorar condutas como a invasão de domicílio e o estupro de pessoa inconsciente, ainda que elas não causem nenhum perigo de dano.

Na visão de Cornford, a legislação superinclusiva atende a objetivos práticos. Nesse sentido, o critério etário no crime de estupro de vulnerável e o percentual máximo de alcoolemia no crime de conduzir veículo automotor em estado de embriaguez representam um ganho para o *princípio da legalidade*. Isso porque esses critérios tornam os contornos da proibição melhor determinados, permitindo que o cidadão preveja, com maior facilidade, se a

⁸²⁰ DUFF, R.A. *The Realm of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 272.

⁸²¹ RIPSTEIN, Arthur. *Beyond the Harm Principle*, p. 223-224.

sua conduta é ou não proibida e que os juízes decidam com maior *segurança jurídica*⁸²². Além disso, caso a descrição das condutas proibidas fizesse referência à real afetação da competência do condutor para dirigir após o consumo de bebida alcoólica ou à imaturidade sexual concreta do adolescente, seriam maiores as chances de que, ainda que de boa-fé, o destinatário da norma incorresse em erro de julgamento a respeito dessas elementares típicas⁸²³. Para o autor, esses casos de legislação penal superinclusiva demonstram que, diferentemente do que sustenta a esmagadora maioria das teorias da criminalização, o legislador pode sim criminalizar condutas que não constituem um injusto, desde que tenha boas razões para tanto⁸²⁴.

De fato, tanto quem acaba de tomar algumas taças de vinho quanto quem deseja manter relação sexual com um adolescente não está em posição ideal para realizar uma avaliação confiável sobre se, no caso concreto, a conduta pretendida causa dano ou perigo de dano a interesses alheios. O legislador está, em geral, em uma posição epistemologicamente superior para realizar esse tipo de julgamento. Porém, apesar das evidentes vantagens práticas em se apelar a leis penais superinclusivas, a possibilidade de *erros de julgamento* não é suficiente para justificar, por si, a punição de agentes que não estavam realmente equivocados. Como visto no capítulo anterior, antes de serem submetidas ao filtro pragmático, as leis penais incriminadoras precisam superar o filtro da legitimidade.

Parte dos teóricos anglo-americanos entende que condutas como a de E e H não são desprovidas de conteúdo de injusto. Os autores que sustentam essa posição precisam responder questões como as seguintes: por que E deve se abster de dirigir após ingerir bebida alcoólica pelo fato de pessoas como F não terem a mesma competência para realizar essa

⁸²² CORNFORD, Andrew. Rethinking the Wrongness Constraint on Criminalisation. *Law and Philosophy*, v. 36, n. 6, 2017, p. 640.

⁸²³ Outra vantagem, identificada pelo autor, do critério etário no crime de estupro de vulnerável, quando comparado a uma definição do crime baseada na ideia de exploração da imaturidade, diz respeito ao fato de que discutir se a vítima era ou não imatura, em cada caso concreto, pode gerar revitimização: CORNFORD, Andrew. Rethinking the Wrongness Constraint on Criminalisation, p. 641. No caso dos crimes de trânsito, Husak afirma que não há método confiável para distinguir o condutor que, ao agir em desconformidade com a norma reguladora, é meramente afortunado de não se envolver em um acidente de trânsito do condutor epistemologicamente privilegiado, isto é, aquele que sabe que sua conduta, embora irregular, não produz um incremento no perigo de dano: HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización*, p. 239. Também reconhecendo as vantagens práticas em se optar, nesses casos, por uma legislação penal superinclusiva: SIMESTER, A. P.; HIRSCH, Andrew von. Remote Harms and Non-constitutive Crimes. *Criminal Justice Ethics*, v. 28, n. 8, may, 2009, p. 95.

⁸²⁴ CORNFORD, Andrew. Rethinking the Wrongness Constraint on Criminalisation, p. 649.

conduta sem incrementar o risco de dano para outras pessoas? Por que H deve se abster de manter relação sexual com G pelo fato de pessoas como I não possuírem a mesma capacidade que G para consentir validade na prática do ato? O próprio Feinberg argumenta que, em casos assim, é possível deduzir a imoralidade da conduta da sua mera ilegalidade, mas afasta a possibilidade de utilizar essa imoralidade dependente da ilegalidade como substrato para o conteúdo de injusto das condutas criminalizadas⁸²⁵. Ademais, o autor não esclarece em quais condições um direito (ou dever) meramente legal pode gerar um direito (ou dever) moral.

Na análise de Duff, aquele que reivindica, em seu favor, uma exceção pessoal para agir em desacordo com a norma de conduta expressa *arrogância ou egoísmo cívico* em relação aos seus concidadãos. Tendo em vista que as normas jurídicas que regulam o trânsito de veículo e a validade do consentimento sexual de menores “são justificadas como formas eficientes e não indevidamente onerosas de prevenir dano”⁸²⁶, violá-las configura um ato de injustiça. Todavia, o autor ressalta que, embora o injusto não preceda nem independa da lei reguladora, o conteúdo de injustiça é fornecido pela regulamentação e não pela criminalização. Ocorre que, como salienta Husak, o argumento da arrogância cívica só explica o conteúdo de injusto de uma pequena minoria das condutas proibidas por leis penais superinclusivas⁸²⁷, já que a norma de comportamento pode ser violada, por exemplo, porque o agente a considera injusta ou estúpida e não por arrogância ou egoísmo. Além disso, a proposta de fundamentar o conteúdo de injusto dessas condutas em juízos morais a respeito da arrogância ou egoísmo cívico do agente se aproxima perigosamente do *perfeccionismo moral*⁸²⁸ e, por isso, dificilmente pode ser conciliada com uma concepção liberal do *harm principle* comprometida com o ideal de neutralidade.

Evitando falar em arrogância e egoísmo, Hirsch e Simester explicam que as normas que regulam o trânsito resolvem *problemas de coordenação* entre as condutas dos vários condutores de veículos automotores e, com isso, buscam prevenir danos a todos os

⁸²⁵ FEINBERG, Joel. Harm to Others, p. 110-111.

⁸²⁶ DUFF, R. A.; MARSHALL, S. E. “Abstract Endangerment”, Two Harm Principles, and Two Routes to Criminalisation, p. 155: “if the regulations are justified as efficient and not unduly burdensome ways of preventing harm, if they are therefore regulations that we ought to obey, breach of them is wrongful, in a way that properly concerns the polity whose safety these regulations serve; it thus merits formal, public censure.” Ver também: DUFF, R. A. *Answering for Crime*. Responsibility and Liability in the Criminal Law. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007, p. 170-171.

⁸²⁷ HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización*, p. 179.

⁸²⁸ Mais sobre o perfeccionismo moral no capítulo 6, item 6.3.1.1, *infra*.

participantes do trânsito, sejam pedestres, ciclistas, motoristas etc.⁸²⁹ Os autores argumentam que a todos os condutores são atribuídos *deveres de cooperação mútua e de proteção recíproca*, os quais impõem a observância das normas reguladoras vigentes a fim de garantir a segurança no trânsito. Como esse sistema beneficia igualmente a todos, o seu funcionamento eficiente é de interesse e responsabilidade geral, motivo pelo qual ninguém pode reivindicar tratamento especial para não cumprir com determinadas normas⁸³⁰. Por outro lado, Hirsch e Simester esclarecem que mesmo a conduta do condutor experiente e com habilidade para impedir que o seu comportamento contrário à norma de coordenação venha a produzir dano não pode ser considerada totalmente segura, uma vez que, ainda que ele tenha controle sobre o próprio veículo, ele não tem controle sobre o comportamento dos demais que participam do trânsito e esperam que ele se comporte de determinada maneira⁸³¹.

A nosso ver, os esforços em adequar a criminalização dessas condutas ao princípio do dano pecam por desconsiderar a diferença entre *criminalização primária* e *criminalização secundária*⁸³². Conforme pontuado por Ferzan, “mesmo que possamos justificar a legislação como o melhor que podemos fazer, não podemos justificar a punição em face de casos claros de excesso de inclusão”⁸³³. Portanto, ainda que a legislação penal superinclusiva seja admitida, em determinadas circunstâncias, como um “mal inevitável”, isso não significa que a punição não deva ser excluída, posteriormente, quando o julgador é confrontado com um caso concreto em que não estão presentes os pressupostos que justificam a proibição. A *inidoneidade concreta da conduta para produzir o perigo de dano que justifica a sua criminalização*, constatada por um *observador objetivo*, situado na mesma posição que o agente, no momento da prática da conduta, e conhecendo todas as circunstâncias fáticas

⁸²⁹ SIMESTER, A. P.; HIRSCH, Andrew von. Remote Harms and Non-constitutive Crimes, p. 96. Vejamos a definição de problemas de coordenação em Leslie Green: “A group of agents have a *co-ordination problem* (CP) where each must choose between exclusively alternative courses of action, the directly consequential returns of which to each depend on both his own choices and those of the others.” (GREEN, Leslie. Law, Co-ordination and the Common Good. *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 3, v. 3, 1983, p. 301).

⁸³⁰ Hirsch e Simester criticam a abordagem de Duff, mas as duas argumentações se aproximam bastante.

⁸³¹ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 78-79.

⁸³² Ver definição de criminalização primária e secundária acima (nota de rodapé nº 772).

⁸³³ FERZAN, Kimberly Kessler. Prevention, Wrongdoing, and the Harm Principles’s Breaking Point. *Ohio State Journal of Criminal Law*, v. 10, n. 2, 2013, p. 688. No original: “even if we can justify the legislation as the best we can do, we cannot justify the punishment in the face of known case of over inclusivity”.

relevantes (juízo *ex ante*)⁸³⁴, torna ilegítima a decisão do julgador por puni-la com base no *harm principle*⁸³⁵. Todavia, remanesce a possibilidade de atribuir caráter criminoso à conduta com amparo em outro princípio da criminalização.

Em suma, a finalidade de prevenção de danos fundamenta a *regulamentação administrativa* da conduta, mas não é suficiente para justificar a sua criminalização. É necessário que a conduta que se pretende penalmente proibida produza dano ou perigo de dano e constitua um ato de injustiça. As normas penais incriminadoras devem ser estruturadas de maneira a evitar o vício da superinclusão, ainda que razões de ordem prática recomendem o contrário⁸³⁶. Nas hipóteses em que um mínimo de excesso se mostrar inevitável, cabe ao julgador limitar a aplicação da norma aos casos em que estejam realmente presentes os pressupostos que fundamentam a criminalização. Nesse segundo momento, o bem jurídico ofendido pode desempenhar o papel metodológico de *critério corretor* do alcance da proibição penal.

4.2.4 Crimes *mala prohibita*

Tradicionalmente, as condutas juridicamente proibidas são divididas em *mala in se* e *mala prohibita*. Na primeira categoria, estariam condutas tidas como um “mal em si mesmo”, ou seja, “erradas em razão de suas propriedades intrínsecas”⁸³⁷ ou “erradas prévia e

⁸³⁴ É verdade que a exata definição das circunstâncias que devem ser consideradas relevantes é uma questão controversa, sendo que a solução concreta pode variar conforme se inclua ou exclua determinada circunstância do âmbito de circunstâncias conhecidas pelo observador objetivo que realiza o juízo *ex ante*. Ver discussão em: WESTEN, Peter. The Ontological Problem of ‘Risk’ and ‘Endangerment’ in Criminal Law, p. 317-322. Como esse é um problema de maior relevância para a criminalização secundária do que para a criminalização primária, não pode aqui ser resolvido.

⁸³⁵ De forma semelhante, Westen propõe que as Cortes reconheçam uma *impossibility defence* aplicável aos crimes de perigo implícito, no mesmo sentido da *defence* que já é aplicada aos crimes tentados, a fim de excluir a responsabilidade penal quando a conduta concreta não produz qualquer risco de dano: WESTEN, Peter. The Ontological Problem of ‘Risk’ and ‘Endangerment’ in Criminal Law, p. 326.

⁸³⁶ Na mesma linha, Wellman afirma que a existência de mecanismos que permitam a correção do caráter superinclusivo da lei nas situações concretas é um requisito para a legitimidade da lei (por exemplo, a possibilidade de o agente evitar a punição por *statutory rape* comprovando que o adolescente tinha maturidade para consentir livremente no ato). Ver: WELLMAN, Christopher Heath. Rights Forfeiture and Mala Prohibita. In: DUFF, R.A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S.E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor (eds.). *The Constitution of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 95.

⁸³⁷ DIMOCK, Susan. The *Malum prohibitum* – *Malum in se* Distinction and the Wrongfulness Constraint on Criminalization. *Dialogue*, n. 55, 2016, p. 10. No original: “wrong in virtue of its intrinsic properties”.

independentemente da sua proibição legal”⁸³⁸, tais como o homicídio, a lesão corporal e o estupro. A segunda categoria inclui condutas *moralmente neutras* que só passam a ser percebidas como um mal depois que são proibidas pelo legislador, não sendo evidente que elas violem direitos morais pré-legais⁸³⁹. É o caso da condução de veículo automotor pelo lado esquerdo da via pública e não pelo lado direito, conforme determinado pela lei. Nota-se que as leis penais superinclusivas possuem natureza *híbrida*, isto é, combinam condutas *mala in se* e condutas *mala prohibita*⁸⁴⁰, já que, no escopo de reduzir a incidência das primeiras, proíbem também as segundas por proximidade⁸⁴¹.

De acordo com essa definição, crimes *mala prohibita* dizem respeito a *condutas penalmente proibidas cujo desvalor moral não precede nem independe da proibição legal*⁸⁴². Assim, o conteúdo de injusto das condutas *mala in se* é dado pela moral e o das condutas *mala prohibita* pela própria lei. Daí que essa categoria, por compreender condutas desprovidas de um conteúdo de injusto prévio à lei, não poderia ser acomodada por um princípio do dano que inclui o *requisito da injustiça (wrongfulness constraint)*, para além do requisito da danosidade. Há quem diga que a própria criminalização de uma conduta pode fornecer uma razão relevante para não praticá-la, convertendo-a, dessa forma, em um injusto⁸⁴³. Ocorre que, se o caráter injusto da conduta pode ser dado pela mera violação à norma incriminadora, o requisito da injustiça não serve a justificar nem limitar moralmente a atividade de criminalização⁸⁴⁴.

⁸³⁸ DIMOCK, Susan. Contractarian Criminal Law Theory and *Mala Prohibita* Offences, p. 151. No original: “wrongful prior to or independent of its legal prohibition”.

⁸³⁹ WELLMAN, Christopher Heath. Rights Forfeiture and *Mala Prohibita*, p. 80.

⁸⁴⁰ DUFF, R. A. *Answering for Crime*, p. 167-168. No próximo capítulo, veremos que, além de híbridas, muitas dessas normas penais são também classificadas como de perigo implícito.

⁸⁴¹ DIMOCK, Susan. Contractarian Criminal Law Theory and *Mala Prohibita* Offences, p. 177.

⁸⁴² Conferir a definição de Husak: “I will construe an offense to be an instance of *malum prohibitum* when the conduct proscribed is not wrongful prior to or independent of the law that defined it as criminal” (HUSAK, Douglas. *Malum Prohibitum and Retributivism*. In: DUFF, R. A.; GREEN, Stuart (ed.). *Defining Crimes: Essays on the Special Part of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 66.)

⁸⁴³ TADROS, Victor. Wrongness and Criminalization. In: MARMOR, Andrei (ed.). *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. New York: Routledge, 2012, p. 166. O autor está entre os poucos teóricos anglo-saxões que sustentam que, em determinados casos, o Estado está autorizado a punir condutas que não são previamente injustas nem se tornam injustas depois de criminalizadas. Conferir a sua análise a respeito do crime de posse ilegal de arma de fogo: TADROS, Victor. *Wrongs and Crimes*, p. 329-336.

⁸⁴⁴ DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. Introduction: The Boundaries of the Criminal Law, p. 21; FEINBERG, Joel. Harm to Others – A Rejoinder. *Criminal Justice Ethics*, v. 5, n. 1, 1986, p. 24. O conceito de injusto em Feinberg é criticado por parte da doutrina que o considera um conceito pós-legal, isto é, atrelado à ideia de violação de direitos. Essa crítica não procede, pois, como visto, o conceito de injusto do filósofo toma por base direitos morais e não meramente legais.

A criminalização de condutas cujo caráter injusto não precede nem independe da lei gera constrangimentos não apenas para os defensores do *harm principle*, mas principalmente para todos aqueles que negam que os indivíduos tenham um *dever moral de obediência à lei*. Para Moore, a lei não tem o poder de criar um injusto moral que inexistia previamente à sua promulgação⁸⁴⁵. O problema é que o âmbito dos crimes *mala prohibita* compreende condutas que dificilmente o legislador liberal está disposto a renunciar a criminalizá-las, como os crimes contra os sistemas econômico e financeiro e contra atividades e instituições estatais. Diante disso, Moore reconhece a existência de *deveres morais públicos* anteriores à lei, como o dever de financiar instituições justas, de auxiliar na solução de problemas de coordenação e de não “parasitar” bens públicos⁸⁴⁶. No entanto, esses deveres não estabelecem uma razão geral para obedecer mesmo a leis que o governo tem boas razões para editar⁸⁴⁷.

Um dos exemplos de crime *malum prohibitum* mais discutido pela doutrina anglo-americana é o crime de *lavagem de dinheiro*⁸⁴⁸. Vejamos o seguinte caso hipotético⁸⁴⁹: J, um corretor de imóveis, é procurado por L, um notório traficante de drogas que deseja comprar uma casa. Por intermédio de J, L é colocado em contato com M, que está vendendo sua casa por 200 mil reais. L convence M a formalizar a compra e venda pelo valor de 150 mil reais, mas recebendo, por fora, os 50 mil restantes em dinheiro. A quantia de 150 mil reais foi

⁸⁴⁵ MOORE, Michael S. Legal Moralism Revisited. *San Diego Law Review*, v. 54, n. 2, 2017, p. 445. No mesmo sentido: RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 101-103. Em sentido oposto, argumentando que os indivíduos têm o dever de obedecer às leis justas de um Estado legítimo: WELLMAN, Christopher Heath. Rights Forfeiture and Mala Prohibita, p. 84 e ss.

⁸⁴⁶ MOORE, Michael S. Liberty's Constraints on What Should be Made Criminal. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor (eds.). *Criminalization: The Political Morality of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 196.

⁸⁴⁷ RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*, p. 102.

⁸⁴⁸ Tendo escrito sua obra na década de 1980, Feinberg não menciona o crime de lavagem de dinheiro. Apesar disso, Alldridge afirma que o *harm principle* de Feinberg não é compatível com a criminalização autônoma da lavagem, pois, na visão do autor, a danosidade da conduta ainda não foi demonstrada com base em argumentos sólidos. Ver: ALLDRIDGE, Peter. The Moral Limits of the Crime of Money Laundering. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 5, n. 1, abril, 2001, p. 279-319. Um posicionamento definitivo a respeito do potencial danoso da lavagem dinheiro, sobretudo para interesses essenciais relativos, por exemplo, à estabilidade da economia mundial e do sistema financeiro, dependeria de uma investigação específica, o que não poderá ser feito neste trabalho. Apesar disso, parece-nos viável construir uma argumentação convincente no sentido de que, pelo menos, algumas instâncias do crime de lavagem de dinheiro produzem danos remotos contra interesses penalmente tuteláveis. Além disso, pode ser que a criminalização da conduta esteja amparada, se não pelo princípio do dano, por outro princípio da criminalização igualmente reconhecido por um legislador liberal (por exemplo, o princípio da exploração analisado no último capítulo). Por essa razão, optamos por nos concentrar na discussão sobre se a lavagem de dinheiro possui um conteúdo de injustiça independente do crime precedente.

⁸⁴⁹ O caso foi inspirado no julgado em *United States v. Campbell* (1991 e 1992), citado em GARVEY, Stephen P. Was Ellen Wronged? *Criminal Law and Philosophy*, v. 7, 2013, p. 185-186.

obtida por L por meio de empréstimo lícito com o banco N. Já os 50 mil em dinheiro são provenientes do crime de tráfico de drogas. J presencia a negociação entre L e M e auxilia em toda a transação de compra e venda.

Colocando de lado eventual participação em crimes de falsificação e evasão fiscal, o que faz da conduta de J injusta a ponto de justificar a incidência da criminalização por lavagem de dinheiro? Autores como Husak afirmam que a lavagem de dinheiro é um dos muitos casos de crimes *mala prohibita* que não podem ser reconciliados com a exigência de que a conduta configure um injusto⁸⁵⁰. É possível argumentar que a conduta de J é injusta porque ele colaborou para a efetuação de uma transação financeira que converteu dinheiro proveniente de crime em propriedade imobiliária. Porém, essa resposta ainda não é capaz de delinear, satisfatoriamente, o desvalor moral da conduta de J. A dificuldade de explicar o que há de errado, do ponto de vista moral, com a conduta de J é, ainda, acentuada pelo fato de o dinheiro ser produto de outro crime *malum prohibitum*, o tráfico de drogas.

Defendendo a legitimidade da criminalização de condutas *mala prohibita*, Green observa que algumas condutas vistas inicialmente como moralmente neutras podem passar, a partir da proibição legal, a serem tidas como injustas pela sociedade. Segundo o autor, o caráter de injusto de, pelo menos, algumas condutas classificadas como *mala prohibita* se fundamenta na desobediência à lei em geral⁸⁵¹. Isso porque os indivíduos têm o dever moral de obedecer à lei, desde que a lei não seja em si mesma injusta⁸⁵². Assim, no caso do crime de lavagem de dinheiro atribuído a J, o conteúdo de injusto só poderia ser dado pela *desobediência deliberada às normas reguladoras* que visam a coibir a realização de operações comerciais ou financeiras envolvendo produtos de crime.

Para Duff, a definição mais apropriada de *malum prohibitum* é aquela que tem como foco condutas que não são injustas previamente a sua proibição pelas normas reguladoras, mas cujo conteúdo de injusto precede a sua proibição pela lei penal. Em outras palavras, o *caráter de injusto é anterior à norma incriminadora, mas não à norma reguladora*⁸⁵³.

⁸⁵⁰ HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización*, p. 192.

⁸⁵¹ GREEN, Stuart. Why it's a Crime to Tear the Tag Off a Mattress: Overcriminalization and the Moral Contents of Regulatory Offenses. *Emory Law Journal*, v. 46, 1997, p. 1533-1615. Para críticas a abordagem de Green, ver: HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización*, p. 186 e ss.

⁸⁵² GREEN, Stuart P. *Lying, Cheating, and Stealing. A Moral Theory of White-Collar Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 115.

⁸⁵³ DUFF, R. A. *Answering for Crime*, p. 90.

Contudo, as normas reguladoras só são capazes de constituir o injusto quando a criação dessas mesmas normas é justificada por boas razões, ou seja, quando a regulamentação “serve a algum aspecto do bem comum de uma forma que não sobrecarregue desproporcionalmente os que estão a ela submetidos”⁸⁵⁴. Como as normas reguladoras servem a um propósito legítimo vinculado ao bem comum, os cidadãos devem obediência a essas normas e, por conseguinte, aquele que as viola comete um injusto⁸⁵⁵.

Na mesma linha, Simester afirma que o caráter de injusto da violação da norma reguladora depende da *autoridade moral* dessa norma reguladora que, por sua vez, advém do seu *valor instrumental*⁸⁵⁶. Conquanto o conteúdo da norma reguladora seja discricionário, ela adquire a autoridade moral em virtude do seu propósito válido e da sua utilidade a esse propósito. Diante disso, no caso do crime de lavagem de dinheiro, é possível alegar que a norma reguladora tem como finalidades legítimas, por um lado, dificultar o usufruto do produto do crime pelo agente e, por outro, facilitar a recuperação e o confisco desse produto na eventualidade de uma persecução penal. Nesse sentido, Dimock não vê qualquer dificuldade em justificar a criminalização da lavagem de dinheiro, considerando que a lavagem é só mais um dos meios utilizados pelo criminoso para se beneficiar do crime praticado⁸⁵⁷.

Outro exemplo de *malum prohibitum* é o crime de *posse de arma não registrada*. Para alguns, o conteúdo de injusto, nesse caso, decorreria do fato de a conduta tornar mais difícil rastrear a origem da arma de fogo utilizada na prática de crime. Entretanto, Dimock pondera que, além de somente uma pequena parcela das armas de fogo estar relacionada à prática de crimes, a mera prática de ação ou omissão que pode, futuramente, dificultar a investigação e a persecução de um crime não constitui, *tout court*, um injusto moral⁸⁵⁸.

⁸⁵⁴ DUFF, R. A.. Perversions and Subversions of Criminal Law. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. *The Boundaries of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 94. No original: “To justify them, we must first show that we have good reason to create a legal regulation that prohibits the conduct in question, by showing that such a regulation serves some aspect of the common good in a way that does not unreasonably burden those subject to it”.

⁸⁵⁵ DUFF, R. A. *Answering for Crime*, p. 91 e 171.

⁸⁵⁶ SIMESTER, A. P. Enforcing morality, p. 485.

⁸⁵⁷ DIMOCK, Susan. *The Malum prohibitum – Malum in se Distinction and the Wrongfulness Constraint on Criminalization*, p. 14.

⁸⁵⁸ DIMOCK, Susan. *The Malum prohibitum – Malum in se Distinction and the Wrongfulness Constraint on Criminalization*, p. 15. Por outro lado, conforme argumenta a autora, presumir que toda pessoa que possui uma

Ademais, simplesmente facilitar a condenação penal de pessoas não configura um objetivo estatal legítimo. Logo, o conteúdo de injusto só está presente quando a posse de arma de fogo não registrada tem o *propósito de obstruir* a atuação da justiça na elucidação de crimes. No entanto, presente esse propósito, a conduta em questão não pode mais ser considerada como moralmente neutra. Para a autora, a conclusão que se retira desse exemplo é que, desde que a norma incriminadora seja delineada da maneira correta, as condutas proibidas sempre constituirão *mala in se* e não apenas *mala prohibita*. Todavia, para tanto, as propriedades moralmente desvaliosas da conduta que fundamentam a sua criminalização devem preceder e independem da legislação penal⁸⁵⁹. Isso porque, *da mesma forma que a moral não pode tornar uma conduta criminosa, a lei penal também não pode tornar uma conduta imoral*.

Alguns autores criticam a diferenciação tradicional entre crimes *mala in se* e crimes *mala prohibita*, pois mesmo condutas criminosas cujo conteúdo de injusto é evidente, tais como furto, corrupção, falso testemunho e falsidade monetária, não constituem um *mal* prévia e independente da lei em geral⁸⁶⁰. Afinal, só uma sociedade politicamente organizada pode ter tais condutas em conta como desvaliosas. Por conseguinte, autores como Garvey e Dimock propõem a redefinição do conceito de crime *malum in se* e *malum prohibitum* a partir de uma *percepção política e não moral do conteúdo de injusto*⁸⁶¹. Conforme essa redefinição, os crimes *mala in se* são aqueles que *devem* ser proibidos por qualquer sociedade civilizada pelo fato de constituírem violações ao contrato social, pois, se permitidas, essas práticas inviabilizariam a coexistência pacífica. Destarte, os crimes *mala in se* compreendem as condutas que *violam o monopólio estatal da força*, de forma que, se um Estado deixasse de proibi-las, a racionalidade da decisão dos seus cidadãos por aderir ao contrato social poderia

arma de fogo não registrada pretende dificultar que a arma seja ligada à prática de crime é incompatível com garantias processuais como a presunção de inocência.

⁸⁵⁹ DIMOCK, Susan. The *Malum prohibitum* – *Malum in se* Distinction and the Wrongfulness Constraint on Criminalization, p. 16-17.

⁸⁶⁰ DIMOCK, Susan. The *Malum prohibitum* – *Malum in se* Distinction and the Wrongfulness Constraint on Criminalization, p. 11-12. De forma semelhante, Pettit assevera que essa diferenciação entre *mala in se* e *mala prohibita* é, em muitos casos, controversa, pois há crimes que podem ser compreendidos como *mala in se* ou como *mala prohibita*, dependendo do ponto de vista: PETTIT, Philip. Criminalization in Republican Theory. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor (eds.). *Criminalization: The Political Morality of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 143.

⁸⁶¹ GARVEY, Stephen P. Was Ellen Wronged? *Criminal Law and Philosophy*, v. 7, 2013, p. 206; DIMOCK, Susan. The *Malum prohibitum* – *Malum in se* Distinction and the Wrongfulness Constraint on Criminalization, p. 11-12.

ser questionada⁸⁶². Porém, isso não significa que todo e qualquer *mala in se* seja criminalizável (p. ex., o adultério e a mentira), já que certos deveres morais que antecedem e independem da lei surgem em razão do exercício pelos indivíduos da liberdade que lhes é assegurada pelo contrato social e não interessam aos termos gerais da interação social⁸⁶³.

Já as condutas *mala prohibita* podem ser proibidas, mas não é imprescindível à ordem social que elas o sejam, pois, apesar de tais condutas prejudicarem práticas convencionais socialmente valiosas, há um desacordo razoável entre as pessoas sobre o desvalor moral dessas condutas. Em razão da existência desse desacordo, o legislador democrático tem autoridade para decidir a quais dessas condutas será designado o conteúdo de injusto. Os crimes *mala prohibita* podem ser justificados, pela perspectiva contratualista, em função da quebra de expectativas legítimas de coordenação entre os participantes do pacto social, as quais são criadas pela regulamentação que possibilita a cooperação comum em prol de instituições e atividades que proporcionam benefícios mútuos e contribuem para o florescimento humano⁸⁶⁴. Portanto, o indivíduo que desrespeita a norma reguladora deixa de cumprir com a sua cota-parte para garantir o benefício que a regulamentação pretende fornecer a todos e, por consequência, viola direitos morais e legais dos demais membros da comunidade política⁸⁶⁵.

Em síntese, a lei extrapenal pode sim transformar uma conduta que se aproxima de um nível neutro de moralidade em uma conduta injusta, na medida em que pende a balança moral em favor das razões para não praticá-la. No entanto, como registra Bois-Pedain, esse poder da lei tem limites: ela não pode, magicamente, converter uma conduta moralmente valiosa em um injusto moral nem uma conduta seriamente imoral em uma conduta legalmente permitida ou obrigatória⁸⁶⁶. Logo, a norma reguladora que fundamenta o caráter injusto da conduta não pode ser do tipo que promove um *malum in se* (p. ex., a tortura e a discriminação racial) nem que visa a evitar um *bonum in se* (p. ex., um gesto de caridade). Além disso, a

⁸⁶² DIMOCK, Susan. Contractarian Criminal Law Theory and *Mala Prohibita* Offences, p. 166-167.

⁸⁶³ DIMOCK, Susan. Contractarian Criminal Law Theory and *Mala Prohibita* Offences, p. 165-166.

⁸⁶⁴ DIMOCK, Susan. Contractarian Criminal Law Theory and *Mala Prohibita* Offences, p. 168.

⁸⁶⁵ WELLMAN, Christopher Heath. Rights Forfeiture and *Mala Prohibita*, p. 87. Assim, por exemplo, do dever de não expor outras pessoas a riscos evitáveis no trânsito decorre também o dever de não tomar decisões a respeito da própria conduta com base apenas no próprio julgamento, desconsiderando as regras previamente existentes.

⁸⁶⁶ BOIS-PEDAIN, Antje. The Wrongfulness Constraint in Criminalisation. *Criminal Law and Philosophy*, v. 8, n. 1, 2013, p. 166-167.

regulamentação precisa ser *racional* e *legítima*, devendo estar amparada por boas razões prudenciais e respeitar determinados limites morais, de modo que os ganhos em bem-estar socialmente compartilhados superem eventuais perdas individuais decorrentes tanto do cumprimento da lei quanto da punição por desobedecê-la⁸⁶⁷.

4.3 Alternativas ao *harm principle*

Assim como a doutrina penal do sistema romano-germânico tem buscado alternativas à teoria do bem jurídico (ver capítulo 3, tópico 3.1, *supra*), os filósofos morais anglo-saxões introduzem outros princípios da criminalização que, superando as deficiências do *harm principle*, estariam aptos a substituí-lo. Neste tópico, veremos três dessas propostas: o princípio da soberania de Ripstein (4.3.1), o princípio da autonomia de Dubber (4.3.2) e o princípio da dignidade de Dan-Cohen (4.3.3).

4.3.1 O princípio da soberania de Ripstein

O princípio elaborado por Ripstein parte de uma falha por ele atribuída a *teorias da justiça baseadas na ideia de igual liberdade de ação para todos os cidadãos*⁸⁶⁸. Tais teorias concebem a liberdade em sentido negativo, ou seja, como a capacidade de fazer escolhas de vida livre de interferências externas. O problema é que esse ideal de liberdade não fornece um princípio capaz de, por si, estabelecer limites à ingerência externa, seja do Estado ou de particulares, sobre o exercício da autonomia individual. Isso porque sempre se farão necessários critérios extras que possam orientar a decisão em favor de algumas liberdades e em desfavor de outras que com elas conflitem.

Em oposição a essa visão, o autor formula o que denomina de princípio da soberania, segundo o qual *as únicas restrições legítimas à liberdade individual são aquelas que garantem a mútua independência das pessoas*⁸⁶⁹. Diferentemente das teorias que pretende criticar, Ripstein entende liberdade (= soberania) como a habilidade de cada indivíduo de,

⁸⁶⁷ DIMOCK, Susan. Contractarian Criminal Law Theory and *Mala Prohibita* Offences, p. 177.

⁸⁶⁸ RIPSTEIN, Arthur. Beyond the Harm Principle, p. 229-230.

⁸⁶⁹ RIPSTEIN, Arthur. Beyond the Harm Principle, p. 229. No original: “the only legitimate restrictions on conduct are those that secure the mutual independence of free persons from each other”.

com ou sem a colaboração alheia, estabelecer e perseguir seus propósitos, com independência e em harmonia com a habilidade dos demais de fazerem o mesmo. Nessa compreensão, não é possível haver conflito entre liberdades individuais⁸⁷⁰ nem é possível falar em um “interesse geral de liberdade”, no sentido especificamente empregado na formulação do *harm principle* por Feinberg⁸⁷¹. Aqui, a liberdade não é um interesse e sim um poder.

O conceito de injusto, à luz do princípio da soberania, identifica-se com o de *dominação*. Segundo Ripstein, o injusto presente na submissão de um povo às decisões de um governo despótico é o mesmo existente na submissão do indivíduo ao arbítrio de outro particular⁸⁷². Logo, há dominação quando o ser humano é instrumentalizado em prol de fins que lhes são alheios. Daí que o princípio da soberania justifica, sem qualquer dificuldade, a criminalização do que se denominou de *injustos não danosos*, tais como a realização de experimentos médicos – que não causam dano à saúde, dor, desconforto nem deixam qualquer vestígio no organismo – em pacientes inconscientes, sem a sua autorização.

O injusto consiste na violação de poderes inerentes à soberania individual, seja pela sua usurpação ou pela destruição⁸⁷³. A usurpação ocorre quando esses poderes são submetidos à vontade de outrem que os utiliza como meio para a persecução de fins que não foram escolhidos pelo seu legítimo titular. Nessas hipóteses, o conteúdo de injusto se faz presente ainda que não haja prejuízo ou mesmo que se verifique, no balanço final, um benefício para aquele que foi excluído da decisão sobre o exercício do próprio poder. Assim, o princípio da soberania justifica, por exemplo, a criminalização de intervenções médicas não consentidas, ainda que benéficas para a saúde do paciente.

A destruição desses poderes, ou de parte deles, se dá quando a própria capacidade individual de comandar o seu exercício é aniquilada por obra exclusiva de um terceiro⁸⁷⁴. Isso ocorre, sobretudo, quando alguém sofre uma agressão contra a sua vida, integridade física e patrimônio. Essa segunda modalidade de injusto corresponde aos casos incluídos no núcleo duro de qualquer versão plausível do princípio do dano. A diferença é que, sem a necessidade de complementar a ideia de dano com a de injusto, o princípio da soberania só justifica a

⁸⁷⁰ RIPSTEIN, Arthur. *Beyond the Harm Principle*, p. 231.

⁸⁷¹ RIPSTEIN, Arthur. *Beyond the Harm Principle*, p. 232.

⁸⁷² RIPSTEIN, Arthur. *Beyond the Harm Principle*, p. 234.

⁸⁷³ RIPSTEIN, Arthur. *Beyond the Harm Principle*, p. 234.

⁸⁷⁴ RIPSTEIN, Arthur. *Beyond the Harm Principle*, p. 235.

criminalização de condutas que causam danos não consentidos. Afinal, só podem ser proibidas as condutas danosas que configurem atentados despóticos à soberania pessoal. Para o princípio da soberania, diferentemente do *harm principle*, o dano é apenas secundário, vindo o injusto em primeiro lugar.

O princípio da soberania seria capaz de fundamentar a criminalização de uma série de casos desafiadores que colocam o princípio do dano em apuros, a exemplo do duelo e da competição de gladiadores⁸⁷⁵. A fim de sustentar sua oposição ao paternalismo penal, alguns defensores do *harm principle* tendem a justificar a proibição, nesses casos, com base em danos remotos vinculados à incitação da audiência à violência. Por sua vez, o princípio da soberania entende o consentimento como um conceito relacional, no sentido de uma transferência e não um abandono de direitos. Nessa teoria, *consentimento envolve cooperação entre pessoas independentes, mas cada uma delas está impedida de por fim à independência da outra*. Para Ripstein, deter o poder de vida ou morte de outra pessoa, como ocorre nos casos do duelo e da competição de gladiadores, é uma forma de dominação proibida pelo princípio da soberania⁸⁷⁶.

Ripstein afirma que a sua teoria é mais compatível com uma leitura atenta da obra de Mill do que o *harm principle* de Feinberg, apegando-se à célebre frase, retirada da obra *On Liberty*, que proclama que “sobre si mesmo, sobre seu corpo e mente, o indivíduo é soberano”⁸⁷⁷. Além disso, segundo o autor, o princípio realiza tudo o que princípio do dano pretende realizar sem gerar as mesmas dificuldades práticas, pois qualquer norma incriminadora que não proteja a soberania é, em si mesma, uma violação despótica ao princípio⁸⁷⁸. Observa-se que, diferentemente do *harm principle* de Feinberg, que combina elementos do consequencialismo e da deontologia, o princípio da soberania de Ripstein, de inspiração kantiana, é estritamente deontológico.

⁸⁷⁵ Sobre os fundamentos de criminalização de duelos e competições de gladiadores, ver capítulo 5, tópico 5.2.1, e capítulo 6, tópicos 6.2.4.1.3 e 6.3.1.2, *infra*.

⁸⁷⁶ RIPSTEIN, Arthur. *Beyond the Harm Principle*, p. 236. Observa-se que os argumentos apresentados por Ripstein para limitar a validade do consentimento no caso do duelo e da competição de gladiadores também podem ser usados para justificar a proibição da eutanásia. Para críticas ao posicionamento do autor: DWORKIN, Gerald. *Harm and the Volenti Principle*. *Social Philosophy and Policy*, v. 29, 2012, p. 316-317. Nossa posição, também discordante, será apresentada no último capítulo deste trabalho.

⁸⁷⁷ MILL, John Stuart. *On Liberty*. In: MILL, John Stuart. *On Liberty and Other Writings*. Edited by Stefan Collini. Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p. 13.

⁸⁷⁸ RIPSTEIN, Arthur. *Beyond the Harm Principle*, p. 245.

Crítico ao princípio da soberania, Bird enumera três razões pelas quais considera o princípio proposto por Ripstein inferior ao princípio do dano: 1) o princípio da soberania pretende excluir do filtro de validade ou legitimidade da legislação penal quaisquer outras razões que não sejam reconduzíveis à ideia de violação à soberania; 2) o princípio não esclarece o que conta como “poder soberano” passível de ser protegido criminalmente, diversamente do *harm principle* de Feinberg que fornece uma explicação completa do seu conceito de interesse; 3) a depender da interpretação a ser feita de noções como despotismo e soberania, o princípio pode autorizar a proibição de condutas que, do ponto de vista do *harm principle*, não passam de meras imoralidades não danosas e cuja criminalização qualquer liberal – inclusive o próprio Ripstein – contestaria (por exemplo, a quebra de uma promessa)⁸⁷⁹.

Ademais, o princípio da soberania não é capaz de orientar, concretamente, a atividade do legislador penal, uma vez que a perda de soberania ou independência não é mensurável da mesma forma que as consequências danosas tangíveis das quais se ocupam o princípio do dano⁸⁸⁰. Com efeito, omitindo qualquer referência às consequências de determinadas condutas humanas, o princípio da soberania não fornece razões aptas a fundamentar, por exemplo, os crimes culposos⁸⁸¹ e os crimes omissivos⁸⁸². Por outro lado, o princípio também não se aplica, com naturalidade, aos crimes ambientais e aos crimes contra a coletividade⁸⁸³, bem como a muitos crimes de perigo⁸⁸⁴. A verdade é que submeter alguém à dominação alheia ao utilizá-lo como meio para fins que ele não elegeu para si é apenas uma das formas possíveis de violar os seus direitos morais, ou seja, esse é *apenas um dos tipos*

⁸⁷⁹ BIRD, Colin. Harm Versus Sovereignty: A Reply to Ripstein, p. 189-194. No mesmo sentido: BAKER, Dennis J. *The Right not to be Criminalized*, p. 164-171. Para as críticas de Ripstein à proposta de Bird de reformular o princípio do dano para acomodar o contraexemplo da violação de domicílio: RIPSTEIN, Arthur. Legal Moralism and the Harm Principle: A Rejoinder. *Philosophy & Public Affairs*, v. 35, n. 2, 2007, p. 195-201.

⁸⁸⁰ BAKER, Dennis J. *The Right not to be Criminalized*, p. 56: “Most judges and legislators would struggle to gain guidance from Ripstein’s theory of freedom, as it does not consider bad consequences. Tangible consequences are measurable in a way that freedom is not.” Ver também: BAKER, Dennis J. The Harm Principle vs. Kantian Criteria for Ensuring Fair, Principled and Just Criminalisation. *Australian Journal of Legal Philosophy*, v. 33, n. 66, 2008, p. 66-99.

⁸⁸¹ Ripstein exclui, expressamente, os crimes culposos do alcance do princípio da soberania: RIPSTEIN, Arthur. Beyond the Harm Principle, p. 235 e 239-240.

⁸⁸² O próprio Ripstein reconhece que o princípio da soberania não dá conta dos crimes omissivos: RIPSTEIN, Arthur. Beyond the Harm Principle, p. 237.

⁸⁸³ Com se percebe em: RIPSTEIN, Arthur. Beyond the Harm Principle, p. 238 e 243-244.

⁸⁸⁴ DUFF, R. A. *Answering for Crime*, p. 138-139.

*possíveis de injusto*⁸⁸⁵. Há vários outros injustos morais passíveis de criminalização que não envolvem a violação à mútua independência. Assim, substituir o *harm principle* pelo princípio da soberania implicaria deixar todos esses injustos danosos desprovidos de justificação.

4.3.2 O princípio da autonomia de Dubber

Empenhado em buscar na Constituição americana o fundamento de legitimidade da criminalização, Dubber se volta, em primeiro lugar, para o princípio da *dignidade humana*⁸⁸⁶. Segundo o autor, a dignidade humana é um atributo moral do qual compartilham todas as pessoas pelo simples fato de serem pessoas e não porque esse *status* lhes foi reconhecido pela sociedade ou pelo Estado. Esse valor basilar só pode ser compreendido a partir da apreensão de seu cerne, que contém o pressuposto de legitimidade de qualquer Estado moderno e liberal: a *autonomia humana*. Logo, Dubber funda a noção de dignidade humana na *capacidade geral de autodeterminação*.

Uma das facetas da autonomia humana se conecta diretamente aos valores da *privacidade e intimidade*. É por isso que, na leitura de Dubber, o princípio limitador do poder democraticamente atribuído ao legislador penal que pode ser extraído do precedente *Lawrence v. Texas* da Suprema Corte dos Estados Unidos é o princípio da autonomia e não o princípio do dano⁸⁸⁷. Para ele, qualquer relevância constitucional que o *harm principle* (e também a teoria do bem jurídico) possa vir a adquirir deriva exclusivamente da sua relação com a ideia de autonomia privada⁸⁸⁸. Da mesma forma, o conceito de proporcionalidade, manejado pela jurisprudência constitucional do *Common Law* e do *Civil Law*, também se mostra vazio sem a referência à proteção da autonomia humana.

O princípio da autonomia proposto por Dubber pretende revisar o conceito material de crime do *Common Law* (*offense*) ao passo em que também reformula o conceito de dano para o direito penal, transformando-o em um conceito estritamente deontológico e não mais

⁸⁸⁵ TADROS, Victor. Harm, Sovereignty, and Prohibition, p. 59.

⁸⁸⁶ DUBBER, Markus Dirk. Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment. *Hastings Law Journal*, v. 55, 2004, p. 515.

⁸⁸⁷ Sobre o referido precedente, conferir capítulo 1, tópico 1.5.3, *supra*.

⁸⁸⁸ DUBBER, Markus D. Policing Morality: Constitutional Law and the Criminalization of Incest. *University of Toronto Law Journal*. Toronto, v. 61, n. 4, 2011, p. 749.

consequencialista. Nessa visão, dano não se confunde com fenômenos que podem ser experienciados pelos seres humanos ou até por animais não humanos. Dano nada mais é, na verdade, do que uma violação a direitos humanos, em especial ao direito humano básico à autonomia, do qual emerge a dignidade humana. Logo, o dano que importa não é o dano a interesses, a entidades, à sociedade ou ao Estado e sim o dano à própria pessoa e a sua personalidade⁸⁸⁹.

Como resultado, o consentimento da aparente vítima deve ser visto como um limite geral à criminalização de condutas e não como uma causa excepcional de impunidade, ou seja, como um instituto que delinea os contornos da *offense* e não reservado ao rol de *defenses*⁸⁹⁰. Afinal, se não houver interferência no exercício da própria autonomia pela vítima não há que se falar em dano, sendo que a proibição da conduta, nesse cenário, violaria a autonomia tanto do agente quanto da vítima⁸⁹¹. Nas palavras de Dubber, consentimento é “a manifestação central da capacidade de autonomia na teoria política moderna, que reconhece o ‘consentimento dos governados’ como a única fonte de legitimidade”⁸⁹². Para que seja qualificada como consentimento, é lógico que a concordância do ofendido com um pretense dano deva realmente refletir o exercício da sua capacidade de autodeterminação.

Assim, o princípio da autonomia condiciona a intervenção do poder estatal de incriminação de condutas por duas vias: em primeiro lugar, a proteção da autonomia pessoal das vítimas contra violações perpetradas por terceiros pode *demandar* o emprego da lei penal; em segundo lugar, a proteção da autonomia dos agentes contra violações por parte do próprio Estado pode *proibir* o recurso à lei penal⁸⁹³. Daí que criminalizar o incesto ou a prática de atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo, por exemplo, é inconstitucional no sentido de incompatível com o próprio conceito moderno de lei e não apenas tecnicamente inconstitucional em função da inobservância a determinadas regras ou princípios positivados pelo texto ou pela jurisprudência constitucional⁸⁹⁴. Esse tipo de proibição viola a autonomia

⁸⁸⁹ DUBBER, Markus Dirk. Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment, p. 568.

⁸⁹⁰ Sobre os conceitos de *offense* e *defence* no direito penal anglo-americano, conferir as notas 378 e 379.

⁸⁹¹ DUBBER, Markus Dirk. Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment, p. 569.

⁸⁹² DUBBER, Markus Dirk. Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment, p. 570. No original: “Consent, after all, is *the* central manifestation of the capacity for autonomy in modern political theory, which recognizes the “consent of the governed” as the only source of legitimacy”.

⁸⁹³ DUBBER, Markus Dirk. Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment, p. 571.

⁸⁹⁴ DUBBER, Markus D. Policing Morality: Constitutional Law and the Criminalization of Incest, p. 738.

privada em geral e a autonomia sexual em particular, desrespeitando a dignidade humana da vítima e do agente.

Contra o princípio da autonomia de Dubber, valem as mesmas críticas feitas acima ao princípio da soberania de Ripstein. De fato, seria banalizar a ideia de autonomia dizer que um funcionário público que aceita um suborno, por exemplo, está interferindo no exercício por outras pessoas de sua autodeterminação. Logo, há uma série de normas incriminadoras cujo fundamento de legitimidade, a qual ninguém contesta seriamente, é fornecido por razões de ordem diversa. Reduzir todas essas razões à ideia de que a autonomia alheia foi violada é frustrar um dos principais objetivos de uma teoria da criminalização, qual seja, o de explicitar publicamente, com clareza, os argumentos que justificam moralmente a proibição de uma conduta. Por certo, em muitos casos, não é possível esclarecer adequadamente a racionalidade de uma proibição penal sem fazer referência às consequências negativas da conduta proibida para a qualidade de vida de outras pessoas.

Apesar disso, os autores têm razão em apontar a relevância do respeito à soberania ou à autonomia pessoal para as decisões sobre criminalização. A autonomia não só figura eventualmente como um fundamento positivo da atividade de criminalização, mas constitui um dos seus principais limites negativos. A nosso ver, a autonomia é um *trunfo* que derrota definitivamente determinadas razões que venham a ser apresentadas como possíveis fundamentos para a criminalização de condutas (p. ex., razões paternalistas e perfeccionistas). Por outro lado, como se verá melhor na sequência, o direito à autonomia exerce também um papel na aplicação do *harm principle*, mormente no que toca aos efeitos do consentimento para o caráter injusto da conduta. Além disso, como praticamente qualquer conduta pode afetar indiretamente outras pessoas, é necessário reconhecer a existência de uma esfera mínima de liberdade de escolha em que o indivíduo é soberano, na qual o legislador não pode interferir coercitivamente nem mesmo com fundamento no princípio do dano.

4.3.3 O princípio da dignidade de Dan-Cohen

O princípio da dignidade é apresentado por Dan-Cohen como uma alternativa tanto ao princípio do dano quanto aos princípios da soberania e da autonomia. Segundo esse princípio, a lei penal tem como principal objetivo a *defesa do valor moral único de todo ser*

*humano*⁸⁹⁵. Para o autor, tal valor pode demandar proteção ainda que o bem-estar ou a autonomia dos indivíduos não estejam ameaçados.

Embora o princípio do dano tenha emergido, no contexto do utilitarismo, como um referencial moralmente neutro apto a racionalizar a atividade do legislador penal, Dan-Cohen afirma que, com o tempo, essa pretensão de neutralidade se mostrou ilusória, assim como a sua alegada capacidade de definir os limites da criminalização legítima⁸⁹⁶. Como resultado, formou-se uma reação ao pensamento utilitarista e ao princípio a ele associado a partir da perspectiva deontológica de matriz kantiana. Nesse quadro, uma das principais críticas feitas ao utilitarismo, a qual também maculou colateralmente o *harm principle*, dizia respeito a sua cegueira em relação à autonomia e à individualidade das pessoas, uma vez que a ênfase no bem-estar máximo da maioria permitiria o sacrifício da liberdade individual. Diante disso, a perspectiva deontológica buscou fazer da autonomia a nova baliza da validade das proibições penais, em substituição ao bem-estar dos indivíduos. Ocorreu que, nos últimos anos, tal perspectiva tem se destacado do conceito de autonomia e migrado em direção ao de dignidade e respeito pelo ser humano, crescentemente enfatizado como o valor liberal preeminente⁸⁹⁷.

Como visto, os princípios da autonomia e da soberania foram bem-sucedidos em suprir a lacuna deixada pelo *harm principle* na fundamentação da proibição em casos como o do “estupro sem dano”. O êxito nessa missão foi obtido com o devido deslocamento da discussão do âmbito do dano para o injusto, mas geralmente sem qualquer referência expressa à violação da dignidade da vítima, porquanto os defensores desses princípios entendem que o desrespeito à dignidade está contido no desrespeito à autonomia individual. Entretanto, na visão de Dan-Cohen, essa compreensão é equivocada, pois é sim possível violar a dignidade da vítima sem violar, ao mesmo tempo, a sua autonomia. O autor recorre a dois precedentes das Cortes norte-americanas para demonstrar essa última afirmação.

O primeiro precedente é *State v. Braxton*⁸⁹⁸, em que a Corte ofereceu ao acusado, condenado a 30 anos de prisão por crime sexual, a opção de se submeter à castração cirúrgica em lugar do encarceramento. O acusado pretendia escolher a castração, mas a oferta foi

⁸⁹⁵ DAN-COHEN, Meir. *Defending Dignity*, p. 150.

⁸⁹⁶ DAN-COHEN, Meir. *Defending Dignity*, p. 150.

⁸⁹⁷ DAN-COHEN, Meir. *Defending Dignity*, p. 151.

⁸⁹⁸ *State v. Braxton* 326 S.E. 2d 410 (S.C. 1985).

revogada pelo Tribunal de apelação. No segundo precedente, *State v. Brown*⁸⁹⁹, o acusado se defendeu de acusações de violência doméstica contra a esposa alegando que havia um acordo entre eles, segundo o qual, como parte de um plano para que a mulher se recuperasse do alcoolismo, o marido deveria espancá-la sempre que ela bebesse. A Corte não acolheu a defesa baseada no alegado consentimento da vítima. Para Dan-Cohen, ainda que estivessem presentes todos os requisitos para a validade do consentimento em ambos os casos, tanto a castração quanto o espancamento são inaceitáveis e condenáveis⁹⁰⁰.

Para explicar o que fundamenta o juízo de reprovação moral dessas condutas e, ao mesmo tempo, demonstrar a insuficiência dos enfoques no bem-estar e na autonomia, o autor recorre ao caso da escravidão⁹⁰¹. Esse caso é apresentado em duas variações: a do *escravo feliz* e a do *escravo voluntário*. A primeira variação é indicada, comumente, como um desafio para o *harm principle* e para a perspectiva utilitarista em geral. Se, em uma situação hipotética, a escravidão não retrocede o bem-estar do indivíduo a um patamar pior do que estaria, normalmente, caso ele não fosse submetido a tal condição, a ponto de o próprio escravo estar satisfeito com a sua vida e, por isso, se considerar uma pessoa feliz, o princípio do dano não serviria – argumenta Dan-Cohen – como parâmetro para repudiar essa hipótese de escravidão⁹⁰².

Por outro lado, a segunda variação, referente à hipótese, também enfrentada por Stuart Mill, da escravidão voluntária, é apresentada por Dan-Cohen como um contraexemplo à perspectiva deontológica centrada na autonomia. Os defensores dos princípios da soberania e da autonomia poderiam argumentar que a escravidão, mesmo voluntária, deve ser proibida porque o sacrifício da autonomia no longo prazo seria sempre maior do que o ganho imediato decorrente do exercício da liberdade contratual. Contudo, o autor rejeita esse argumento, uma vez que, conquanto qualquer contrato implique alguma restrição da liberdade de escolha, não

⁸⁹⁹ *State v. Brown* 364 A.2d 27 (N.J. Super. Ct. Law Div. 1976), *aff'd*, 381 A.2d 1231 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1977).

⁹⁰⁰ DAN-COHEN, Meir. *Defending Dignity*, p. 154. Ver também: DAN-COHEN, Meir. *Basic Values and the Victim's State of Mind*. *California Law Review*, v. 88, n. 3, 2000, p. 766-767.

⁹⁰¹ Ver também: DAN-COHEN, Meir. *Dignity, Crime, and Punishment: A Kantian Perspective*. In: DUBBER, Markus (ed.). *Foundational Texts in Modern Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 105-106; DAN-COHEN, Meir. *Basic Values and the Victim's State of Mind*, p. 767-772.

⁹⁰² Dan-Cohen esclarece que a própria instituição da escravidão coloca o utilitarismo em maus lençóis, já que, desde que pessoas suficientes se beneficiem da escravidão e o benefício geral compense os malefícios suportados individualmente pelos escravos, a escravidão pode ser justificada pela lógica utilitarista (DAN-COHEN, Meir. *Defending Dignity*, p. 155).

seria razoável que a validade de todo contrato dependesse dos seus efeitos futuros sobre a autonomia das partes⁹⁰³. Ademais, partindo de um conceito de autonomia semelhante ao de Raz (conferir capítulo 1, tópico 1.4, *supra*), Dan-Cohen sustenta que um escravo autônomo não é um oximoro, sendo possível que uma pessoa seja *de jure* um escravo desprovido de qualquer autonomia e, ao mesmo tempo, tenha disponível *de facto* um conjunto adequado de opções similar ao de uma pessoa livre⁹⁰⁴.

Com efeito, os escravos da vida real são privados, gravemente, tanto de seu bem-estar quanto de sua autonomia. A despeito disso, os escravos imaginários descritos por Dan-Cohen têm a função de embasar a ideia de que a escravidão é um ato injusto e o escravo é vítima de uma injustiça independentemente de qualquer investigação empírica sobre as circunstâncias reais e contingentes da vida da pessoa escravizada. A questão que persiste, então, é a seguinte: o que constitui o conteúdo de injusto da escravidão, se não os seus efeitos sobre o bem-estar e a autonomia do escravo? O autor responde a essa pergunta com base no princípio da dignidade. Assim, a escravidão é injusta por desrespeitar o idêntico valor moral intrínseco a cada pessoa.

O problema passa a ser definir o que é dignidade. Dan-Cohen diz não ser capaz de formular uma teoria moral completa sobre a dignidade humana, mas esclarece que os contornos gerais de tal teoria já são encontrados em uma variante da teoria moral de Kant⁹⁰⁵. De forma geral, a dignidade humana seria violada sempre que desrespeitado o imperativo categórico que exige que as pessoas sejam tratadas como fins em si mesmos e não apenas como meio para a persecução de fins que lhes são alheios⁹⁰⁶. Nesse contexto, Dan-Cohen faz três afirmações sobre a dignidade humana: 1) a dignidade independe do bem-estar e da autonomia do indivíduo; 2) esse valor tem prioridade sobre o bem-estar e a autonomia e qualquer outro valor e 3) a sua violação depende do significado da conduta. Consideremos detidamente cada uma delas.

⁹⁰³ DAN-COHEN, Meir. *Defending Dignity*, p. 155. Não nos passa despercebido o fato de que o argumento em questão é, em essência, consequencialista e não deontológico, porquanto vincula a validade do consentimento à produção de consequências positivas para a autonomia do indivíduo.

⁹⁰⁴ DAN-COHEN, Meir. *Defending Dignity*, p. 156.

⁹⁰⁵ DAN-COHEN, Meir. *Defending Dignity*, p. 157.

⁹⁰⁶ DAN-COHEN, Meir. *Defending Dignity*, p. 161. Pelo simples fato de se fiar nessa concepção kantiana, o conceito de dignidade humana em Dan-Cohen já se torna suscetível a algumas críticas, as quais serão expostas mais adiante (ver capítulo 6, tópico 6.2.2.3, *infra*).

Quanto à primeira afirmação, o autor sustenta que é possível violar a dignidade de alguém mesmo promovendo o seu bem-estar e respeitando a sua autonomia, como demonstrado pelos precedentes judiciais anteriormente citados. Conquanto Kant realmente entenda que a dignidade humana se baseia ou deriva da autonomia, motivo pelo qual os defensores do princípio da soberania e da autonomia também recorrem ao pensamento kantiano, isso não significa que respeitar a dignidade da pessoa se resume a respeitar a sua autonomia⁹⁰⁷. Além disso, o conceito de autonomia em Kant equivale à capacidade de autodeterminação racional e conforme a lei moral e, de forma semelhante ao que ocorre com o conceito de dignidade humana, não possui conexão com a noção de autonomia que interessa particularmente à filosofia política, isto é, à ideia de que o indivíduo tem direito a fazer escolhas que dizem respeito a sua própria vida⁹⁰⁸. No mais, fundamentar a dignidade na autonomia não implica necessariamente igualar o respeito à dignidade ao respeito à autonomia, sendo cabível a interpretação de que respeitar a dignidade é respeitar a pessoa em virtude da sua autonomia. Para Dan-Cohen, a “dignidade é o valor que uma pessoa tem em virtude de possuir certa capacidade ou ter certa propriedade e não o valor da capacidade ou propriedade concebida abstratamente”⁹⁰⁹. Logo, a dignidade é da pessoa e não da sua autonomia, *havendo mais a se respeitar em uma pessoa do que apenas a sua autonomia moral*⁹¹⁰.

A respeito da segunda afirmação, o autor argumenta, a partir das duas variações hipotéticas do caso do escravo, que a dignidade humana teria prioridade sobre o bem-estar e a autonomia individual, mas que a dificuldade em se conceber a dignidade sem recorrer às noções de bem-estar e autonomia fez com que os pensadores liberais optassem por utilizar

⁹⁰⁷ DAN-COHEN, Meir. *Defending Dignity*, p. 158.

⁹⁰⁸ DAN-COHEN, Meir. *Defending Dignity*, p. 158. Em razão desse conceito moral e não político de autonomia, Kant entende que a dignidade impõe o dever de respeitar a humanidade alheia, mas também a própria humanidade. Dessa ideia advêm os deveres em face de si mesmo, o que fundamenta a sua defesa da proibição moral do suicídio. Em razão da estrutura metafísica da teoria de Kant, a existência desses deveres não conduz a um conflito entre os valores da dignidade e da autonomia. Conferir: *Ibidem*, p. 159.

⁹⁰⁹ DAN-COHEN, Meir. *Defending Dignity*, p. 158. No original: “the claim is that dignity is the value a person has by virtue of possessing a certain capacity or having a certain property, rather than that it is the value of the capacity or the property abstractly conceived.”

⁹¹⁰ Dan-Cohen reconhece que, na metafísica de Kant, o ser humano é tido, simplesmente, como a pura vontade racional e identificado a sua autonomia moral, de forma que respeitar a pessoa e respeitar a sua autonomia moral é, nessa configuração, a mesma coisa. No entanto, o autor entende que é possível recorrer ao conceito de dignidade em Kant sem acolher também a identificação metafísica entre a pessoa e sua vontade livre. Por isso, ele pontua que seu conceito de dignidade é kantiano, mas não se confunde com o de Kant. Ver: DAN-COHEN, Meir. *Dignity, Crime, and Punishment: A Kantian Perspective*, p. 102.

esses dois últimos valores, aparentemente mais robustos. Entretanto, Dan-Cohen lança dúvidas sobre a capacidade desses valores de satisfazer uma condição mínima para serem considerados moralmente fundamentais, pois nem toda conduta que venha a promover ou respeitar o bem-estar individual ou a autonomia pessoal será moralmente valiosa⁹¹¹. Assim, por exemplo, não há mérito moral em recompensar, secretamente, uma pessoa que cometeu um crime odioso, ainda que tal recompensa incremente o bem-estar dessa pessoa. Da mesma forma, um homicídio doloso continuaria sendo moralmente desvalioso, ainda que praticado a pedido da própria vítima. De outra parte, a ideia de que os indivíduos possuem idêntico valor moral tem o poder de fazer com que o respeito pelo bem-estar e a autonomia dos indivíduos seja uma preocupação recíproca⁹¹². Quando os indivíduos contemplam valores como o bem-estar ou a autonomia, o natural é pensarem, primeiramente, no valor que cada um atribui ao próprio bem-estar ou à própria autonomia. Ao compreender que o outro é igualmente digno de respeito, é que o bem-estar e a autonomia de outras pessoas passam também a influir nos juízos morais dos indivíduos.

Por derradeiro, Dan-Cohen sustenta que a conclusão sobre se uma determinada conduta viola ou não a dignidade humana depende do sentido dessa conduta⁹¹³. O próprio significado da escravidão, por exemplo, envolve a negação explícita do idêntico valor moral do escravo⁹¹⁴. Esse sentido que compõe o conteúdo da violação da dignidade pode ser dado por convenções mais ou menos arbitrárias: é o caso de gestos e expressões linguísticas que constituem insultos. A despeito disso, em regra, mesmo esse sentido convencional decorre de alguma característica ou consequência empírica atrelada à conduta. Retomando os dois precedentes citados (*Braxton e Brown*), Dan-Cohen explica que tanto a castração quanto o espancamento expressam uma violação à dignidade da pessoa, não obstante a presença do

⁹¹¹ DAN-COHEN, Meir. *Defending Dignity*, p. 160. Salienta-se que dignidade tem a vantagem, em relação à soberania e à autonomia, de não depender de nenhuma capacidade ou propriedade especial do indivíduo, já que a dignidade é inerente à condição humana. Anteriormente, já vimos que o foco na autonomia como fundamento ou limite da criminalização importa em dificuldades para lidar com casos que envolvem pessoas incapazes de se autodeterminar, como crianças e pessoas com determinadas doenças mentais (ver a exposição sobre a teoria de Raz, no capítulo 1, tópico 1.4, *supra*).

⁹¹² DAN-COHEN, Meir. *Defending Dignity*, p. 160.

⁹¹³ No mesmo sentido: DUFF, R. A. *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007, p. 133.

⁹¹⁴ DAN-COHEN, Meir. *Defending Dignity*, p. 161; DAN-COHEN, Meir. *Dignity, Crime, and Punishment: A Kantian Perspective*, p. 112-113.

consentimento e a perspectiva de benefícios no longo prazo para a vítima⁹¹⁵. É o sentido expresso por esse tipo de conduta que diferencia a punição com castração de uma cirurgia de redesignação sexual e o espancamento “corretivo” de uma luta de boxe.

O autor nota que os defensores do *harm principle* entram em contradição ao criticar, por um lado, os crimes contra a moralidade sexual e, por outro, os crimes econômicos⁹¹⁶. Isso porque tais críticas levam à insustentável conclusão de que os primeiros são injustificáveis porque proíbem meras imoralidades, enquanto os segundos também seriam injustificáveis por reprimir condutas que não são imorais em si mesmas (*mala prohibita*). Portanto, faltaria aos crimes econômicos justamente o que está em excesso nos crimes contra a moralidade sexual: o conteúdo de desvalor moral da conduta. Esse fato demonstra, na leitura de Dan-Cohen, a necessidade de um critério orientador da criminalização que seja, ao mesmo tempo, moral e crítico, isto é, um princípio que “possa preservar o distinto conteúdo moral da responsabilidade penal sem endossar, em bases puramente convencionais, qualquer crença popular fortemente defendida”⁹¹⁷. O princípio do dano não estaria em condições de superar esse desafio, sendo que, paradoxalmente, pode se provar mais fácil conter a lei penal reconhecendo que a sua função paradigmática não é prevenir dano e sim proteger a moral⁹¹⁸.

Assim, diferentemente do *harm principle*, o princípio da dignidade permitiria endossar uma *moral substantiva*, mas sem retirar o espaço da diversidade cultural. Segundo Dan-Cohen, práticas culturais ou religiosas como a mutilação genital feminina e a negação de transfusão de sangue para crianças não expressam, para aqueles que compartilham dos valores culturais e religiosos daquela comunidade, uma negação do idêntico valor moral de outra pessoa e, por essa razão, não podem ser moralmente condenadas⁹¹⁹. Apesar disso, o Estado tem a obrigação de fazer uso da lei, inclusive da lei penal, para prevenir esse tipo de prática, tendo em vista a gravidade das suas consequências danosas⁹²⁰. Nesses casos, a omissão do Estado violaria a dignidade das vítimas dessas práticas.

⁹¹⁵ DAN-COHEN, Meir. *Defending Dignity*, p. 161-162.

⁹¹⁶ DAN-COHEN, Meir. *Defending Dignity*, p. 152.

⁹¹⁷ DAN-COHEN, Meir. *Defending Dignity*, p. 152. No original: “One that can preserve the distinctly moral content of criminal liability without endorsing on purely conventional ground any strongly held popular belief.”

⁹¹⁸ DAN-COHEN, Meir. *Defending Dignity*, p. 153.

⁹¹⁹ DAN-COHEN, Meir. *Defending Dignity*, p. 164; DAN-COHEN, Meir. *Dignity, Crime, and Punishment: A Kantian Perspective*, p. 113-114.

⁹²⁰ DAN-COHEN, Meir. *Defending Dignity*, p. 165-166.

A posição de Dan-Cohen falha, primeiramente, por considerar dignidade humana e autonomia como valores inteiramente independentes⁹²¹. Realmente, respeitar a dignidade de alguém é mais do que respeitar a sua autonomia, mas, conforme será sustentado adiante, é impossível respeitar a dignidade de alguém sem respeitar a sua autonomia (conferir capítulo 6, tópico 6.2.2.4, *infra*). A nosso ver, os precedentes citados por Dan-Cohen não são capazes de minar a relevância do direito à autonomia para a teoria da criminalização, a qual é internalizada pelo conceito de injusto de Feinberg, sobre o qual incide a máxima *volenti non fit injuria*.

No que diz respeito ao precedente *Braxton*, cumpre esclarecer que os princípios da criminalização se ocupam das razões que fundamentam a proibição de condutas no âmbito das relações intersubjetivas (*enfoque horizontal*). Logo, esses princípios não se destinam *prima facie* a indicar boas razões para o Estado limitar os termos de sua própria interação com os indivíduos (*enfoque vertical*). No que toca às relações Estado-cidadão, só faz sentido falar em consentimento, ao menos a partir da perspectiva contratualista, para se referir ao ato simbólico que constituiu o pacto social que fundou originariamente a comunidade política, estando os termos gerais desse pacto consolidados na Constituição. Daí que o Estado não está autorizado a nos tratar de determinadas formas, vedadas pelo pacto social, ainda que com o nosso consentimento pessoal (por exemplo, usando a tortura para extrair confissões ou aplicando penas cruéis), pois os termos do pacto só podem ser revistos coletivamente.

A solução dada no caso *Brown* também pode ser defendida sem que se abandone a violação à autonomia como fundamento da proibição. Isso porque, como se verá melhor na sequência (capítulo 6, tópico 6.2.3, *infra*), o consentimento que afasta o caráter injusto da conduta é o consentimento contemporâneo ou imediatamente anterior ao fato, desde que presentes outros pressupostos de validade, como a capacidade de consentir. No caso em questão, o acordo previamente existente entre marido e mulher não configura consentimento válido, uma vez que o assentimento na conduta danosa (no caso, o espancamento) carece de atualidade. Além disso, ainda que houvesse consentimento atual, ele seria revogável a qualquer momento, ou seja, a simples oposição da mulher ao espancamento é suficiente para

⁹²¹ HÖRNLE, Tatjana. Criminalizing Behaviour to Protect Human Dignity. *Criminal Law and Philosophy*, v. 6, n. 3, 2012, p. 314.

tornar injusta a conduta do marido. Por fim, é possível questionar a capacidade da mulher em consentir no espancamento, mesmo antes de se embriagar, em razão do alcoolismo⁹²².

Assim como os princípios da soberania e da autonomia, o princípio da dignidade humana também não está apto a substituir completamente o *harm principle*, tendo em vista que existem várias condutas que, embora o legislador tenha boas razões para criminalizar, classificá-las como violações à dignidade humana conduziria à banalização e ao esvaziamento da ideia de dignidade humana (p.ex., crimes fiscais, contra o meio ambiente, contra a segurança no trânsito etc.)⁹²³. Verifica-se que, nos casos em que o sentido da conduta é objeto de controvérsia cultural, Dan-Cohen se socorre nas consequências danosas para justificar a sua proibição, admitindo a criminalização com base no dano, ainda que ausente o injusto no sentido específico de desrespeito à dignidade. A verdade é que não há incompatibilidade entre o princípio do dano – especialmente em sua versão não utilitarista defendida por Feinberg e também neste trabalho – e o princípio da dignidade (ou mesmo os princípios da soberania e da autonomia), na medida em que a existência de violação à dignidade humana pode constituir um conteúdo de desvalor que reforça o caráter injusto de determinadas condutas (como no caso da escravidão involuntária)⁹²⁴.

4.4 Conclusão parcial

A crítica criminológica ao princípio do dano não é suficiente para justificar o abandono do princípio, mas as críticas dogmáticas merecem a atenção dos seus defensores.

⁹²² No mesmo sentido, a crítica de Bergelson aos fundamentos da decisão em *Brown*, já que a Corte, em lugar de invocar a autonomia pessoal da mulher, alegou que, independentemente dos direitos da vítima, a conduta deve ser punida por ameaçar a segurança da sociedade e desrespeitar os princípios morais nos quais a lei penal se sustenta: BERGELSON, Vera. *The Right to Be Hurt: Testing the Boundaries of Consent*. *George Washington Law Review*, v. 75, n. 2, 2007, I.2.e.

⁹²³ BAKER, Dennis J. *The Right Not to be Criminalized*, p. 158-163; BAKER, Dennis J. *The Harm Principle vs. Kantian Criteria for Ensuring Fair, Principled and Just Criminalisation*, p. 66-99.

⁹²⁴ Também no sentido de que alguns crimes, mas nem todos, violam a dignidade humana ou, nas palavras de Stanton-Ife, violam a própria pessoa em sua humanidade: HÖRNLE, Tatjana. *Criminalizing Behaviour to Protect Human Dignity*, p. 308; STANTON-IFE, John. *Horrific Crime*, p. 138-164. Observa-se que o fato de a violação à dignidade humana compor o conteúdo de injusto da conduta terá reflexos na definição do bem jurídico ofendido. Com isso, alteramos parcialmente o posicionamento anteriormente defendido em: BADARÓ BAPTISTA, Tatiana Maria. Reflexões sobre o bem jurídico na Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005). *Revista Fórum de Ciências Criminais*, ano 2, n. 3, janeiro/junho, 2015, p. 55-56; BADARÓ, Tatiana. Criminalização do discurso de ódio e liberdade de expressão: uma análise do art. 20 da Lei 7.716/89 sob a perspectiva da teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 26, v. 145, julho, 2018, p. 559.

Assim, em primeiro lugar, é necessário limitar a capacidade do legislador de criminalizar condutas com base em suas consequências indiretas, o que se buscará fazer no próximo capítulo a partir do estudo das máximas de mediação, da postulação de critérios de imputação justa e da reformulação do conceito de injusto. Em segundo lugar, o reconhecimento da existência de injustos não danosos reforça nossa posição no sentido de que o *harm principle* é apenas um dos princípios que integram o primeiro filtro da teoria da criminalização, motivo pelo qual o sexto capítulo deste trabalho se dedicará a investigar quais outros princípios fornecem ao legislador liberal boas razões independentes, bem como quais limites devem ser associados a essas boas razões.

Em relação às leis penais superinclusivas, defendemos uma presunção em desfavor de leis desse tipo, mas admitimos que, considerando o caráter geral das proibições penais, certo grau de superinclusão pode ser inevitável. Todavia, nesses casos, cabe ao julgador, ao aplicar tais normas aos casos concretos, excluir do seu alcance condutas que não atendem a algum dos pressupostos do princípio do dano (p. ex., condutas incapazes de produzir, do ponto de vista de um juízo objetivo respaldado pelas ciências empíricas, o perigo de dano que o legislador pretende evitar). A respeito das condutas *mala prohibita*, esclarecemos que a sua criminalização é compatível com uma versão do princípio do dano que inclui o requisito da injustiça, uma vez que a norma extrapenal reguladora, desde que justificada racionalmente, pode gerar para os indivíduos deveres morais e não apenas legais de atuação em conformidade com a norma (p. ex., deveres de coordenação e de cooperação) e, por conseguinte, fundamentar o caráter injusto do comportamento desconforme.

Finalmente, quanto à possibilidade de substituir o *harm principle* pelos princípios da soberania, da autonomia ou da dignidade, tais propostas pecam por buscar oferecer um único referencial teórico capaz de funcionar como filtro de validade para toda e qualquer conduta. Trata-se do mesmo equívoco em que, há muito tempo, incorrem alguns dos defensores do conceito político-criminal de bem jurídico: a pretensão de submeter toda a criminalização legítima a um único superprincípio. Conquanto se atribua ao princípio do dano um papel de protagonista em nossa teoria da criminalização, não acreditamos que esse ou qualquer outro princípio seja capaz de acomodar a complexa gama de normas de comportamento que pode vir a ser positivada por um bom e racional legislador penal de um moderno Estado democrático e liberal.

Além disso, as teorias de Ripstein, Dubber e Dan-Cohen tentam fundamentar a criminalização de condutas com base apenas em considerações deontológicas, ignorando a importância que as consequências das condutas humanas desempenham na discussão sobre a sua proibição legal. No entanto, não é possível explicar adequadamente os crimes omissivos, os crimes culposos e os crimes de perigo, por exemplo, a partir unicamente de ideias como soberania, autonomia e dignidade, sem qualquer remissão às consequências danosas, efetivas ou potenciais, dessas condutas. Portanto, embora soberania, autonomia e dignidade tenham um importante papel a desempenhar na teoria da criminalização, mais especificamente na identificação do conteúdo de desvalor moral de determinadas condutas, os referidos princípios não se prestam a substituir totalmente o *harm principle*.

5. LIMITES À CRIMINALIZAÇÃO DE DANOS REMOTOS

As consequências danosas de uma conduta – ou a possibilidade de que ela produza consequências danosas – integram a explicação racional, fundamentada pelo *harm principle*, do porque essa mesma conduta merece ser proibida. A relevância do dano efetivo e do perigo de dano para o juízo de reprovação moral e social das condutas é facilmente constatável quando se contempla a lei em geral, inclusive a lei penal. Se as consequências danosas, efetivas ou potenciais, não influíssem nesse juízo de desvalor, por qual outro motivo a lei penal brasileira diferenciaria a punição pelo crime consumado da punição pela tentativa perfeita (art. 14, inciso II, do CP) e deixaria impune o crime impossível (art. 17 do CP)?

Apesar disso, deve haver um limite a partir do qual as consequências danosas causalmente conectadas à conduta deixam de constituir um fundamento válido para a sua proibição⁹²⁵. Afinal, mesmo quando limitamos o rol de consequências relevantes àquelas consideradas prejudiciais ou benéficas conforme o parâmetro comparativo temporal-contrafactual empregado pelo princípio do dano, fato é que, sobretudo no longo prazo, uma conduta pode produzir mais do que uma única consequência positiva ou negativa, o que pode tornar necessário, em alguma medida, o balanceamento de consequências⁹²⁶. Contudo, como o balanço de consequências é, pelo menos em parte, uma questão empírica e dependente das contingências do mundo físico, a prerrogativa de avaliação desses dados pertence ao próprio legislador⁹²⁷. Assim, caso o *harm principle* se restrinja a definir o que são consequências

⁹²⁵ O mesmo vale para a definição da punição. Embora as consequências devam influenciar a dosimetria da pena-base (art. 59 do CP), há que se ter cautela no que diz respeito às “consequências extratípicas”, isto é, às consequências não abrangidas pelo tipo penal. Nesse sentido, autores como Frisch entendem que tais consequências, para influir na fixação da pena, precisam ser previsíveis e estar abrangidas pelo âmbito de proteção da norma. Cf. TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da Pena*. Fundamentos de uma Determinação Judicial da Pena Proporcional ao Fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 137.

⁹²⁶ GRECO, Luís. A Crítica de Stuart Mill ao Paternalismo. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 4, n. 7, jul.-dez., 2012, p. 90. Ainda que tenhamos sustentado, diferentemente de Feinberg, que o requisito do dano em sentido derivativo e não normativo se satisfaz com a presença de dano *pro tanto*, mesmo que não haja dano *on balance*, o balanceamento pode ser necessário para definir se determinada conduta tornou a vida de outra pessoa pior em matéria de bem-estar, conforme o parâmetro comparativo contrafactual. Conferir a discussão acima a respeito dos casos de *wrongful life* e *wrongful birth* (capítulo 2, tópico 2.3.2). Além disso, conforme demonstra a discussão de Feinberg a respeito das máximas de mediação, os benefícios proporcionados pela conduta danosa para o próprio agente, para terceiros e para toda a comunidade também podem fornecer razões que pesem em favor da presunção pela liberdade.

⁹²⁷ GRECO, Luís. Tem Futuro a Teoria do Bem Jurídico? Reflexões a partir da Decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do Crime de Incesto (§173 Strafgesetzbuch). *Revista Brasileira de Ciências*

danosas e a indicar a sua relevância, o princípio se mostrará incapaz de, por si só, estabelecer limites ao legislador penal, pois dependerá de critérios suplementares para eleger, dentre as consequências relevantes, aquela que é a preponderante.

Como visto, o próprio Stuart Mill já estava ciente dessa dificuldade (capítulo 1, tópico 1.1, *supra*). A solução proposta pelo filósofo inglês foi restringir o rol de consequências danosas relevantes aos danos diretos e excluir os danos indiretos, tendo em vista que mesmo as ações referentes ao próprio agente (*self-regarding actions*) podem afetar, de forma mediata, outras pessoas⁹²⁸. Essa solução produz resultados satisfatórios em alguns contextos: a posse de drogas para consumo próprio, por exemplo, não poderia ser criminalizada com base no argumento de que a dependência química incrementa a incidência de crimes contra o patrimônio para sustentar o vício; nem o suicídio, a autolesão e a exposição consentida a perigo de dano poderiam ser proibidos sob a alegação de que tais condutas impactam negativamente os interesses de familiares e amigos da pessoa diretamente afetada, bem como prejudica o sistema público de saúde. Com efeito, todos esses danos são indiretos ou mediatos.

O problema da solução proposta por Mill é que, interpretada como um limite meramente “mecânico”⁹²⁹ à criminalização de danos indiretos, ela retira do *harm principle* um de seus principais atrativos quando comparado a outros princípios estritamente deontológicos, qual seja, a sua capacidade de fundamentar a proibição de condutas que exponham a perigo indireto, por exemplo, o meio ambiente e as gerações futuras⁹³⁰. De fato, todo liberal que pretenda manter o escopo da legislação penal modesto precisa se preocupar em restringir o âmbito de relevância dos danos remotos. No entanto, essa solução mecânica não é compatível com a complexidade das sociedades contemporâneas, cujo avanço industrial e tecnológico

Criminais, n. 82, 2010, p. 177. Essa afirmação é coerente com a separação que fizemos, com base em Schonscheck, entre o filtro principiológico e o pragmático (ver capítulo 3, tópico 3.3).

⁹²⁸ MILL, John Stuart. On Liberty. In: MILL, John Stuart. *On Liberty and Other Writings*. Edited by Stefan Collini. Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p. 82.

⁹²⁹ MOORE, Michael. *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 767-768. A diferenciação entre limite mecânico e moral à criminalização de danos remotos, feita por Moore, será explicitada mais adiante (ver tópico 5.2.6, *infra*).

⁹³⁰ Por outro lado, Voorde observa que a solução de Mill faria com que grande parte dos crimes atualmente existentes fosse considerada ilegítima e, por conseguinte, não é uma solução realista. Como resultado, a ciência penal ficaria excluída dos debates políticos atuais e impossibilitada de influenciar ou auxiliar no aprimoramento da legislação. Ver: VOORDE, Jeroen ten. Prohibiting Remote Harms: On Endangerment, Citizenship and Control. *Utrecht Law Review*, v. 10, n. 1, 2014, p. 165.

levou a descoberta de riscos imprevisíveis⁹³¹. Por isso, a defesa do princípio do dano, na atualidade, deve ser acompanhada da investigação de outras soluções. Neste capítulo, verificaremos em que medida as máximas de mediação que orientam a aplicação do princípio do dano, os critérios de imputação justa e o requisito da injustiça (*wrongfulness constraint*) podem auxiliar na identificação de limites à atividade de criminalização, quando se trata de proibir condutas de danosidade remota.

5.1 Crimes referidos a danos remotos

Todos os defensores do princípio do dano, sem exceção, leem o princípio como admitindo a proibição não só de condutas que causam dano efetivo, mas também de condutas que geram apenas um perigo que não se materializou (nem poderá mais se materializar) em dano. Há, até mesmo, quem entenda que o perigo de dano já é um dano⁹³². Entretanto, uma vez que a proibição de condutas com potencial para retroceder interesses alheios é perfeitamente compatível com qualquer versão plausível do *harm principle*, não há qualquer vantagem prática em equiparar dano e perigo⁹³³. Além disso, essa equiparação tende a ofuscar algumas diferenças relevantes, sobretudo quando se trata de proibir condutas em razão do perigo de dano remoto.

Por dano remoto, designa-se o *dano potencial atrelado a condutas que não são, nem mesmo na generalidade de casos, perigosas em si mesmas*. Como já adiantado (capítulo 4, tópico 4.2.1. *supra*), o que caracteriza um dano como remoto não é o afastamento espaço-

⁹³¹ Ver: BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo*. Hacia una Nueva Modernidad. Barcelona: Paidós, 1998.

⁹³² Para Finkelstein, a exposição a perigo de dano já é um dano ao interesse de outra pessoa em não ser submetida, sem o seu consentimento, a riscos desnecessários ou não razoáveis (FINKELSTEIN, Claire. Is Risk a Harm? *University of Pennsylvania Law Review*, v. 151, 2003, p. 966). De forma semelhante, Ramsay afirma que as condutas potencialmente e não efetivamente danosas causam dano ao retroceder o interesse individual pela segurança pessoal (*security interests*), embora esse seja um dano secundário (*second-order harm*) e não primário (*first-order harm*), como é o caso do retrocesso a outros interesses individuais (vida, integridade física, patrimônio etc.) (RAMSAY, Peter. Preparation Offences, Security Interests, Political Freedom. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor (ed.). *The Structures of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 206-207). Por sua vez, Placani sustenta que, como o perigo de dano já constitui um injusto, há casos em que o simples fato de ser tratado de maneira injusta constitui, em si, um dano, mormente quando o ato injusto retrocede o interesse de bem-estar pela própria dignidade humana (PLACANI, Adriana. When the Risk of Harm Harms. *Law and Philosophy*, n. 36, 2017, p. 86).

⁹³³ Nesse sentido: BAKER, Dennis J. *The Right not to be Criminalized*. Demarcating Criminal Law's Authority. Farnham: Ashgate, 2011, p. 131; DUFF, R. A. *Answering for Crime*. Responsibility and Liability in the Criminal Law. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007, p. 125.

temporal entre conduta e dano, que pode ou não se verificar, mas o *caráter acentuadamente contingencial* desse dano, uma vez que a sua ocorrência depende da combinação não impossível nem necessária de diversas condições empíricas⁹³⁴. Assim, por exemplo, a colocação de explosivos em uma área habitada produz perigo direto e imediato de dano, ainda que os explosivos só venham a ser detonados anos depois, pois se trata de conduta arriscada *per se* e não em virtude da possível convergência de uma série de eventos concatenados.

Certamente, toda consequência danosa é, em alguma medida, contingente: se A aponta uma arma de fogo em direção ao peito de B e aciona o gatilho, a morte de B depende de uma sequência de eventos físicos que também não é necessária, ainda que seja altamente provável ou quase certa. Porém, no que diz respeito aos danos remotos, a periculosidade da conduta se vincula a um tipo especial de contingência, sendo que a conexão entre risco e dano se dá por intermédio de uma *cadeia causal especialmente complexa*. O que confere esse *plus* em complexidade é o caráter indireto ou mediato do próprio perigo de dano remoto, porquanto a periculosidade da conduta não é inerente e sim dependente da *intervenção de outra conduta humana autônoma*, seja do próprio agente ou de terceiros.

Há, porém, controvérsias quanto à definição de danos remotos. Conforme se verá a seguir, este trabalho divide os danos que denominamos por remotos em duas categorias: os danos por agregação e os danos por acumulação. De forma diversa, Baker restringe o conceito aos danos por agregação, definindo como remotamente danosa a conduta de X, em si mesma inócua, que contribui para a escolha danosa independente de Y⁹³⁵. Assim, o autor exclui do conceito de dano remoto aqueles resultantes da combinação entre condutas congêneres, que aqui são designados como danos por acumulação. Discute-se, ainda, a inclusão na categoria de crimes referidos a danos remotos das denominadas *inchoate offences*, que são infrações

⁹³⁴ Cornford prefere falar em danos indiretos – como fazia Mill – e não em danos remotos, já que o dano não é necessariamente temporal ou espacialmente remoto (CORNFORD, Andrew. *Indirect Crimes. Law and Philosophy*, v. 32, n. 4, 2013, p. 485).

⁹³⁵ BAKER, Dennis J. The Moral Limits of Criminalizing Remote Harms. *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, v. 10, n. 3, 2007, p. 327: “A remote harm is harm that occurs when X’s innocuous conduct contributes to Y’s decision to commit a harmful crime. X is only indirectly (remotely) connected to the direct (primary) harm, because the harm is contingent on Y making an independent criminal choice. For instance, when X gives Y a flyer and Y harms the environment by making an independent choice to throw the flyer into the street, the harm is remote because it is contingent on Y making an independent choice to litter. Handing out flyers *per se* is not harmful”. Ver também: BAKER, Dennis J. The Right not to be Criminalized, p. 105: “I have argued elsewhere, that a remote harm is a harm that occurs when x’s innocuous conduct is an enabling factor – that is, a phenomenon that in fact creates the background conditions that enable the primary-harmer to be in a position to commit a culpable direct harm.”

penais em que o dano indicado como proibido, embora intentado pelo agente, não chega a se materializar⁹³⁶. Seriam exemplos de *inchoate offences*, o crime tentado (*attempt*) e também alguns crimes preparatórios como conspiração (*conspiracy*), incitação (*incitation* ou *solicitation*) e assistência (*assistance*). Segundo Hirsch e Simester, com exceção da tentativa acabada, a maior parte desses crimes envolve danos remotos⁹³⁷. Em sentido contrário, Baker afirma que, nesses casos, não há que se falar em danos remotos porque o agente tem a intenção de causar ou contribuir para o dano direto⁹³⁸. Apesar de também entenderem que as *inchoate offences* não configuram hipóteses de criminalização de danos remotos, Alexander e Ferzan afastam dessa noção a tentativa acabada e parte dos crimes preparatórios, argumentando que só há *inchoate offence* enquanto o agente ainda detém a habilidade de controlar, com o uso apenas de seu próprio conhecimento e vontade, a produção ou evitação do perigo de dano⁹³⁹.

De fato, as *tentativas acabadas*, em regra, não dependem da intervenção de condutas autônomas, danosas ou perigosas em si mesmas, para a consumação do dano. Ainda que a consumação possa depender da intervenção de condutas futuras, essas condutas não produziram o dano ou perigo de dano de forma consciente e voluntária: por exemplo, quando X prepara uma armadilha, mas precisa aguardar que a vítima Y pise nela⁹⁴⁰. Nas demais *inchoate offences*, a ocorrência do dano pode sim depender da intervenção de outra conduta livre e independente. No entanto, certo é que o dano figura como um evento menos acidental no caso da tentativa inacabada do que dos crimes preparatórios, uma vez que, por óbvio, os atos executórios que configuram a tentativa se encontram em estágio mais avançado do *iter criminis* do que os atos meramente preparatórios. Daí que a maioria das inquietações aqui levantadas e, por consequência, das soluções apresentadas não se mostram cabíveis ao caso da

⁹³⁶ ASHWORTH, Andrew; HORDER, Jeremy. *Principles of Criminal Law*. 7ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 6.

⁹³⁷ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A P. *Crimes, Harms, and Wrongs*. On the Principles of Criminalisation. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014, p. 79. Os autores denominam os crimes referidos aos autênticos danos remotos (danos por agregação e por acumulação) de *prophylactics crimes* (*Idem*, p. 57-58). Assim, para eles, os *prophylactics crimes* abarcam a maioria das *inchoate offences*.

⁹³⁸ BAKER, Dennis J. *The Right not to be Criminalized*, p. 118.

⁹³⁹ ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler. Danger: The Ethics of Preemptive Action. *Ohio State Journal of Criminal Law*, v. 9, 2011, p. 642. Para os autores, as verdadeiras *inchoate offences* não são culpáveis e não devem ser punidas. Ver: ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler. *Crime and Culpability*. A Theory of Criminal Law. New York: Cambridge University Press, 2009, p. 198-199.

⁹⁴⁰ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 79.

tentativa (acabada ou inacabada), motivo pelo qual não se justifica inclui-lo no conceito de dano remoto.

São duas as principais objeções apresentadas pela doutrina à proibição de condutas com fundamento em danos remotos, uma baseada na *causalidade* e outra na *culpabilidade*⁹⁴¹. Em primeiro lugar, afirma-se que o princípio da causalidade normal não suporta a responsabilização por consequências remotas, já que a intervenção voluntária de terceiro afastaria a relevância causal da conduta, concentrando a responsabilidade pelo dano nas mãos do terceiro. Em segundo lugar, a conduta que não é danosa em si mesma não deveria atrair a responsabilidade pelo dano remoto, a não ser que seja acompanhada pela intenção de encorajar, assistir ou provocar esse dano, intenção essa que tende a não estar presente na maioria dos crimes referidos a danos remotos. Ocorre que nenhuma dessas objeções resiste a um escrutínio mais detido.

A criminalização dos autênticos danos remotos é criticada por Baker, entre outras razões, por violar o princípio da causalidade próxima⁹⁴². Segundo a interpretação dada pelo autor a esse princípio, apenas a conduta daquele que causa ou pretende causar diretamente o dano ou perigo de dano pode ser considerada causa juridicamente relevante e passível de imputação, dando ensejo à responsabilidade penal do agente⁹⁴³. Contrariamente a essa visão, Cornford argumenta que os danos remotos não desafiam o princípio da causalidade, pois o processo cognitivo de deliberação racional do agente não anula a relevância causal de contribuições de ordem moral e material de outras pessoas⁹⁴⁴. Com efeito, a adoção, entre nós, da teoria da *conditio sine qua non* ou da equivalência dos antecedentes causais, sejam esses próximos ou não, torna ainda mais frágil a tese de que a criminalização baseada em danos remotos violaria o princípio da causalidade.

⁹⁴¹ ASHWORTH, Andrew; HORDER, Jeremy. *Principles of Criminal Law*, p. 39.

⁹⁴² BAKER, Dennis J. *The Right not to be Criminalized*, p. 105.

⁹⁴³ Dressler esclarece que o conceito de “causa próxima” é obscuro no direito penal anglo-americano: “In the process of determining proximate causation, courts and lawyers frequently bandy about conclusory terms like ‘superseding intervening cause’, ‘direct cause’, and ‘remote cause’. An observer might assume from this language that a scientific formula exists to produce uniform and reliable results in proximate causation analysis. In fact, however, courts and juries don’t discover the proximate cause of harm — they select it. The decision to attach causal responsibility for social harm to one, rather than to another, factor is made in a common sense manner, or by application of moral intuitions, public policy considerations, and/or a sense of justice.” (DRESSLER, Joshua. *Understanding Criminal Law*. 7ª ed. Danvers: Matthew Bender, 2015, p. 171-172).

⁹⁴⁴ CORNFORD, Andrew. *Indirect Crimes*, p. 490.

Na perspectiva de Husak, o quarto critério da sua teoria da criminalização, o requisito da culpabilidade, limitaria a abrangência dos crimes referidos a danos remotos⁹⁴⁵. Segundo esse critério, as condutas que causam apenas danos indiretos só podem ser criminalizadas se o agente houver atuado, pelo menos, negligenciando o risco de que seu comportamento conduza a intervenções posteriores aptas a produzir o dano que a lei penal pretende evitar⁹⁴⁶. Logo, a punição dependeria da previsibilidade objetiva do dano remoto. Em sentido oposto, Hirsch e Simester argumentam que, nos crimes em questão, a exigência de que haja, no mínimo, culpa por parte do agente só se aplica à conduta proibida e não ao dano final. Por essa razão, os autores concluem que os danos remotos demandam a atenção especial da teoria da criminalização não no que diz respeito ao requisito da culpabilidade e sim à exigência de justa imputação de responsabilidade ou, de forma mais ampla, ao caráter injusto da conduta⁹⁴⁷. Ainda que possa haver sobreposição entre elementos relativos à responsabilidade subjetiva (dolo e culpa) e elementos referidos ao conteúdo de injusto, essas noções devem ser mantidas separadas (ver capítulo 2, tópico 2.2.3, *supra*).

Os crimes referidos a danos remotos se caracterizam, em geral, pelo *caráter implícito e não explícito do perigo de dano*. Isso significa que a definição legal da conduta proibida não identifica explicitamente o perigo de dano que fundamenta a criminalização⁹⁴⁸. Como consequência, tais normas proíbem categoricamente uma conduta, independentemente da criação de um perigo de dano para o bem-estar de uma vítima concreta. Os crimes de perigo implícito possuem a desvantagem de serem superinclusivos, mas, como já dito, fornecem aos cidadãos uma orientação prática mais clara e segura a respeito de qual comportamento deve ser evitado do que os crimes de perigo explícito⁹⁴⁹ (ver capítulo 4, tópico 4.2.3, *supra*). É possível comparar a divisão feita pelo direito penal anglo-americano entre crimes de perigo

⁹⁴⁵ HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización*. Los límites del Derecho penal. Trad. Rocío Lorca Ferreccio. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 265. Mais sobre os critérios de Husak adiante (tópico 5.4.1, *infra*).

⁹⁴⁶ Recordar-se que, no direito anglo-americano, a negligência é uma das quatro modalidades de culpabilidade. Conforme disposto no Código Penal Modelo: “§ 2.02 General Requirements of Culpability (1) Minimum Requirements of Culpability. Except as provided in Section 2.05, a person is not guilty of an offense unless he acted purposely, knowingly, recklessly or negligently, as the law may require, with respect to each material element of the offense.”

⁹⁴⁷ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 72.

⁹⁴⁸ O conceito de *explicit* e *implicit offence* é retirado de Duff: DUFF, R. A. *Answering for Crime*, p. 166. Ver também: WESTEN, Peter. The Ontological Problem of ‘Risk’ and ‘Endangerment’ in Criminal Law. In: DUFF, R.A.; GREEN, Stuart P. (ed.). *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 308.

⁹⁴⁹ CORNFORD, Andrew. Indirect Crimes, p. 506.

implícito e explícito com a classificação romano-germânica dos tipos penais como de perigo abstrato ou concreto⁹⁵⁰.

De fato, a discussão sobre os limites à criminalização dos danos remotos se aproxima do debate travado, entre nós, a respeito da criminalização em estágios prévios à situação de crise aguda para o bem jurídico, mormente a discussão sobre a legitimidade dos crimes de perigo abstrato. Todavia, nem todas as condutas proibidas mediante estruturas típicas que podem ser catalogadas como de perigo abstrato estão atreladas a danos potenciais incluídos na rubrica de danos remotos. Além das condutas que produzem perigo concreto de dano, também não devem ser reputadas como remotamente danosas as condutas cujo padrão é que sejam perigosas em si mesmas, denominadas de ações concretamente perigosas (crimes de perigosidade)⁹⁵¹. Essas ações produzem, do ponto de vista de um observador objetivo situado no momento em que a conduta é praticada (juízo *ex ante*), um perigo não mais dominável pelo agente nem compensável pelos esforços exigíveis de terceiro⁹⁵². É o caso do crime de conduzir veículo automotor sob a influência de álcool ou de substância psicomotora. Diferentemente das condutas remotamente danosas, essas condutas tendem a gerar, de maneira direta e imediata, perigo de dano para os interesses de uma vítima potencial⁹⁵³.

⁹⁵⁰ Não se desconhece o debate sobre a própria diferenciação entre crimes de perigo concreto e perigo abstrato. Sobre o tema, conferir: BADARÓ, Tatiana. *Bem Jurídico-Penal Supraindividual*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 251-258. Para fins de comparação com os crimes de perigo implícito ou explícito, considera-se a classificação de tipos penais como de perigo concreto ou abstrato que leva em conta a descrição típica: "(...) os crimes de perigo concreto são aqueles em que o resultado de perigo foi inserido pelo legislador como elemento expresso do tipo penal, devendo ser demonstrado no caso concreto. Nos crimes de perigo abstrato, por sua vez o resultado de perigo não integra expressamente a formulação típica, embora tenha motivado o legislador a incriminar a conduta em questão" (*Idem*, p. 242). Ver também: MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. Parte general. 3. ed. Padova: CEDAM, 2011, p. 207.

⁹⁵¹ Neste ponto, estamos nos baseando na tricotomia de Hirsch/Wohlers que divide os crimes de perigo abstrato em: crimes de ação concretamente perigosa, crimes de preparação e crimes de acumulação: HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del Bien Jurídico y Estructura del Delito*. Sobre los Criterios de una Imputación Justa. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La Teoría del Bien Jurídico*. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 208 e ss. Observa-se que a doutrina alemã manuseia diferentes subclassificações, como se vê em: ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: Parte General. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 407-411. Kuhlen, por exemplo, coloca os crimes de preparação e de acumulação como espécies de delito apartadas dos crimes de perigo abstrato: KUHLEN, Lothar. *Rechtsgüter und neuartige Deliktstypen*. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *Mediating Principles*. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 150.

⁹⁵² Sobre essa categoria, conferir: BADARÓ, Tatiana. *Bem Jurídico-Penal Supraindividual*, p. 262-266.

⁹⁵³ Nesse ponto, nos afastamos de Hirsch e Simester que incluem todas as hipóteses de perigo abstrato, inclusive as ações concretamente perigosas, no conceito de danos remotos: HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 57-58.

5.2 As máximas de mediação em Feinberg

Como já evidenciado, este trabalho entende que o princípio do dano só fundamenta a criminalização de comportamentos danosos ou potencialmente danosos, afastando-se da visão de que o princípio também justifica a proibição de condutas sem idoneidade para produzir consequências danosas, desde que a proibição pretenda prevenir danos para outras pessoas⁹⁵⁴. Contudo, mesmo essa versão do *harm principle* carece de critérios normativos aptos a orientar a aplicação do princípio, tanto para evitar deixá-la totalmente à mercê das avaliações empíricas do legislador⁹⁵⁵ quanto para proteger esferas de liberdade individual. Embora a aplicação do princípio seja menos controversa quando se trata de criminalizar danos diretos e imediatos, a liberdade criativa do legislador para atrelar consequências danosas às condutas cresce conforme ingressamos no âmbito dos danos remotos. Daí que, quanto maior o número de estágios intermediários entre conduta e dano e mais longínquo o nexos causal, mais a aplicação do *harm principle* carece de complementação.

O próprio Feinberg reconhece a necessidade de critérios suplementares ao princípio do dano para auxiliar o legislador hipotético ao aplicá-lo na prática⁹⁵⁶. O conjunto desses critérios foi denominado pelo autor de *máximas de mediação* (*mediating maxim*), as quais atuam definindo o sentido de dano, delimitando o conceito de injusto como violação de direitos e guiando a aplicação do princípio em circunstâncias especiais. A importância de algumas dessas máximas é sugerida pelo próprio enunciado feinberguiano do *harm principle*, do qual consta que a prevenção de danos é uma boa razão para criminalizar condutas quando “não há, provavelmente, outro meio igualmente eficaz sem maiores custos a outros valores”⁹⁵⁷.

⁹⁵⁴ Nisso, nos afastamos de Hirsch/Simester e Feinberg e nos aproximamos de Baker. Na opinião de Duff, a versão do *harm principle* aqui defendida não justificaria a criminalização dos danos remotos: DUFF, R. A.; MARSHALL, S. E. “Abstract Endangerment”, *Two Harm Principles, and Two Routes to Criminalisation*. *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, v. 3, n. 2, 2015, p. 148. Essa afirmação será aqui contestada.

⁹⁵⁵ Por certo, dizer que proibir uma conduta previne dano e dizer que tal conduta pode causar dano são ambas declarações de fato e, portanto, dependem de embasamento em evidências empíricas. Contudo, o espaço para a discricionariedade do legislador é mais amplo na análise da primeira questão empírica do que na segunda, ao menos quando se trata de danos diretos.

⁹⁵⁶ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*. The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 1. New York: Oxford University Press, 1984, p. 187.

⁹⁵⁷ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 26.

Segundo Hirsch e Simester, as máximas de mediação de Feinberg compõem o que se denomina de *análise padrão do dano* (*Standard Harms Analysis*). Em linhas gerais, essa análise é constituída por três fases: 1) a gravidade e a probabilidade do eventual dano são consideradas; 2) o valor social da conduta e o grau de intrusão na liberdade individual do agente são pesados contra o resultado da primeira fase e 3) são considerados certos limites colaterais (*side-constraints*) que impediriam a criminalização da conduta⁹⁵⁸. As máximas *volenti non fit injuria* e *de minimus non curat lex* também podem ser incluídas nessa análise padrão, pois são catalogadas por Feinberg como máximas de mediação. A seguinte tabela apresenta um sumário das máximas de mediação propostas por Feinberg:

Figura 7 – Sumário de máximas de mediação do *harm principle* em Feinberg

1	<i>Volenti non fit injuria</i> : não se comete injustiça contra aquele que consente.
2	<i>De minimis non curat lex</i> : a lei não se ocupa de bagatelas.
3	Quanto maior a magnitude do possível dano, menos provável a sua ocorrência precisa ser para justificar a proibição da conduta que ameaça produzi-lo.
4	Quanto maior a probabilidade de dano, menos grave ele precisa ser para justificar a proibição da conduta que ameaça produzi-lo.
5	Quanto maior o risco de dano, composto pela gravidade e probabilidade de dano, menos razoável é aceitá-lo.
6	Quanto maior o valor ou utilidade da conduta perigosa, para o autor e para a sociedade, mais razoável é aceitar o risco de consequências danosas.
7	Quanto mais razoável o risco de dano, mais frágil é o caso para proibir a conduta que cria esse risco.

O termo “máximas de mediação” é empregado por Feinberg em sentido amplo, englobando razões normativas para não punir condutas danosas ou perigosas (como as máximas *volenti* e *de minimis*), mas, sobretudo, razões de ordem instrumental (como as que sopesam a magnitude e a gravidade do dano). Outros autores preferem reservar a etiqueta de “princípio de mediação” para as razões normativas, as quais podem envolver tanto

⁹⁵⁸ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 55. Ver também: HIRSCH, Andrew von. Extending the Harm Principle: “Remote” Harms and Fair Imputation. In: SIMESTER, A. P.; SMITH, A. T. H. (eds.). *Harm and Culpability*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 261; PERŠAK, Nina. *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts*. New York: Springer, 2007, p. 46. Hirsch e Simester citam como exemplos de limites colaterais a liberdade de expressão e o direito à privacidade, mas esses limites não estão explicitados em Feinberg. Além disso, mesmo na obra de Hirsch/Simester, a aplicação desses limites está restrita ao *offense principle*, como se verá melhor adiante (capítulo 6, tópico 6.1.3)

argumentos de liberdade quanto de justiça⁹⁵⁹. Em razão da carência de critérios normativos, a análise padrão do dano só é capaz de orientar a aplicação do *harm principle* nos casos mais fáceis, em que há dano primário ou perigo de dano direto⁹⁶⁰. A maioria das máximas formuladas por Feinberg pouco tem a contribuir quando se trata de limitar a criminalização de danos remotos, tendo em vista que muitas delas envolvem cálculos utilitários de custo e benefício, análise essa pertinente ao filtro pragmático e não ao filtro principiológico.

5.2.1 *Volenti non fit injuria*

O consentimento do ofendido afasta o caráter de injusto (*wrong*) da conduta danosa e, com isso, impede que a sua proibição seja fundamentada pelo princípio do dano. Como o conceito de dano é objetivo e tem por referência os interesses dos indivíduos em geral pelas condições básicas do próprio bem-estar, as *preferências e desejos subjetivos não influem no juízo sobre a ocorrência ou não de dano*, mas podem afetar a atribuição de desvalor moral à conduta que produz o dano faticamente verificado. Essa é uma consequência da separação entre prejudicar interesses e violar direitos. É verdade que, em alguns casos, o consentimento não afasta apenas a injustiça do ato, mas a própria existência de um retrocesso aos interesses daquele que consente (p. ex., quando A consente no ingresso de B em seu domicílio)⁹⁶¹. No entanto, como adiantado no capítulo anterior e explorado no capítulo seguinte, esse tipo de caso nos leva a questionar se não haveria outro princípio mais adequado do que o *harm principle* para justificar a criminalização, uma vez que a proibição se fundamenta primordialmente no caráter injusto da conduta e não em suas possíveis consequências danosas.

⁹⁵⁹ HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. Einführung: Was sind Mediating principles? In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 13-14. A referida obra coletiva aborda as seguintes máximas de mediação: autoproteção da vítima, subsidiariedade, tolerância, proporcionalidade e distribuição de responsabilidades.

⁹⁶⁰ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 45. Para Voorde, “the standard harm analysis does not provide a framework for dealing with offences that put great emphasis on mens rea, like present-day abstract endangerment offences.” (VOORDE, Jeroen ten. Prohibiting Remote Harms: On Endangerment, Citizenship and Control, p. 170).

⁹⁶¹ DUFF, R. A. *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007, p. 132.

A ideia de que *o consentimento tem o poder moral e normativo de retirar de uma conduta o seu conteúdo de injusto* remete ao brocado latino *volenti non fit injuria*, que pode ser traduzido como “não se comete injustiça contra aquele que consente”. Essa máxima foi transposta do Direito Romano para o *Common Law* como uma *defence* possível no campo da responsabilidade civil por danos do direito inglês (*English Tort Law*). Nos Estados Unidos, o Código Penal Modelo prevê o consentimento como uma cláusula geral de exclusão da responsabilidade penal (§2.11), ainda que de aplicação limitada (conferir capítulo 6, tópico 6.2.3, *infra*). Ao endossar essa máxima, Feinberg identifica três condições mínimas para a admissibilidade da renúncia pontual aos direitos morais⁹⁶²: 1) o consentimento precisa ser dado por pessoa capaz e competente; 2) precisa ser suficientemente voluntário, ou seja, não pode ser obtido mediante coação ou fraude e 3) não deve ser aplicável ao caso concreto alguma das possíveis restrições à máxima⁹⁶³.

Uma hipótese de restrição à aplicação da máxima surge no contexto das competições (esportivas, econômicas⁹⁶⁴ etc.) ilegítimas. Uma competição pode ser ilegítima por duas razões⁹⁶⁵. Em primeiro lugar, a competição é ilegítima quando é impossível assegurar ou confirmar que o consentimento dos participantes na exposição a riscos graves é genuinamente voluntário. O exemplo mencionado é o duelo. De acordo com os costumes antigos que regiam essa prática, aquele que era desafiado a um duelo caía em desgraça com o seu círculo social, caso não aceitasse o desafio. Daí que não seria possível saber se a decisão por duelar era realmente voluntária ou se fora influenciada pelo medo de ser punido com o ostracismo social. Todavia, conforme sustentaremos mais adiante, o argumento da impossibilidade fática de checar a voluntariedade do consentimento, quando invocado sem que determinadas balizas sejam observadas, viola o direito à autonomia pessoal (ver o capítulo 6, tópico 6.2.4).

Em segundo lugar, uma competição é considerada ilegítima quando o consentimento é necessariamente danoso aos interesses de terceiros ou do público em geral. Mais uma vez, é citado o exemplo do duelo. Ainda que fosse possível assegurar e confirmar a voluntariedade do consentimento dos duelantes, Feinberg indica uma série de consequências sociais

⁹⁶² FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 220-221.

⁹⁶³ A respeito da discussão sobre os limites da máxima *volenti*: DWORKIN, Gerald. *Harm and the Volenti Principle*. *Social Philosophy and Policy*, v. 29, 2012, p. 315.

⁹⁶⁴ Para uma análise crítica da aplicação da máxima ao contexto de competições econômicas, ver: GOODIN, Robert E. *Volenti goes to market*. *The Journal of Ethics*, v. 10, 2006, p.53-74.

⁹⁶⁵ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 221-222.

negativas advindas da prática do duelo, desde viúvas e órfãos que precisariam de suporte, credores que deixariam de receber o pagamento de dívidas, até a diminuição do respeito pelo valor da vida humana e o aumento da insegurança social. Porém, os interesses de terceiros ou do público em geral precisam ser atingidos em nível tal que seja suficiente para contrabalançar o dano decorrente da interferência na liberdade individual⁹⁶⁶. Esse segundo argumento pela ilegitimidade de determinadas competições recorre a danos remotos⁹⁶⁷ e, com isso, reconduz a discussão ao seu ponto de partida: a questão sobre como limitar a criminalização de condutas baseada em danos indiretos.

A discussão sobre os fundamentos e limites da validade do consentimento do ofendido é de suma importância para uma teoria da criminalização que pretende excluir o paternalismo penal do feixe de princípios admitidos pelo filtro da legitimidade e, por isso, será analisada em detalhes na sequência (capítulo 6, tópico 6.2, *infra*), quando também voltaremos a analisar se o legislador liberal está guarnecido de boas razões para proibir penalmente o duelo (tópico 6.2.4.1.3). Pelo momento, cumpre salientar que, considerando que a *volenti non fit injuria* incide sobre o conteúdo de injusto da conduta, ela deve ser compreendida como um limite interno ao *harm principle*, de ordem normativa e deontológica, e não como um critério de aplicação do princípio.

5.2.2 *De minimis non curat lex*

Outra máxima herdada do Direito Romano e endossada por Feinberg é a *de minimis non curat lex*, aqui traduzida como “a lei não se ocupa de bagatelas”. No direito penal estadunidense, esse princípio foi consagrado pelo Código Penal Modelo, que dispõe que a acusação será rejeitada quando a conduta houver produzido dano ou perigo de dano “apenas em uma extensão trivial demais para justificar a condenação” (§ 2.12)⁹⁶⁸.

⁹⁶⁶ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 222.

⁹⁶⁷ Nesse caso, os danos remotos causalmente conectados ao duelo são considerados por Feinberg como sendo danos por acumulação: FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 225. Ver item 5.3.2, *infra*.

⁹⁶⁸ “§ 2.12. De Minimis Infractions. The Court shall dismiss a prosecution if, having regard to the nature of the conduct charged to constitute an offense and the nature of the attendant circumstances, it finds that the defendant's conduct: (...) (2) did not actually cause or threaten the harm or evil sought to be prevented by the law defining the offense or did so only to an extent too trivial to warrant the condemnation of conviction; (...)”.

A justificativa apresentada por Feinberg para acolher esse princípio é pragmática: para ele, a interferência em situações que envolvem danos triviais causa mais dano do que previne⁹⁶⁹. Contudo, o autor discorda de uma *interpretação puramente utilitarista da máxima*, pela qual o dano que A causa a B precisa ser maior do que o dano causado a A pela interferência estatal para que a proibição da conduta de A esteja respaldada pelo princípio do dano. Isso porque essa interpretação ignora o direito de B a não ser tratado por A como um meio para alcançar objetivos que lhes são alheios. Assim, partindo-se de uma compreensão estritamente utilitarista da máxima, não se poderia proibir A de praticar a conduta X, a qual causa a B um dano patrimonial Y, caso a proibição impeça A de obter uma vantagem patrimonial três vezes maior do que Y.

Com efeito, a interpretação puramente utilitarista da máxima ignora considerações de justiça, sobretudo a exigência de que aos interesses da parte inocente seja atribuída prioridade sobre os interesses daquele que viola a norma de comportamento. Por isso, Feinberg entende que o dano causado pela conduta que se pretende proibir deve ser confrontado com o prejuízo geral decorrente da proibição, não apenas para aquele que pratica a conduta proibida, mas também para terceiros inocentes⁹⁷⁰. A versão não utilitarista da máxima veda, por exemplo, a criminalização de um ato rude. Isso porque, ainda que a conduta retroceda o desejo de alguém por ser tratado com respeito e consideração, a intervenção da lei penal levaria a um indesejável policiamento sobre o cumprimento de regras de cortesia e boa educação que envenenaria as relações sociais e, por conseguinte, traria mais prejuízos do que benefícios para a sociedade.

Husak indica três funções da máxima *de minimis*: 1) limitar a criminalização primária; 2) fornecer o fundamento para a inclusão da gravidade do dano como elemento constitutivo de determinados crimes e 3) funcionar como uma *defense*, isto é, como uma causa de exclusão da responsabilidade penal⁹⁷¹. A primeira função, única relevante para o filtro principiológico da teoria da criminalização, é desempenhada pela máxima nos casos em que *a lei penal descreve como proibida uma conduta cujo dano efetivo ou potencial é sempre trivial*. O autor alega que Feinberg parece confundir as diferentes funções das máximas, já

⁹⁶⁹ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 189.

⁹⁷⁰ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 190.

⁹⁷¹ HUSAK, Douglas. *The De Minimis Defense to Criminal Liability*. In: HUSAK, Douglas. *The Philosophy of Criminal Law: Selected Essays*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 370-371.

que não deixa claro a qual delas está a se referir. Ocorre que o exemplo de aplicação prática da primeira função da máxima, citado por Husak, é praticamente idêntico ao utilizado por Feinberg: o caso de uma norma penal que proíbe condutas que causam apenas incômodo, irritação e inconveniência para outras pessoas. Entretanto, a *de minimis* não se faz necessária para excluir do alcance do *harm principle* os exemplos citados por Feinberg e Husak, uma vez que as consequências negativas identificadas se amoldam ao conceito de ofensa e não ao de dano⁹⁷². Ambos os autores desprezam, nesse ponto, essa diferenciação.

Como a lei tem caráter geral e abriga, ao mesmo tempo, um sem número de condutas, é natural que muitas delas produzam danos significativos, enquanto outras nem tanto. É o caso do artigo 184 do Código Penal brasileiro que criminaliza a violação de direitos autorais e conexos⁹⁷³. Por certo, a norma incriminadora alcança comportamentos que causam danos não triviais aos interesses do titular do direito violado, mas também alguns em que o dano é diminuto. Com isso, percebe-se a importância da terceira função da máxima, como um correlato anglo-americano do princípio da insignificância do direito penal alemão – também adotado pela doutrina e jurisprudência brasileiras – cuja aplicação depende da aferição do grau de afetação do bem jurídico e da classe de bem jurídico ofendido⁹⁷⁴. Ao exercer esse

⁹⁷² Sofre a diferenciação entre dano e ofensa, conferir capítulo 2, tópico 2.1, *supra* e, para maiores detalhes, capítulo 6, tópico 6.1, *infra*.

⁹⁷³ Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. § 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. § 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente. § 3º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. § 4º O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.

⁹⁷⁴ A comparação é apenas por aproximação. Como visto, há diferenças relevantes entre a teoria do delito no direito penal anglo-americano e no direito penal do sistema romano-germânico. Dessa forma, enquanto a *de minimis* constitui uma *defense* capaz de excluir a responsabilização penal, o princípio da insignificância afasta a própria tipicidade da conduta. Conferir: DUBBER, Markus; HÖRNLE, Tatjana. *Criminal Law: a Comparative Approach*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 134-135.

papel, a máxima não orienta a aplicação do *harm principle* nem compõe a teoria da criminalização, sendo que os seus preceitos são dirigidos ao juiz e não ao legislador penal.

No entanto, disso não se deduz que a *de minimus*, na configuração proposta por Feinberg, em nada contribui para a teoria da criminalização. A máxima pode compor o filtro pragmático, porquanto é esse, e não o filtro principiológico, o espaço adequado a se ponderar a relação custo-benefício da legislação penal. Portanto, no que diz respeito ao filtro de validade ou legitimidade da lei penal, a capacidade da máxima *de minimus* de bloquear a aplicação do princípio do dano se restringe aos casos em que a conduta, cuja criminalização está sendo contemplada pelo legislador, *sempre* ou *quase sempre* produz ou ameaça produzir um dano insignificante.

5.2.3 Magnitude e probabilidade do dano

Para garantir que as normas gerais de comportamento tenham amplo alcance, o legislador deve ter em conta os *interesses do indivíduo padrão*, bem como a *vulnerabilidade padrão dos indivíduos ao dano*. Nessa linha, por exemplo, não se pode pretender proibir a emissão de sons e ruídos que não causam qualquer desconforto auditivo às pessoas em geral com a justificativa de que algumas pessoas são hipersensíveis a esses barulhos. Para Feinberg, as suscetibilidades ao dano que extravasam o usual devem ser protegidas apenas contra condutas maliciosas que se aproveitam deliberadamente dessas vulnerabilidades especiais⁹⁷⁵.

Portanto, o princípio do dano de Feinberg reconhece a existência de boas razões para criminalizar condutas capazes de retroceder os interesses básicos do ser humano *standard*⁹⁷⁶. Todavia, o princípio não nos diz o quão provável precisa ser o dano para justificar a proibição da conduta a ele atrelada. Se, por um lado, há condutas que o legislador pode, com segurança, classificar como perigosas e, por outro lado, condutas que se pode afirmar, com a mesma confiança, o seu caráter inofensivo, há ainda uma zona cinzenta entre esses dois extremos que torna mais complexa a aplicação prática do *harm principle*.

⁹⁷⁵ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 193.

⁹⁷⁶ Não se ignora o fato de que o conceito de “homem médio” é problemático, tendo em vista que se trata de uma abstração sem qualquer conteúdo material capaz de respaldá-la em dados da realidade. Apesar disso, entendemos que Feinberg já forneceu uma visão satisfatoriamente precisa sobre de quais interesses humanos o *harm principle* se ocupa (ver capítulo 2, tópico 2.2.2).

Segundo Feinberg, o bom legislador encontra na *magnitude do dano* um parâmetro relevante para aferir o quão provável um dano precisa ser a fim de proibir a conduta a ele vinculada por um juízo hipotético de causalidade e na *probabilidade do dano* a referência para julgar o quão grave um dano precisa ser para justificar a proibição. Dessa ideia, o autor deduz duas máximas de mediação: 1) quanto mais grave o dano vislumbrado, menos provável ele precisa ser para justificar a proibição e 2) quanto maior a probabilidade de dano, menos grave ele precisa ser⁹⁷⁷. A combinação entre magnitude e probabilidade do dano é o que se denomina de *risco*. Logo, quanto mais grave e provável o dano, mais persuasivas são as razões em favor da criminalização da conduta, sendo menos razoável aceitar o risco de produção do resultado danoso. Assim, por exemplo, a magnitude do dano em potencial justifica que se criminalize conduzir veículo automotor embriagado, mas não andar de bicicleta na mesma condição; bem como que explorar usina nuclear sem autorização administrativa constitua crime, mas que dirigir veículo sem habilitação configure apenas infração administrativa⁹⁷⁸.

Como reconhecem Hirsch e Simester, a exigência de que o legislador penal contemple a magnitude e a probabilidade do dano conectado à conduta que pretende proibir, inclusive recorrendo a dados científicos devidamente documentados, assegura que sejam fornecidos aos críticos da proibição elementos fáticos para contestar alegações de dano empiricamente duvidosas⁹⁷⁹. O problema é que quanto mais remoto o dano vislumbrado, mais indeterminada a sua magnitude e a probabilidade (*vide*, por exemplo, a dificuldade em estimar os riscos relativos ao aquecimento global). Por isso, embora tais máximas de mediação de caráter instrumental sejam úteis a orientar a aplicação do *harm principle* no que toca a danos e perigos diretos, elas se mostram insuficientes quando se trata de lidar com danos remotos.

5.2.4 Utilidade ou valor social do risco

A magnitude e a probabilidade do dano devem ser sopesadas e comparadas com o valor independente do risco para o próprio agente, para os demais diretamente afetados e para

⁹⁷⁷ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 190.

⁹⁷⁸ HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del Bien Jurídico y Estructura del Delito*, p. 307; BADARÓ, Tatiana. *Bem Jurídico-Penal Supraindividual*, p. 266.

⁹⁷⁹ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 66.

a sociedade em geral⁹⁸⁰. Segundo essa máxima de mediação, *quanto maior a utilidade social da atividade arriscada, maior deve ser o risco de dano para justificar a proibição*. Afinal, quanto mais valioso o risco, maior será o grau de intrusão na liberdade dos cidadãos decorrente da criminalização. Além disso, mais razoável será aceitar o risco e, por conseguinte, menos convincentes serão as razões em favor de proibir a conduta que cria esse mesmo risco.

Diante disso, condutas como dirigir embriagado e portar armas ilegalmente são socialmente menos valiosas quando comparadas ao ensino de conhecimentos de química, embora esses conhecimentos possam ser usados, por exemplo, para a fabricação de bombas caseiras. Há um interesse público, ausente nos dois primeiros casos, que reforça o interesse privado pela propagação de conhecimentos científicos. Por esse motivo, é razoável punir as duas primeiras condutas, independente de qualquer intervenção subsequente de periculosidade direta, enquanto a terceira só passa a ser punível a partir do momento em que o agente ingressa nos atos executórios de um plano delitivo.

Baker aplica essas máximas de mediação a alguns exemplos relevantes⁹⁸¹. O critério do valor social impede que se proíba, por exemplo, a cobertura jornalística de protestos violentos sob o argumento de que a publicidade pode levar a mais protestos violentos, tendo em vista a relevância da difusão de informação e da liberdade de expressão. Já o consumo de pornografia infantil e a aquisição de marfim, que são a razão de ser, respectivamente, da exploração sexual de crianças e adolescentes e da caça ilegal de elefantes, são condutas desprovidas de utilidade social. Por outro lado, pode ser argumentado que a posse de arma de fogo no interior de propriedade rural localizada em região pouco habitada, diversamente da posse em grandes centros urbanos onde há patrulhamento policial constante, desempenha um propósito social razoavelmente importante: a autodefesa em circunstâncias em que o Estado não está em condições de garantir a segurança de seus cidadãos.

No entanto, o critério instrumental do valor ou utilidade social também não soluciona todos os dilemas advindos da criminalização de condutas potencialmente danosas. Suponhamos, por exemplo, que, em uma determinada comunidade em Botsuana, o comércio de marfim seja a principal fonte de renda das famílias. Esse interesse social pela manutenção

⁹⁸⁰ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 191.

⁹⁸¹ BAKER, Dennis J. *The Right not to be Criminalized*, p. 135-136.

da prática seria capaz de compensar o interesse por impedir a caça e garantir o equilíbrio existencial da população local de elefantes? Assim, é perceptível que a análise padrão do dano estará incompleta sem a indicação de *critérios atinentes ao balanceamento dos interesses promovidos e retrocedidos* pela conduta que se pretende proibir.

5.2.5 O balanceamento de interesses

O *harm principle* de Feinberg diz apenas que impedir C de causar dano não consentido a D é uma boa razão para proibir a conduta de C, mas não diz o quão boa essa razão precisa ser a fim de elidir outra boa razão, deduzida da presunção em favor da liberdade, para que se permita que C promova os seus próprios interesses. Logo, por si só, o princípio não oferece diretrizes para resolver as situações de *conflito entre interesses*. Quando os interesses conflitantes não são afetados na mesma proporção, é possível extrair das máximas de mediação já indicadas alguma orientação para solucionar o conflito: é preferível proteger um interesse que é certo que será prejudicado do que um interesse cuja possibilidade de que sofra dano é mais contingencial; é mais importante prevenir o retrocesso total de um interesse do que uma intromissão em menor grau em outro interesse. Contudo, caso o conflito se dê entre interesses de diferentes naturezas igualmente atingidos, passa a ser imprescindível estabelecer uma *hierarquia de interesses*.

Desde que restrinja interesses menos relevantes do que aqueles protegidos, a proibição penal fundamentada pelo princípio do dano acaba por propiciar, no balanço final, um ganho em liberdade, porquanto garante opções de ação mais fecundas⁹⁸² ao prevenir danos graves, compensando a restrição imposta. Porém, como decidir qual interesse é mais ou menos relevante? Feinberg apresenta três critérios que pretendem orientar o legislador na identificação do interesse que haverá de preponderar: 1) o quanto vital é o interesse, considerando a rede de interesses do seu titular; 2) o grau em que tal interesse converge com interesses alheios, públicos e privados e 3) a inerente qualidade moral desse interesse⁹⁸³. Posteriormente, no último volume de sua obra (*Harmless Wrongdoing*), o autor introduz um

⁹⁸² Feinberg denomina de “fecundas” as opções de ação que proporcionam outras opções de ação (FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 208).

⁹⁸³ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 203-204.

quarto critério: 4) se se trata de um interesse pessoal do titular ou de um mero interesse externo, isto é, relativo ao interesse de alguém sobre o bem-estar ou as escolhas de vida de uma terceira pessoa⁹⁸⁴.

Na visão de Feinberg, o interesse geral pela própria liberdade – entendido como o interesse pelo maior número possível de alternativas de ação e não o interesse pela ausência de barreiras específicas à ação – está entre os interesses de bem-estar mais importantes⁹⁸⁵. Toda invasão na liberdade, ainda que não reduza esse interesse básico a patamar aquém do mínimo tolerável, já constitui um dano em sentido descritivo, inclusive quando empreendida pela lei. Isso significa que mesmo a exclusão de apenas uma das possibilidades de ação (por exemplo, a proibição do roubo), deixando outras incontáveis possibilidades de ação em aberto, já constitui um retrocesso ao interesse de liberdade geral de ação (ainda que esse retrocesso não seja injusto, como no exemplo mencionado). Apesar disso, em regra, o interesse geral pela própria liberdade de ação deve ceder frente a outros interesses fundamentais alheios mais específicos (vida, integridade corporal, segurança financeira etc.).

Ocorre que, exceto por esse delineamento a respeito da liberdade geral de ação e da prioridade assinalada a um dos tipos de interesses coletivos, os ditos interesses amplamente compartilhados⁹⁸⁶, Feinberg não atribui pesos diferenciados aos demais interesses de bem-estar que possam guiar a resolução das inúmeras situações possíveis de conflito de interesses. Com efeito, a teoria do bem jurídico também é criticada por não fornecer um inventário completo de bens penalmente relevantes e seus respectivos pesos para ponderação⁹⁸⁷.

5.2.6 A preponderância do interesse pessoal sobre o interesse externo

O critério de acordo com o qual *o interesse pessoal prepondera em relação ao interesse externo* foi introduzido, *a posteriori*, por Feinberg com o fim de impedir que o

⁹⁸⁴ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*. The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 4. New York: Oxford University Press, 1990, p. 60.

⁹⁸⁵ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 206-207.

⁹⁸⁶ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 225.

⁹⁸⁷ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal*. Teoria do injusto penal e culpabilidade. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 62-63.

princípio do dano fosse cooptado pelo moralismo legal⁹⁸⁸. O filósofo cita o exemplo de uma comunidade puritana e conservadora em que o fato de o novo morador E possuir determinados hábitos (ler romances, beber cerveja e ouvir música popular no rádio) é visto por seu vizinho F como um retrocesso ao seu interesse por continuar a viver em uma comunidade que repudia esses hábitos⁹⁸⁹. A alegação de que a conduta de E frustra interesses de F incorpora a tese, extraída do moralismo de Devlin, de que condutas vistas inicialmente como meramente imorais podem, no longo prazo, provocar a desintegração social⁹⁹⁰.

Segundo Feinberg, o interesse de F supostamente prejudicado: 1) é vital para o que ele considera uma vida boa; 2) é reforçado pelos interesses dos demais membros da comunidade e 3) não pode ser tido como um interesse sádico ou mórbido e, por isso, não é menos merecedor de proteção do que o interesse de E por manter a sua liberdade de ler romances, beber cerveja e ouvir música popular no rádio. Diante disso, o autor conclui que os três critérios indicados no tópico anterior não são suficientes para resolver essa situação de conflito em favor da liberdade de E, sendo necessário introduzir o quarto critério para preservar as aspirações liberais do *harm principle*. Assim, pelo quarto critério, o interesse de E por ter a liberdade de adotar determinado estilo de vida deve preponderar porque é um interesse predominantemente pessoal, em oposição ao interesse de F que é predominantemente externo, isto é, *um interesse por definir a forma como E e os demais*

⁹⁸⁸ Esse critério foi delineado por Feinberg, pela primeira vez, em: FEINBERG, Joel. Harm to Others – A Rejoinder. *Criminal Justice Ethics*, v. 5, n. 1, 1986, p. 28. Essa ideia já está presente, de maneira embrionária, em Mill: “there is no parity between the feeling of a person for his own opinion, and the feeling of another who is offended at his holding it; no more than between the desire of a thief to take a purse, and the desire of the right owner to keep it.” (MILL, John Stuart. *On Liberty*, p. 84). A distinção entre interesses pessoais e interesses externos é similar, ainda que não idêntica, à distinção feita por Dworkin entre *preferências pessoais* e *preferências externas*: “Suppose a legislature elected by a majority decides to make criminal some act (like speaking in favor of an unpopular political position, or participating in eccentric sexual practices), not because the act deprives others of opportunities they want, but because the majority disapproves of those views or that sexual morality. The political decision, in other words, reflects not just some accommodation of the personal preferences of everyone, in such a way as to make the opportunities of all as nearly equal as may be, but the domination of one set of external preferences, that is, preferences people have about what others shall do or have. The decision invades rather than enforces the right of citizens to be treated as equals.” (DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 1985, p. 196). Para críticas, ver: ARNESON, Richard J. Liberalism, Freedom, and Community. *Ethics*. The University of Chicago Press, v. 100, n. 2, jan., 1990, p. 380-381.

⁹⁸⁹ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 57-58.

⁹⁹⁰ DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*. New York: Oxford University Press, 1975. Conferir capítulo 1, tópico 1.2.

*membros da comunidade devem viver as próprias vidas*⁹⁹¹. Havendo conflito entre o interesse pessoal e o interesse externo, o legislador deve decidir em favor do primeiro.

Por certo, é possível pensar, pelo menos, em dois argumentos normativos para afastar a aplicação do princípio do dano ao exemplo em questão sem recorrer a qualquer máxima de mediação: 1) preservar um estilo comum de vida em específico constitui, na verdade, um *fim último (inclusive ends)* do indivíduo ou, no máximo, um *interesse coletivo superior*, mas não um interesse de bem-estar de F passível de tutela penal⁹⁹²; 2) a conduta de F não constitui um injusto, sobretudo quando se adota um conceito estritamente deontológico de injusto e não dependente da ponderação de interesses. Há, ainda, o argumento empírico, igualmente plausível, de que é duvidoso que os hábitos de um único novo morador tenham a capacidade de alterar o modo de vida da comunidade puritana e conservadora como um todo. Apesar disso, a ideia expressa a partir desse critério adicional pode evitar que o moralismo e o paternalismo penal lancem mão dos danos remotos para desvirtuar o princípio do dano. Assim, embora o interesse externo seja afetado pela conduta que se pretende proibir, a aplicação da presente máxima de mediação impede que se fale em dano ou perigo de dano para esse interesse no sentido específico do *harm principle*. Com isso, percebe-se que *há uma diferença entre dizer que uma conduta afeta alguém ou a coletividade e que uma conduta causa dano*, direto ou indireto, a outras pessoas⁹⁹³.

A preponderância dos interesses pessoais em relação aos interesses externos não se dá por motivos egoísticos e sim porque *esses interesses externos carregam, potencialmente, um desprezo pela autonomia alheia em seu âmago e são incompatíveis com o ideal de*

⁹⁹¹ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 59-60.

⁹⁹² Ver, novamente, o capítulo 2, tópico 2.2.2, especialmente a figura 2. Deveria, em tese, ser enquadrado como um interesse superior coletivo e não individual, uma vez que esse interesse só poderia ser perseguido por meio de esforços coletivos. Registra-se que Feinberg não rejeita a possibilidade de o indivíduo ter um interesse de bem-estar pelo bem-estar de outra pessoa, de modo que o retrocesso em bem-estar desse terceiro retroceda o seu próprio bem-estar: é o caso do interesse de um pai pelo bem-estar do próprio filho. O filósofo denomina esse interesse de *vicarious interest* (FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 70-79). Para Feinberg, esse interesse será do tipo externo e não pessoal caso menospreze a autonomia do indivíduo para decidir sobre o próprio bem, manifestando-se como um interesse de que o filho viva conforme o ideal de vida boa dos pais, por exemplo, cursando a faculdade de medicina e não de belas artes (FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 57). Da mesma forma, vimos anteriormente que o indivíduo pode ter um interesse de bem-estar pela perseguição de interesses coletivos análogo ao interesse que os pais possuem pelo bem-estar dos filhos, mas o interesse pela imutabilidade dos hábitos e costumes de uma comunidade não pode ser qualificado nem como interesse de bem-estar nem como interesse pessoal.

⁹⁹³ PERŠAK, Nina. *Criminalising Harmful Conduct*, p. 85: “there is a difference between saying that every act ‘affects’ a fellow human being and saying that every act ‘harms’ them”. Essa observação se baseia em: KNOWLES, Dudley R. A Reformulation of the Harm Principle. *Political Theory*, v. 6, n. 2, 1978, p. 236.

neutralidade. Logo, a proposta de Feinberg se diferencia da apresentada por Mill e acima criticada, pois não se está a excluir a relevância de todo e qualquer dano indireto para fundamentar a criminalização de condutas e sim a neutralizar determinados interesses que não estão aptos a fundamentar reivindicações morais válidas relativas à conduta do agente. Trata-se, em verdade, de um *limite moral e não meramente mecânico a danos indiretos*, ao passo em que se baseia no distinto caráter de determinados interesses⁹⁹⁴. Ademais, a decisão em favor do interesse pessoal e em detrimento do interesse externo não configura propriamente um balanceamento de interesses, mas um *procedimento de filtragem*⁹⁹⁵. Afinal, um interesse prevalece sobre o outro não em razão da ponderação consequencialista de custos e benefícios, estabelecendo o referido critério um limite interno e estritamente deontológico do princípio do dano, decorrente de sua tradição contrária ao paternalismo e ao conservadorismo e perfeccionismo moral.

5.2.7 *Análise crítica*

As máximas de mediação de Feinberg são criticadas por Hirsch e Simester por não serem capazes de estabelecer limites à criminalização de condutas com fundamento em danos remotos. Isso porque a liberdade individual é tratada como apenas um dos fatores a ser balanceado contra a magnitude e a probabilidade de dano, de forma que, quanto mais grave o dano projetado, mais extensa é a intrusão na liberdade que o legislador pode buscar justificar a partir da análise padrão do dano⁹⁹⁶. Assim, por exemplo, uma lei penal que proibisse jovens do sexo masculino entre 18 a 25 anos de estudar a língua árabe pela *internet* poderia ser defendida com base no argumento de que o aprendizado *online* dessa língua estrangeira aumenta as chances de que os jovens sejam recrutados por células terroristas ligadas ao *Daesh*, o autointitulado Estado Islâmico. Considerando a gravidade do dano aos interesses de outras pessoas associado ao terrorismo e, por conseguinte, ao recrutamento de pessoas para grupos extremistas, é possível que um legislador bem-intencionado considere razoável impor

⁹⁹⁴ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 768. Como destaca Moore, é possível interpretar a obra de Mill de forma a dela extrair um limite moral e não meramente mecânico, como faz Rees: REES, John C. *John Stuart Mill's On Liberty*. Oxford: Clarendon, 1985, p. 137-155.

⁹⁹⁵ Sobre a diferença entre balanceamento e filtragem: SCHONSHECK, Jonathan. *On Criminalization: an Essay in the Philosophy of Criminal Law*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1994, p.63 e ss.

⁹⁹⁶ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 56.

uma restrição mínima à liberdade desses jovens, que ainda poderiam se dedicar a aprender qualquer outro idioma estrangeiro pela *internet* que não o árabe.

Esse exemplo poderia ser contestado sob o argumento de que, ainda que o legislador seja capaz de estabelecer um vínculo fático, respaldado empiricamente, entre o aprendizado *online* da língua árabe e o crescimento de células terroristas, aprender um idioma estrangeiro pela *internet* é algo moralmente valioso e, portanto, não pode constituir um injusto moral, de forma que o princípio do dano já não seria, de antemão, aplicável ao caso. No entanto, como se viu anteriormente, o conceito de injusto em Feinberg é criticado exatamente por depender, ainda que em parte, do balanceamento de interesses (ver capítulo 2, tópico 2.2.3, *supra*). Na verdade, *as máximas de mediação de Feinberg usurpam a tarefa que caberia, em primeiro lugar, a uma concepção de injusto devidamente construída a partir da compreensão de direitos como triunfos não instrumentais*⁹⁹⁷.

O próprio Feinberg admite que as máximas de mediação só oferecem orientações gerais, de modo que, em última instância, cabe ao legislador o juízo final no caso de conflitos de interesses. Todavia, essa conclusão é incompatível com o propósito do filtro principiológico da teoria da criminalização de estabelecer os fundamentos e os limites do poder do legislador democrático de criminalizar condutas. Apesar disso, as máximas não deixam de cumprir um papel na aplicação do princípio do dano, principalmente quando a proibição se fundamenta em danos diretos, embora ainda sejam insuficientes para limitar a criminalização de danos remotos. O problema dos danos remotos demanda outros critérios normativos para além dessas máximas.

Isso não significa que as máximas de mediação de Feinberg não sejam relevantes também para o problema dos danos remotos. Nesse tocante, três máximas se destacam em especial. Primeiramente, a máxima *volenti non fit injuria* que, como visto acima, incide sobre o conteúdo de injusto. Em segundo lugar, a *de minimis non curat lex* fornece um referencial que auxilia na diferenciação entre dano e ofensa, embora deva sempre vir acompanhado de critérios distintivos de ordem qualitativa e não apenas quantitativa. As máximas de mediação referentes à magnitude e probabilidade do dano e ao valor pessoal ou social do risco podem

⁹⁹⁷ Baker observa que Feinberg aplica máximas de mediação a condutas que não são, *prima facie*, criminalizáveis, na medida em que não tratam outras pessoas de maneira injusta (BAKER, Dennis J. The Sense and Nonsense of Criminalising Transfers of Obscene Material. *Singapore Law Review*, v. 26, 2008, p. 139).

fornecer elementos para o juízo sobre a insignificância ou não do dano, mas sua aplicação tende a ser mais ampla no âmbito do filtro pragmático. Em terceiro lugar, o quarto critério formulado por Feinberg para a hierarquização de interesses em situações de conflito – o da preponderância do interesse pessoal sobre o interesse externo – desempenha uma função complementar à *volenti*, na medida em que, ao filtrar determinados interesses alheios inconciliáveis com o direito à autonomia do agente, abre caminho para que se verifique a pertinência da aplicação da máxima.

Finalmente, observa-se que, no filtro principiológico, há espaço tanto para a análise de dados empíricos quanto para o balanceamento de interesses, não obstante seja o filtro pragmático o momento mais propício para tais considerações. Com efeito, não se pode ignorar a influência da ponderação no afastamento do caráter injusto de determinadas condutas, ainda mais quando as próprias causas de exclusão da ilicitude se baseiam parcialmente em juízos de ponderação entre interesses conflitantes⁹⁹⁸. Contudo, assim como ocorre na aplicação das causas de justificação do estado de necessidade e da legítima defesa, o juiz deverá, ao manusear as máximas de mediação para justificar a inclusão ou exclusão de determinados casos concretos do alcance da norma incriminadora, proceder ao balanceamento de interesses dentro dos limites previamente demarcados pelo legislador.

5.3 Danos remotos: estudo de casos

As máximas de mediação então propostas por Feinberg podem orientar o legislador na aplicação prática do princípio do dano, em especial quando se está diante de condutas que, não sendo neutras nem necessariamente danosas, produzem um determinado grau de perigo *ex ante* de dano direto e imediato. Contudo, o próprio filósofo percebe a insuficiência dessas máximas para lidar com os danos remotos e, ao analisar esses grupos de casos, acrescenta outros limites colaterais (*side constraints*) complementares.

5.3.1 Danos por agregação

⁹⁹⁸ ROXIN, Claus. Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena. Trad. Polaino Navarrete. *Cuadernos de Política Criminal*, n. 46, 1992, p. 171-172.

Há condutas que, não sendo geralmente perigosas em si mesmas, são capazes de dar causa a um tipo específico de dano remoto que Feinberg denomina de *dano por agregação*. Nesses casos, a conduta e o dano estão ligados por meio de uma complexa cadeia de interação social, a qual inclui como um dos elos intermediários uma conduta posterior, perigosa ou danosa *per se*, do próprio agente ou de um terceiro autônomo e responsável⁹⁹⁹. Logo, a periculosidade *ex ante* das condutas danosas por agregação é *mediata e condicional*, uma vez que *a emergência de dano para os interesses de uma vítima potencial só ocorrerá caso se agregue a essa conduta um ato interveniente do próprio agente ou de terceiro*. A despeito disso, a idoneidade dessas condutas para induzir, possibilitar ou facilitar a prática subsequente de condutas em si mesmas danosas ou perigosas é vista como uma boa razão para proibi-las.

O termo *aggregative* é comumente utilizado em referência ao custo ou benefício agregado na teoria utilitarista, sendo que os utilitaristas denominam de “benefício agregado” a utilidade social remanescente, após compensados os custos da legislação. É possível argumentar que, se determinadas condutas não forem proibidas, há o risco de que um número considerável de pessoas se aproveite delas para praticar crimes, de modo que as chances de ocorrência de dano tendem a aumentar conforme mais condutas desse mesmo tipo sejam praticadas. Nessa visão, a posse de arma de fogo, a condução de veículo automotor após a ingestão de bebidas alcoólicas e o auxílio a suicídio, por exemplo, devem ser proibidos e punidos em toda e qualquer circunstância porque alguns indivíduos não são confiáveis e podem vir a causar dano não consensual a outras pessoas¹⁰⁰⁰. Por certo, pode até ser que a maioria dos possuidores de armas de fogo, por exemplo, nunca venha a utilizar ou a fornecer a sua arma para uso e mantenha a arma em segurança para que ninguém o faça, mas ainda é possível estabelecer estatisticamente um nexó empírico entre o acesso facilitado a armas de fogo e danos à vida e à integridade física dos indivíduos. O problema é que a ideia de que toda e qualquer conduta desse tipo deve ser criminalizada independentemente da sua *idoneidade concreta para causar dano* parte da projeção de um nexó de causalidade entre a inexistência da proibição e o dano remoto e não, como exigido pela versão do princípio do dano aqui defendida, entre a conduta proibida e o dano. Além disso, essa posição também não

⁹⁹⁹ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 47.

¹⁰⁰⁰ Defendendo uma argumentação desse tipo: TADROS, Victor. *Wrongs and Crimes*. Oxford: Oxford University Press, 2016, cap. 17.

é compatível com o requisito deontológico da injustiça, pois se sustenta em uma lógica utilitarista que permite a instrumentalização de inocentes em prol do que se considera como um bem maior.

Na doutrina penal alemã, os tipos penais que descrevem condutas conectadas empiricamente a determinados danos por agregação são classificados como *crimes de preparação*, uma subespécie de crimes de perigo abstrato¹⁰⁰¹. Aqui, proíbe-se, autonomamente, a prática de condutas aptas a integrar a fase de preparação de um crime futuro. A regra é que essas condutas permaneçam impunes, na medida em que o legislador penal costuma reservar a punição aos atos executórios, os quais constituem a materialização de um plano delitivo inequívoco¹⁰⁰². Ademais, os crimes de preparação se afastam dos crimes tentados não só pela aparência externa de atos meramente preparatórios e não executórios, mas também por dispensar a real existência de um plano delitivo próprio ou alheio. Os crimes de preparação podem ser divididos em quatro grandes grupos¹⁰⁰³: 1) condutas voltadas direta e imediatamente a determinar ou instigar outras pessoas a praticar condutas delitivas (por exemplo, incitação ao crime); 2) condutas dirigidas à transmissão de *know-how* criminoso (por exemplo, a difusão de instruções para a fabricação de bombas, previsto pela legislação alemã); 3) condutas orientadas à disponibilização de objetos perigosos (por exemplo,

¹⁰⁰¹ HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del Bien Jurídico y Estructura del Delito*, p. 288-291; BADARÓ, Tatiana. *Bem Jurídico-Penal Supraindividual*, p. 267 e ss. Conferir esclarecimento feito sobre as subespécies de crimes de perigo abstrato na nota 951 *supra*. Observa-se, mais uma vez, que a relação entre crimes de preparação e danos por agregação não é de equivalência, uma vez que, embora os referenciais utilizados por cada categoria sejam próximos, ainda assim são distintos: a violação ao bem jurídico e o retrocesso a interesses, respectivamente.

¹⁰⁰² Nos termos do art. 31 do Código Penal, “O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentada”. De fato, a diferenciação entre atos executórios e atos preparatórios é, em si, complexa, tanto no direito penal anglo-americano quanto no sistema romano-germânico. Conforme esclarece Wallerstein: “An act closely related to the commission of the harm, but that falls short of a successful completion of the harmful result, is considered an attempt; an act related to the commission of the harm that falls short of an attempt, thus defined, is regarded as a preparation. Opinions vary on how far the law of attempts should extend.” (WALLERSTEIN, Shlomit. *Criminalising Remote Harm and the Case of Anti-Democratic Activity*. *Cardozo Law Review*, v. 28, n. 6, 2007, p. 2706). Nos Estados Unidos, o Código Penal modelo indica os “passos substanciais” (*substantial steps*) como sendo o marco inicial da tentativa: “A person is guilty of an attempt to commit a crime if, acting with the kind of culpability otherwise required for commission of the crime, he (...) purposefully does or omits to do anything that, under the circumstances as he believes them to be, is an act or omission constituting a substantial step in a course of conduct planned to culminate in his commission of the crime” (§ 5.01(1)(c)). Por sua vez, a lei inglesa fala em “ato mais do que meramente preparatório” (*more than merely preparatory act*) (Criminal Attempts Act (U.K.) 1981, s. 1(1)).

¹⁰⁰³ HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del Bien Jurídico y Estructura del Delito*, p. 296-297; BADARÓ, Tatiana. *Bem Jurídico-Penal Supraindividual*, p. 271-272.

falsificação de documentos e manejo ilegal de armas de fogo); 4) condutas de associação entre pessoas, em caráter estável e permanente, com o fim exclusivo de praticar uma pluralidade indefinida de crimes (por exemplo, a associação criminosa).

Os principais exemplos de condutas que, tomadas isoladamente, só são hábeis a produzir dano pela agregação de uma conduta subsequente são os *crimes de posse*. A posse de alguns objetos perigosos, como a de artefatos explosivos – que, sendo extremamente instáveis, podem simplesmente explodir mesmo sem qualquer intervenção humana – e a de materiais radioativos, gera perigo direto e imediato de dano¹⁰⁰⁴. Já outros objetos – como as armas de fogo e os apetrechos para a falsificação de documentos e de moeda – não são, por si mesmos, perigosos, tendo em vista que o dano só advém do uso desses objetos. De fato, o potencial danoso da posse de armas de fogo é indireto e remoto, já que o dano efetivo e injusto pressupõe a escolha contingente e independente do próprio possuidor ou de outra pessoa, que venha a acessar a arma, por manejá-la indevidamente, seja de forma dolosa ou negligente¹⁰⁰⁵. Outros exemplos regularmente citados de condutas que só gerariam dano por agregação são a receptação de coisa produto de crime¹⁰⁰⁶ e a posse de material de pornografia infantil ou juvenil. Ainda que não criem um perigo direto ou imediato de dano, essas condutas estimulam a prática de fatos que causam o dano direto – isto é, de crimes contra o patrimônio e contra a autodeterminação sexual de crianças e adolescentes – ao criar a demanda que sustenta a continuidade da oferta¹⁰⁰⁷. Daí que, enquanto aquele que furta o celular ou submete criança ou adolescente à exploração sexual causa o dano direto, quem adquire o celular

¹⁰⁰⁴ BAKER, Dennis J. *The Right not to be Criminalized*, p. 132.

¹⁰⁰⁵ BAKER, Dennis J. *The Right not to be Criminalized*, p. 107-108

¹⁰⁰⁶ De forma diversa, Verde argumenta que o crime de receptação gera perigo de dano “al mercado legal o formal de la clase de cosas que han sido objeto de este delito, en la medida en que vulnera las legítimas expectativas de los compradores y comerciantes legales (considerados colectivamente como el conjunto conformado por todos ellos, y no en forma individual) de que esas operaciones de compra y venta se efectúen únicamente en ese mercado formal, pues solo aquel puede generar un derecho de propiedad no viciado respecto de los compradores y ganancias lícitas respecto de los vendedores” (VERDE, Alejandra. Receptación, no Encubrimiento. Un Delito contra el Mercado Formal. *En Letra: Derecho penal*, ano VI, n. 10, 2020, p. 79). Se estivermos corretos em nossa interpretação a respeito da tese da autora, ela apresenta o crime de receptação como um crime de perigo direto e não remoto, perigo esse que é implícito (isto é, abstrato).

¹⁰⁰⁷ HÖRNLE, Tatjana; KREMNIETZER, Mordechai. Human Dignity as a Protected Interest in Criminal Law. *Israel Law Review*, v. 44, 2011, p. 156. BAKER, Dennis J. *The Right not to be Criminalized*, p. 134-135; BAKER, Dennis J. *The Sense and Nonsense of Criminalising Transfers of Obscene Material*, p. 140-141.

furtado ou o material pornográfico produzido com exploração sexual só daria causa a danos remotos por agregação¹⁰⁰⁸.

Pode ser que sequer exista um *nexo causal empiricamente fundamentado entre a conduta e o alegado dano por agregação*: a tese de que a prostituição incrementa o risco de disseminação de doenças venéreas, de que o incesto aumenta a chance de que crianças nasçam com doenças congêneres, de que a poligamia promove a discriminação de gênero¹⁰⁰⁹ e de que a presença de mendigos agrava os índices de criminalidade na vizinhança e outras declarações de fato próprias da teoria das janelas quebradas¹⁰¹⁰. Há, ainda, situações em que o vínculo empírico realmente existente não se dá entre a conduta e o dano por agregação, mas entre a própria proibição da conduta e o dano: por exemplo, o aumento da incidência de crimes contra o patrimônio é reflexo, principalmente, da inflação dos preços das drogas ilícitas em razão do proibicionismo e não do consumo dessas mesmas drogas¹⁰¹¹. Por outro lado, no caso da posse de armas de fogo, da receptação e do consumo de pornografia infantil, a existência desse nexos causal parece estar suportada por evidências empíricas.

Todavia, a exigência de que o nexos causal hipotético esteja respaldado por dados empíricos não é suficiente para evitar que a criminalização de danos remotos conduza a restrições inaceitáveis da liberdade individual. Em primeiro lugar, há que se reconhecer que a identificação desses dados empíricos compete, prioritariamente, ao legislador. Além disso, há situações em que, conquanto a existência do nexos causal seja cientificamente constatável, a proibição da conduta não se coaduna com a tradição liberal do *harm principle*. Cita-se, como exemplo, uma lei penal que proíba o consumo de álcool com fundamento no diagnóstico, respaldado pelas ciências empíricas, de que um número estatisticamente considerável de

¹⁰⁰⁸ Conforme observado por Greco, tanto o crime de receptação quanto o de pornografia infantil podem ser interpretados como crimes de dano e não de perigo, caso se entenda que o primeiro tem como razão de ser o combate à perpetuação da lesão à propriedade e não ao mercado de produtos furtados, e que o segundo se fundamenta na violação ao direito à imagem da criança que sofre o abuso e não no incentivo a outros crimes contra a autodeterminação sexual de crianças: GRECO, Luís. A Criminalização no Estágio Prévio. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, v. 5, dez.-maio, 2020, p. 25-26.

¹⁰⁰⁹ Ao argumentar que a criminalização da poligamia não é compatível com o princípio do dano, Husak pontua que os danos apontados pelos defensores da proibição não podem ser atribuídos à conduta em si, mas às circunstâncias particulares e contingentes em que a conduta é praticada. Ver: HUSAK, Douglas. Polygamy. A Novel Test for a Theory of Criminalization. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor (eds.). *Criminalization: The Political Morality of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 223.

¹⁰¹⁰ Cf.: HARCOURT, Bernard E. *Illusion of Order. The False Promise of Broken Windows Policing*. Massachusetts: Harvard University Press, 2004, p. 57.

¹⁰¹¹ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 60.

homens que abusam do consumo de álcool comete violência doméstica contra suas esposas. Portanto, não obstante a verossimilhança do nexos empírico, a criminalização de danos remotos por agregação segue sendo problemática. Afinal, parece injusto punir quem pratica uma conduta em si mesma inofensiva, na presença das seguintes condições: 1) o agente não tem a intenção de aproveitar tal conduta como um ato preparatório para a prática de conduta posterior, em si mesma potencialmente danosa e 2) o agente não tem a intenção de assistir ou encorajar as escolhas potencialmente danosas de um terceiro e tem pouca ou nenhuma habilidade de controlá-las, sendo que essas escolhas alheias não se realizaram ainda e é impossível ter certeza de que se realizarão.

Ashworth lista uma série de críticas aos crimes de posse¹⁰¹². Primeiramente, alega-se que esses crimes não descreveriam uma conduta humana, ativa ou passiva, e sim um estado de coisas¹⁰¹³. Em segundo lugar, os crimes de posse submeteriam os indivíduos à responsabilização penal sem um nível mínimo de culpabilidade, bem como falhariam em respeitá-los como sujeitos racionais e autônomos ao puni-los pelas escolhas independentes de terceiros. Em terceiro lugar, os crimes de posse violariam o princípio da presunção de inocência, na medida em que atribuem ao acusado o ônus de demonstrar a presença de circunstâncias que afastam o caráter criminoso da posse. Além disso, a proibição da mera posse restringe a liberdade do agente de praticar atividades que lhes são valiosas, cuja efetiva periculosidade está sujeita a uma série de contingências. Por fim, esses crimes negariam,

¹⁰¹² ASHWORTH, Andrew. The Unfairness of the Risk-Based Possession Offences. *Criminal Law and Philosophy*, n. 5, 2011, p. 240-248. Outras críticas são encontradas em: DUBBER, Markus Dirk. Policing Possession: The War on Crime and the End of Criminal Law. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 91, n. 4, 2001, p. 833. Segundo Dubber, o que se denominou de “guerra ao crime” não se concentra em crimes graves como homicídio e estupro e sim nos crimes de posse, os quais dispensam vítimas (são, nesse sentido, “crimes sem vítimas”) e são fáceis de provar, já que criminalizam um *status quo* e não uma conduta. Para o autor, esses crimes vieram substituir, com eficiência, a vadiagem em seu papel central na guerra contra pobres, minorias e outros grupos indesejados. Crítico à comparação entre os crimes de posse e a vadiagem: YAFFE, Gideon. In Defense of Criminal Possession. *Criminal Law and Philosophy*, v. 10, n. 3, 2016, p. 468-470.

¹⁰¹³ Nesse sentido, Dubber afirma que os crimes de posse violam a *wrongfulness constraint* por punir um *status* e não uma conduta, quando apenas ações ou omissões podem ser injustas: DUBBER, Markus Dirk. The Possession Paradigm: The Special Part and the Police Power Model of the Criminal Process. In: DUFF, R. A.; GREEN, Stuart (ed.). *Defining Crimes: Essays on the Special Part of the Criminal Law*, 2005, p. 91-118. Opondo-se a Dubber, Tadros argumenta que a tomada da posse e sua manutenção são, sem dúvida, condutas: TADROS, Victor. *Wrongs and Crimes*, p. 320. Por sua vez, Yaffe, ao defender a legitimidade desses crimes, compreende a posse como uma conduta omissiva: YAFFE, Gideon. In Defense of Criminal Possession, p. 441-471. Para Ashworth, recorrer aos crimes omissivos para compreender os crimes de posse cria a dificuldade de justificar o fato de estar o particular sendo onerado com um dever de agir análogo ao de um agente estatal, o qual vai além da simples entrega de objetos perigosos às autoridades: ASHWORTH, Andrew. The Unfairness of the Risk-Based Possession Offences, p. 243.

ainda, às pessoas “a oportunidade de mudar de ideia (seja por arrependimento ou falta de coragem) antes de tomar uma decisão definitiva no sentido de causar dano e também criariam o risco de arbitrariedades, dando à polícia considerável poder sobre os indivíduos”¹⁰¹⁴.

A doutrina dos países do sistema romano-germânico também vê nos crimes de preparação um desafio para o princípio da culpabilidade, tendo em vista que as intervenções posteriores resultam de escolhas individuais autônomas e independentes e, por conseguinte, devem ser tidas como de responsabilidade de quem as pratica¹⁰¹⁵. Por outro lado, nas situações em que o ato preparatório pode servir de base para uma conduta criminosa própria, há que se garantir ao agente a oportunidade de desistir de eventual intento criminoso¹⁰¹⁶. Apesar disso, a criminalização de atos preparatórios teria a vantagem de antecipar a intervenção penal para um momento em que ainda é possível evitar que determinados riscos se realizem em danos efetivos, em lugar de apenas reagir tardiamente ao dano pretérito. Todavia, como ressaltam Bock e Stark, a prevenção de danos não pode ser perseguida à custa da proibição de condutas que sequer constituem comportamentos injustos¹⁰¹⁷.

Nesse quadro, Feinberg entende que as condutas que só causam danos por agregação não podem ser proibidas indiscriminadamente (*blanket criminal prohibitions*)¹⁰¹⁸. Isso porque, apesar de haver benefícios práticos em submeter pessoas inocentes ao fardo de se abster de determinada conduta pelo simples fato de que outras pessoas não são confiáveis e podem abusar desse comportamento, os custos desses benefícios são maiores quanto maior for o número de inocentes cuja liberdade é cerceada. Diante disso, o filósofo propõe que a criminalização seja precedida por um sistema de licenças, de forma que a proibição penal se restrinja às condutas praticadas em desconformidade com a autorização administrativa. A legitimidade da proibição penal dependeria, portanto, da racionalidade das normas

¹⁰¹⁴ ASHWORTH, Andrew. The Unfairness of the Risk-Based Possession Offences, p. 246. No original: “(...) would condemn people even though perpetration of the wrong of the substantive offence remains subject to various contingencies, would deny people the opportunity to change their mind (whether through repentance or failure of courage) before taking a decisive step towards causing harm, and would also risk arbitrariness by giving the police considerable power over individuals.”

¹⁰¹⁵ HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del Bien Jurídico y Estructura del Delito, p. 291-292; BADARÓ, Tatiana. *Bem Jurídico-Penal Supraindividual*, p. 269.

¹⁰¹⁶ BOCK, Stefanie; STARK, Findlay. Preparatory Offences. In: AMBOS, Kai; DUFF, Antony; ROBERTS; Julian; WEIGEND, Thomas (ed.). *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice*. Anglo-German Dialogues. Volume I. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 69.

¹⁰¹⁷ BOCK, Stefanie; STARK, Findlay. Preparatory Offences, p. 64.

¹⁰¹⁸ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 201.

reguladoras reforçadas pela lei penal. Assim, Feinberg rechaça, por exemplo, um modelo de regulação que impeça ou dificulte o acesso de grupos identificados por raça, cor, etnia, gênero, religião etc. a determinada atividade, ainda que tal modelo se baseie na constatação de que, estatisticamente, a prática dessa atividade pelo grupo identitário leva, com maior frequência, a danos por agregação. Por certo, um sistema de licenças desse tipo seria discriminatório e, como resultado, ilegítimo, bem como as proibições penais que venham eventualmente a lhe dar guarida.

5.3.2 Danos por acumulação

Há condutas cujas consequências danosas, embora ainda não se façam sentir na atualidade, podem vir a afetar a vida das pessoas quando se considera as perspectivas futuras de longo prazo. Trata-se de *condutas que, tomadas isoladamente, não são capazes de retroceder efetivamente os interesses de outras pessoas, mas que, se permitidas, a difusão dessas práticas pode vir a gerar dano*. Esse tipo de dano remoto é denominado por Feinberg de *dano por acumulação*. Da mesma maneira que as condutas que só causam danos por agregação, a periculosidade das condutas em questão é *mediata* ou *condicional*, pois vinculada à *intervenção autônoma e independente de outras pessoas*. Porém, diferentemente do que se verificou no tópico anterior, aqui as condutas não favorecem ou facilitam a prática de atos subsequentes de natureza distinta, em si mesmos perigosos ou danosos. Os danos por acumulação se caracterizam por só ocorrerem, efetivamente, com a reiteração ou repetição das condutas a eles remotamente conectadas¹⁰¹⁹.

A dogmática penal alemã classifica os tipos penais que descrevem condutas que só causam danos por acumulação como crimes de acumulação ou acumulativos, também

¹⁰¹⁹ KERNOHAN, Andrew. Accumulative Harms and the Interpretation of the Harm Principle. *Social Theory and Practice*, v. 19, n. 1, spring, 1993, p. 52: “An accumulative harm is a harm done by a group, not to a group. It is a harm to another person brought about by the actions of a group of people where the action of no single member of that group is sufficient, by itself, to cause the harm. Most often, an accumulative harm will also be a public harm, a harm which cannot be done to one individual without at the same time being done to a whole community or populace, but there is no conceptual necessity to this fact; accumulative harms may be serious individual harms.”

incluídos, por alguns autores, na categoria de crimes de perigo abstrato¹⁰²⁰. Essa estrutura típica corresponde ao modelo-chave de incriminação de condutas que atentam contra bens jurídicos supraindividuais, tendo em vista que, em geral, esses bens “são estruturados de forma a se autodefenderem de ataques isolados” e, por isso, “não é comum que as condutas contra eles dirigidas cheguem a causar-lhes dano efetivo ou a expô-los a perigo concreto, a não ser em situações extremas”¹⁰²¹. Em razão das dimensões do bem jurídico supraindividual, a esmagadora maioria das condutas individuais alcançadas pelos tipos penais de acumulação só gera reflexos insignificantes para o bem jurídico.

O problema da lógica dos danos por acumulação é que, em primeiro lugar, considerações de justiça parecem incompatíveis com o argumento de que se deve proibir a conduta individual porque outras pessoas podem vir a agir da mesma maneira. Justamente por esse motivo, parte da doutrina penal do *Civil Law* acusa os crimes de acumulação de violar o *princípio da culpabilidade*¹⁰²². Além disso, são inúmeras as condutas que, caso sejam praticadas em *larga escala* e por um número consideravelmente grande de pessoas, afetariam negativamente o bem-estar comum em sociedade¹⁰²³. Por fim, alega-se que os crimes de acumulação se ocupam de *meras bagatelas* e, ao criminalizar comportamentos de massa, ameaçam de punição populações quase inteiras¹⁰²⁴.

Apesar disso, outra parte da doutrina reconhece que os crimes de acumulação são inevitáveis, sendo impensável um direito penal moderno sem crimes contra o meio ambiente, a fé pública, o erário público, a administração da justiça e a probidade administrativa¹⁰²⁵.

¹⁰²⁰ HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del Bien Jurídico y Estructura del Delito*, p. 289. A equivalência não é perfeita, uma vez que a referência da classificação é o bem jurídico e não o retrocesso a interesses no sentido específico da versão feinberguiana de *harm* em sentido descritivo e não normativo.

¹⁰²¹ BADARÓ, Tatiana. *Bem Jurídico-Penal Supraindividual*, p. 260. Ver também: HEFENDEHL, Roland. Uma Teoria Social do Bem jurídico. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 87, 2010, p. 115; FRISCH, Wolfgang. Bien Jurídico, Derecho, Estructura del Delito e Imputación en el Contexto de la Legitimación de la Pena Estatal. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 335-336; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del Bien Jurídico y Estructura del Delito*, p. 289.

¹⁰²² DIAS, Augusto Silva. “What if everybody did it?”: sobre a (in)capacidade de ressonância do Direito Penal à figura da acumulação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 13, n. 3, jul.-set., 2003, p. 340 e ss.

¹⁰²³ HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del Bien Jurídico y Estructura del Delito*, p. 301.

¹⁰²⁴ MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 211. Para mais críticas: BADARÓ, Tatiana. *Bem Jurídico-Penal Supraindividual*, p. 279-280.

¹⁰²⁵ HEFENDEHL, Roland. El Bien Jurídico como Eje Material de la Norma Penal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 194-195. No sentido de que os danos por acumulação definem os

Esses âmbitos têm em comum o fato de que a intervenção pode se mostrar demasiadamente tardia, caso aguarde a superveniência de dano efetivo ou perigo direto, ou mesmo inviável, já que demonstrar o nexo de causalidade entre a conduta individual e o dano consumado é tarefa bastante complexa¹⁰²⁶. Diante disso, seria uma estratégia ineficiente de prevenção de danos reservar a criminalização ao “último ponto efetivo da intervenção” (*last effective point of intervention*)¹⁰²⁷, isto é, à conduta imediatamente anterior ao momento em que a ocorrência do dano se anunciaria como inevitável.

Será que a criminalização de condutas que somente se mostram socialmente danosas quando praticadas de forma generalizada é compatível com o princípio do dano? Para Feinberg, a resposta é positiva, desde que a perspectiva de acumulação da conduta não seja mera especulação hipotética, isto é, desde que haja um diagnóstico realista, atual e suportado por evidências empíricas¹⁰²⁸. Logo, o princípio não fundamenta a proibição de condutas que, ainda que fossem permitidas, não seriam praticadas por uma quantidade de indivíduos suficiente para gerar o dano remoto ou, pelo menos, não haveria interesse em praticá-la por parte de um número significativo de indivíduos¹⁰²⁹. Por outro lado, o princípio fundamenta a proibição quando, conquanto haja o interesse de um número relevante de indivíduos em praticar a conduta que tende ao dano por acumulação, ela não seria reproduzida em larga escala, ainda que fosse permitida, unicamente em razão dos escrúpulos morais dos cidadãos.

limites da neutralidade estatal e que a proibição desse tipo de dano protege as minorias da opressão cultural: KERNOHAN, Andrew. *Neutrality and the Harm Principle*. In: KERNOHAN, Andrew. *Liberalism, Equality, and Cultural Oppression*. New York: Cambridge University Press, 1998, p. 87.

¹⁰²⁶ SEHER, Gerhard. *La Legitimación de Normas Penales Basada en Principios y el Concepto de Bien Jurídico*. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 82.

¹⁰²⁷ WALLERSTEIN, Shlomit. *Criminalising Remote Harm and the Case of Anti-Democratic Activity*, p. 2709; VOORDE, Jeroen ten. *Prohibiting Remote Harms: On Endangerment, Citizenship and Control*, p. 171.

¹⁰²⁸ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 226. Destaca-se a necessidade de constante atualização desse diagnóstico, uma vez que o potencial de danosidade indireta da conduta depende das circunstâncias fáticas concretas e essas circunstâncias tendem a mudar. Como pontua Kernohan: “In general, the harmfulness of an activity is a function, not the nature of the activity, but also of the circumstances in which is done. And circumstances change.” (KERNOHAN, Andrew. *Accumulative Harms and the Interpretation of the Harm Principle*, p. 62).

¹⁰²⁹ Nota-se que a criminalização de danos por agregação seria ainda mais problemática do que a de danos por acumulação, considerando que as condutas danosas apenas por agregação não são capazes de causar o dano, por si mesmas, ainda que praticadas em grande número. Conferir: KUHLEN, Lothar. *Rechtsgüter und neuartige Deliktstypen*, p. 151; BADARÓ, Tatiana. *Bem Jurídico-Penal Supraindividual*, p. 286.

Surpreendentemente, Feinberg vacila em aplicar o *harm principle* ao exemplo mais paradigmático de dano por acumulação: o crime de *poluição ambiental*¹⁰³⁰. Segundo o filósofo, nesses casos, o dano é resultado da acumulação de contribuições sucessivas e desiguais – em gravidade e também em valor social – que acabam por empurrar as condições de equilíbrio ambiental para além de um limite mínimo considerado tolerável. Porém, somente a conduta que eleva a poluição para além do limiar de tolerância – conduta essa que não é possível identificar na prática – e as condutas que a procedem é que produzem dano efetivo a interesses de bem-estar compartilhados pelas pessoas em geral (*public harm*). Ademais, como a maioria das condutas que contribuem com o dano também provê a sociedade com uma série de outros benefícios, sobretudo econômicos, proibi-las em conjunto causaria mais dano do que preveniria¹⁰³¹. Por isso, a fim de controlar as emissões de poluentes com o mínimo possível de restrição às atividades poluidoras socialmente valiosas, Feinberg defende que o legislador elabore um esquema de regulamentação administrativa, deixando à lei penal o papel de reforçar por meio de sanções penais esse sistema regulatório¹⁰³². Assim, no caso de crimes referidos a danos por acumulação, o conteúdo de injusto das condutas proibidas seria fornecido, precisamente, pela violação a essas normas reguladoras¹⁰³³.

5.3.3 Danos por imitação

A última modalidade de danos remotos discutida por Feinberg diz respeito aos ditos *danos por imitação*. Trata-se de *condutas que, não sendo perigosas em si mesmas, podem vir*

¹⁰³⁰ FEINBERG, Joel. Environmental Pollution & the Threshold of Harm. *The Hasting Center Report*, v. 14, n. 3, jun., 1984, p. 30. Sobre a pertinência dos crimes de acumulação ao direito penal ambiental: BADARÓ, Tatiana. Crimes de acumulação no direito penal ambiental: Ofensividade e critérios de imputação. In: CARVALHO, Érika Mendes; PRADO, Alessandra Mascarenhas (orgs.). *Repensando a proteção do meio ambiente*. 20 anos de Lei 9.605/98. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 179-200.

¹⁰³¹ Criticando a posição de Feinberg por recorrer a considerações utilitaristas a respeito da conveniência econômica para restringir a aplicação do princípio do dano nos casos de poluição ambiental: HANCOCK, Jan. Toxic Pollution as a Right to Harm Others: Contradictions in Feinberg's Formulation of the Harm Principle. *Capitalism Nature Socialism*, v. 18, n. 2, June, 2007, p. 91-108. Para outras críticas: SADURSKI, Wojciech. Some Ruminations on the Harm Principle. *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, v. 75, n. 4, 1989, p. 459-467.

¹⁰³² FEINBERG, Joel. Environmental Pollution & the Threshold of Harm, p. 30.

¹⁰³³ FEINBERG, Joel. Environmental Pollution & the Threshold of Harm, p. 30: "There is nothing inherently wrongful or right-violating in the activity of driving an automobile, generating electricity, or refining copper. These activities can be meaningfully condemned only as violations of an authoritative scheme of allocative priorities". No mesmo sentido: KERNOHAN, Andrew. Neutrality and the Harm Principle, p. 83.

a causar dano caso sejam imitadas por outros indivíduos. Portanto, mais uma vez, a periculosidade da conduta em questão é *indireta, mediata e condicional*, mas não advém da confluência de inúmeras condutas da mesma espécie. Porém, parece-nos que os danos por imitação configuram modalidade especial de danos por agregação, na qual uma conduta só não é considerada inofensiva aos interesses de terceiros, que não se expõem autonomamente ao risco, porque pode ser aproveitada *intelectualmente* por um agente independente, servindo como *modelo de inspiração* para outra conduta em si mesma perigosa ou danosa.

O primeiro exemplo mencionado por Feinberg é o de pessoas que vem a morrer depois de imitarem a cena de um filme de guerra em que soldados jogam roleta-russa. Segundo o filósofo, só o paternalismo penal indireto – e não o princípio do dano – poderia fundamentar a proibição da produção de obras de ficção das quais as pessoas podem retirar sugestões de maneiras bizarras de se expor voluntariamente a perigo de dano grave¹⁰³⁴. Por outro lado, em relação aos danos não consentidos causados a outras pessoas em razão da imitação, é possível argumentar que a atuação autônoma e voluntária de um terceiro impediria que o dano fosse reconduzido à esfera de responsabilidade daqueles que contribuíram para que a obra fosse produzida e disponibilizada ao público. Contudo, ambos os argumentos se mostram mais frágeis quando os sujeitos que se inspiram nessas obras de ficção para causar danos sérios a si mesmos ou a terceiros são menores ou incapazes. Feinberg cita o famoso caso de John Hinckley Jr. que, após assistir quinze vezes ao filme *Taxi Driver*, tentou matar o então presidente dos Estados Unidos Ronald Reagan, motivado pela convicção de que o ato impressionaria a atriz Jodie Foster, que estava no elenco do filme¹⁰³⁵. Durante o julgamento, foi reconhecido que Hinckley Jr. era portador de transtorno mental e desenvolvera um fascínio neurótico-obsessivo pelo filme ao se identificar pessoalmente com o protagonista, que também pretendia assassinar um candidato à presidência.

Seria o princípio do dano capaz de fundamentar a punição de K por expor o público a um comportamento que, ao ser imitado por J, causa dano sério a L? Para Feinberg, a viabilidade dessa proibição dependeria de alguns fatores: 1) que K tenha a intenção de incitar o comportamento ou, mesmo tendo consciência do perigo de imitação, decida

¹⁰³⁴ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 233.

¹⁰³⁵ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 233.

voluntariamente por desprezá-lo ou, no mínimo, atue com negligência grave e reprovável¹⁰³⁶; 2) que o comportamento passível de imitação seja algo especialmente novo e raro, tanto na ficção quanto na vida real e 3) que tenha transcorrido um curto período de tempo entre a exposição de J ao comportamento divulgado por K e a imitação que causa dano a L¹⁰³⁷. As duas últimas condições se fariam necessárias para que a coincidência de comportamentos possa ser vista como uma forte evidência circunstancial da influência causal. Apesar disso, o nexo causal continua sendo demasiadamente especulativo, uma vez que, em muitos casos, o dano ocorreria independente do contato com o modelo inspirador, restringindo-se a influência ao *timing* do dano e à forma específica em que ele foi infligido. Ademais, o autor reconhece que a liberdade de expressão se impõe com um limite à criminalização da *mera sugestão perigosa*, bem como que dificuldades de ordem prática neutralizam eventual boa razão para intervenção penal fornecida pelo *harm principle*.

Mais importante, para esta investigação, é debater se o mero perigo de dano remoto por imitação, independente da efetiva ocorrência da imitação, é suficiente para justificar a proibição da produção, introdução no mercado ou mesmo consumo de filmes e outras obras. Essa questão está por trás da discussão sobre a legitimidade de se proibir *jogos de videogame violentos* em razão dos reflexos negativos sobre o desenvolvimento saudável de crianças e adolescentes que podem levar ao incremento, por imitação, de comportamentos violentos em parte desse grupo etário. No mesmo contexto, insere-se a já mencionada polêmica sobre a proibição de *pornografia violenta* em razão do risco de que a exposição a esse tipo de material pornográfico promova a prática, também por imitação, de atos de violência e abuso sexual contra mulheres. Esses exemplos demonstram que os danos por imitação podem ser vistos como um tipo de dano por agregação, pois a conduta precedente, em si mesma inofensiva, serve como um *modelo de inspiração* para a conduta que produz o dano ou perigo direto. Ainda assim, o já mencionado *critério da preponderância do interesse pessoal sobre o interesse externo* (item 5.2.6, *supra*) rechaça a criminalização de *meros maus exemplos* que,

¹⁰³⁶ Em sentido diverso, Baker entende que apenas a intenção, e não a mera indiferença ou negligência, pode indicar um vínculo culpável com o dano por imitação: BAKER, Dennis J. *The Right not to be Criminalized*, p. 127.

¹⁰³⁷ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 238-241. Conferir: “When A presents a fictitious drama to the public whose plot suggests to B a harm he might inflict on some victim, and only because of that, B voluntarily inflicts that harm on C, then the harm can be imputed to A as well as to B, provided his fiction was a ‘but-for cause’ of the harm, and he was at fault in producing it because either his deliberate purpose was to cause the harm, or he contributed to the harm knowingly, recklessly, or negligently”. (*Idem*, p. 244).

não chegando a constituir uma forma de incitação¹⁰³⁸, são tidos como capazes de “corromper” os hábitos e comportamentos de outras pessoas.

Há, ainda, a possibilidade de fundamentar a criminalização da conduta passível de imitação com base não em consequências danosas indiretas e sim nas *ofensas* por elas imediatamente produzidas, ou seja, nos reflexos negativos de ordem psicológica que resultam da reprodução de determinados “maus exemplos” pelo fato deles criarem uma atmosfera social indesejável, permeada por medo, ódio ou discriminação. No próximo capítulo, analisaremos a possibilidade de proibir tais condutas com fundamento no *offense principle* e não no *harm principle*, uma vez que, ainda que se vislumbre a ocorrência de danos remotos, sobretudo no longo prazo¹⁰³⁹, as contenções extras que acompanham o princípio da ofensa se mostram necessárias a preservar a liberdade de expressão.

5.4 Em busca de critérios para limitar a criminalização de danos remotos

Como visto, as máximas de mediação de Feinberg, que compõem a denominada análise padrão do dano, não se mostram suficientes para limitar a criminalização de danos remotos. É, por isso, que o filósofo se esforça por deduzir considerações normativas ao enfocar especificamente os danos por agregação, acumulação e imitação. Tais considerações esclarecem, em parte, o que constitui o conteúdo de injusto da conduta quando a proibição pretende buscar seu fundamento racional nos danos remotos¹⁰⁴⁰. No entanto, ainda não apresentam uma estratégia satisfatória a superar o desafio que é restringir a tentação do mau legislador em recorrer a danos remotos para encobrir o paternalismo ou moralismo subjacente a determinados crimes. Por esse motivo, cumpre investigar critérios complementares.

¹⁰³⁸ HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del Bien Jurídico y Estructura del Delito, p. 298.

¹⁰³⁹ Não só danos remotos por agregação, mas também por acumulação. Nesse sentido: “A culture of pornography may eroticize the submission of women to men and so be extremely harmful. Yet the solitary consumption of pornography by one individual man may be totally harmless. A culture of pornography is an accumulative harm brought about a whole system of production, distribution, and consumption. Similarly racial or sexual harassment may learning environment through acts of speech, conduct, and publication by many different people, though no one does anything serious enough to warrant a harassment charge, Persons of colour may be rendered invisible in a workplace, though this harm cannot be committed by any single member of the majority, any more than one person alone can ostracize another.” (KERNOHAN, Andrew. Accumulative Harms and the Interpretation of the Harm Principle, p. 53-54).

¹⁰⁴⁰ Com se verá melhor no tópico seguinte.

5.4.1 Os limites aos delitos de prevenção de riscos em Husak

Em sua teoria da criminalização, Husak apresenta quatro critérios com o objetivo de limitar a autoridade do Estado para punir condutas que tendem mais a gerar perigo de dano do que dano consumado: 1) o risco de dano precisa ser substancial (*requisito do risco substancial*); 2) a proibição da conduta deve realmente diminuir a probabilidade de ocorrência do resultado danoso (*requisito da prevenção*); 3) a proibição da conduta que causa direta e intencionalmente o dano em questão também precisa ser legítima (*requisito do dano consumado*) e 4) o agente precisa ter atuado, no mínimo, com culpa em relação ao resultado danoso (*requisito da culpabilidade*)¹⁰⁴¹.

O primeiro requisito poderia ser acomodado pela análise padrão do dano proposta por Feinberg, mas há uma diferença importante entre o *requisito do risco substancial* e as máximas de mediação instrumentais de Feinberg, uma vez que essas últimas admitem mesmo a proibição de um risco mínimo (ou seja, não substancial) quando o dano provável é consideravelmente grave e a conduta é desprovida de valor suficiente para compensar o risco¹⁰⁴². O segundo requisito se confunde, ao menos para nós que defendemos uma versão responsiva do princípio, com a própria exigência de que haja um nexo de causalidade respaldado pelas ciências empíricas entre a conduta proibida e o dano remoto. O terceiro, por sua vez, constitui um limite relevante à criminalização de danos remotos, enquanto o quarto será aqui rechaçado. Neste tópico, esses dois últimos requisitos serão analisados. Começaremos pelo quarto requisito formulado por Husak.

De fato, é possível pretender limitar o alcance dos crimes referidos a danos remotos incluindo na descrição da conduta proibida a intenção de facilitar ou colaborar com uma intervenção danosa, concomitante ou posterior, própria ou alheia. O problema é que essa solução faz o caráter criminoso da conduta depender fortemente da vontade psicológica do agente, isto é, do seu estado mental subjetivo. O emprego excessivo de elementos subjetivos especiais (ou especial fim de agir do agente) nos tipos penais costuma ser criticado por

¹⁰⁴¹ HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización*, p. 266.

¹⁰⁴² Nesse sentido: “The relevant inquiry, therefore, is not whether the risk is substantial, but whether it is sufficiently *serious* – taking into account the probability, the nature and the gravity of the harm, and so forth – to warrant intervention by the criminal law”. (SIMESTER, A. P.; HIRSCH, Andrew von. Remote Harms and Non-constitutive Crimes. *Criminal Justice Ethics*, v. 28, n. 8, may, 2009, p. 91).

remeter a um direito penal do ânimo que se caracteriza pela inaceitável indeterminação da matéria de proibição. Além disso, essa estratégia estimula a seletividade penal e juízos de discriminação conforme as características pessoais do agente (classe social, orientação sexual, ideologia política, religião etc.), ainda mais diante da dificuldade de se investigar e demonstrar a postura psíquica dos sujeitos. Ainda que o legislador opte por descrever a intenção subjetiva do agente a fim de definir a conduta proibida com maior precisão, continua a ser imprescindível fundamentar objetivamente a inadmissibilidade dessa mesma conduta¹⁰⁴³.

Outra opção seria vincular a imputação, pelo menos, à exigência de que a possibilidade de intervenção, no curso causal, de conduta danosa independente fosse cognoscível pelo agente. No entanto, na ausência de outros pressupostos, a previsibilidade do dano ou perigo de dano remoto também não é suficiente para fundamentar o conteúdo de injusto da conduta cuja periculosidade está atrelada à intervenção de um agente moralmente autônomo. Afinal, há casos em que a proibição da conduta não parece justa, mesmo que o dano final fosse previsível: por exemplo, não seria razoável censurar os Beatles por criar o perigo da ocorrência de crimes bárbaros como os atribuídos a Charles Manson e seu grupo, ainda que os músicos tivessem previsto que outras pessoas maiores e capazes pudessem interpretar a música *Helter Skelter* como um incentivo ao cometimento de crimes violentos. Por outro lado, há situações em que a proibição da conduta se mostra apropriada, mesmo que o dano remoto não seja previsível: é o caso da prática de poluição ambiental por agente que, em razão da complexidade das conexões causais em um contexto de alta instabilidade como o dos impactos ambientais, não tinha condições de prever o futuro comprometimento do equilíbrio de um ecossistema¹⁰⁴⁴.

Vejamos, agora, o terceiro requisito proposto por Husak. De acordo com o *requisito do dano consumado*, “o Estado não pode proibir uma conduta para reduzir o risco de um

¹⁰⁴³ VOORDE, Jeroen ten. Prohibiting Remote Harms: On Endangerment, Citizenship and Control, p. 176 e 178. Considere, por exemplo, o crime de *sexual grooming* previsto, no Reino Unido, pela *Sexual Offences Act 2003* que define como crime encontrar, se comunicar ou viajar para se encontram com uma criança com a intenção de praticar uma infração sexual. Ver: FARMER, Lindsay. Criminal Wrongs in Historical Perspective. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. *The Boundaries of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 235.

¹⁰⁴⁴ Por esse motivo, Hirsch e Simester, ao estabelecer os seus critérios de imputação justa, dispensam a previsibilidade do dano remoto: HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 63. Ver também: HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del Bien Jurídico y Estructura del Delito*, p. 293; BADARÓ, Tatiana. *Bem Jurídico-Penal Supraindividual*, p. 269-270.

determinado dano, a menos que o Estado tenha permissão para proibir aquela conduta que direta e intencionalmente causa esse mesmo dano”¹⁰⁴⁵. Em suma, o legislador penal só está autorizado a proibir uma conduta sob o argumento de que ela cria o risco de um estado de coisas se ele também estiver autorizado a proibir a conduta que cria diretamente esse mesmo estado de coisas. Por trás desse requisito, está o raciocínio de que, para a lei, *não pode ser pior se arriscar a produzir determinada consequência negativa do que produzir direta e deliberadamente essa mesma consequência*. Assim, por exemplo, a criminalização da posse de drogas, seja para comércio ou para uso pessoal, não pode ser defendida com base no argumento de que o consumo abusivo de substâncias psicotrópicas compromete a produtividade e o desempenho laboral dos indivíduos, o que afeta o faturamento das empresas, aumenta o desemprego e, em decorrência disso, prejudica a economia local como um todo. Ainda que essa tese venha a superar o segundo requisito, o que já é motivo suficiente para sermos céticos em relação a essa linha argumentativa, não seria capaz de transpor o óbice do terceiro requisito. Afinal, ninguém defenderia seriamente que se criminalizasse a improdutividade do trabalhador ou o desemprego a fim de proteger a economia¹⁰⁴⁶.

De forma semelhante ao critério de preponderância do interesse pessoal sobre o interesse externo, o presente requisito é um importante aliado para impedir que o paternalismo penal se oculte por trás de danos remotos. É o que se vê no seguinte exemplo. Uma legislação que criminaliza a conduta do motociclista que conduz o veículo sem fazer uso de capacete é aprovada com base na alegação de que a conduta impacta o patrimônio público que mantém a rede pública de saúde, encarregada de prestar atendimento médico aos motociclistas vitimados em acidentes de trânsito. O legislador penal se baseia na constatação fática, respaldada por dados empíricos, de que o uso de capacete pelos motociclistas reduz as chances de lesões mais graves e, por consequência, diminui a demanda por serviços da rede

¹⁰⁴⁵ HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización*, p. 252. No original: “el Estado no puede prohibir una conducta para reducir el riesgo de un determinado daño, a menos que el Estado tenga permiso para prohibir aquella conducta que directa e intencionalmente cause ese mismo daño”. Acolhendo o requisito formulado por Husak: MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 786.

¹⁰⁴⁶ HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización*, p. 253-255. O autor esclarece que, por outro lado, o argumento de que o consumo abusivo de drogas incrementa a prática de atos de violência (por exemplo, contra crianças) satisfaz o requisito do dano consumado, uma vez que a violência contra menores deve sim ser proibida. Também aplicando o requisito do dano consumado ao direito penal das drogas: LUCAS, Kyle J. Does the Harm Principle Justify Criminal Drug Status Against Drug Use? *The Hilltop Review*, v. 7, n. 1, 2014, p. 36.

pública de saúde. Conduzir motocicleta sem o uso de capacete pode expor a vida e a integridade física do agente a perigo de dano direto, mas não é uma conduta, em si mesma, perigosa para os interesses de outras pessoas, de forma que eventuais consequências negativas para o patrimônio público constituem danos remotos. Daí que, tratando-se de dano remoto e não de dano direto, mostra-se especialmente necessário atentar para a aplicação de máximas de mediação.

O *requisito do dano consumado* impede que a referida lei penal seja suportada pelo *harm principle*, uma vez que autolesões e autocolocações dolosas em perigo de dano para a saúde ou integridade física que geram despesas para o sistema público de saúde não são nem devem ser criminalizadas. Com efeito, se tal argumento fosse admitido para criminalizar a omissão em utilizar o cinto de segurança, nada impediria que o legislador também o utilizasse para fundamentar a criminalização do consumo em excesso e prolongado de cigarros, álcool e alimentos gordurosos ou com alta concentração de açúcar. O mesmo critério afasta, ainda, a proibição da venda de órgão próprio com base no argumento de que o comércio de órgãos cria o risco de redução da oferta gratuita de órgãos para transplante, tendo em vista que o direito à autodeterminação corporal e o princípio da dignidade humana não admitiram que a lei, de forma geral, impusesse a obrigação de doação de órgãos¹⁰⁴⁷. Por certo, tipos penais que descrevessem condutas como “gerar despesa para o sistema público de saúde, causando dano à própria saúde ou integridade física” ou “deixar de doar órgão transplantável, nas hipóteses autorizadas pela lei” seriam evidentemente ilegítimos.

No mesmo sentido de Husak, Hirsch/Simester formulam o *requisito da proscrição direta*, segundo o qual o Estado só pode criminalizar uma conduta com base em danos remotos se estiver *prima face* justificado moralmente a proibir a conduta que cause direta e injustamente o mesmo dano¹⁰⁴⁸. Isso significa que uma conduta que produza injustamente o dano invocado pelo legislador na criação do crime referido a danos remotos precisa se qualificar para criminalização nos termos da análise padrão do dano. Esse critério se diferencia do *requisito do dano consumado* por não proceder à comparação com a conduta que causa *intencionalmente* o dano e sim com a conduta que o produz *injustamente*. Os

¹⁰⁴⁷ BADARÓ, Tatiana. Comercializar órgãos transplantáveis ofende bens jurídicos? A crítica de um liberal moderado à criminalização do comércio de órgãos. In: ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia (org.). *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 333-334.

¹⁰⁴⁸ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 73.

autores criticam a proposta de Husak exatamente por confundir considerações relativas à injustiça da conduta (*wrongfulness*) com aquelas atinentes ao que o direito anglo-americano entende por culpabilidade (*culpability*) que, por sua vez, inclui o elemento da intenção¹⁰⁴⁹. De fato, embora o caráter criminoso da conduta pressuponha, para nós do sistema romano-germânico, dolo ou culpa, o juízo de injustiça se fundamenta em diferentes razões que transcendem esse dois elementos do crime (ver capítulo 2, tópico 2.2.3, *supra*).

Apesar de nos juntarmos a Hirsch/Simester nessa crítica a Husak, entendemos que o filósofo americano tem razão em não utilizar como parâmetro a conduta que causa direta e injustamente o dano. Isso porque constatar que o Estado não está moralmente autorizado a criminalizar uma conduta injusta que causa dano direto contraria o próprio enunciado do princípio do dano. Por conseguinte, o requisito não teria nada a contribuir, pois, se a conduta é danosa e injusta, o próprio *harm principle* já nos diz que a proibição penal é moralmente legítima. Diante disso, a formulação mais adequada do *requisito do dano consumado* (ou da *proscrição direta*) está no *meio do caminho* entre Husak e Hirsch/Simester: para o presente requisito, *basta que seja moralmente admissível criminalizar a conduta que, dolosa ou culposamente, gera diretamente o mesmo efeito adverso indiretamente conectado à conduta que se pretende proibir*. Com isso, pode ser que o caso em favor da criminalização do dano remoto seja excepcionalmente mais contundente do que a sua criminalização como dano direto. Além disso, é possível que, por questões de praticidade ou conveniência, o legislador opte por não criminalizar a conduta que diretamente causa o dano. De todo modo, a constatação de que a proibição penal da conduta remotamente danosa é moralmente legítima não significa que, para criminalizar o dano remoto, o legislador penal deva necessariamente criminalizá-lo também como dano direto.

5.4.2 Os critérios de imputação justa (*fair imputation*) em Hirsch/Simester

Em sua maioria, as máximas de mediação de Feinberg se ocupam do nexo empírico entre a conduta proibida e o dano indesejado que dela decorre, descuidando do nexo normativo, isto é, do porque e em qual extensão o agente deve ser considerado responsável

¹⁰⁴⁹ SIMESTER, A. P.; HIRSCH, Andrew von. Remote Harms and Non-constitutive Crimes, p. 91-92.

pelas consequências remotas de sua conduta¹⁰⁵⁰. Com efeito, quando o princípio do dano é aplicado aos danos diretos, “a atribuição de responsabilidade e culpa *lato sensu* também é relativamente direta, devido aos vínculos estreitos entre a escolha culpável do agente e o dano resultante”¹⁰⁵¹. No entanto, proibir o indivíduo de efetuar disparo de arma de fogo contra outra pessoa, fora de circunstâncias especiais como a legítima defesa, não restringe a liberdade individual na mesma intensidade que proibir alguém de simplesmente possuir uma arma de fogo sem autorização.

Assim, especialmente nos casos que envolvem danos remotos, o nexó empírico entre conduta e dano precisa se fazer acompanhar de um nexó normativo. Segundo Hirsch e Simester, isso significa que a análise padrão do dano deve ser complementada pelo que denominam de *análise estendida do dano* (*Extended Harms Analysis*)¹⁰⁵². Essa análise é composta por critérios normativos e adicionais voltados justamente a definir os limites da criminalização de condutas apenas remotamente danosas: os *critérios de imputação justa* (*fair imputation*). Esses critérios acrescentam argumentos de princípio aos argumentos de ponderação.

A análise estendida não exclui a aplicação da análise padrão ao âmbito dos danos remotos, mas haverá de precedê-la, ou seja, apenas depois de confirmada a imputação é que se estará autorizado a discutir questões como magnitude e probabilidade do dano, valor social da conduta e balanceamento de interesses¹⁰⁵³. Uma das principais vantagens de uma abordagem que contempla critérios de imputação justa é que os oponentes de determinada legislação penal podem recorrer a um argumento normativo atrelado a preceitos de justiça: o argumento de que o dano remoto não pode ser imputado ao agente como obra também dele. Com isso, o debate não fica refém das avaliações do legislador a respeito das evidências empíricas que suportam a relação de causalidade, da existência ou não de benefícios que superam os custos da proibição ou da preponderância de algum dos interesses em conflito.

¹⁰⁵⁰ PERŠAK, Nina. *Criminalising Harmful Conduct*, p. 43; HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 56.

¹⁰⁵¹ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 54. No original: “When the Principle is applied to individual, victimising harms, the attribution of responsibility and fault is also relatively straightforward, because of the close links between the actor’s culpable choice and the resulting harm.”

¹⁰⁵² HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 56. Ver também: HIRSCH, Andrew von. Extending the Harm Principle: “Remote” Harms und Fair Imputation, p. 262.

¹⁰⁵³ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 67.

Os critérios de imputação justa têm em comum o fato de se guiarem pela preocupação por garantir o respeito à ideia de *personal agency*, isto é, de autonomia moral dos indivíduos¹⁰⁵⁴. A lei penal deixa de observar a autonomia moral quando trata as escolhas de indivíduos adultos, livres e informados como sendo causadas não pelas próprias decisões e sim pelas de outros indivíduos. A autonomia moral também é desconsiderada quando a lei penal falha em tratar cada indivíduo como um agente independente e responsável apenas pelas suas escolhas de vida e não pelas escolhas alheias. Por fim, a ideia de autonomia moral é infringida quando se proíbe alguém de fazer uma escolha de vida simplesmente porque pode vir, posteriormente, a se sentir tentado a causar dano a outras pessoas, pois, nesses casos, a lei penal estará tratando adultos competentes como crianças incapazes de discernimento e autocontrole.

Como visto acima, a periculosidade remota de uma conduta em tese pode inicialmente fundamentar a sua proibição, desde que respaldada por uma prognose empírica que demonstre a presença de determinado grau de probabilidade de que a conduza a danos relevantes para outras pessoas. O próximo passo é recorrer aos critérios de imputação justa para responder à seguinte pergunta: como e por que pode o dano remoto ser imputado de forma justa ao agente? Essa é uma questão bastante complexa e não é possível fornecer uma resposta única. Já percebemos que uma conduta pode faticamente produzir danos remotos por diferentes mecanismos (item 5.3, *supra*), sendo que a possibilidade normativa de atribuir à esfera de liberdade do agente a responsabilidade pelo perigo de dano depende também da estrutura desses cursos causais¹⁰⁵⁵. Logo, a solução a esse problema dependerá do contexto específico em que a conduta que se pretende proibir se desenvolve, variando conforme o dano remoto em questão se verifique por agregação ou por acumulação de outras condutas.

5.4.2.1 Implicação normativa

No caso de condutas que só geram danos por agregação, impõe-se a reflexão sobre as condições nas quais a possibilidade de que outro agente livre e autônomo intervenha

¹⁰⁵⁴ Conferir: HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 61-62; 80-81.

¹⁰⁵⁵ HIRSCH, Andrew von. El Concepto de Bien Jurídico y el Principio del Daño. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 46.

futuramente para produzir danos diretos e imediatos é capaz de fundamentar a proibição dessas condutas. Uma primeira solução seria aplicar o raciocínio típico do concurso de agentes para entender a conduta anterior como uma forma de participação na conduta posterior¹⁰⁵⁶. O problema é que a justa imputação do dano imediato àquele que agiu em primeiro lugar como sendo também obra sua depende de alguns pressupostos, como a relevância causal efetiva e não apenas potencial da sua contribuição, a materialização da intervenção futura e o vínculo subjetivo entre aquele que pratica a conduta remota e o dano subsequente. De fato, a real ocorrência do dano ou perigo direto e a adesão ao plano delitivo alheio fazem com que o caráter injusto da conduta se torne mais visível.

Esses pressupostos deixam de ser exigidos quando o legislador se vale de outra estratégia, proibindo a conduta autônoma e independentemente de sua concreta vinculação a desdobramentos futuros, com fundamento no perigo de agregação. Com efeito, essa via tem a vantagem de oferecer aos indivíduos orientações mais claras e definitivas sobre os contornos do comportamento proibido, bem como de permitir que o agente recupere o controle sobre a sua própria responsabilização penal, a qual deixa de depender parcialmente da decisão de um terceiro independente por agir ou não¹⁰⁵⁷. Todavia, essa estratégia não livra o legislador da necessidade de confrontar o seguinte questionamento: o que faz da conduta remotamente danosa um ato injusto e autoriza que o agente seja proibido de agir pela mera possibilidade de posterior agregação de outra conduta, essa sim em si mesma danosa? O mesmo questionamento é pertinente quando a conduta agregada pode vir a ser praticada pelo próprio agente e não só por terceiro.

Do ponto de vista liberal, não é legítimo compelir o indivíduo a abrir mão de determinadas escolhas de vida simplesmente porque não se pode confiar que ele ou outros não abusarão dessa escolha no futuro. Para Hirsch e Simester, a criminalização de condutas que geram o que Feinberg denomina de danos por agregação depende de a conduta prévia, de alguma forma, *envolver ou implicar normativamente* a conduta posterior. É a *implicação normativa* (*normative involvement*) que torna a intervenção autônoma e independente também da conta daquele que atuou em primeiro lugar¹⁰⁵⁸. Essa implicação estará presente nas

¹⁰⁵⁶ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 80.

¹⁰⁵⁷ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 80.

¹⁰⁵⁸ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 81.

situações em que o agente, por meio de sua conduta, *subscreeve a intervenção subsequente, seja assistindo, encorajando ou endossando um injusto danoso futuro*.

Os autores identificam três modalidades de implicação normativa: 1) incitação; 2) aconselhamento e 3) disponibilização de objeto perigoso¹⁰⁵⁹. As duas primeiras são menos polêmicas do que a terceira. É possível estabelecer um nexó normativo e não somente potencialmente causal entre a conduta daquele que incita outras pessoas ao cometimento de injustos danosos e o incremento do perigo de ocorrência do dano por agregação. O mesmo pode ser dito sobre a conduta daquele que fornece a outras pessoas orientações que auxiliam na prática de injustos danosos, por exemplo, difundindo pela *internet* instruções para a fabricação de bombas caseiras, ainda que sem incitar explicitamente o uso dessas instruções.

Entretanto, a incitação e o aconselhamento não se confundem com aqueles comportamentos que podem causar danos diretos quando imitados por outras pessoas. Segundo Hirsch e Simester, esses comportamentos danosos por imitação devem ser tidos, no pior cenário, como meros maus exemplos, pois não atendem ao requisito de implicação normativa¹⁰⁶⁰. Em primeiro lugar, tais condutas não comunicam, nem mesmo implicitamente, a ideia de que outras pessoas devem se comportar da mesma maneira (como ocorre na incitação). Além disso, o mero mau exemplo encontra a sua razão de ser nas escolhas de vida que o agente faz para si mesmo e não no propósito de transmitir um *know-how* que encoraja ou facilita a conduta alheia (como ocorre no aconselhamento).

O terceiro tipo de implicação normativa merece uma análise mais detida. Aqui o principal exemplo é justamente os *crimes de posse de objetos que podem ser utilizados no cometimento de injustos danosos*. Ocorre que o risco de uso indevido está presente em praticamente qualquer objeto. Daí que, por exemplo, um automóvel pode ser usado como uma arma para causar lesões corporais em outra pessoa e um computador pode servir como instrumento para a prática de diversas condutas danosas, tais como fraudes patrimoniais. Logo, a mera possibilidade ou mesmo probabilidade de mau uso do objeto não basta para fins de imputação justa. O que faz, então, com que os liberais em geral se oponham à proibição,

¹⁰⁵⁹ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 82-85.

¹⁰⁶⁰ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 82. Conforme registram os autores, no precedente *Brown*, a Corte inglesa recorreu ao perigo de dano por imitação para fundamentar a punição de práticas sadomasoquistas consentidas entre adultos, argumentando que tais práticas constituíam maus exemplos e poderiam levar outras pessoas a praticá-las com jovens incapazes de consentir validamente nos atos.

por exemplo, da venda de carros e de computadores, mas não à venda de bazucas, granadas e outros armamentos militares a civis? Na visão de Hirsch e Simester, parte da diferença é explicada pelo fato de que o *uso padrão* de carros e computadores é legítimo, uma vez que o carro existe para ser dirigido e o computador para processar, armazenar e compartilhar dados e informações¹⁰⁶¹. Nenhum desses dois objetos tem como principal função a de causar danos a outras pessoas. Por outro lado, as armas de fogo existem exatamente para causar dano à vida e à integridade física alheia¹⁰⁶².

Com acerto, os autores observam que “a função principal de uma coisa é, normalmente, uma parte constitutiva do nosso entendimento social sobre essa coisa”¹⁰⁶³. É, por isso, que a lei civil prevê que a coisa recebida em virtude de um contrato pode ser rejeitada quando *imprópria para o uso a que se destina*¹⁰⁶⁴. Assim, a criminalização da posse de objetos como detectores de radares de fiscalização viária e apetrechos para a falsificação de documentos e de moeda está, em princípio, justificada porque o uso ao qual se destinam é ilegítimo. No entanto, nos casos em que o objeto também se destina a usos legítimos, o valor social desse uso legítimo deve ser ponderado contra o risco advindo do mau uso, isto é, contra a magnitude e a probabilidade de eventual dano injusto. Nesses casos, Hirsch e Simester entendem que a melhor opção é evitar a proibição *tout a court* da posse ou disponibilização desses objetos (para eles, esse raciocínio se aplica ao caso do pé-de-cabra e de armas de fogo de menor potencial lesivo, cuja posse pode se dar com o exclusivo propósito de autodefesa, como pistolas e revólveres). Diante disso, os autores recomendam que o legislador inclua um elemento de *mens rea* na descrição da conduta proibida (para nós, a opção seria incluir um especial fim de agir no tipo penal) ou restrinja o alcance da proibição às situações em que estão presentes determinadas circunstâncias especiais (por exemplo, a ausência de uma autorização regulamentar para possuir ou fornecer o objeto)¹⁰⁶⁵.

O critério formulado por Hirsch/Simester para delimitar o campo da implicação normativa nos casos de posse ou fornecimento de objeto perigoso se aproxima do *critério da*

¹⁰⁶¹ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 83-84.

¹⁰⁶² Por sua vez, diferentemente de armas, álcool e drogas não são inerentemente perigosos para outras pessoas (FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 195). Sobre o tema, conferir o capítulo 6, tópico 6.2.4.1.2, *infra*.

¹⁰⁶³ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 84. No original: “the core function of a thing is ordinarily a constitutive part of our social understanding of that thing”.

¹⁰⁶⁴ Ver a definição de vício redibitório do art. 441 do Código Civil Brasileiro.

¹⁰⁶⁵ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 84.

conformidade ao seu fim proposto por Hirsch/Wohlers para limitar o âmbito dos crimes de preparação no direito penal alemão. De acordo com esse critério, a proibição autônoma de um ato meramente preparatório só é legítima quando a conduta criminosa que pode vir a se aproveitar desse ato está em conformidade com o fim desse mesmo objeto¹⁰⁶⁶. Na mesma linha, Tadros reconhece que nossas intuições sobre a injustiça de determinadas condutas que podem ou não constituir atos de preparação para a prática de injustos danosos dependem de ser ou não a conduta *tipicamente inócua*, isto é, de ser a conduta normalmente praticada por razões inofensivas ou como parte de um plano de ação que conduz a dano injusto para outras pessoas¹⁰⁶⁷.

Entretanto, Tadros questiona o pressuposto de que partem Hirsch e Simester de que a liberdade de alguém não pode ser restringida simplesmente em razão da tendência de outras pessoas de agir ilicitamente¹⁰⁶⁸. Para o autor, esse argumento conduz à conclusão inaceitável de que ninguém poderia ter a liberdade restringida por causa do ato ilícito prévio de outra pessoa. Ele cita o seguinte exemplo: Brenda costuma praticar tiro ao alvo, todos os dias, em seu quintal. Até que, um dia, Lisa amarra Maria à força ao alvo em que Brenda sempre pratica tiro. Em razão disso, Brenda terá restringida a liberdade de realizar sua prática diária, ao menos enquanto Maria estiver amarrada ao alvo. O problema da crítica de Tadros é que ela equipara situações que possuem diferenças relevantes. Afinal, enquanto o ilícito futuro é incerto, longínquo e indeterminado, o ilícito passado é certo, atual e conhecido pelo agente. Em razão dessas diferenças, a proibição que se fundamenta no risco de que um ilícito seja praticado no futuro costuma restringir mais a liberdade individual do que a baseada na ocorrência pretérita de um ilícito alheio. Essa preocupação em preservar a liberdade de ação é a razão de ser do critério da implicação normativa.

5.4.2.2 Dever de cooperação limitado pela justa distribuição de responsabilidades

Para Hirsch e Simester, a criminalização de condutas que só causam danos quando se acumulam com outras da mesma natureza é menos problemática do que a responsabilização

¹⁰⁶⁶ HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del Bien Jurídico y Estructura del Delito*, p. 295; BADARÓ, Tatiana. *Bem Jurídico-Penal Supraindividual*, p. 270.

¹⁰⁶⁷ TADROS, Victor. *Wrongs and Crimes*, p. 314.

¹⁰⁶⁸ TADROS, Victor. *Wrongs and Crimes*, p. 322.

penal por condutas cuja periculosidade se vincula à possibilidade de agregação de outras de natureza distinta. Embora o comportamento do agente acumulador não seja necessário nem suficiente para a ocorrência do dano remoto, fato é que ele colaborou para esse dano e, em geral, não é possível traçar uma diferença moral entre a sua contribuição e as demais. Logo, *cada contribuição individual pode ser considerada um injusto danoso pessoal que participa da construção de um injusto danoso coletivo*¹⁰⁶⁹.

Assim como a violação de um dever moral de solidariedade e assistência mútua entre os seres humanos, imposto em determinadas circunstâncias especiais, constitui o conteúdo de injusto nos crimes omissivos próprios, a inobservância ao *dever comum de cooperação* para evitar a superveniência de danos contra interesses coletivos de bem-estar social compõe o conteúdo de injusto das condutas que podem ser legitimamente criminalizadas com fundamento em danos por acumulação¹⁰⁷⁰. Nos crimes omissivos próprios, o caráter injusto da conduta está respaldado pelo dever moral de agir para evitar um dano individual grave e iminente, enquanto, nos crimes de acumulação, o injusto se apoia no *dever moral de agir para contribuir com a produção de um benefício coletivo ou de se abster de agir a fim de evitar um dano coletivo futuro*. Portanto, o princípio do dano fundamenta a criminalização de condutas cuja periculosidade depende da acumulação, desde que o agente, além de gerar um risco relevante de frustração de interesses públicos convergentes ou propriamente coletivos (ver capítulo 2, tópico 2.3.6, *supra*), descumpra esse dever de cooperação e viole o direito correlativo dos demais membros de determinada coletividade à colaboração dos indivíduos para a preservação das condições mínimas necessárias ao bem-estar comum.

A existência de tal *dever moral de mútua cooperação entre os cidadãos* encontra respaldo na filosofia política de cunho liberal. Como vimos ao tratar dos danos contra a coletividade, os interesses públicos convergentes e os propriamente coletivos só podem ser perseguidos exitosamente por meio do esforço cooperativo da comunidade. Contudo, como a não cooperação de alguns não impede imediatamente a persecução desses interesses, é possível o surgimento de *free riders*, isto é, de indivíduos que se beneficiam do resultado do esforço comum sem cumprir com os encargos divididos de forma equânime entre os membros

¹⁰⁶⁹ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 85-86.

¹⁰⁷⁰ HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. *Teoría del Bien Jurídico y Estructura del Delito*, p. 300; BADARÓ, Tatiana. *Bem Jurídico-Penal Supraindividual*, p. 280-281.

da coletividade. Daí que a *ideia de equidade* impõe que se reconheça a cada um daqueles que colaboram para a promoção do bem-estar comum o direito moral a que os demais beneficiários da cooperação também cumpram com a sua parte. Assim, sempre que houver um sistema de regras que impõem aos indivíduos um ônus em restrição de liberdade, o qual qualquer indivíduo racional e imparcial consideraria que vale a pena assumir em razão do benefício coletivo que a atividade cooperativa proporciona, aquele que não conforma a sua conduta a essas regras viola um dever em face daqueles que a elas se submetem¹⁰⁷¹.

Os contornos específicos desse *dever de cooperação* dependem, ao menos em parte, das normas extrapenais que regulam o *papel social* em que o agente atua na situação concreta. Afinal, “não decorre da responsabilidade compartilhada pelo dano final que o ônus da criminalização recaia igualmente sobre todos”¹⁰⁷². Por exemplo, N, que se dedica profissionalmente a uma atividade poluidora, não pode ser tratado da mesma forma que P, que só dá causa à poluição casualmente; Q, que pesca com o propósito único de subsistência, não deve estar submetido às mesmas restrições que R, que pratica a pesca esportiva. Desse modo, como os gravames associados à renúncia à conduta podem variar a depender do papel social em que o indivíduo atua, os limites do dever de cooperação também devem variar em cada contexto a fim de compensar eventuais desigualdades nos níveis de restrição da liberdade individual¹⁰⁷³.

Por certo, o *dever de cooperação* há de ser limitado por considerações a respeito do *justo compartilhamento da responsabilidade entre os indivíduos*. Esse princípio limitador – que pode ser compreendido como uma máxima de mediação aplicável aos crimes referidos a danos por acumulação – ingressa na análise estendida do dano para fazer pender a balança em desfavor da criminalização sempre que a criação da proibição penal imponha um ônus excessivo sobre pessoas que só contribuem minimamente para o dano. Do mesmo modo que máximas instrumentais como a magnitude e probabilidade do dano, tal máxima não fornece

¹⁰⁷¹ Conferir: Ver: RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Original Edition. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1971, p. 126-130; ARNESON, Richard J. Principle of Fairness and Free-Rider Problems. *Ethics*, v. 92, n. 4, 1982, p. 622-623.

¹⁰⁷² HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A.P. *Crimes, Harms and Wrongs*, p. 88. No original: “it does not follow from shared responsibility for the ultimate harm that the criminalisation burden should fall equally on all”. Ver também: HIRSCH, Andrew von. Extending the Harm Principle: “Remote” Harms und Fair Imputation, p. 271-273.

¹⁰⁷³ HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del Bien Jurídico y Estructura del Delito, p. 303; BADARÓ, Tatiana. *Bem Jurídico-Penal Supraindividual*, p. 283.

um critério definitivo para decidir sobre a criminalização, limitando-se a indicar o raciocínio que deve ser feito na aplicação do princípio do dano¹⁰⁷⁴. A máxima da *distribuição justa de responsabilidades*, por si só, nada diz sobre se determinado encargo para o cumprimento do dever de cooperação é ou não excessivo, mas é útil por identificar o ponto fulcral que deverá ser analisado pelo legislador.

5.4.2.3 Análise crítica

Conquanto haja certo consenso quanto à necessidade de recorrer a critérios de imputação justa para limitar a criminalização de danos remotos, a proposta de Hirsch/Simester é, em parte, alvo de críticas.

Na visão de Ferzan, não fica claro em Hirsch e Simester se o critério da *implicação normativa* é suficiente quando a proibição se fundamenta na possibilidade de que o próprio agente pratique a conduta por agregação. Nos casos de incitação, aconselhamento e disponibilização de objeto perigoso, a imputação é justificável porque o perigo criado pelo agente de que terceiro pratique uma conduta danosa não é mais controlável por sua própria vontade ou discernimento¹⁰⁷⁵. No entanto, certo é que condutas como a posse de apetrechos para a falsificação de moeda são criminalizadas, em primeira instância, com base no perigo de que o próprio possuidor utilize os objetos para fabricar moeda falsa e, posteriormente, introduza essas moedas em circulação. Como o agente exerce controle e domínio sobre a própria conduta por meio de sua vontade e discernimento, Ferzan observa que o argumento da implicação normativa não basta para superar a crítica de que a lei penal está tratando o agente como uma criança incapaz de se controlar, seja resistindo à tentação de praticar a conduta danosa ou desistindo de eventual intento criminoso.

¹⁰⁷⁴ HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. Einführung: Was sind Mediating principles?, p. 16-17. Ver também: SEELMANN, Kurt. Verantwortungsstreuung als Strafbegrenzung. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 145-146.

¹⁰⁷⁵ FERZAN, Kimberly Kessler. Prevention, Wrongdoing, and the Harm Principles's Breaking Point. *Ohio State Journal of Criminal Law*, v. 10, n. 2, 2013, p. 679-695. Ver também: ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler. Danger: The Ethics of Preemptive Action. *Ohio State Journal of Criminal Law*, v. 9, p. 660; ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler. Risk and Inchoate Crimes: Retribution or Prevention? *Legal Studies Research Paper Series*. University of San Diego, School of Law. Research Paper nº 11-064, sept., 2011.

A nosso ver, o argumento da autora não impõe que se reprove como moralmente ilegítima a opção do legislador por, nesse caso, antecipar a intervenção penal para alcançar estágios prévios da conduta criminosa. Em primeiro lugar, partindo-se de uma perspectiva *ex ante*, não se pode excluir de antemão o risco de que o objeto perigoso venha a ser utilizado por outras pessoas, que não o agente, para fins criminosos. Além de ter a conduta potencial, ainda que indireto, para causar danos, o seu caráter injusto estará lastreado na violação do dever que todos os indivíduos têm de não possuir nem fomentar objetos cujo uso padrão é ilícito. Se a probabilidade e a magnitude do dano não são triviais e a conduta não é provida de valor pessoal ou social, a criminalização se mostrará compatível com o princípio do dano complementado pelas máximas de mediação.

Já Hörnle contesta a posição de Hirsch e Simester ao defenderem que o critério de imputação justa da implicação normativa exclui a possibilidade de responsabilizar o agente pelo perigo de dano por imitação, quando ausente prévia incitação ou encorajamento¹⁰⁷⁶. Para a autora, o conhecimento da *alta* probabilidade de ocorrência de dano por imitação pode ser suficiente para atender ao critério da implicação normativa. É o caso do agente que produz ou disponibiliza ao público jogos de videogame extremamente violentos, conhecendo os estudos empíricos que atribuem a esses jogos o aumento da incidência de comportamentos violentos entre os consumidores mais jovens, ainda que maiores de idade. Segundo a autora, o exemplo do jovem adulto que mata outra pessoa inspirado em um jogo de videogame de violência extrema se diferencia daquele, citado por Hirsch e Simester, em que uma pessoa comete um homicídio inspirado no livro *Crime e Castigo* de Dostoiévsky¹⁰⁷⁷. Isso porque o criador do jogo de videogame, distintamente do autor de livro de ficção, possui um *conhecimento qualificado* a respeito do risco de dano. Afinal, há uma diferença substancial entre o jogo de videogame e o livro de ficção no que diz respeito à frequência de exposição ao “mau exemplo” e à intensidade emocional da experiência, o que impede que se fale em alta probabilidade de imitação no segundo caso. Posteriormente, Hirsch e Simester vêm a acatar a

¹⁰⁷⁶ HÖRNLE, Tatjana. Theories of Criminalization. *Criminal Law and Philosophy*, v. 10, n. 2, 2016, p. 307.

¹⁰⁷⁷ HÖRNLE, Tatjana. Theories of Criminalization, p. 307.

crítica da autora alemã, reconhecendo que a implicação normativa pode sim estar presente em casos de danos por imitação, ainda que não haja incitação ou aconselhamento¹⁰⁷⁸.

Cornford sustenta que o problema dos danos remotos não está corretamente exposto em Hirsch e Simester¹⁰⁷⁹. O autor observa que a existência de um nexó empírico e moral entre a conduta individual e o dano indireto, decorrente do fato de a conduta contribuir para a ocorrência futura do dano, impede que se fale em mera responsabilização pelas escolhas autônomas alheias. Por certo, a intervenção de terceiro é apenas mais um elo na cadeia causal-normativa e não é capaz de neutralizar esse vínculo, sendo que inexistente uma permissão moral geral de contribuir com as condutas potencialmente danosas de outras pessoas. Apesar disso, o autor admite que, em regra, *não há como atribuir o mesmo peso moral às consequências danosas diretas e indiretas das condutas humanas*. De uma parte, temos mais controle sobre o que fazemos do que sobre o que outras pessoas fazem, inclusive porque nossa capacidade de prever as consequências das condutas alheias é menor, e, de outra, os custos de controlar as consequências de condutas alheias são maiores¹⁰⁸⁰. Por isso, Cornford reconhece que, geralmente, há boas razões para que a intervenção independente de terceiros na cadeia causal que conduz ao dano mitigue a responsabilidade que temos, *prima facie*, pelas consequências remotas de nossas condutas.

Contudo, para o autor, a criminalização baseada em danos remotos não demanda atenção por criar a necessidade de indicar motivos especiais para atribuir a responsabilidade moral pelo risco de dano indireto e sim porque tende a alcançar condutas socialmente valiosas¹⁰⁸¹. Por conseguinte, a solução para os problemas daí advindos não seria dada por critérios de imputação justa como a implicação normativa – os quais transferem do legislador para o juiz a decisão final – e sim pela identificação de contextos em que a criminalização de danos remotos não impõe *ônus indevidos sobre atividades socialmente valiosas*. Para ilustrar esse ponto, Cornford compara dois contextos: *exploração sexual e tráfico de drogas*¹⁰⁸². Segundo o autor, a criminalização baseada em danos remotos não impõe um ônus indevido sobre a liberdade individual quando, a fim de prevenir que pessoas em condição de

¹⁰⁷⁸ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A.P. On the Legitimate Objectives of Criminalisation. *Criminal Law and Philosophy*, v. 10, n. 2, 2016, p. 370.

¹⁰⁷⁹ CORNFORD, Andrew. Indirect Crimes, p. 492-494.

¹⁰⁸⁰ CORNFORD, Andrew. Indirect Crimes, p. 495-496.

¹⁰⁸¹ CORNFORD, Andrew. Indirect Crimes, p. 505.

¹⁰⁸² CORNFORD, Andrew. Indirect Crimes, p. 507-511.

vulnerabilidade, sobretudo mulheres, sejam coagidas e submetidas à exploração sexual, alcança a conduta daquele que utiliza ou solicita os serviços de uma prostituta. No caso do fornecimento de drogas, por outro lado, a restrição da liberdade é considerada indevida, uma vez que o dano indireto em questão se reduz a autolesões ou a danos socialmente difusos que não estão claramente definidos. Com efeito, o autor está correto em apontar que o ônus imposto pela criminalização sobre condutas socialmente valiosas é um fator a ser considerado pelo legislador penal. Entretanto, a sua defesa de uma proibição absoluta da utilização e solicitação de serviços de prostituição é incompatível com o espírito do *harm principle*, tendo em vista que, ao menosprezar os efeitos colaterais da proibição para a autonomia da pessoa que exerce a prostituição, cede ao paternalismo penal rígido indireto (conferir capítulo 6, tópico 6.2.4.1.6, *infra*).

Para Dempsey, a análise estendida do dano formulada por Hirsch e Simester, e baseada em Feinberg, permite a criminalização da *solicitação ou utilização de serviços de prostituição*. A autora argumenta que a conduta do cliente é, em si mesma, perigosa para o bem-estar da prostituta, uma vez que ele pratica com ela ato sexual mesmo não tendo certeza da validade do consentimento¹⁰⁸³. A existência de evidências empíricas a demonstrar que, em um número considerável de casos, as mulheres são submetidas à exploração sexual por cafetões, mediante coação, faria desse um comportamento de risco, mormente por ser inacessível ao cliente o conhecimento seguro a respeito da validade do consentimento. Segundo a autora, a gravidade e a probabilidade do dano, a carência de valor social da conduta do cliente e o baixo grau de intrusão em sua liberdade justificam a criminalização da conduta do cliente da prostituta¹⁰⁸⁴. Além disso, o critério de imputação justa também estaria satisfeito por duas razões: 1) o cliente pratica a conduta que consuma o dano (ou seja, o ato sexual) e, por isso, ocupa uma posição especial em relação a ele, tendo, inclusive, a capacidade de evitar a sua ocorrência e 2) o cliente gera a demanda que impulsiona e sustenta a coação de mulheres para fins de exploração sexual¹⁰⁸⁵.

Na perspectiva trazida pela autora, o comportamento do cliente geraria um perigo de dano direto e não apenas indireto, na medida em que realizaria o dano ativado pela coação

¹⁰⁸³ DEMPSEY, M. Madden. Rethinking Wolfenden: Prostitute-Use, Criminal Law, and Remote Harm. *Criminal Law Review*, junho, 2005, p. 444 e ss.

¹⁰⁸⁴ DEMPSEY, M. Madden. Rethinking Wolfenden, p. 451-452.

¹⁰⁸⁵ DEMPSEY, M. Madden. Rethinking Wolfenden, p.452-454.

infligida, anteriormente, por terceiro. Por outro lado, autores como Cornford afirmam que a conduta em questão é apenas remotamente perigosa, porquanto produziria a demanda por uma atividade que causa dano direto, isto é, incentivaria atos de coação contra mulheres a fim de obrigá-las ao comércio sexual¹⁰⁸⁶. Daí que, como já sustentado por Dempsey, o tipo de *implicação normativa* presente nessa hipótese seria o mesmo verificado nos casos de consumo de pornografia infantil e de receptação de coisa proveniente de crime. No entanto, a posição de ambos os autores é contestável porque, diferentemente da posse de pornografia infantil e da receptação, nem toda prostituição adulta é resultado de uma atividade em si mesma danosa¹⁰⁸⁷. Como a própria Dempsey reconhece, a prática da prostituição pode sim, ao menos em tese, ser precedida por consentimento genuíno¹⁰⁸⁸. Ademais, ao aplicar a análise padrão do dano à conduta em questão, a autora também exclui do cálculo o fato de que a proibição acaba por restringir, indiretamente, a liberdade da mulher que exerce a prostituição.

Baker propõe que a justa imputação de danos remotos observe um *procedimento trifásico*. Na primeira fase, verifica-se a existência de evidências empíricas que demonstrem o vínculo causal entre a conduta e o dano remoto. A segunda fase se destina a questionar a presença, para além do nexos causal-empírico, da implicação normativa. Por fim, na terceira fase, a necessidade urgente de prevenir um dano extraordinariamente grave, cuja ocorrência é virtualmente certa, pode elidir a exigência de implicação normativa¹⁰⁸⁹. Diferentemente de Hirsch e Simester, o autor entende que a implicação normativa só está presente quando há intenção de levar outras pessoas a praticar condutas diretamente danosas¹⁰⁹⁰. No entanto, ao citar o exemplo do vendedor de bazuca e outros objetos cujo *telos* é causar danos a outras pessoas, fica claro que o autor utiliza uma compreensão normatizada e não físico-psicológica de intenção, no sentido de que aquele que disponibiliza objetos intrinsecamente danosos está, com a sua conduta, *subscrevendo* a conduta danosa alheia. Logo, na prática, não se visualiza uma diferença considerável entre a sua proposta e a de Hirsch/Simester. Observa-se que, assim como Baker, Hirsch admitia a possibilidade de afastar os critérios de imputação,

¹⁰⁸⁶ CORNFORD, Andrew. Indirect Crimes, p. 507-509.

¹⁰⁸⁷ BAKER, Dennis J. The Moral Limits of Criminalizing Remote Harms, p. 387-388.

¹⁰⁸⁸ DEMPSEY, M. Madden. Rethinking Wolfenden, p. 449. Em sentido contrário: MACKINNON, Catharine. Prostitution and Civil Rights. *Michigan Journal of Gender and Law*, v. 1, n. 1, 1993, p. 27-29.

¹⁰⁸⁹ BAKER, Dennis J. The Moral Limits of Criminalizing Remote Harms, p. 376.

¹⁰⁹⁰ BAKER, Dennis J. The Moral Limits of Criminalizing Remote Harms, p. 386: “Remote harm liability for influencing others to commit crimes ought to, by and large, be limited to those situations where purpose is present.”

excepcionalmente, desde que o dano potencial seja extraordinariamente grave, provável e generalizado, havendo urgência em preveni-lo¹⁰⁹¹. Todavia, essa exceção deve ser criticada por produzir justamente o efeito que a análise estendida do dano visava a evitar, ou seja, por permitir que a magnitude do dano remoto seja usada como pretexto para restringir, excessivamente, o âmbito da autonomia pessoal. Tal exceção se mostra perigosa ao oferecer carta branca ao legislador para editar normas proibitivas que infrinjam, desnecessariamente, liberdades individuais¹⁰⁹².

Quanto aos danos por acumulação, nota-se que a violação ao dever de cooperação não constitui propriamente um critério de imputação justa, mas apenas explicita o conteúdo de injusto desse tipo de conduta remotamente perigosa. Com efeito, o dano por acumulação é resultado da confluência entre condutas que estão no mesmo patamar em relação ao dano, diferentemente do dano por agregação, em que há uma diferença qualitativa considerável entre a conduta precedente e a conduta subsequente. Por isso, os critérios especiais de imputação justa se fazem necessários no primeiro e dispensáveis no segundo caso. A despeito disso, *a máxima de mediação de caráter normativo da justa distribuição da responsabilidade delimita o alcance dos deveres de cooperação* que fundamentam o caráter de injusto da conduta nos crimes referidos a danos por acumulação.

5.4.3 Conclusão intermediária

Uma teoria da criminalização que se propõe a limitar a proibição penal de condutas individuais com base na possibilidade de que elas contribuam para atos posteriores próprios ou de terceiros autônomos e responsáveis, os quais, por si, causam diretamente o dano ou perigo de dano, não pode abrir mão dos critérios de imputação justa. De fato, nada impede que sejam postulados outros critérios para além do requisito da *implicação normativa* proposto por Hirsch e Simester. Porém, considerando a variedade de contextos em que se

¹⁰⁹¹ HIRSCH, Andrew von. Extending the Harm Principle: “Remote” Harms und Fair Imputation, p. 271: “Such a measure might still be defended, however, on grounds that the potential injuriousness is so grave and widespread as to trump ordinary concerns about imputability. The argument would be a Dworkinian-style one: that the constraints of justice (in this situation, the fair-imputation constraints) may be overridden in exceptional situations where the countervailing concerns about preventing are of extraordinary urgency. This argument depends, however, on the demonstrating a high likelihood of extraordinarily grave and pervasive harm – sufficient to overcome the normally-applicable fairness constraints”.

¹⁰⁹² WALLERSTEIN, Shlomit. Criminalising Remote Harm and the Case of Anti-Democratic Activity, p. 2731.

pode pretender proibir condutas com base no perigo de dano por agregação, seria impossível oferecer, nesta seara, um inventário completo de todos esses critérios.

Pela discussão acima, percebe-se que os limites à criminalização de danos remotos são delineados, em primeiro lugar, não pelas máximas de mediação e sim pela exigência de que a conduta proibida constitua um *injusto*. Logo, o principal filtro quando se trata de criminalizar danos remotos é o especial conteúdo de injusto da conduta proibida, tendo em vista que, diferentemente do que ocorre com a grande maioria das condutas com potencial de causar danos diretos, justificar a não permissibilidade de condutas remotamente danosas demanda maior esforço argumentativo. Nesse quadro, os critérios de justa imputação, assim como a máxima *volenti* e o núcleo duro inviolável e imponderável dos direitos fundamentais, participam da fundamentação desse conteúdo de injusto moral, funcionando como *limites internos ao requisito da injustiça*¹⁰⁹³.

Com efeito, a análise padrão do dano coloca demasiada ênfase na prevenção de danos e esquece que a liberdade só pode ser restringida por meio da proibição de condutas injustas¹⁰⁹⁴. A definição desse conteúdo mínimo de injusto exige que se tenha em conta os direitos e deveres que circundam as condutas que a proibição tem por alvo. Daí que a parte final deste capítulo se dedicará a reformular o conceito de injusto em Feinberg e a esclarecer o seu conteúdo específico nos casos em que a proibição se fundamenta em danos remotos.

5.5 O requisito da injustiça (*wrongfulness constraint*)

¹⁰⁹³ HIRSCH, Andrew von. Toleranz als Mediating principle. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *Mediating Principles*. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 97-98. Assim, a rigor, os critérios de imputação justa não são exatamente máximas de mediação, mas compõem a *wrongfulness constraint* no caso de danos remotos. Cf. HIRSCH, Andreas von. Harm and Wrongdoing in Criminalisation Theory. *Criminal Law and Philosophy*, v. 8, n. 1, 2014, p. 251: “Consider, first, situations where long term harm is said to provide the prima facie basis for criminalisation. A wrongfulness requirement then can help to limit the scope of such prohibitions. His conduct must not just contribute causally to the eventual harm, but must involve wrongdoing in itself that is linked to those ultimate harmful consequences. In the case of remote harm involving intervening actors, for example, there must be ‘normative involvement’ on the initial actor’s part. His present conduct, that is, must be of a character that implicitly affirms or underwrites the eventual injurious behaviour. Without such wrongdoing on the initial actor’s part, it would not suffice merely that he had intended or should have anticipated that the eventual consequences would occur. Such imputation requirements would restrict the scope of remote-harm liability considerably.”

¹⁰⁹⁴ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 784.

Os indivíduos possuem, em face do Estado, um *direito moral a não ser injustamente censurados como criminosos*, o qual é violado quando alguém é condenado criminalmente e punido sem ter praticado um injusto (*wrong*)¹⁰⁹⁵. Essa é a ideia que informa o *requisito da injustiça (wrongfulness constraint)*¹⁰⁹⁶, critério normativo limitador da criminalização sustentado quase que unanimemente pelos teóricos contemporâneos do direito penal anglo-americano¹⁰⁹⁷. De forma geral, esse critério se baseia na premissa, extraída da *teoria retributivista da pena*, de que o Estado só pode condenar e punir indivíduos que agiram de forma moralmente errada, não sendo permissível ameaçar com um mal aquele que nada fez para merecê-lo.

Nessa linha, o requisito de que a conduta criminosa constitua um injusto é deduzido, por Hirsch e Simester, da distinta *voz moral* atribuída ao direito penal: *dizer que uma conduta é criminosa expressa um especial juízo de censura que só deve recair sobre um injusto*¹⁰⁹⁸. Para Hirsch, defensor de uma teoria híbrida da pena, o caráter injusto da conduta legítima eticamente a pena, uma vez que o agente, em razão de sua autonomia moral, é capaz de compreender a mensagem comunicativa que a norma transmite a respeito da injustiça da

¹⁰⁹⁵ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 4; HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A.P. *Crimes, Harms and Wrongs*, p. 20.

¹⁰⁹⁶ A respeito de nossa opção por traduzir *wrong* como injusto e não, como fazem alguns autores hispânicos, como ilícito material, conferir a nota de rodapé nº 363. Também nos referiremos a *wrongfulness* como *incorrecção moral*. Da mesma forma: SOLAVAGIONE, Lucía. La Incorrección Moral como Presupuesto de Legitimidad de la Criminalización. *En letra: derecho Penal*, año V, número 8, 2019, p. 117-153.

¹⁰⁹⁷ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 105 e ss.; HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A.P. *Crimes, Harms and Wrongs*, Part I; HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización*, p. 157 e ss; MOORE, Michael. Placing Blame, ch. 17 e 18; ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler. Crime and Culpability, p. 246; DUFF, R. A. *Answering for Crime*, ch. 4. Algumas raras ressalvas à *wrongfulness constraint* em: TADROS, Victor. Wrongness and Criminalization. In: MARMOR, Andrei (ed.). *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. New York: Routledge, 2012, p. 167-172; CORNFORD, Andrew. Rethinking the Wrongness Constraint on Criminalisation. *Law and Philosophy*, v. 36, n. 6, 2017, p. 615-649. Como já visto no contexto dos crimes *mala prohibita* (capítulo 4, tópico 4.2.4, *supra*), autores como Cornford entendem que, embora haja uma presunção em desfavor da criminalização de condutas que não sejam, em si mesmas, injustas, essa presunção pode ser excepcionalmente elidida por boas razões.

¹⁰⁹⁸ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A.P. *Crimes, Harms and Wrongs*, p. 10-11. O termo *função expressiva da pena* teria sido cunhado pelo próprio Feinberg. A teoria feinberguiana da pena se aproxima de concepções clássicas como a de Hart, mas acrescentando a ideia de que a pena criminal se diferencia de outras penalidades por, principalmente em razão de seu simbolismo convencional, expressar ressentimento, desaprovação, condenação e reprovação. Conferir: FEINBERG, Joel. The Expressive Function of Punishment. In: FEINBERG, Joel. *Doing and Deserving*. Essays in the Theory of Responsibility. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1970, p. 95-118. Para uma análise geral sobre a teoria feinberguiana da pena: BEDAU, Hugo Adam. Feinberg's Liberal Theory of Punishment. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 5, n. 1, abril, 2001, p. 103-144.

conduta e, com isso, ser racionalmente motivado a não praticá-la¹⁰⁹⁹. Portanto, a motivação racional é obtida não apenas por meio da ameaça da inflição de uma punição, mas também em razão da capacidade de o agente “valorar moralmente seu comportamento a partir da mensagem normativa”¹¹⁰⁰, isto é, de entender que a conduta é errada.

Além disso, constranger ou tentar constranger alguém, mediante ameaça de mal, a não praticar uma conduta moralmente permissível constitui uma forma de *coerção ilegítima* e, portanto, viola o direito individual à liberdade. Esse é o principal argumento em favor da *wrongfulness constraint*¹¹⁰¹. Afinal, as pessoas têm o direito a serem tratadas de forma digna pelo Estado e a terem respeitada a sua autodeterminação, sendo que esse direito é, em princípio, violado por medidas coercitivas que restringem as suas opções de ação e interferem na persecução dos projetos de vida que cada indivíduo elegeu para si¹¹⁰². O fato de que algumas dessas opções podem prejudicar o bem-estar de outras pessoas é apenas parte da fundamentação necessária para legitimar o uso da coerção. Essa fundamentação só será completa quando se considerar também a forma pela qual o dano ou perigo de dano foi produzido, isto é, o desvalor moral da conduta perigosa ou danosa. Isso porque um Estado

¹⁰⁹⁹ HIRSCH, Andrew von. *Censure and Sanctions*. Oxford: Oxford University Press, 1993, p. 11. Hirsch é um dos expoentes do ressurgimento do retributivismo no direito anglo-americano. Apesar disso, a sua teoria da pena, assim como a de Feinberg, é classificada como híbrida por combinar elementos retributivistas e utilitaristas, já que o autor entende que a pena possui *ex ante* a função de prevenção geral e *ex post* a de expressar censura em relação à conduta do agente. Crítico à ideia de merecimento de pena (*desert*) e defensor da prevenção (*deterrence*), Tadros contesta a visão de que, como só se pode reprovar quem comete um injusto, também só se pode punir quem age injustamente, alegando que aquele que não comete um injusto pode sim ser punido a fim de evitar que outros cometam injustiças: TADROS, Victor. *Wrongness and Criminalization*, p. 172.

¹¹⁰⁰ TEIXEIRA, Adriano. As Teorias Retributivas no Pensamento Anglo-Americano Contemporâneo. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, v. 4, 2019, p. 50.

¹¹⁰¹ São três os argumentos identificados por Cornford: o *argumento da comunicação*, o *argumento da coerção* e o *argumento da facilitação*. Os dois primeiros correspondem, respectivamente, aos argumentos aqui expostos, enquanto o terceiro se fundamenta na visão de que é o injusto que torna permissível a condenação e a punição do infrator (CORNFORD, Andrew. *Rethinking the Wrongness Constraint on Criminalisation*, p. 622-633). Na visão de Seher, o argumento da comunicação é o principal argumento na obra de Hirsch/Simester e o da coerção é o principal em Feinberg (SEHER, Gerhard. *Comment on Andreas von Hirsch: The Roles of Harm and Wrongdoing in Criminalisation Theory. Criminal Law and Philosophy*, v. 8, n. 1, 2014, p. 4).

¹¹⁰² SIMESTER, A. P. Enforcing Morality. In: MARMOR, Andrei (ed.). *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. New York: Routledge, 2012, p. 491-492: “People have a right to be treated as self-determining creatures. This is a right of respect, or human dignity. And it is violated by coercive measures, which attack D’s right to choose whenever they make intervention contingent on the choice being a good one. Self-determination is backed by welfare interests. We have noted that coercion reduces options. But it also interferes with the process by which they are self-chosen. Well-being depends not only upon the successful pursuit of the goals that make one’s life worthwhile; it depends additionally upon those goals’ being one’s own. When choices, even valuable choices, are imposed rather than self-determined, their imposition undermines the individual’s ability to shape and direct her own life, a life framed by loyalty to and engagement with her own commitments.”

liberal deve endereçar suas normas aos seus cidadãos na condição de agentes morais (= capazes de deliberação moral) e a causação de um dano ou criação de um perigo de dano só podem expressar a autonomia moral desses cidadãos se envolver um conteúdo de injustiça¹¹⁰³.

Ocorre que, por si só, a exigência de que a conduta proibida constitua um injusto não nos diz o que torna uma conduta injusta aos olhos do direito penal. O conceito de injustiça (*wrongfulness*) é utilizado, por vezes, como sinônimo de *imoralidade pura e simples* (ver capítulo 6, tópico 6.3, *infra*), de modo que o elemento de injusto se relacionaria ao próprio caráter imoral, e não apenas danoso, da conduta proibida. Nessa linha, décadas antes da obra de Feinberg, Packer estabeleceu a imoralidade da conduta como um pré-requisito para a sua criminalização, conquanto partindo de perspectiva estritamente utilitarista¹¹⁰⁴. Realmente, a conduta injusta é avaliada como moralmente incorreta pela moralidade crítica, e, geralmente, também pela moralidade positiva, mas a discussão sobre os crimes *mala prohibita* demonstra que a conduta injusta não precisa ser imoral prévia e independente da lei. Ademais, nem toda conduta imoral constitui um injusto no sentido específico do princípio do dano (ou dos demais princípios aqui endossados), pois esse princípio da criminalização só se interessa por injustiças contra outras pessoas, não lidando com meras violações de valores objetivos que não configuram violações a direitos alheios, o que Feinberg denomina de *males flutuantes* (os quais, como se verá adiante, são objeto de interesse do moralismo penal).

Conforme visto anteriormente, Feinberg entende que uma conduta humana só configura um injusto quando estão presentes três condições: 1) dolo ou culpa; 2) a conduta é moralmente indefensável e repreensível, isto é, nem justificável nem exculpável e 3) a conduta viola direitos morais alheios¹¹⁰⁵ (ver capítulo 2, tópico 2.2.3, e figura 4, *supra*). A violação de direitos morais é excluída na ausência de conduta humana (se o dano for causado, por exemplo, por desastre natural), quando a vítima consente validamente no dano e quando a proibição da conduta causa mais dano do que previne. Como já dito, o conceito de injusto em Feinberg está sujeito a uma série de críticas, havendo discordância quanto à inclusão na

¹¹⁰³ DIMOCK, Susan. Contractarian Criminal Law Theory and *Mala Prohibita* Offences. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor (eds.). *Criminalization: The Political Morality of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 156.

¹¹⁰⁴ PACKER, Herbert L. *The Limits of the Criminal Sanction*. Stanford: Stanford University Press, 1968; DWORKIN, Roger. The Limits of the Criminal Sanction, by Herbert L. Packer. *Indiana Law Journal*, v. 44, n. 3, 1969, p. 494.

¹¹⁰⁵ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 105-106.

definição de *wrong* dos elementos da responsabilidade subjetiva¹¹⁰⁶ e da exigência de que a conduta seja inescusável¹¹⁰⁷. De fato, além de se manter separado do conceito de dano, o injusto não deve ser confundido com dolo, culpa ou culpabilidade.

Quanto à definição de violação de direitos morais, vimos que os direitos morais são reivindicações válidas de não interferência ou de assistência dirigidas contra outra pessoa. O que fornece força a uma reivindicação é o conjunto de razões que podem suportá-la, sendo que, com exceção dos interesses sádicos e mórbidos, qualquer interesse pode constituir uma boa razão apta a suportar essa reivindicação. A reivindicação se torna válida – e, portanto, constitui um direito – quando o seu suporte racional não é apenas convincente, mas decisivo. Contudo, como praticamente qualquer interesse pode fundamentar um direito moral, o conceito feibergruiano de injusto se torna totalmente dependente da ponderação de interesses conflitantes¹¹⁰⁸. Assim, a indicação de máximas de mediação emerge como um ponto central da defesa do *harm principle* na teoria de Feinberg, pois são essas máximas que definem, em última instância, se a conduta constitui ou não um injusto. Como resultado, os direitos perdem o caráter de trunfos não instrumentais, só se afirmando a ocorrência de violação a um direito moral depois de hierarquizados todos os interesses pertinentes (da vítima, do agente e dos demais membros da coletividade) e balanceados os ganhos e perdas em liberdade decorrentes da proibição penal. Daí que, com essa configuração, o princípio do dano se mostra incapaz de fornecer um limite deontológico e não apenas consequencialista à criminalização.

5.5.1 Reconstruindo o conceito de injusto (*wrong*)

Dizer que uma conduta é injusta significa reconhecer que existe alguma *boa razão determinante* para não praticá-la¹¹⁰⁹. Diferentemente da linha seguida por Feinberg, é possível dizer que o injusto é uma questão de *balanceamento de razões e não de interesses*, sendo que algumas classes de razões funcionam como *trunfos não instrumentais*. Assim, a conduta é

¹¹⁰⁶ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A.P. *Crimes, Harms and Wrongs*, p. 71-72.

¹¹⁰⁷ HÖRNLE, Tatjana. Offensive Behavior and German Penal Law. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 5, n. 1, 2001, p. 264.

¹¹⁰⁸ Não obstante o requisito da injustiça seja quase uma unanimidade, é difícil encontrar, na teoria penal anglo-americana, um conceito de *wrongfulness* que não seja meramente formal ou casuístico. Conforme observa Ferzan, a obra de Hirsch/Simester sofre desse mesmo mal: FERZAN, Kimberly Kessler. Prevention, Wrongdoing, and the Harm Principles's Breaking Point, p. 684-685.

¹¹⁰⁹ SIMESTER, A. P. Enforcing Morality, p. 484.

injusta se as razões normativas para praticá-la forem superadas ou derrotadas pelas razões normativas para não praticá-la. Essas razões podem ser de diferentes tipos. Os poderes e faculdades legais das pessoas, por exemplo, fundamentam razões para praticar ou não determinadas condutas.

Em todo o caso, como o conceito de injusto é primariamente deontológico, só podem ser criminalizadas condutas que, por alguma *razão deontológica e não estritamente consequencialista*, são consideradas injustas. As consequências da conduta ou outras considerações de política-criminal não bastam para fundamentar o juízo de injustiça, exigindo-se a *contradição intrínseca da conduta com uma norma moral autônoma*¹¹¹⁰. Ademais, as razões que determinam o caráter injusto da conduta são *razões morais e não necessariamente jurídicas*, sendo *valoradas como boas pela perspectiva da moralidade crítica* e não meramente positiva. Portanto, o importante não é que a norma moral violada esteja vigente em determinada comunidade e expresse as convicções autênticas dos seus membros, mas que ela possa ser sustentada como válida por meio de uma argumentação racional¹¹¹¹.

Além de deontológicas e morais, Bois-Pedain afirma que as razões determinantes para afirmar o caráter injusto de uma conduta devem ser *other-regarding reasons*, ou seja, razões referidas a outras pessoas que não o agente¹¹¹². Com isso, a autora exclui do rol de razões para não praticar a conduta aquelas que, da perspectiva do agente, não dizem respeito a outros indivíduos, como o fato de a conduta ser estúpida, irrefletida ou egoísta¹¹¹³. As razões são *other-regarding* quando reconhecem que direitos, interesses ou o *status* de terceiros também está em jogo e são essas as razões decisivas para explicar o que torna uma conduta

¹¹¹⁰ GREEN, Stuart P. *Lying, Cheating, and Stealing. A Moral Theory of White-Collar Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 39.

¹¹¹¹ Anteriormente neste trabalho, já acompanhamos a adesão de Feinberg à moralidade crítica e não meramente positiva (capítulo 2, tópico 2.2.3, *supra*). Fundamentando o conceito de incorreção moral na moral positiva e não crítica: BARBERÁ, Gabriel Pérez. El Ilícito Material del Delito Tributario. En torno a la legitimidad de la criminalización de incumplimientos fiscales. In: ROBIGLIO, Carolina (dir.). *Institutos de Derecho Penal Tributario*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2017, p. 74; SOLAVAGIONE, Lucía. La Incorrección Moral como Presupuesto de Legitimidad de la Criminalización, p. 125. Aplicando uma análise de moral positiva complementada pela de moral crítica: VERDE, Alejandra. Receptación, no Encubrimiento, p. 125.

¹¹¹² BOIS-PEDAIN, Antje. The Wrongfulness Constraint in Criminalisation. *Criminal Law and Philosophy*, v. 8, n. 1, 2013, p. 3.

¹¹¹³ BOIS-PEDAIN, Antje. The Wrongfulness Constraint in Criminalisation, p. 10.

injusta¹¹¹⁴. Daí que, para a autora, existem *other-regarding reasons* que não dizem respeito aos direitos legais de outras pessoas, pois é possível tratar alguém de forma injusta – por exemplo, falhando em reconhecê-lo como igual em dignidade ao negar-lhe respeito e consideração – sem violar seus direitos legais¹¹¹⁵. Essa restrição das razões relevantes para não praticar a conduta tem a vantagem de “preservar o espaço para o pluralismo moral, evitando o compromisso com uma concepção particular de moralidade”, bem como respeitando a igual liberdade dos indivíduos ao estabelecer que o Estado não tem legitimidade para julgar determinadas razões¹¹¹⁶.

Com efeito, há certos juízos de devalor moral que não compete ao Estado emitir e, por conseguinte, existem injustiças morais das quais o poder punitivo estatal não deve, sequer em princípio, se ocupar. Essa visão é uma decorrência da *exigência de que o Estado se mantenha neutro em relação às diferentes concepções de vida boa*. Isso significa que o Estado não pode se comprometer com nenhuma doutrina religiosa em particular, mas também não pode endossar ideários liberais que compreendam julgamentos específicos sobre o que é bom ou valioso para os indivíduos, os quais estão sujeitos a desacordos morais razoáveis¹¹¹⁷. Assim, por exemplo, o Estado não está autorizado a abraçar o perfeccionismo moral (*vide* capítulo 6, tópico 6.3.1.1, *infra*) de forma a entender por injusto – no sentido público ou político e não apenas moral – a não realização de todo “o potencial que os seres humanos

¹¹¹⁴ BOIS-PEDAIN, Antje. The Wrongfulness Constraint in Criminalisation, p. 11-12.

¹¹¹⁵ BOIS-PEDAIN, Antje. The Wrongfulness Constraint in Criminalisation, p. 15.

¹¹¹⁶ BOIS-PEDAIN, Antje. The Wrongfulness Constraint in Criminalisation, p. 3. No original: “This preserves the space for moral pluralism by avoiding a commitment to one particular conception of morality. It also respects equal personal freedom by recognizing, in respect of any substantive morality, that some reasons (those which are not other-regarding on this account) are not reasons that give the polity any legitimate stake.” De forma crítica à restrição das razões àquelas que se referem a outras pessoas, a posição de Edwards e Simester: “(...) why is it that my self-regarding and free-floating reasons not to ϕ are not also good reasons for the state to take steps to get me not to ϕ ? If they are, why is it not sometimes permissible for the state to regulate that which is bare wrongful but not other-regarding? (...) we see no reason to think that the state can never legitimately regulate conduct which is bare wrongful but not other-regarding.” (EDWARDS, J. R.; SIMESTER, A. P. Wrongfulness and Prohibitions. *Criminal Law and Philosophy*, v. 8, n. 1, 2014, p. 184). Nossa resposta ao questionamento dos autores é que, nesta seara, estamos preocupados em construir um conceito de injusto para fins de aplicação de princípios da criminalização compatíveis com uma visão específica sobre o liberalismo político. As razões referidas à própria pessoa e as razões que não se referem a ninguém (isto é, “flutuantes”) fundamentam o caráter injusto da conduta no âmbito de aplicação do paternalismo penal e do moralismo penal, respectivamente, como se verá melhor na sequência (capítulo 6, tópicos 6.2 e 6.3, *infra*).

¹¹¹⁷ TADROS, Victor. Wrongness and Criminalization, p. 162-163. Segundo Tadros, perspectivas liberais como as de Mill e Kant carecem dessa neutralidade. Por outro lado, essa preocupação com neutralidade está presente no pensamento de liberais como Ronald Dworkin e Rawls.

detêm em virtude de suas capacidades especiais”¹¹¹⁸.

A nosso ver, o rol de razões que fundamentam o caráter injusto da conduta é ainda mais restrito do que o conjunto de razões referidas às outras pessoas. Conforme observa Hörnle, o termo *wrong* pode ser empregado com conotação moral ou político-legal¹¹¹⁹. É nesse segundo sentido que deve ser utilizado pelos princípios da criminalização, uma vez que, *tendo em vista o monopólio estatal da violência, justificar a censura penal é diferente de justificar a censura moral pela sociedade civil*¹¹²⁰. A conotação político-legal, por sua vez, pode ser desenvolvida de forma dependente do direito positivo ou, no sentido que aqui nos interessa, no contexto da filosofia política¹¹²¹. Diante disso, entendemos que as razões que tornam uma conduta injusta devem possuir *caráter político e não meramente moral*, o que significa que elas devem ser do tipo que interessa à *pólis*, notadamente à função estatal de garantir a coexistência livre e pacífica¹¹²². Portanto, ao juízo de injustiça só interessam as razões para não praticar a conduta que se pode exigir que o indivíduo leve em conta na condição de membro de determinada comunidade política.

Assim como as razões referidas ao próprio agente (p. ex., o dever em face de si mesmo que, em Kant, fundamenta o juízo de desvalor moral do suicídio), também devem ser excluídas aquelas que, embora referidas a outras pessoas, não dizem respeito à comunidade política (p. ex., a infidelidade marital que fundamenta o caráter de injusto moral do adultério). Devem, ainda, ser afastadas as razões que não se referem a ninguém ou, no máximo, somente à visão de mundo de determinada comunidade moral em particular (p. ex, a violação de um tabu cultural que fundamenta o juízo de reprovação social do incesto). As razões *other-*

¹¹¹⁸ TADROS, Victor. *Wrongness and Criminalization*, p. 163. No original: “For example, it may be wrong not to attempt to realize the potential that human beings have in virtue of their special capacities. This is true on some versions of moral perfectionism. But this is not something that the state, through its institutions, can assert in virtue of the demand that the state must not endorse a particular conception of the good that others may reasonably reject.”

¹¹¹⁹ HÖRNLE, Tatjana. *Theories of Criminalization*, p. 303.

¹¹²⁰ HÖRNLE, Tatjana. “Rights of Others” in *Criminalisation Theory*. In: SIMESTER, AP; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid. *Liberal Criminal Theory*. Essays for Andreas von Hirsch. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014, p. 180.

¹¹²¹ HÖRNLE, Tatjana. *Theories of Criminalization*, p. 304.

¹¹²² O conceito de injusto aqui defendido se aproxima sem se confundir com a de *public wrong* em Duff: “We should interpret a ‘public’ wrong, not as a wrong that injures the public, but as one that properly concerns the public, ie the polity as a whole” (DUFF, R. A. *Answering for Crime*, p. 141). Ressalta-se, no entanto, que Duff não está preocupado, como nós, em elaborar um conceito de *wrong* para fins de aplicação de determinados princípios da criminalização, como o *harm principle*, e sim um conceito geral. Sobre o princípio do injusto público em Duff, conferir o capítulo 6, tópico 6.3.2.2, *infra*.

regarding de caráter político se baseiam nos *direitos não meramente morais reconhecidos às pessoas e em nossos deveres perante a coletividade e demais concidadãos, atribuídos em razão do contrato social*. Logo, para nós, a existência de um injusto depende da violação de direitos e deveres cujo conteúdo não pode ser derivado imediatamente de todo e qualquer princípio moral, ainda que validado criticamente pela argumentação racional. Além disso, essa concepção de direitos e deveres político-morais se diferencia da noção de direitos morais em Feinberg, vinculada aos interesses subjetivos¹¹²³, bem como de noções positivistas totalmente dependentes dos direitos e deveres já especificados por normas legais.

Essa restrição ao âmbito de razões morais que podem constituir um injusto penalmente relevante parte de uma compreensão *contratualista* sobre as funções e limites do Estado liberal, especificamente no que toca ao exercício da coerção penal. Segundo essa visão, não é essencial à manutenção do pacto de coexistência livre e pacífica que os membros da comunidade política compartilhem de uma mesma visão de mundo, mas apenas que qualquer desses cidadãos possa aderir racional e imparcialmente¹¹²⁴ às regras que governam uma *sociedade bem-ordenada*, sem que, para tanto, eles tenham que abandonar algum princípio moral universalmente válido. Como essas regras enquadram exclusivamente condutas abrangidas pelo escopo do contrato social, os indivíduos têm reservado uma considerável esfera de liberdade de agir conforme códigos morais particulares e não universalizáveis, em respeito à *igual autonomia moral dos indivíduos* no que diz respeito à eleição de um projeto pessoal de vida¹¹²⁵.

Destarte, *toda conduta injusta é imoral, mas nem toda imoralidade é injusta no sentido empregado pelos princípios da criminalização*, já que as razões morais estão além das razões políticas embasadas pelo contrato social que funda uma sociedade liberal. Todavia,

¹¹²³ Em texto anterior à obra *The Moral Limits of the Criminal Law*, Feinberg define direitos morais como reivindicações cuja validade se fundamenta em princípios morais e não em interesses, sendo a capacidade de fazer reivindicações reconhecida aos indivíduos em razão de sua dignidade, isto é, do respeito que os indivíduos têm por si e pelos demais. Ver: FEINBERG, Joel. The Nature and Value of Rights. *The Journal of Value Inquiry*, v. 4, 1970, p. 243-260.

¹¹²⁴ A referência aqui é a *posição original* de Rawls que descreve as circunstâncias ideais sob as quais qualquer indivíduo racional será capaz de reconhecer um princípio moral universalmente válido. Ver: RAWLS, John. *A Theory of Justice*, p. 17-22.

¹¹²⁵ SADURSKI, Wojciech. *Moral Pluralism and Legal Neutrality*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1990, p. 93. A noção de *equal moral agency* é introduzida por Dworkin como fundamento do ideal de neutralidade do Estado liberal. Ver: DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 1985, p. 203.

injustiça também não pode ser reduzida à ilegalidade. É verdade que a contrariedade à norma jurídica extrapenal pode integrar a explicação de por que a conduta é injusta, mas a ilegalidade, por si só, não é suficiente para fundamentar o caráter injusto da conduta¹¹²⁶.

Como já visto, o legislador pode criar razões pós-legais para não praticar condutas que, do ponto de vista pré-legal, são moralmente neutras, como ocorre nos crimes *mala prohibita*¹¹²⁷. Para Tadros, o fato de ninguém observar normas legais desse tipo constitui uma razão para o indivíduo praticar a conduta, a fim de evitar que ele tenha que suportar um fardo excessivo e desnecessário. Por isso, o autor afirma que, nesses casos, pode ser necessário recorrer ao direito penal para constranger os demais a respeitar a norma legal, de forma que a criminalização passa a ser um pré-requisito do caráter injusto da conduta¹¹²⁸. O problema dessa linha de argumentação é presumir que a criminalização conduzirá, na prática, à observância geral da norma de comportamento. No entanto, a análise de Tadros fornece um argumento em favor da máxima da distribuição justa da responsabilidade como um limite ao dever de cooperação, cuja violação fundamenta muitos dos crimes *mala prohibita*.

É possível criticar uma definição de injusto respaldada em direitos e deveres com base na constatação de que, em geral, direitos e deveres, mesmo os de caráter político, são definidos de forma abstrata. Em razão disso, para fundamentar o caráter injusto de determinada conduta, não basta identificar o direito ou dever violado, sendo necessário concretizá-lo em uma *norma de comportamento facilmente inteligível*¹¹²⁹. Nesse sentido, Green descreve como injusta a conduta que afronta *normas de comportamento do dia a dia* (*everyday norms*), como as que proscrevem o uso da trapaça, fraude, coerção e a

¹¹²⁶ BOIS-PEDAIN, Antje. The Wrongfulness Constraint in Criminalisation, p. 2.

¹¹²⁷ BOIS-PEDAIN, Antje. The Wrongfulness Constraint in Criminalisation, p. 9. Ver a discussão sobre o conteúdo de injusto nos crimes *mala prohibita* no capítulo 4, tópico 4.2.4, *supra*.

¹¹²⁸ TADROS, Victor. Wrongness and Criminalization, p. 171. O autor utiliza como exemplo a sonegação fiscal: “I also suspect that, in some cases at least, tax avoidance is wrong only on condition that sufficient other people pay their taxes. If I pay my taxes and others do not do so, not only is my absolute level of wealth reduced for the sake of some goal, my comparative level of wealth is reduced. The value of the money that I have depends on how much others have. Their bargaining position becomes stronger if they have more than I, and that will increase the burden that I bear by paying taxes. For this reason it is often wrong to demand that citizens pay taxes unless sufficient assurance is given that others will pay. The threat of punishment is probably a necessary condition of ensuring that enough people pay their taxes to render all cases of tax evasion wrong. If that is true, it may well be wrong to refrain from paying at least some taxes only if tax evasion is criminalized.”

¹¹²⁹ Como pontuado por Farmer: “Judgments of wrongfulness cannot be made in abstract terms but always depend on some account of particular ways of acting against another person or thing” (FARMER, Lindsay. Criminal Wrongs in Historical Perspective, p. 230).

deslealdade¹¹³⁰. Para o autor, embora haja discordâncias significativas quanto ao contorno preciso dessas normas, qualquer pessoa civilizada possui uma compreensão, ainda que rudimentar, de que não se deve, por exemplo, trapacear, coagir, mentir e quebrar promessas. Logo, o conteúdo de injusto das condutas deve ser explicitado de maneira que se aproxime de como os próprios indivíduos refletem a respeito do desvalor das condutas humanas, tornando o juízo de injustiça acessível a todos os cidadãos e não apenas aos estudiosos de filosofia moral e política. Daí que, mesmo que os injustos que interessam à lei penal correspondam a uma parcela específica daquilo que a moralidade crítica permite avaliar como moralmente injusto, as normas que integram a moral positiva de determinada sociedade, desde que validadas por argumentos racionais, ajudam a esclarecer o que há de errado, do ponto de vista deontológico, com condutas que o Estado está legitimado a criminalizar.

5.5.2 Conteúdo de injusto nos danos diretos e remotos

Algumas condutas, como homicídio e vandalismo, são injustas porque causam dano não consentido a outras pessoas¹¹³¹. Outras são injustas porque produzem um perigo inaceitável de dano, tais como a tentativa de homicídio e o incêndio em local habitado. Com efeito, *um dos principais deveres individuais derivados do contrato social é o dever negativo de não causar danos a outras pessoas*. Por isso, prejudicar ou ameaçar prejudicar interesses de bem-estar de outro indivíduo tende a violar os direitos a ele reconhecidos em razão de sua condição de membro de uma sociedade politicamente organizada e, ausente o consentimento do ofendido, essa violação é uma razão determinante para que a conduta seja cesurada como injusta. Portanto, nesses casos, é possível dizer que o *dano ou perigo de dano constitui o injusto*¹¹³².

Por outro lado, há casos em que, embora o dano ou perigo de dano não constitua o injusto, as razões deontológicas que fundamentam o conteúdo de injustiça da conduta, ao menos em parte, mantém uma conexão com as possíveis consequências negativas da conduta.

¹¹³⁰ GREEN, Stuart P. *Lying, Cheating, and Stealing. A Moral Theory of White-Collar Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 45.

¹¹³¹ TADROS, Victor. *Wrongness and Criminalization*, p. 157: “Some conduct may be wrong in virtue of its being harmful. And that characteristic of the conduct provides a reason to criminalize it”.

¹¹³² HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A.P. *Crimes, Harms and Wrongs*, p. 44.

É o que ocorre com condutas cujo caráter injusto decorre da violação de norma de comportamento respaldada pelo *dever de cooperação* para a promoção e preservação do bem-estar coletivo (o que se aplica, por exemplo, aos crimes ambientais e fiscais). Como já dito ao tratarmos dos crimes *mala prohibita*, a violação de uma *norma legal de coordenação* também pode fundamentar o juízo de desvalor político-moral da conduta, desde que a norma seja moralmente justificada por seu valor instrumental (capítulo 4, tópico 4.2.4, *supra*).

Há, ainda, *condutas que são injustas por razões totalmente alheias e independentes ao dano ou perigo de dano que geram*¹¹³³. De fato, o caráter injusto de uma conduta pode se basear em diversas razões deontológicas, por exemplo: o desrespeito à autonomia alheia (estupro, constrangimento ilegal etc.); o falseamento de fatos (falso testemunho, fraude etc.) e a violação a um dever de lealdade (corrupção passiva, *insider trading* etc.)¹¹³⁴. No próximo capítulo, enfrentaremos a questão sobre se a criminalização de todas essas condutas também se fundamenta no princípio do dano ou se deverá ser acomodada por outros princípios (ver capítulo 6, tópico 6.3, *infra*). O importante, por ora, é destacar que muitas condutas são desvaloradas moralmente, em parte, por causa do dano ou perigo de dano que elas produzem, mas o dano não é central na explicação de todos os injustos, nem mesmo dos injustos mais graves¹¹³⁵.

De todo modo, mesmo que o dano não constitua o injusto, o caráter danoso ou potencialmente danoso da conduta continua sendo parte essencial da justificativa da sua

¹¹³³ SIMESTER, A. P.; HIRSCH, Andrew von. Remote Harms and Non-constitutive Crimes, p. 104-105. Conferir SIMESTER, A. P. Enforcing Morality, p. 481: “Some actions, such as murder and attempted murder, are wrongs because of the harm to which they conduce. Others are not. Actions such as rape, perjury and blackmail are wrongs prior to any consequences they cause. Their wrongfulness originates elsewhere. It may spring from the means by which the agent does something: not in where you go, as it were, but in how you get there — notably, how you treat people along the way. (Did you deceive her?) In special cases, it may be motive-based, resting on why a person does something. (Was it a warning or threat? An offer or blackmail?) These kinds of action involve what might be termed nonderivative wrongs, in as much as their basic wrongfulness is not dependent upon an outcome”. Observa-se que nada impede que o conteúdo de injusto da conduta se baseie, ao mesmo tempo, em razões dependentes e independentes do caráter danoso da conduta.

¹¹³⁴ GREEN, Stuart P. *Lying, Cheating, and Stealing*, Part II. Sustentando que, em casos como estupro, tráfico de pessoas, pornografia infantil e discurso de ódio, a compreensão do *wrongdoing* depende de que se considere o valor da dignidade humana: HÖRNLE, Tatjana; KREMNITZER, Mordechai. Human Dignity as a Protected Interest in Criminal Law. *Israel Law Review*, v. 44, 2011, p. 143-167. Farmer observa que a compreensão do conteúdo de injusto moral das condutas criminosas evolui com o tempo, motivo pelo qual, a fim de entender o que fundamenta o juízo de injustiça em casos específicos, é importante considerar a concepção do injusto em uma perspectiva histórica: FARMER, Lindsay. Criminal Wrongs in Historical Perspective. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. *The Boundaries of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 227-229.

¹¹³⁵ TADROS, Victor. *Wrongs and Crimes*, p. 175.

criminalização. Veja-se o exemplo do *crime de falso testemunho*. Embora mentir ou calar a verdade em juízo seja errado do ponto de vista da moralidade crítica e, certamente, seja o tipo de imoralidade que, em princípio, interessa aos termos do contrato social, não se vê sentido em censurar como criminosa a testemunha que mente sobre ou omite uma informação que não é considerada *material*, isto é, que não tem capacidade de influir no resultado do julgamento da causa¹¹³⁶. Na mesma linha, tendo em vista a ambiguidade moral de muitos dos denominados *crimes de colarinho branco*¹¹³⁷, a indicação de um dano direto ou indireto costuma ser relevante para a legitimidade moral desse tipo de crime¹¹³⁸, ainda que o dano em questão, que nem sempre é fácil de ser identificado e, muitas vezes, sequer chega a se consumir¹¹³⁹, não constitua um indício convincente da incorreção moral da conduta.

Um caso interessante sobre a relação entre dano e injusto é o dos *crimes patrimoniais*. O reconhecimento e delimitação dos interesses de propriedade é uma questão dependente das regras legais que definem quais objetos são passíveis de apropriação e quais meios permitem a incorporação legítima desses objetos ao patrimônio pessoal¹¹⁴⁰. Para Hirsch e Simester, como o próprio dano, em muitos crimes patrimoniais, deriva da lei¹¹⁴¹, o conteúdo de injusto da conduta precisa se fundamentar em razões para além da violação ao direito

¹¹³⁶ GREEN, Stuart P. *Lying, Cheating, and Stealing*, p. 40: “a witness who lies on the stand about a matter that is not ‘material’ to the proceeding has done an act that is wrongful, but not harmful in the way that the law of perjury considers relevant”. Ver também: GREEN, Stuart P. *Lying, Misleading, and Falsely Denying: How Moral Concepts Inform the Law of Perjury, Fraud, and False Statements*. *Hasting Law Journal*, v. 53, 2001, p. 157-212.

¹¹³⁷ Por exemplo, não é fácil dizer se o emprego de uma ameaça de mal não violento para obter vantagem comercial pode ser tratado pela lei penal como um crime de extorsão ou se deve ser considerado apenas como uma estratégia “dura” de negociação (*hard bargaining*). De fato, a imoralidade dessas condutas é geralmente controversa do ponto de vista da moral positiva. Ver: GREEN, Stuart P. *Moral Ambiguity in White Collar Criminal Law*. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, v. 18, 2004, p. 501-519.

¹¹³⁸ GREEN, Stuart P. *Lying, Cheating, and Stealing*, p. 35.

¹¹³⁹ Green ressalta que muitos crimes do colarinho branco envolvem apenas danos diminutos contra um grande número de vítimas, danos esses que só são significativos quando tomados em conjunto (GREEN, Stuart P. *Moral Ambiguity in White Collar Criminal Law*, p. 509). Além disso, essas condutas costumam ser proibidas e punidas com a mesma severidade independentemente da ocorrência de dano (*Ibidem*, p. 511-512).

¹¹⁴⁰ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A.P. *Crimes, Harms and Wrongs*, p. 41: “I don’t need the law to know that this arm is mine; but I so need the law to know that this is my table, or that that house is yours”. Ver também: SIMESTER, A. P. *Enforcing Morality*, p. 487-488.

¹¹⁴¹ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A.P. *Crimes, Harms and Wrongs*, p. 41-42. Observa-se que Hirsch/Simester entendem que os crimes contra a propriedade atacam o regime da propriedade que, por sua vez, serve ao bem-estar dos indivíduos. Diante disso, aparentemente, os autores tratam esses crimes como referidos a danos remotos, mas especificamente como crimes de acumulação (*Ibidem*, p. 42). É possível interpretar a visão de Feinberg sobre os crimes patrimoniais em termos semelhantes, porém, como explica Steel, Feinberg indica que os interesses de bem-estar relativos à liberdade e à segurança também são retrocedidos pelos crimes patrimoniais (STEEL, Alex. *The Harms and Wrongs of Stealing: The Harm Principle and Dishonesty in Theft*. *UNSW Law Journal*, v. 31, n. 3, 2008, p. 735). Conferir: FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 62-63.

patrimonial, a fim de evitar que a mera ilegalidade da conduta satisfaça tanto o requisito do dano quanto da injustiça¹¹⁴². Daí que o emprego de coerção, fraude e a desonestidade costumam ser apontados como as razões que fundamentam o caráter injusto dos crimes de roubo, estelionato e furto, respectivamente. Com efeito, os crimes patrimoniais podem ser diferenciados entre si em função do conteúdo de injusto da conduta, ainda que haja coincidência, total ou parcial, entre os danos causados por esses crimes¹¹⁴³. Analogamente, conquanto o dano produzido pelos *crimes tributários* seja essencialmente o mesmo, o conteúdo de injusto dessas condutas é dado por diferentes formas moralmente condenáveis de violar um dever de cooperação: mediante fraude/engano (sonegação fiscal) ou exploração/trapaça (omissão intencional de pagamento de tributos)¹¹⁴⁴.

Como dito, *a conduta danosa é prima facie injusta*¹¹⁴⁵, pois, como o dever negativo de não causar danos a outras pessoas é intrínseco ao pacto de coexistência livre e pacífica, o retrocesso de interesses básicos alheios tende a configurar também uma violação de direitos não meramente morais. Em regra, no caso de danos diretos, o caráter injusto da conduta só é afastado em circunstâncias especiais, como quando o ofendido consente validamente no dano ou quando o agente atua em legítima defesa. Contudo, *o dano indireto não pode ter o mesmo peso que o dano direto na justificação de uma proibição penal*, ou seja, a possibilidade remota de dano não pode induzir o juízo de desvalor político-moral da mesma forma que o

¹¹⁴² SIMESTER, A P; SULLIVAN, G R. On the Nature and Rationale of Property Offences. In: DUFF, R. A.; GREEN, Stuart (ed.). *Defining Crimes: Essays on the Special Part of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 172-173. A vedação à prisão por dívidas, expressa tanto na Constituição brasileira (art. 5º, inciso LXVII, CR) quanto na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 7.7), também é um argumento em favor de se reconhecer a exigência de que, nos crimes patrimoniais em geral, o conteúdo de injusto não consista apenas na violação do direito à propriedade.

¹¹⁴³ SHUTE, Stephen; HORDER, Jeremy. Thieving and Deceiving: What is the Difference? *Modern Law Review*, v. 56, n. 4, July, 1993, 548-554; GREEN, Stuart P. *Lying, Cheating, and Stealing*, p. 41-42.

¹¹⁴⁴ Em dezembro de 2019, o Supremo Tribunal federal fimou a tese de que o não recolhimento intencional de ICMS configura o tipo penal do art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/1990 (RHC 163334, Relator Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2019, publicado em 13/11/2020). A decisão foi criticada pela doutrina, em parte, com base no argumento de que se estaria criminalizando o mero não pagamento de uma dívida. Porém, conforme argumenta Barberá, o conteúdo de desvalor moral da conduta impede que se equipare a situação ao mero inadimplemento contratual: o contribuinte que deixa intencional e injustificadamente de pagar tributos é um *free rider*, pois obtém uma vantagem indevida (no caso, econômica) ao deixar de observar uma regra justa que governa uma atividade cooperativa que não é ilegal nem imoral, continuando, ainda, a se aproveitar do resultado da cooperação dos demais (no caso, dos serviços prestados pelo Estado e financiados por toda a população). Segundo o autor, o *free rider* se aproveita egoisticamente do esforço alheio, instrumentalizando outras pessoas em seu próprio benefício, afetando, dessa forma, a sua dignidade. Ver: BARBERÁ, Gabriel Pérez. *El Ilícito Material del Delito Tributario*, p. 95-100.

¹¹⁴⁵ LINKLATER, Andrew. *The Problem of Harm in World Politics: Theoretical Investigations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 61.

dano ou perigo direto, fazendo-se *necessário um conteúdo de injusto vinculado unicamente à conduta em si, independente de seu vínculo especulativo com consequências danosas*¹¹⁴⁶. O debate empreendido neste capítulo a respeito da legitimidade dos crimes referidos a danos remotos – por agregação e por acumulação – demonstra que, nesses casos, é necessário ir além das consequências indiretas para justificar a proibição da conduta.

De forma geral, o injusto nos crimes referidos a danos remotos consiste na violação de *deveres de cooperação impostos aos indivíduos em razão da especificidade dos interesses em jogo*, sejam esses interesses públicos convergentes ou propriamente coletivos (mais comum nos crimes de acumulação) ou interesses públicos congruentes ou individuais homogêneos amplamente compartilhados (mais comum nos crimes de preparação). Esses deveres de cooperação devem ser *concretizados previamente por meio de regulamentação* que, em si mesma respaldada por boas razões, delimite o risco permitido e o perigo proibido¹¹⁴⁷. Por certo, a esses deveres de cooperação correspondem direitos dos demais cidadãos e da coletividade¹¹⁴⁸, porém, por causa da existência da norma regulamentadora, os deveres fornecem uma referência mais segura para o injusto quando comparada a direitos de contornos difusos¹¹⁴⁹.

Os *direitos fundamentais* das pessoas também têm um papel importante na limitação da criminalização de danos remotos. Por direitos fundamentais, referimo-nos às liberdades inerentes à autonomia pessoal que estão além da liberdade genérica de agir sem ser submetido à coação externa, como o direito à privacidade, à liberdade de associação, à autodeterminação corporal e à liberdade religiosa. O exercício dessas liberdades constitui pressuposto à

¹¹⁴⁶ SIMESTER, A. P.; SMITH, A. T. H. Criminalization and the Role of Theory. In: SIMESTER, A. P.; SMITH, A. T. H. (ed.). *Harm and Culpability*. Oxford: Oxford Press, 1996, p. 5; HIRSCH, Andreas von. Harm and Wrongdoing in Criminalisation Theory, p. 251; VOORDE, Jeroen ten. Prohibiting Remote Harms, p. 167. Nota-se que a categoria de crimes em que o dano não constitui o injusto é mais ampla do que a de danos remotos. É o caso dos crimes omissivos que, como vistos acima, também exigem uma fundamentação mais robusta para vencer a presunção pela liberdade, especialmente na ausência de um vínculo especial entre o agente e os interesses em risco ou a fonte de perigo (capítulo 2, tópico 2.3.3, *supra*).

¹¹⁴⁷ Essa conclusão se aplica, de forma geral, aos crimes *mala prohibita*, inclusive aos crimes de perigo direto implícito, cujo conteúdo de injusto é constituído pela violação de deveres de coordenação.

¹¹⁴⁸ Ainda que existam deveres meramente morais (ou mesmo meramente legais) aos quais não corresponde qualquer direito, nossa posição é que a todo dever moral politicamente respaldado pelo contrato social corresponde um direito. Ver análise em: FEINBERG, Joel. The Nature and Value of Rights, p. 244. Conferir também nossa discussão sobre se animais podem ter direitos: capítulo 2, tópico 2.3.4, *supra*.

¹¹⁴⁹ Stratenwerth critica os defensores da teoria do bem jurídico por terem indevidamente associado a concepção de crime como violação de dever ao direito penal nazista: STRATENWERTH, Günter. Zur Legitimation von „Verhaltensdelikten”. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 157.

persecução de um projeto de vida boa, qualquer que seja ele, e delimita o núcleo inviolável e imponderável da autonomia pessoal, a qual só pode ser restringida em seu cerne na presença de perigo claro e iminente de dano injusto para interesses de outras pessoas ou de violação a liberdades alheias igualmente fundamentais. Portanto, em seu cerne duro, esses direitos são trunfos que, no caso de danos remotos, tem força para afastar o conteúdo de injusto da conduta. Isso significa que, nesse âmbito, os direitos fundamentais do agente constituem razões políticas determinantes para praticar a conduta que sempre superam as razões para não praticá-la.

Pela perspectiva de alguns autores, em casos assim, haveria um *direito a cometer injustos*¹¹⁵⁰. Nessa linha, Cornford afirma que, embora não haja um direito geral a praticar injustos, pode haver concretamente um direito específico a praticar determinados injustos¹¹⁵¹. Contudo, a nosso ver, essa ideia faz sentido apenas para aqueles que trabalham como uma concepção meramente moral e não política de injusto. Para nós, *o legítimo exercício de um direito fundamental esvazia a conduta de qualquer conteúdo de injustiça*, de forma que, ao menos para fins de aplicação do *harm principle*, sequer há de se falar em injusto. Por exemplo, o exercício pelo investigado ou acusado criminalmente ao silêncio (art. 5º, inciso LXIII, da CRFB) não pode configurar o crime de obstrução de justiça, ainda que o seu silêncio embarace “investigação de infração penal que envolva organização criminosa” (art. 2º, §1º, da lei nº 12.850/2013), de modo que a conduta produza um perigo indireto de dano ao interesse coletivo pelo funcionamento regular do sistema de justiça. Assim, o conteúdo essencial do direito fundamental a não autoincriminação funciona como limite ao dever positivo não meramente moral de cooperação com a administração da justiça.

De outra parte, no que diz respeito a danos diretos, o fato de a conduta violar direitos fundamentais constitui uma razão política determinante para não praticá-la, a não ser que o agente também atue amparado por um direito fundamental, situações nas quais será inevitável recorrer à ponderação entre os direitos em conflito. Logo, o núcleo duro dos direitos fundamentais constitui razões para praticar ou não praticar condutas que sempre triunfam

¹¹⁵⁰ WALDRON, Jeremy. A Right to Do Wrong. *Ethics*, v. 92, n. 1, Special Issue on Rights (Oct., 1981), p. 21: “(...) if we take the idea of moral rights seriously, then we have to countenance the possibility that an individual may have a moral right to do something that is, from the moral point of view, wrong.” Ver também: MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 766; BOIS-PEDAIN, Antje. The Wrongfulness Constraint in Criminalisation, p. 16.

¹¹⁵¹ CORNFORD, Andrew. Rethinking the Wrongness Constraint on Criminalisation, p. 13.

sobre razões diversas, sendo que *uma razão suportada por direitos fundamentais só pode ceder perante outra razão do mesmo tipo*.

O caso do aborto nos auxilia a compreender a relação entre conteúdo de injusto nos danos direitos/indiretos e direitos fundamentais. Considerando que a gestante que pratica um aborto atua amparada por razões advindas de direitos fundamentais à autodeterminação corporal e ao planejamento familiar, não basta, para justificar a criminalização do aborto, recorrer a danos remotos para a coletividade relativos à redução do crescimento demográfico e da arrecadação previdenciária¹¹⁵². No entanto, quando os direitos do feto à vida entram em cena como razões para a gestante não se submeter ao aborto, o reconhecimento da existência de um injusto dependerá da tomada de posição no tocante ao aparente conflito entre os direitos em questão. Conquanto não possamos solucionar tal problema neste espaço¹¹⁵³, parece-nos que o *status* especial dos direitos da gestante como razões (quase) sempre determinantes para praticar a conduta não se coaduna com uma proibição absoluta do aborto, tampouco com uma legislação que prevê hipóteses tão restritivas de aborto legal como a brasileira.

5.5.3 O requisito da injustiça torna o requisito do dano dispensável?

Alguns autores alegam que, considerando que o requisito da injustiça desempenha um papel essencial na fundamentação de proibições penais, em especial no que diz respeito aos crimes referidos a danos remotos, uma noção bem construída de injusto tornaria desnecessário apelar à ideia de dano e, por conseguinte, o princípio do dano seria dispensável¹¹⁵⁴. Será, então, que os moralistas penais têm razão em compreender o caráter

¹¹⁵² Esses argumentos foram sustentados por uma pesquisadora durante a Audiência Pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal para discutir a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, no bojo da ADPF 442. Conferir: NOTÍCIAS STF. *Descriminalização do aborto pode afetar dinâmica populacional e reduzir arrecadação da previdência, afirma pesquisadora*, 03/08/2018. Disponível em: <http://noticias.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=385743>. Acesso em: 02/08/2020, às 15:50.

¹¹⁵³ Algumas considerações já foram tecidas, acima, ao tratarmos do dano contra o feto (capítulo 2, tópico 2.3.2, *supra*).

¹¹⁵⁴ STANTON-IFE, John. What is the Harm Principle for? *Criminal Law and Philosophy*, v. 10, n. 2, 2016, p. 352 (no sentido de que o *harm principle* e o *offense principle* são vítimas do sucesso da *wrongfulness constraint*); PETERSEN, Thomas Sørbirk. Being Worse Off: But in Comparison with What? On the Baseline Problem of Harm and the Harm Principle. *Res Publica*, v. 20, n. 2, 2014, p. 202 (o autor utiliza o exemplo da

injusto da conduta como sendo, por si, suficiente para a criminalização, de modo que a teoria da criminalização pode prescindir da discussão sobre o dano?

Em resposta a essa crítica, Hirsch apresenta cinco argumentos em favor de um princípio da criminalização que compreenda tanto o elemento do dano quanto o da injustiça: 1) o *argumento da relevância geral do elemento do dano*: a grande maioria das condutas que uma perspectiva liberal tende a admitir como uma hipótese plausível de criminalização envolve, além da injustiça moral, algum dano ou perigo de dano para interesses penalmente tuteláveis¹¹⁵⁵; 2) o *argumento da função do direito penal*: o instrumento penal tem como função compatibilizar as esferas de liberdade dos indivíduos e, desse modo, garantir a coexistência pacífica, sendo que o esforço em prevenir danos é parte fundamental dessa missão¹¹⁵⁶; 3) o *argumento da proteção da autonomia*: o foco no dano potencializa a preservação da esfera de domínio exclusivo da autonomia pessoal ao evidenciar a diferenciação entre condutas que produzem dano ou perigo de dano para outras pessoas e condutas que produzem dano ou perigo de dano para o próprio agente¹¹⁵⁷; 4) o *argumento da delimitação dos fundamentos da criminalização*: a proposição de dois elementos como requisitos para a criminalização delimita melhor o escopo do direito penal e contribui para mantê-lo modesto, uma vez que dano e injusto atuam restringindo o alcance um do outro¹¹⁵⁸, sendo certo que mesmo o melhor dos conceitos de injusto não deixa de ser nebuloso em sua periferia¹¹⁵⁹ e 5) o *argumento do debate político*: a manutenção do elemento do dano

peessoa que nega a um estranho uma viagem para o Caribe para dizer que o conceito de dano é dispensável, já que afastar a proibição dependeria de uma teoria autônoma sobre a injustiça moral. Porém, fato é que o exemplo sequer se amolda ao conceito de dano como retrocesso a interesses de bem-estar); HÖRNLE, Tatjana. “Rights of Others” in *Criminalisation Theory*, p. 176 (argumentando que existem condutas injustas que não causam dano e, ainda assim, merecem ser criminalizadas, bem como condutas cuja proibição se vincula primordialmente ao caráter injusto da conduta e não às suas consequências danosas); STEWART, Hamish. *The Limits of the Harm Principle. Criminal Law and Philosophy*, v. 4, n. 1, 2010, p. 19 (também no sentido de que a violação de direitos kantianos constitui uma razão plausível e independente para criminalizar condutas, tenha a vítima sofrido ou não qualquer dano).

¹¹⁵⁵ HIRSCH, Andreas von. *Harm and Wrongdoing in Criminalisation Theory*, p. 248.

¹¹⁵⁶ HIRSCH, Andreas von. *Harm and Wrongdoing in Criminalisation Theory*, p. 250.

¹¹⁵⁷ HIRSCH, Andreas von. *Harm and Wrongdoing in Criminalisation Theory*, p. 250.

¹¹⁵⁸ HIRSCH, Andreas von. *Harm and Wrongdoing in Criminalisation Theory*, p. 250: “One can, for example, employ the wrongfulness requirement to restrict the criminalisation of conduct having remote harmful consequences, by requiring that there also must be a present wrongful act. Conversely, one can use the harmfulness requirement as means for restricting the criminalisation of wrongful acts. Considerations of harmfulness would provide reason, for example, for restricting the scope of offensive-behaviour prohibitions. Relying solely on wrongfulness, as legal moralists would have us do, could make it more difficult to develop criminalisation-norms with comparable limits.”

¹¹⁵⁹ SEHER, Gerhard. *Comment on Andreas von Hirsch*, p. 262.

desbloqueia outra frente para o debate político sobre a legitimidade da criminalização, na medida em que permite que sejam discutidas as evidências empíricas a respeito dos efeitos danosos da conduta que se pretende proibir, tendo a discussão entre as concepções políticas divergentes, nesse âmbito, melhores chances de produzir consensos¹¹⁶⁰.

Apesar disso, registra-se que o próprio Hirsch não descarta a possibilidade de que, em determinadas hipóteses, a criminalização possa se fundamentar exclusivamente no caráter injusto da conduta, independentemente de qualquer análise a respeito de eventuais efeitos potencialmente danosos¹¹⁶¹. É justamente essa possibilidade que iremos explorar no próximo capítulo. Contudo, conforme se verá, mesmo as hipóteses de criminalização fundamentadas precipuamente pelo juízo de injustiça não prescindem totalmente de um segundo elemento referente a possíveis consequências indesejadas da conduta proibida.

5.6 Conclusão parcial

Sem limitar a possibilidade de o legislador penal recorrer aos danos remotos para criminalizar condutas, o princípio do dano será incapaz de exercer com êxito sua função crítica. Consequências danosas podem se conectar, em tese, a praticamente qualquer conduta humana por meio dos mais variados cursos causais, desde que se considere a possível intervenção de outra conduta autônoma na cadeia de eventos. Não sendo plausível sustentar que a criminalização de condutas que só produzem danos indiretos é sempre ilegítima, cabe à teoria da criminalização apresentar critérios que permitam identificar as hipóteses em que o legislador está moralmente autorizado a incriminar esse tipo de conduta.

Esse objetivo só pode ser alcançado a partir da sofisticação do requisito da danosidade, mas principalmente do requisito da injustiça. Quanto à primeira etapa de

¹¹⁶⁰ HIRSCH, Andreas von. *Harm and Wrongdoing in Criminalisation Theory*, p. 254: “This has been evident, for example, in recent German debates over retention of the incest prohibition among adult blood-relations. If the issue is (at least, in part) the harmfulness of the conduct, then one can consider what evidence there is about such injurious consequences—and sound evidence turns out to be scant. But if the question is solely one of wrongfulness, then finding a basis for consensus, or even common starting points, may not be easy. With wrongfulness the sole criterion, for example, how could one respond in public debate to claims that the incest taboo should be retained simply because it is fundamental to our moral heritage?”

¹¹⁶¹ HIRSCH, Andreas von. *Harm and Wrongdoing in Criminalisation Theory*, p. 255. Conferir a interpretação da obra de Hirsch/Simester sugerida por Stanton-Ife em: STANTON-IFE, John. *What is the Harm Principle for?*, p. 340.

aplicação do princípio do dano, *a análise comparativa baseada no parâmetro temporal-contrafactual, realizada pelo legislador em abstrato, precisa ser suportada por evidências empíricas*. No que toca aos danos por acumulação, em específico, é necessário verificar se a presença do risco de que condutas de determinado tipo se acumulem em quantidade suficiente para causar dano é confirmada por um prognóstico científico. Além disso, a máxima *de minimus non curat lex* tem a função de afastar condutas que sempre ou quase sempre produzem danos insignificantes ou triviais. Aqui, as máximas de mediação referentes à *magnitude e probabilidade do dano* e ao *valor pessoal ou social da conduta* podem auxiliar o legislador a identificar os casos alcançados pela máxima *de minimus*, mas o principal âmbito de aplicação dessas máximas é o filtro pragmático e não o principiológico. Finalmente, o *critério da preponderância dos interesses pessoais sobre os interesses externos* e, em relação aos danos remotos, o *requisito do dano consumado ou da proscrição direta* devem incidir para selecionar os danos alcançáveis pelo princípio do dano.

Quanto ao requisito da injustiça, conforme o conceito reformulado de injusto aqui proposto, *a conduta será qualificada como injusta apenas se violar deveres ou direitos morais, mas não meramente morais, porquanto derivados do pacto de coexistência igualmente livre e digna que funda a sociedade politicamente organizada*. O juízo de injustiça político-moral é limitado pela máxima *volenti non fit injuria* e pela esfera inviolável e imponderável das liberdades fundamentais que são essenciais à autonomia pessoal. Afinal, *o núcleo duro dos direitos fundamentais fornece razões determinantes para praticar ou não uma conduta que triunfam sobre razões de ordem diversa*. Esse último limite é especialmente importante no que se refere aos danos remotos, pois, em regra, *as condutas que geram dano direto ou perigo direto de dano já não estão incluídas no âmbito do exercício legítimo das liberdades fundamentais*. Porém, conforme nos afastamos do núcleo duro desses direitos em direção à periferia, começam a surgir casos fronteirços, envolvendo danos diretos e perigo direto de dano, em que o legislador terá de recorrer à *ponderação*. Ainda em relação aos danos remotos, antes de concluir definitivamente pelo caráter injusto da conduta, o legislador deve aplicar os critérios de imputação justa, notadamente a *implicação normativa* (danos por agregação) e a *justa distribuição de responsabilidade* (danos por acumulação). Ademais, é possível postular para crimes ou grupos de crimes específicos outros critérios de imputação justa para além dos dois aqui analisados.

6. CRIMINALIZAÇÃO PARA ALÉM DO HARM PRINCIPLE

Temos defendido a ideia de que, ao menos nas sociedades atuais, não é possível que um único *master principle* traduza toda a variedade de condutas que o legislador democrático está, em princípio, legitimado a proibir mediante a ameaça de pena. Insistir em um princípio único pode, inclusive, impedir que sejam explicitadas claramente as boas razões que fundamentam a proibição de uma conduta, bem como os limites específicos dessas razões. Diante disso, este trabalho se propõe a delinear uma teoria da criminalização cujo filtro de validade é composto por múltiplos princípios.

A obra de Feinberg identifica outros princípios da criminalização para além do princípio do dano, tendo o filósofo se dedicado a analisar três princípios mais gerais: princípio da ofensa (*offense principle*), paternalismo penal e moralismo penal. O liberalismo moderado defendido por Feinberg endossa os princípios do dano e da ofensa, mas reconhece a compatibilidade do primeiro com o paternalismo suave, além de fazer uma concessão aos moralistas ao admitir que a imoralidade da conduta fornece uma razão relevante para a sua criminalização, mesmo na ausência de dano ou ofensa, embora tal razão frequentemente não seja boa o suficiente para elidir a presunção em favor da liberdade¹¹⁶².

Como se verá na sequência, em nossa teoria da criminalização, há espaço para uma versão do *offense principle* (tópico 6.1, *infra*) e para a complementação do *harm principle* pelo paternalismo suave (tópico 6.2, *infra*), bem como para dois princípios que fundamentam a proibição de injustos não necessariamente danosos nem ofensivos: o princípio da violação à autonomia e o princípio da exploração injusta (tópico 6.3, *infra*).

6.1 Princípio da ofensa (*offense principle*)

O *offense principle* é definido por Feinberg como o princípio segundo o qual é sempre uma boa razão para propor determinada proibição penal que ela seja, provavelmente,

¹¹⁶² A posição de Feinberg é criticada por Kahlo: “si el principio del daño, a diferencia de lo que ocurre en Mill, sólo es contemplado como *uno más* entre los presupuestos que otorgan legitimidad a la criminalización, que ni siquiera ha de ser necesario para justificar la prohibición bajo pena, termina por perder al menos una parte de su potencial crítico” (KAHLO, Michael. Sobre la Relación entre el Concepto de Bien Jurídico y la Imputación Objetiva en Derecho Penal. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 61).

um meio eficaz e necessário para prevenir *ofensas graves contra outras pessoas* que não o agente, desde que não haja outro meio igualmente efetivo e menos oneroso para a liberdade individual¹¹⁶³.

Na teoria de Feinberg, o termo “ofensa” possui sentido específico e distinto do que é comumente atribuído ao termo pela literatura penal da Europa Continental¹¹⁶⁴. As condutas ofensivas são aquelas capazes de provocar nos indivíduos *estados mentais indesejados*, como medo, ansiedade, vergonha, raiva, humilhação e incômodo¹¹⁶⁵. Assim, para o filósofo americano, as ofensas consistem, essencialmente, em *afrontas a sensibilidades alheias*, ou seja, em *experiências psicológicas ou emocionais desagradáveis*¹¹⁶⁶. Na visão do autor, as ofensas constituem uma categoria à parte das consequências danosas, de forma que não podem ser reduzidas a uma modalidade menos grave de dano.

O princípio da ofensa só fundamenta a criminalização de condutas que, além de ofensivas, sejam também injustas, isto é, que configurem violações aos direitos morais de outros indivíduos. Contudo, para Feinberg, não se faz necessário que o ofendido se ressinta do agente pela ofensa¹¹⁶⁷ nem que o sentimento de ofensa seja razoável¹¹⁶⁸. Basta que um número considerável de pessoas considere a conduta como ofensiva e que a intensidade, duração e inevitabilidade da ofensa seja tal que a prevenção de seus efeitos negativos compense o valor pessoal e/ou social atribuído à conduta.

A fim de ilustrar as diferentes modalidades de ofensa, Feinberg recorre ao exemplo de uma viagem em um ônibus lotado em que determinado passageiro (vamos designá-lo como Z) é exposto, em razão do comportamento dos demais passageiros, a uma série de eventos

¹¹⁶³ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*. The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 2. New York: Oxford University Press, 1985, p. 1: “It is always a good reason in support of a proposed criminal prohibition that it would probably be an effective way of preventing serious offense (as opposed to injury or harm) to persons other than the actor, and that it is probably a necessary means to that end (i.e., there is probably no other means that is equally effective at no greater cost to other values).”

¹¹⁶⁴ O sentido em que o termo *offense* é empregado por Feinberg também difere daquele convencionalmente utilizado pelos manuais de direito penal nos países de língua inglesa, nos quais é comum se referir a todos os crimes, em geral, como *criminal offences*. Sobre essa questão terminológica: ROBERTS, Paul. Penal Offence in Question: Some Reference Points for Interdisciplinary Conversation. In: SIMESTER, A. P.; HIRSCH, Andrew von. *Incivilities: Regulating Offensive Behaviour*. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 13.

¹¹⁶⁵ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 1.

¹¹⁶⁶ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014, p. 92.

¹¹⁶⁷ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 2.

¹¹⁶⁸ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 36.

irritantes, embaraçosos ou repulsivos¹¹⁶⁹. Z está cercado por passageiros que escutam música no volume máximo e sem fones de ouvido; exalam fortes odores, vomitam e defecam; masturbam-se e praticam entre si atos sexuais consensuais; utilizam camisetas com suásticas, mensagens racistas e de ódio contra mulheres, homossexuais, judeus e muçulmanos. Imagine-se que Z esteja com pressa porque tem marcada uma entrevista de emprego e, por isso, descer do ônibus lhe causaria grave inconveniente, já que, além de pagar por outra passagem, ele chegaria atrasado a seu compromisso.

Diante deste caso fictício, Feinberg buscará responder às seguintes questões: as condutas praticadas pelos passageiros do ônibus devem ser proibidas pela lei penal? Se sim, todas ou apenas algumas delas? Com qual fundamento? A solução para essas questões passa pela definição e refinamento do *offense principle*.

6.1.1 Diferenciação entre dano e ofensa

Como visto anteriormente, alguns autores atribuem a Stuart Mill o entendimento de que o *mero estresse emocional não constitui dano*, em razão do caráter transitório desse estado mental¹¹⁷⁰. Por sua vez, ao delinear uma noção restrita de dano, Feinberg esclarece que, *em regra, experiências mentais desagradáveis não são capazes de deteriorar o bem-estar do indivíduo, a não ser que sejam consideravelmente intensas e prolongadas*¹¹⁷¹. No entanto, o *dano psicológico* é um fenômeno real¹¹⁷²: a vítima de um estupro ou de um sequestro pode ficar traumatizada por longo período, tendo dificuldade de dormir, de se concentrar nas atividades diárias e de confiar em outras pessoas; a injúria racial e o *bullying*

¹¹⁶⁹ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 10-13. Conferir as 31 hipóteses fictícias de condutas ofensivas construídas por Feinberg, nas quais os exemplos aqui citados foram inspirados. O filósofo divide as ofensas em seis grupos, conforme o efeito por elas causado: a) afronta aos sentidos; b) aversão e repulsa; c) violação a sentimentos morais, religiosos ou patrióticos; d) vergonha, embaraço e ansiedade; e) incômodo, aborrecimento e frustração e f) medo, ressentimento, humilhação e raiva.

¹¹⁷⁰ Nesse sentido, Riley afirma que, em Mill, o estresse emocional é, no máximo, uma evidência de dano: RILEY, Jonathan. “One Very Simple Principle”. *Utilitas*, v. 3, n. 1, 1991, p. 23. Em sentido diverso: TURNER, Piers Norris. “Harm” and Mill’s Harm Principle. *Ethics*, v. 124, n. 2, 2014, p. 314. Ver capítulo 1, tópico 1.1, *supra*.

¹¹⁷¹ Conferir: FEINBERG, Joel. *Harm to Others. The Moral Limits of the Criminal Law*. V. 1. New York: Oxford University Press, 1984, p. 45-46. Ver capítulo 2, tópico 2.2.1, *supra*.

¹¹⁷² A referência mais tradicional sobre o conceito de dano psicológico, no direito penal de língua inglesa, é a obra de Schwartz: SCHWARTZ, Louis B. *Morals Offenses and the Model Penal Code*. *Columbia Law Review*, v. 63, n. 4, 1963, p. 669-686.

podem reduzir a autoconfiança e a autoestima das vítimas, afetando o seu senso de identidade e pertencimento à comunidade; a mulher para quem um desconhecido exhibe o pênis sem o seu consentimento, em uma rua escura e deserta, pode ficar assustada e com medo de vir a sofrer uma agressão sexual, passando a evitar transitar sozinha por determinados locais públicos à noite. Em todos esses casos, algum interesse fundamental da vítima é prejudicado de maneira perdurável¹¹⁷³. Apesar disso, nem sempre que houver dano físico, injustiça ou ofensa haverá também dano psicológico. As condutas meramente ofensivas podem conduzir a danos psicológicos, mas não produzem sempre esse tipo de efeito¹¹⁷⁴.

Assim, as ofensas se diferenciam do dano por, em geral, não ameaçarem as perspectivas futuras do indivíduo ao prejudicarem as condições e oportunidades que lhe permitem perseguir o propósito que elegera para si¹¹⁷⁵. Por certo, os efeitos dos distúrbios ofensivos são momentâneos e não chegam a tornar a vida de outros indivíduos comparativamente pior do que o parâmetro fático previamente existente. A despeito disso, os estados mentais temporários criados pelas ofensas são indesejáveis e é legítimo que o legislador, dentro de determinados limites, busque evitar que as pessoas vivenciem tais experiências desagradáveis.

Observa-se que Feinberg mudou de opinião, ao longo dos anos, a respeito da relação entre dano e ofensa¹¹⁷⁶. Em obra anterior, o filósofo reconhecia a existência de um *interesse em ser tratado com a devida consideração e respeito*, mas afirmava que, quando uma pessoa é ofendida, esse interesse seria violado e não retrocedido¹¹⁷⁷. Daí que a ofensa seria uma forma trivial de dano. Para Hirsch e Simester, nessa passagem, o termo *interesse* é utilizado com sentido diverso do empregado por Feinberg, posteriormente, ao explicitar o princípio do dano, de forma que essa noção anterior de *offense* acabava por se confundir com a definição

¹¹⁷³ Conforme observa Roberts, “set-backs to interests in psychological or emotional well-being of this nature easily qualify as harms, whether or not they also manifest physical symptoms or consequences” (ROBERTS, Paul. *Penal Offence in Question*, p. 15).

¹¹⁷⁴ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 113-114; HIRSCH, Andrew von. The Offence Principle in Criminal Law: Affront to Sensibility or Wrongdoing? *King's Law Journal*, v. 11, n. 1, 2000, p. 80.

¹¹⁷⁵ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 109-110. Ver também: EDWARDS, James. No Offense. In: In: ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler (ed.). *The Palgrave Handbook of Applied Ethics*. Palgrave Macmillan, 2019, p. 501.

¹¹⁷⁶ SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*. Zur Strafrechtsphilosophie von Joel Feinberg. Berlin: Duncker & Humboldt, 2000, p. 108.

¹¹⁷⁷ FEINBERG, Joel. *Social Philosophy*. Englewood Cliffs: Prentice Hall Press, 1973, p. 28

feinberguiana de *wrong*¹¹⁷⁸. Em *The Moral Limits of the Criminal*, o autor passa a negar a existência de tal interesse, uma vez que não seria possível classificá-lo como fundamental e incluí-lo na categoria de interesses de bem-estar¹¹⁷⁹. Logo, *não haveria um interesse básico e sim um desejo instrumental em evitar ofensas* (conferir figura 2: diagrama de interesses e não interesses, no capítulo 2, tópico 2.2.2, *supra*).

Além disso, condutas como as praticadas pelos passageiros do ônibus não podem ofender Z se ele não tiver consciência da sua ocorrência ou for a elas indiferente¹¹⁸⁰. Como a ofensa é um estado mental ou emocional¹¹⁸¹, a sua existência depende de uma reação de aversão por parte do ofendido em razão da conduta alheia. Portanto, *o ofendido participa ativamente da criação da ofensa*¹¹⁸². Por outro lado, é perfeitamente possível que Z sofra um dano sem que ele esteja ciente da prática da conduta (p. ex., Z terá sofrido um dano se alguém subtrair todo o dinheiro de sua conta bancária, mesmo antes que ele descubra a ocorrência desse fato). Da mesma forma, o bem-estar de Z pode ser prejudicado por condutas que sequer lhe causam aversão (p. ex., se houver um passageiro fumando dentro do ônibus, a integridade física de Z estará sendo afetada negativamente, ainda que ele não se incomode com a fumaça do cigarro). Logo, *nem toda ofensa causa dano e nem todo dano causa ofensa*.

Enquanto as consequências danosas não precisam ser vivenciadas conscientemente pelas vítimas, a ofensa injusta tem *caráter experiencial*, ou seja, só se verifica quando a pessoa impactada percebe diretamente a ofensa¹¹⁸³. De forma geral, não há injusto ofensivo sem a percepção direta pelo ofendido, mesmo que ele descubra, indiretamente, a ocorrência da conduta ofensiva¹¹⁸⁴. As ofensas que interessam ao presente princípio são aquelas

¹¹⁷⁸ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 110, nota 7.

¹¹⁷⁹ Também no sentido de que a ofensa se diferencia do dano por não afetar interesses no sentido específico exigido pelo *harm principle*: HIRSCH, Andrew von. *Injury and Exasperation: An Examination of Harm to Others and Offense to Others*. *Michigan Law Review*, v. 84, n. 4/5, 1986, p. 701, 707 e 709.

¹¹⁸⁰ EDWARDS, James. *No Offense*, p. 501.

¹¹⁸¹ SHOEMAKER, David W. "Dirty Words" and the Offense Principle. *Law and Philosophy*, v. 19, 2000, p. 550.

¹¹⁸² EDWARDS, James. *No Offense*, p. 502.

¹¹⁸³ HUSAK, Douglas. *Disgust: Metaphysical and Empirical Speculations*. In: SIMESTER, A. P.; HIRSCH, Andrew von. *Incivilities: Regulating Offensive Behaviour*. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 94; TASIOLAS, John. *Crimes of Offence*. In: SIMESTER, A. P.; HIRSCH, Andrew von. *Incivilities: Regulating Offensive Behaviour*. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 150-151.

¹¹⁸⁴ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 57. Essa é uma característica atribuída por Feinberg ao que ele denomina de meras ofensas, em oposição às ofensas profundas. Contudo, como o filósofo admite a criminalização de ofensas profundas não percebidas diretamente pelo ofendido apenas em casos excepcionais, é possível considerar essa uma característica geral das ofensas criminalizáveis.

experienciadas, ao menos parcialmente, como uma afronta pessoal, isto é, como um injusto contra a parte ofendida (p. ex., Z se sente pessoalmente afrontado por ter que presenciar as condutas dos demais passageiros do ônibus). Ademais, a conduta ofensiva é vista como um ato injusto em razão e não independentemente das circunstâncias, de tempo e lugar, em que ocorre¹¹⁸⁵. Isso porque o conteúdo de injusto não é inerente à conduta tomada isoladamente, mas coincide e é inseparável da experiência perceptiva que é imposta à vítima.

Contudo, algumas ofensas configuram o que Feinberg denomina de *ofensas profundas*. A ofensa é dita profunda quando as pessoas se sentem insultadas, desrespeitadas ou desagradadas pelo simples fato de saber que determinadas condutas são praticadas, mesmo sem tê-las presenciado e ainda que elas ocorram em privado¹¹⁸⁶. Ocorre que a ofensa profunda que não é presenciada pelo ofendido é, no máximo, indiretamente pessoal, podendo ser inteiramente impessoal. Normalmente, essas ofensas não são concebidas como ataques pessoais pelo próprio ofendido, uma vez que a conduta não afronta a pessoa e sim as visões de mundo que ela apoia¹¹⁸⁷. Nesses casos, a conduta é considerada moralmente errada unicamente por violar *valores impessoais* que o ofendido considera fundamentais e não por violar direitos de qualquer pessoa. É o caso da profanação de cadáver ou de objeto de culto religioso em privado ou perante audiência que consente em presenciar tais atos. A versão do *offense principle* aqui defendida não autoriza a criminalização de ofensas profundas praticadas nessas circunstâncias, por mais intensas que sejam, sendo que, a fim de proibi-las, o legislador teria que recorrer ao moralismo penal¹¹⁸⁸.

A conduta ofensiva também se destaca da conduta danosa por, muitas vezes, envolver alguma forma de *comunicação ou expressão de pensamentos e opiniões*¹¹⁸⁹. Essa peculiaridade é constatada quando se considera os principais exemplos de conduta ofensiva retirados das legislações penais de muitos países: insulto contra grupos identitários, uso

¹¹⁸⁵ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 58.

¹¹⁸⁶ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 58.

¹¹⁸⁷ SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 117.

¹¹⁸⁸ Nesse sentido: FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 68-69. Todavia, Feinberg reconhece duas exceções à regra contra a proibição de ofensas profundas não percebidas diretamente pelo ofendido: ofensas raciais e publicidade ostensiva. Contra a proibição de comportamentos cuja mera ciência de que foram praticados pode incomodar pessoas sensíveis, Hart argumenta que, caso se admitisse a legitimidade de proibições desse tipo, a única liberdade que sobraria aos indivíduos seria a liberdade de fazer coisas contra as quais ninguém tem objeções: HART, H. L. A. *Law, Liberty and Morality*. Stanford: Stanford University Press, 1963, p. 47.

¹¹⁸⁹ ROBERTS, Paul. *Penal Offence in Question*, p. 20-21.

ostensivo de símbolos de ódio, exibicionismo, escárnio público contra convicções religiosas e desrespeito aos mortos. De fato, caso um dos passageiros do ônibus houvesse quebrado o braço de Z, essa conduta seria injusta por colocar Z, sem o seu consentimento ou justificação moral, em uma situação pior do que ele estaria se tal conduta não houvesse sido praticada. Por seu turno, o que torna injustas as condutas ofensivas atribuídas a esses passageiros, como se verá melhor na sequência, é o fato de que elas *expressam falta de respeito e consideração* por aqueles que estejam na mesma posição de Z¹¹⁹⁰.

Conforme argumentam Hirsch e Simester, em razão do conteúdo comunicativo e expressivo de muitas ofensas, a dinâmica interna do princípio da ofensa, mormente as máximas que orientam a sua aplicação, é distinta da do princípio do dano¹¹⁹¹. É verdade que as condutas alcançadas pelo *harm principle* também podem possuir essa mesma característica. Todavia, o fato de a conduta danosa expressar desprezo pela vítima é uma propriedade adicional e parasitária, tendo em vista que, em geral, ela expressa desprezo porque prejudica injustamente os interesses da vítima¹¹⁹². Diversamente, o caráter expressivo é uma faceta relevante da maioria das ofensas, sendo que o *risco de violação à liberdade de expressão* é mais acentuado quando a proibição se dirige contra condutas ofensivas e não danosas.

As ofensas podem ser divididas em imediatas e mediatas. As *ofensas mediatas* são aquelas em que o sentimento de aversão é mediado por juízos de valor e não exclusivamente pelos sentidos¹¹⁹³. A diferença em relação às *ofensas imediatas* é que as mediatas só podem causar incômodo àqueles indivíduos que avaliam essas condutas como sendo erradas ou inadequadas¹¹⁹⁴. Assim, o passageiro do ônibus que escuta música no volume máximo e sem fones de ouvido pratica uma ofensa imediata, enquanto o passageiro que ostenta a suástica nazista em uma camiseta pratica uma ofensa mediata. Com efeito, a primeira conduta é

¹¹⁹⁰ EDWARDS, James. No Offense, p. 505.

¹¹⁹¹ HIRSCH, Andrew von; SIMESTER, A. P. Rethinking the Offense Principle. *Legal Theory*, v. 8, n. 3, 2002, p. 269-295.

¹¹⁹² EDWARDS, James. No Offense, p. 505.

¹¹⁹³ EDWARDS, James. No Offense, p. 501. O autor se refere às ofensas mediatas como “ofensa em sentido estrito” e às ofensas imediatas como *nuisance*.

¹¹⁹⁴ Duff e Marshal afirmam que, nas ofensas mediatas, o conteúdo de injusto decorre da violação a algum *standard*, que pode ou não ser moral. Quando o *standard* de comportamento violado é moral, a conduta é ofensiva porque é moralmente injusta. Ver: DUFF, R. A.; MARSHALL, S. E. How Offensive Can You Get? In: SIMESTER, A. P.; HIRSCH, Andrew von. *Incivilities: Regulating Offensive Behaviour*. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 59.

ofensiva não em razão do sentido que lhe é socialmente atribuído e sim porque qualquer barulho excessivo é incômodo para a audição dos seres humanos.

Segundo Duff e Marshall, as ofensas imediatas podem também causar danos, como ocorre quando a exposição a ruído intenso e persistente prejudica a audição ou produz transtornos psíquicos ao manter alguém acordado por longo período¹¹⁹⁵. No entanto, Hirsch e Simester esclarecem que *as ofensas das quais se ocupa o offense principle são tipicamente mediatas*, recebendo as ofensas imediatas um tratamento mais adequado pelo *harm principle*¹¹⁹⁶. Por isso, nas ofensas diretas aos sentidos, como é o caso do ruído excessivo, a proibição penal deve se reservar às situações em que a conduta tem potencial para prejudicar a saúde física ou mental de outras pessoas.

Muitos autores não estão convencidos de que haja, de fato, uma diferença relevante entre dano e ofensa que justifique a manutenção dessa divisão¹¹⁹⁷. Segundo Petersen, há afrontas às sensibilidades alheias que, em especial quando vivenciadas de maneira intensa e continuada, prejudicam interesses de bem-estar, como a estabilidade emocional¹¹⁹⁸. Por certo, o próprio Feinberg reconhece que, em circunstâncias especiais, as condutas ofensivas causam dano direto. Da mesma forma, Hirsch e Simester observam que muitas das ofensas mais graves são também danosas, ainda que esse não seja o caso de todas elas, motivo pelo qual haverá, em alguns casos, sobreposição entre os dois princípios¹¹⁹⁹. Por outro lado, Petersen critica a ausência de critérios claros que permitam estabelecer até que ponto uma ofensa é só uma ofensa e em qual momento ela se torna um dano. Apesar dessa crítica, Petersen concorda com a sugestão, ventilada por Roberts¹²⁰⁰, de que o princípio da ofensa pode atuar, sob o

¹¹⁹⁵ DUFF, R. A.; MARSHALL, S. E. How Offensive Can You Get?, p. 59.

¹¹⁹⁶ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. Penalising Offensive Behaviour: Constitutive and Mediating Principles. In: SIMESTER, A. P.; HIRSCH, Andrew von. *Incivilities: Regulating Offensive Behaviour*. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 123-124.

¹¹⁹⁷ HÖRNLE, Tatjana. Legal Regulation of Offence. In: SIMESTER, A. P.; HIRSCH, Andrew von. *Incivilities: Regulating Offensive Behaviour*. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 138; TASIOULAS, John. Crimes of Offence, p. 165-166.

¹¹⁹⁸ PETERSEN, Thomas Søbirk. No Offense! On the Offense Principle and Some New Challenges. *Criminal Law and Philosophy*, v. 10, n. 2, 2016, p. 362.

¹¹⁹⁹ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 112.

¹²⁰⁰ ROBERTS, Paul. Penal Offence in Question, p. 23.

guarda-chuva do princípio do dano, identificando formas menos severas de dano que só devem ser punidas de forma mais branda¹²⁰¹.

Outros autores afirmam que determinadas condutas, tidas como meramente ofensivas, deveriam ser proibidas com fundamento não em sua ofensividade e sim em sua *danosidade remota*. Essa estratégia foi adotada pelas políticas de tolerância zero que se apoiavam na teoria das janelas quebradas para defender a criminalização de comportamentos ditos antissociais ou incivilizados, como a prostituição, a mendicância, a embriaguez em público e a aglomeração de jovens nas esquinas durante a noite. Como já foi argumentado, o nexos empírico entre tais condutas e os danos remotos alegados pelos defensores dessa tese não é plausível (capítulo 4, tópico 4.1, *supra*). Além disso, o recurso a danos remotos, nesses casos, dificilmente atende às exigências dos critérios de imputação justa (capítulo 5, tópico 5.4.2, *supra*). Será que a pretensão de criminalizar essas condutas terá melhores chances pelas mãos do *offense principle* do que do *harm principle*? Uma pequena minoria delas, talvez sim, mas dificilmente a maioria. Afinal, ainda que o argumento em favor do caráter ofensivo dessas condutas se mostre convincente, uma resposta positiva a essa pergunta dependerá, ainda, da identificação de um conteúdo de injusto e da aplicação de máximas de mediação específicas bastante exigentes.

6.1.2 Caráter injusto da conduta ofensiva

Há um paralelo entre a estrutura do princípio da ofensa e do princípio do dano. De forma semelhante ao conceito de dano, o termo “ofensa” possui dois sentidos, um descritivo e outro descritivo-normativo. Em *sentido estritamente descritivo*, ofensa corresponde ao já mencionado complexo de estados mentais ou emocionais indesejados. Em *sentido descritivo-normativo*, ofensa designa os distúrbios mentais e emocionais provocados por condutas injustas. O princípio em questão fundamenta a criminalização apenas de condutas que sejam,

¹²⁰¹ PETERSEN, Thomas Søbirk. No Offense! On the Offense Principle and Some New Challenges, p. 364. Embora se mostre cética quanto à utilidade da identificação de qualquer princípio fundamental no âmbito da deliberação ética, Tasioulas assevera que há razões de ordem histórica e institucional para tratar os comportamentos ofensivos como uma categoria especial de condutas criminosas (TASIOULAS, John. Crimes of Offence, p. 170).

além de ofensivas, também injustas, isto é, que violem direitos morais de outras pessoas¹²⁰². Para Feinberg, sempre haverá um injusto quando a conduta ofensiva for *injustificada* e *inescusável*.

Na visão de Seher, o conceito de injusto de Feinberg exerce em relação ao princípio da ofensa uma função limitadora que não foi capaz de exercer em relação ao princípio do dano¹²⁰³. Como a noção estritamente descritiva de ofensa não envolve qualquer impacto negativo para os interesses de bem-estar de outras pessoas, o fato de o conceito de violação de direitos morais depender do balanceamento dos interesses em jogo não criaria o mesmo ciclo vicioso que se verificou no contexto do *harm principle*. A despeito disso, assim como apontado sobre o princípio do dano, o conceito feinberguiano de *wrong* na ofensa também deixa a desejar, pois uma violação a direitos só pode ser definitivamente afirmada, em todas as hipóteses, após um exercício de ponderação.

As ofensas também se diferenciam dos danos por ser possível questionar se alguém *deve* ou não se sentir ofendido, mas não se alguém *deve* ou não se sentir prejudicado¹²⁰⁴. Em regra, não faz sentido questionar se é razoável que a vítima se sinta prejudicada quando um de seus interesses de bem-estar é retrocedido¹²⁰⁵. Entretanto, conquanto exija que a conduta afronte sensibilidades humanas e constitua um ato de injustiça, Feinberg afirma que as razões pelas quais uma conduta é considerada ofensiva não são relevantes. Para ele, nenhum *juízo de razoabilidade* deve recair sobre a reação do ofendido, bastando que um número significativo de pessoas considere a conduta ofensiva e que a prática da conduta pelo agente não seja razoável. Logo, há que se questionar a razoabilidade do comportamento ofensor, mas não do sentimento da parte ofendida¹²⁰⁶.

Os motivos para Feinberg não exigir que o sentimento de ofensa seja razoável são dois. Em primeiro lugar, *uma democracia liberal não deveria atribuir ao legislador nem a nenhuma autoridade estatal a prerrogativa de determinar se as reações emocionais dos cidadãos são ou não razoáveis*¹²⁰⁷. O filósofo reconhece que o sentimento de ofensa proveniente do menosprezo por algo que sequer é merecedor de estima, admiração ou

¹²⁰² FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 1-2.

¹²⁰³ SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 122-123.

¹²⁰⁴ SHOEMAKER, David W. "Dirty Words" and the Offense Principle, p. 550-551.

¹²⁰⁵ EDWARDS, James. No Offense, p. 502.

¹²⁰⁶ SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 114.

¹²⁰⁷ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 35-37.

lealdade não é razoável. Contudo, o que é ou não merecedor desse respeito é uma questão aberta ao dissenso cultural e ideológico. Por isso, submeter tal questão ao crivo do Estado seria perigoso e nocivo aos princípios liberais. Em segundo lugar, *um requisito de razoabilidade seria, na maioria das vezes, redundante e desnecessário*, tendo em vista que a extensão da ofensa é um dos fatores a ser balanceado pelo legislador ao decidir por criminalizar ou não a conduta¹²⁰⁸. Segundo o filósofo, uma vez que o teste de balanceamento tende a justificar proibições de comportamentos que ofendem as pessoas em geral, são mínimas as chances de que condutas que não sejam razoavelmente ofensivas venham a ser proibidas. Afinal, para ele, é altamente improvável que um sentimento de ofensa altamente difundido entre a grande maioria das pessoas seja desarrazoado. Nos pouquíssimos casos em que isso ocorrer, sendo o sentimento de ofensa intenso, previsível e generalizado, e a conduta ofensiva desprovida de valor pessoal ou social, a proibição será razoável ainda que a reação da parte ofendida não seja.

Portanto, Feinberg entende que o simples fato de uma conduta incutir estados mentais ou emocionais reais, previsíveis e desagradáveis em outras pessoas fornece, *prima facie*, uma boa razão para a proibição da conduta. Retomando a situação hipotética do ônibus, ainda que Z não consiga explicar racionalmente o porquê ele se sente desconfortável em presenciar outro passageiro se masturbar no banco mais próximo e que, ao final, pesem mais na balança as boas razões para não proibir a conduta do passageiro, não se pode ignorar o peso inicial do sentimento de incômodo experimentado por Z. Ademais, há que se reconhecer que, em muitos casos, sequer será fácil para Z fundamentar, de maneira convincente, o seu sentimento de ofensa sem recorrer a argumentos frágeis baseados em meras convenções sociais.

No entanto, o conceito de ofensa em Feinberg é criticado justamente por dispensar o requisito de razoabilidade do sentimento do ofendido. Nesse sentido, Hirsch e Simester argumentam que, definida apenas como uma afronta às sensibilidades alheias, a noção de ofensa se apresenta demasiadamente ampla, pois qualquer conduta humana pode desagradar alguém¹²⁰⁹. Se um indivíduo tem objeções contra um comportamento alheio, é esperado dele

¹²⁰⁸ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 35-36.

¹²⁰⁹ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 95-96; HIRSCH, Andrew von; SIMESTER, A. P. *Rethinking the Offense Principle*, p. 273-274; HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P.

que apresente *razões válidas* para que a conduta não seja praticada, sendo que essas razões precisam ir além do simples fato de que a conduta lhe desagrade. Assim, o fato de as ações dos demais passageiros no ônibus causarem a Z estados mentais indesejados constitui, *prima facie*, uma boa razão para que eles não se comportem assim, mas não é suficiente para concluir que eles têm o dever moral de omitir tais condutas. Desse modo, o requisito da razoabilidade impõe o ônus de fundamentar o caráter impermissível da conduta em argumentos racionais, deontológicos e não estritamente consequencialistas, de modo que *a conduta possa ser considerada moralmente incorreta do ponto de vista da moralidade crítica*.

Com efeito, em um ambiente de menor tolerância política, o princípio da ofensa de Feinberg pode servir como arma de opressão da maioria contra a minoria¹²¹⁰. Um exemplo disso é que o fato de um número significativo de pessoas se sentir ofendido ao presenciar a prática pública de atos de afeto entre parceiros do mesmo sexo – atos esses que as mesmas pessoas não consideram ofensivos quando praticados em público por casais heterossexuais – poderia constituir, em princípio, uma boa razão para proibir essa prática. O próprio Feinberg reconhece que, em sociedades mais conservadoras e menos democráticas, a reação negativa a esse tipo de conduta pode ser, além de intensa, amplamente compartilhada, tornando as máximas de mediação incapazes de garantir o caráter liberal do *offense principle*¹²¹¹. Assim, a lógica do balanceamento permite que, quando o sentimento de ofensa é intenso, durável e compartilhado praticamente por todos os cidadãos de determinada sociedade, sendo a exposição à ofensa involuntária e tendo o ofendido que arcar com um alto custo para evitá-la, o valor pessoal da conduta possa ser elidido pela extensão da ofensa, de modo a justificar a imposição de restrições que impeçam que parceiros homossexuais ostentem seus relacionamentos amorosos em público. Por outro lado, as máximas de mediação de Feinberg podem conduzir à conclusão de que não é legítimo proibir determinada conduta que causa ofensa, quando o sentimento de ofensa é suportado por razões válidas, pelo fato de apenas uma pequena minoria racial ou étnica se sentir ofendida¹²¹².

Penalising Offensive Behaviour, p. 118-119; HIRSCH, Andrew von. The Offence Principle in Criminal Law, p. 82-83.

¹²¹⁰ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 94. O exemplo citado pelos autores é o da mendicância em locais públicos.

¹²¹¹ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 66.

¹²¹² HÖRNLE, Tatjana. Offensive Behavior and German Penal Law, p. 262-263; HÖRNLE, Tatjana. Legal Regulation of Offence, p. 138; TASIOULAS, John. Crimes of Offence, p. 156.

A verdade é que X ser *subjetivamente ofensivo* não implica que X seja *objetivamente ofensivo*¹²¹³, pois o sentimento de afronta pode não ser uma reação adequada a X¹²¹⁴. Isto posto, o princípio da ofensa não deve se satisfazer com um *conceito puramente psicológico-subjetivo de ofensa*, sendo necessário um diagnóstico objetivo sobre o caráter ofensivo da conduta respaldado por considerações normativas. De fato, Feinberg pretende fornecer essa base normativa por meio da exigência de que a conduta constitua um injusto, ou seja, que viole direitos de outras pessoas de forma injustificável e culpável. Ocorre que Feinberg assume a existência de um direito geral de não ser desagradado e, por consequência, de um dever correlato a não desagradar outras pessoas, sendo que esse direito sempre será violado quando o agente ofender as sensibilidades de outras pessoas e o seu comportamento não for razoável¹²¹⁵. Com isso, na teoria de Feinberg, *a ofensividade meramente subjetiva pode constituir o conteúdo de injusto, da mesma forma que o dano direto o constitui*. Além disso, como já destacado, o juízo sobre a razoabilidade da conduta ofensiva depende, em Feinberg, da aplicação das máximas de mediação. Dessa forma, mais uma vez, todo o trabalho pesado que deveria recair sobre o conceito de injusto é deixado a cargo das máximas de mediação¹²¹⁶. Portanto, o que falta à concepção feinberguiana não é um elemento normativo que complemente o elemento descritivo-subjetivo da ofensa e sim um elemento normativo capaz

¹²¹³ HUSAK, Douglas. *Disgust: Metaphysical and Empirical Speculations*, p. 111. Observa-se que essa constatação faz com que Husak se oponha ao uso do direito penal para prevenir condutas meramente ofensivas, em lugar de propor um parâmetro normativo que permita definir quais condutas o direito penal pode reputar ofensivas. Por sua vez, Tasioulas afirma que mesmo condutas que só são subjetivamente ofensivas podem ser criminalizadas quando o agente sabe ou deveria saber da susceptibilidade da vítima a se sentir ofendida pelo comportamento: TASIOULAS, John. *Crimes of Offence*, p. 156. No entanto, a nosso ver, essas condutas só podem vir a ser proibidas com base no *harm principle*, desde que produzam dano psicológico ou emocional apto a retroceder interesses de bem-estar da vítima.

¹²¹⁴ Para Edwards, o conceito objetivo de ofensa, ainda que preferível ao conceito subjetivo, continua sendo demasiadamente amplo. Isso porque o indivíduo pode ter não só razões deonticas para se sentir ofendido, mas também razões prudenciais ou utilitárias. Assim, o autor propõe restringir o conceito objetivo de ofensa aos casos em que o indivíduo possui boas razões morais, intrínsecas à conduta, para se sentir ofendido. Ver: EDWARDS, James. *No Offense*, p. 503.

¹²¹⁵ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 96. Petersen alega que Hirsch e Simester estão equivocados ao afirmar que o *offense principle* de Feinberg carece de um elemento de injusto: PETERSEN, Thomas Søbirk. *No Offense! On the Offense Principle and Some New Challenges*, p. 358. Todavia, observa-se que Hirsch e Simester reconhecem que Feinberg postula sim a injustiça da conduta como um requisito para a aplicação do princípio, mas discordam de como o filósofo americano estrutura o conteúdo de injusto da conduta ofensiva cuja criminalização é justificada pelo *offense principle*.

¹²¹⁶ No sentido de que Feinberg não fornece uma teoria do injusto, uma vez que o seu conceito de *wrong* é dependente das máximas de mediação: BAKER, Dennis J. *The Right Not to be Criminalized*. *Demarcating Criminal Law's Authority*. Farnham: Ashgate, 2011, p. 203-204; BAKER, Dennis J. *The Sense and Nonsense of Criminalising Transfers of Obscene Material*. *Singapore Law Review*, v. 26, 2008, p. 137-138.

de filtrar as condutas passíveis de criminalização, independentemente de qualquer ponderação de interesses. Em síntese, a abordagem de Feinberg carece de um limite deontológico fixo para o seu conceito consequencialista de ofensa.

Como colocado por Shoemaker, é possível atrelar a relevância penal da ofensa à observância ao *requisito da razoabilidade* sem romper com o liberalismo. Para tanto, esse requisito não pode atribuir ao legislador a função de avaliar a razoabilidade de determinada visão de mundo ou da adesão do ofendido a essa mesma visão¹²¹⁷. Assim, *o juízo de razoabilidade não deve recair sobre a reação do ofendido, mas sobre as suas razões para pleitear a restrição da conduta ofensiva*. Nesse quadro, a pretensão do ofendido não será razoável se essas razões derivarem exclusivamente de uma *visão privada de mundo* (moral, religiosa etc.) que não possa ser acolhida por todos os cidadãos razoáveis de forma consistente com a sua igualdade e liberdade¹²¹⁸. Dito de outra forma, as razões para demandar a proibição de determinada conduta devem ser *pública e não apenas privadamente* razoáveis. Por certo, não há nada de iliberal em cobrar do ofendido razões desse tipo.

Nessa linha, Hirsch e Simester sustentam que o fato de a conduta produzir estados mentais indesejados em outras pessoas não é suficiente para fundamentar, nem mesmo em princípio, a sua proibição, sendo necessário um *plus* para que a conduta seja *prima facie* criminalizável. Esse *plus* é fornecido justamente pelo distinto conteúdo de injusto das condutas ofensivas, o qual se baseia em razões normativas independentes do efeito produzido pela conduta sobre o estado mental e emocional de outras pessoas. Segundo os autores, as condutas que afrontam sensibilidades alheias só são injustas na medida em que consistam em *tratar outras pessoas com grave falta de respeito e consideração*¹²¹⁹. Desse modo, a ofensa é injusta quando viola o direito que toda pessoa tem, em razão de seu inerente valor moral, a ser tratado com respeito e consideração. O comportamento pode, inclusive, ser desrespeitoso por

¹²¹⁷ SHOEMAKER, David W. “Dirty Words” and the Offense Principle, p. 555-556.

¹²¹⁸ SHOEMAKER, David W. “Dirty Words” and the Offense Principle, p. 558-559. A proposta do autor tem como base o liberalismo político de Rawls e é coerente com nossa definição de injusto, apresentada no capítulo anterior.

¹²¹⁹ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. Penalising Offensive Behaviour, p. 120; HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 100; HIRSCH, Andrew von. The Offence Principle in Criminal Law, p. 82. O conceito de ofensa injusta em Hirsch e Simester é, em boa parte, inspirado pela tese de Ph.D não publicada de Uma Narayan, intitulada *Offensive Conduct: What is it and When May We Legally Regulate It?*, defendida no ano 2000, na Rutgers University. Sobre o trabalho de Narayan: HÖRNLE, Tatjana. Offensive Behavior and German Penal Law, p. 270.

violar uma convenção social (por exemplo, exibir os órgãos genitais em público)¹²²⁰. No entanto, essa convenção, ainda que seu conteúdo específico seja arbitrário, há de ter valor instrumental (isto é, deve servir à proteção de interesses humanos) e não pode ser discriminatória (por exemplo, a convenção social que considera aceitável que os homens apareçam em público sem camisa, mas não as mulheres)¹²²¹ nem incompatível com direitos fundamentais. Logo, não basta que a conduta viole a *moral positiva*, sendo necessário que o caráter de injusto possa ser fundamentado pela *moral crítica*.

Diante disso, Hirsch e Simester propõem identificar as razões normativas que podem fundamentar a alegação de que determinado comportamento trata outras pessoas com grave desrespeito e desconsideração, sem recorrer ao fato de referida conduta afrontar sensibilidades humanas. Os autores identificam três tipos de razões. O agente trata outras pessoas com desrespeito e desconsideração quando: 1) as insulta, seja atribuindo características depreciativas ou imputando-lhes falsamente comportamentos prejudiciais a sua honra e imagem; 2) impõe a elas que presenciem, involuntariamente, atos íntimos e privados e 3) recusa-se a deixá-las em paz, impedindo que as pessoas mantenham o anonimato nos espaços

¹²²⁰ Segundo Baker, o debate sobre o *offense principle* evidencia a impossibilidade de fundar os princípios da criminalização em bases objetivas como pretendia Feinberg, uma vez que, sendo o efeito ofensivo da conduta altamente dependente de convenções sociais, o conceito de ofensa está claramente enraizado em uma moralidade positiva e não crítica. Para Baker, dano e ofensa não são conceitos objetivos como pretendido por Feinberg, pois a compreensão de que algo é danoso ou ofensivo resulta de processos de socialização, mesmo que essa compreensão seja praticamente unânime. A despeito disso, registra-se que Baker é um defensor do *harm principle*, sustentando que a criminalização de condutas humanas só pode ter como fundamento as consequências negativas dessas condutas. Isso porque, ainda que a questão sobre quais consequências negativas podem ser classificadas como danosas seja respondida conforme as convenções sociais, sendo algumas convenções mais consensuais do que outras, não há discussão quanto a ser o dano um tipo particularmente grave de consequência negativa. Ver: BAKER, Dennis J. The Impossibility of a Critically Objective Criminal Law. *McGill Law Journal*, v. 56, n. 2, 2011, p. 349-354; BAKER, Dennis J. The Sense and Nonsense of Criminalising Transfers of Obscene Material, p. 136; BAKER, Dennis J. *The Right Not to be Criminalized*, p. 202, 206 e 242. Não nos parece frutífero ingressar em uma discussão sobre o caráter “objetivo” ou “socialmente determinado” do dano e da ofensa em sentido descritivo e não normativo. Mais relevante é reafirmar que o fato de o caráter injusto de algumas condutas, seja danosas ou ofensivas, depender de normas convencionais não afasta a necessidade de fundamentá-lo criticamente, justificando o conteúdo da convenção social com base em boas razões morais politicamente relevantes. Por isso, discordamos da sugestão de que o princípio da ofensa seja indiferente à moralidade crítica.

¹²²¹ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 102-103; HIRSCH, Andrew von; SIMESTER, A. P. Rethinking the Offense Principle, p. 277-278. Ou seja, a violação de convenção social instrumentalmente valiosa e não discriminatória pode constituir o conteúdo do injusto, assim como a violação de normas de coordenação também constitui o conteúdo de injusto no caso de crimes de perigo implícito ou referidos a danos remotos (ver capítulo 4, tópico 4.2.4, e capítulo 5, tópico 5.5.2, *supra*).

públicos¹²²². Esse rol não é exaustivo, tendo em vista que, embora fundamente o conteúdo de injusto em casos como insulto, ato obsceno e importunação pública, não contempla condutas que, a princípio, podem ser classificadas como injustos ofensivos (por exemplo, o desrespeito público aos mortos e ao sentimento religioso)¹²²³.

O princípio da ofensa se diferencia do princípio do dano não apenas em razão do tipo de consequência negativa de que se ocupa, mas também do conteúdo de injusto das condutas ofensivas. Segundo Hirsch e Simester, o injusto exigido pelo *harm principle* tende a variar conforme o dano em questão e não possui nenhum traço especial¹²²⁴. Por sua vez, o injusto da ofensa é um injusto expressivo, pois o caráter de injustiça está exatamente no fato de a conduta comunicar a sua audiência o menosprezo ao respeito e consideração que lhes são devidos em razão de seu *status* moral como pessoa. Como resultado, ainda que a conduta ofensiva, considerada isoladamente, aparente ser desprovida de valor pessoal ou social, por se tratar de um ato de expressão comunicativa, a conduta pode ser valiosa para o estilo de vida que o agente elegeu para si.

Na visão de Hörnle, o critério formulado por Hirsch e Simester é demasiadamente amplo e, por consequência, incapaz de limitar a atividade do legislador, já que existem muitos atos que tratam outras pessoas com desrespeito e desconsideração e, ainda assim, não merecem ser criminalizados (por exemplo, deixar, intencionalmente, alguém por horas esperando um compromisso previamente agendado)¹²²⁵. Essa abordagem careceria de um critério geral capaz de indicar, nas situações concretas, quais atos de desrespeito e desconsideração são candidatos à criminalização e, o que seria mais relevante, quais desses atos não poderiam sequer ser considerados. Há que se questionar, todavia, se um critério desse

¹²²² HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 97-99; HIRSCH, Andrew von. *The Offence Principle in Criminal Law*, p. 83-86.

¹²²³ Hirsch cita uma quarta categoria referente às condutas que envolvem uma utilização do espaço público de forma a reduzir consideravelmente a possibilidade de outras pessoas perseguirem as suas próprias preferências. O exemplo citado pelo autor é o da pessoa que usa um rádio portátil no volume máximo no transporte público, dificultando que outras pessoas leiam jornais, conversem ou se envolvam em outras atividades. Ver: HIRSCH, Andrew von. *Toleranz als Mediating principle*. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 101. Parece-nos que as condutas passíveis de serem incluídas nessa categoria afrontam, imediatamente, os sentidos e não exatamente as sensibilidades alheias, recebendo, por isso, tratamento mais adequado pelo *harm principle*, assim como ocorre com outras ofensas imediatas.

¹²²⁴ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 120.

¹²²⁵ HÖRNLE, Tatjana. *Legal Regulation of Offence*, p. 142. No mesmo sentido: BAKER, Dennis J. *The Sense and Nonsense of Criminalising Transfers of Obscene Material*, p. 140; ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 5. Auflage. Band I. München: C.H. Beck, 2020, 125c, p. 101.

tipo seria factível. Hörnle ensaia uma solução ao sugerir que a lei penal deveria se reservar a demarcar as áreas em que as pessoas têm o direito de serem deixadas em paz¹²²⁶. Em sentido diverso, Wohlers entende que só o legislador dispõe da autoridade democrática necessária para dizer se determinada violação a uma convenção social consiste ou não em grave falta de respeito e consideração¹²²⁷. Não obstante, o autor alemão reconhece que Hirsch e Simester fornecem ao legislador um critério razoavelmente útil, permitindo que dele sejam exigidas razões plausíveis para a proibição da conduta. Com efeito, essa exigência não seria atendida pela simples postulação de um bem jurídico a ser protegido.

Para Alexander, a adesão ao princípio da ofensa poderia ser substituída pela adesão direta a uma versão mais moderna do moralismo legal, tendo em vista que as condutas imorais não danosas comumente causam ofensa¹²²⁸. No entanto, o injusto ofensivo, assim como o injusto danoso, não pode ser equiparado à mera imoralidade, pois não se trata apenas de um *mal abstratamente considerado* e sim de uma violação de direitos não meramente morais de outras pessoas¹²²⁹. Já Stanton-Ife afirma que o próprio conceito de injusto de Hirsch e Simester torna a noção de ofensa dispensável, na medida em que a presença de uma grave falta de respeito e desconsideração por outra pessoa pode ser suficiente para a proibição da conduta (p. ex., no caso do discurso de ódio), ainda que essa conduta não chegue a produzir em alguém estados mentais indesejados¹²³⁰. Contra essa posição valem os mesmos argumentos que formulamos ao sustentar que o requisito da injustiça não torna o conceito de dano dispensável (capítulo 5, item 5.5.3, *supra*): a injustiça moral intrínseca a essas condutas explica apenas parcialmente a sua criminalização, sendo que a combinação entre o elemento consequencialista da ofensividade e o elemento deontológico da injustiça fornece uma fundamentação moral e política mais completa e robusta para o exercício da coerção penal, definindo com maior clareza os limites ao poder estatal de incriminação de condutas.

¹²²⁶ HÖRNLE, Tatjana. Offensive Behavior and German Penal Law, p. 271.

¹²²⁷ WOHLERS, Wohlers. Criminal Liability for Offensive Behaviour in Public Spaces. In: SIMESTER, AP; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid. *Liberal Criminal Theory*. Essays for Andreas von Hirsch. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014, p. 264.

¹²²⁸ ALEXANDER, Larry. Harm, Offense, and Morality. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 1994, v. VII, n. 2, p. 205.

¹²²⁹ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 117.

¹²³⁰ STANTON-IFE, John. What is the Harm Principle for? *Criminal Law and Philosophy*, v. 10, n. 2, 2016, p. 342.

Em nossa teoria da criminalização, o conceito de injusto para fins de aplicação do *offense principle* equivale, do ponto de vista formal, ao conceito defendido para o *harm principle* (capítulo 5, tópico 5.5.1, *supra*). Assim, a conduta ofensiva será injusta se houver uma *boa razão determinante para não praticá-la*. Essa boa razão deve ter caráter deontológico e não estritamente consequencialista, além de ser do tipo que integra os assuntos legítimos de uma comunidade política liberal. Como visto, essa razão estará presente, em princípio, quando a conduta *violar direitos alheios ou deveres não meramente morais em face de outras pessoas, isto é, direitos ou deveres deduzidos do contrato social que visa à coexistência livre e pacífica entre indivíduos iguais em dignidade e autonomia*. Então, por exemplo, atrasar-se intencionalmente para um compromisso não constitui um injusto nesse sentido específico, motivo pelo qual essa conduta não pode ser proibida com fundamento no princípio da ofensa, ainda que perturbe seriamente a pessoa que fica esperando e que constitua um comportamento moralmente censurável.

Todavia, *o conteúdo material dos direitos e deveres violados pelas condutas ofensivas passíveis de criminalização é mais específico do que o daqueles violados por injustos danosos*. Isso porque, como exposto por Hirsch/Simester, *o princípio da ofensa se ocupa de condutas que comunicam uma grave falta de respeito ou consideração por outras pessoas*. Logo, o presente princípio fundamenta a criminalização de condutas que violem, por exemplo, o direito a não ser insultado em seu convívio social, a não ser exposto contra a sua vontade à privacidade sexual alheia ou outros atos de caráter íntimo, a não ser assediado nos espaços de convivência comum, a não ter perturbada sua livre fruição do espaço público, a não ser humilhado ou ridicularizado em razão de sua pertinência a determinado grupo identitário (étnico, religioso, etc.), a não servir como audiência para atos repudiados pelo seu respeito ao valor intrínseco à humanidade de outras pessoas etc.

Havendo violação a um direito ou dever de natureza moral e político-legal, na qual se baseia o juízo de injustiça que recai sobre a conduta ofensiva, o *requisito da razoabilidade* estará atendido. A recíproca, porém, não é verdadeira: é possível que a reação do ofendido seja razoável, mas que seus direitos morais não tenham sido violados. Conforme pontuado por Seher, diferentemente da conduta danosa que, em geral, conecta-se de forma mais clara a uma proibição válida, a menor gravidade, em regra, da conduta ofensiva torna imprescindível

investigar mais detidamente a *legitimidade moral do comportamento disruptivo*¹²³¹. Daí que, como se verá no próximo tópico, *é possível que o sentimento de afronta do ofendido seja razoável e, ainda assim, as máximas de mediação afastem o caráter injusto da conduta*.

6.1.3 Máximas de mediação do offense principle

As máximas de mediação visam a restringir o âmbito de aplicação do princípio da ofensa, excluindo do alcance do princípio as ofensas provocadas por comportamentos totalmente inocentes e por atividades socialmente valiosas ou mesmo necessárias. Para Feinberg, antes de decidir por criminalizar ou não determinado comportamento meramente ofensivo, o bom legislador deverá contrapor a *gravidade da ofensa* causada às vítimas à *razoabilidade da conduta* do ofensor. A fim de orientá-lo nessa atividade de balanceamento, o filósofo indica três aspectos ligados à ofensa e três ligados à conduta ofensiva que determinarão o peso de cada polo para que, ao final, o legislador possa compará-los e chegar a uma decisão ponderada (ver figura 8, *infra*)¹²³².

6.1.3.1 O balanceamento entre a gravidade da ofensa e a razoabilidade da conduta ofensiva

Primeiramente, a *gravidade da ofensa* é determinada pela *intensidade, durabilidade e extensão* que um observador padrão pode esperar da reação negativa ao comportamento ofensivo (= *magnitude da ofensa*). Daí que o legislador há de questionar, previamente, o quão intensa se espera que venha a ser a afronta às sensibilidades alheias, por quanto tempo os efeitos negativos da ofensa podem perdurar e o quão difundido na comunidade pode vir a ser o sentimento de ofensa. Quanto mais intenso, duradouro e difundido o estado mental ou emocional indesejado provocado pela conduta ofensiva, maior é o peso das boas razões em favor de sua proibição e mais fortes precisarão ser os argumentos pela razoabilidade da conduta para compensá-las.

Em obra anterior, Feinberg sustentava um *standard da universalidade*, segundo o qual a ofensa deveria ser uma “reação razoavelmente esperada de praticamente qualquer

¹²³¹ SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 112.

¹²³² FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 25-26.

pessoa escolhida aleatoriamente”¹²³³. Esse *standard* foi abandonado porque criava um obstáculo para a proibição de condutas ofensivas apenas a minorias étnicas, religiosas ou identitárias. Como os interesses de bem-estar das pessoas em geral independem de suas visões de mundo e propósitos de vida, é possível tomar o dano como um evento objetivo e universalizável. Diversamente, a ofensa é uma reação emocional subjetiva e, ao menos parcialmente, dependente das experiências e preferências pessoais de cada um. Apesar disso, certo é que se sentir ofendido por uma afronta contra si ou seu próprio grupo social é uma resposta humana quase universal, ainda que a ofensa contra determinada pessoa ou grupo não seja amplamente compartilhada¹²³⁴. Ademais, nos casos em que a afronta é dirigida contra uma única pessoa ou um grupo minoritário, o fato de o sentimento de ofensa ser compartilhado por um menor número de pessoas tende a ser compensado pela maior intensidade da ofensa.

Da gravidade da ofensa deve ser descontado eventual excesso decorrente de *suscetibilidades anormais*¹²³⁵. Suponha-se que o simples fato de pessoas adultas praticarem relações sexuais sadomasoquistas, em privado e consensualmente, seja suficiente para causar estresse mental severo em indivíduos mais sensíveis. Esse impacto negativo sobre a tranquilidade de outras pessoas deve ser atribuído à suscetibilidade anormal dos ofendidos e não propriamente ao caráter ofensivo da conduta. A rigor, tanto a exigência de que o ofendido experencie diretamente a ofensa quanto o requisito de razoabilidade da reação do ofendido impedem que casos assim sejam, em princípio, criminalizáveis. Logo, nessa hipótese, o afastamento da legitimidade da proibição não depende do resultado final do balanceamento promovido pelas máximas de mediação.

A *gravidade da ofensa* também varia conforme a sua *razoável evitabilidade*. Segundo essa máxima, quanto mais fácil é evitar a ocorrência da ofensa ou fazer cessar uma ofensa em curso, sem esforço ou inconveniente desarrazoado, menor é a sua gravidade¹²³⁶. No caso hipotético do ônibus, Z não pode fugir das condutas ofensivas dos demais passageiros sem considerável inconveniente para si: descer do ônibus, pagar por uma nova passagem e

¹²³³ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 28. No original: “(...) it should be the reaction that could reasonably be expected from almost any person chosen at random (...)”. Esse *standard* foi defendido em: FEINBERG, Joel. *Social Philosophy*, p. 44.

¹²³⁴ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 30.

¹²³⁵ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 33-34.

¹²³⁶ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 32.

chegar atrasado a seu compromisso. A situação é diferente quando a audiência não é obrigada a presenciar a conduta ofensiva por não estar cativa em um espaço, como ocorre quando um transeunte pode facilmente evitar assistir a um casal mantendo relações sexuais, dentro de um automóvel estacionado em um beco escuro, ao se afastar do veículo. Da mesma forma, aquele que se sentir ofendido, por exemplo, pelo conteúdo de um livro que nega o Holocausto judeu pode, sem ônus excessivo, evitar a ofensa ao deixar de obter e ler o livro.

Outra máxima de mediação aplicável, nesse âmbito, é a já conhecida *volenti non fit injuria*. Segundo essa máxima, o *offense principle* não suporta a proibição da conduta quando o ofendido consente, livre e validamente, com a prática da conduta ofensiva ou assume o risco de que a ofensa venha a se materializar¹²³⁷. Logo, espectadores adultos de filmes, peças de teatro e exposições de arte que, sabendo ou devendo saber da classificação indicativa da obra, vem a ser ofendidos por algum conteúdo considerado obsceno não terão suas sensibilidades protegidas pelo direito penal. Da mesma forma, não se pode proibir performances sensuais de dançarinas nuas em recintos fechados sob o argumento de que a conduta causa ofensa ao público, como no caso de que trata o precedente *Barnes vs. Glen Theatre Inc.* da Suprema Corte norte-americana (conferir capítulo 1, tópico 1.5.1, *supra*). A máxima *volenti* impede que se fale em ato injusto, pois, tendo sido excluído o acesso ao local a crianças e adolescentes, toda a audiência optou, voluntariamente, por presenciar o show e, inclusive, pagou pelo ingresso, sendo-lhe franqueado sair do local quando bem entendesse.

Por outro lado, a *razoabilidade da conduta ofensiva* é determinada, em primeiro lugar, pelo *valor pessoal e utilidade social* da conduta¹²³⁸. Se a conduta que se pretende proibir é praticada pelo agente como um meio conveniente, ainda que não necessário, ao exercício de sua atividade econômica, promoção de sua saúde, desenvolvimento de seus talentos ou pleno gozo de suas relações afetivas, o seu valor pessoal deverá agir sobre a balança como um contrapeso. Se, além do valor pessoal, essa conduta também for provida de utilidade para toda a sociedade, o peso das razões em desfavor da proibição será ainda maior. Daí que, por exemplo, a cobertura midiática de um caso criminal atual, ainda que ofensiva aos diretamente envolvidos e perturbadora para os telespectadores, atende ao interesse público por informação, desde que a informação seja segura e confiável.

¹²³⁷ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 33.

¹²³⁸ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 37-38.

Um corolário dessa primeira máxima de mediação é a *liberdade de expressão política*. Essa liberdade fundamental tem não só valor inerente e instrumental para a persecução dos fins que cada indivíduo elege para si, mas também como meio necessário ao funcionamento de uma organização política baseada na participação esclarecida dos cidadãos na tomada de decisões que conduzem a vida em sociedade. Por essa razão, Feinberg sustenta que nenhuma ofensa é grave o suficiente para compensar o valor pessoal e social vital advindo do livre exercício do direito de expressão de opiniões em matéria política, empírica, histórica, científica, teológica, filosófica e moral¹²³⁹. De forma semelhante, uma conduta que é essencial ao exercício da liberdade religiosa ou da liberdade de expressão artística, ainda que ofensiva, não pode ser proibida, a não ser que produza dano ou perigo direto de dano (p. ex., um ritual religioso ou uma peça de teatro em que se realize um sacrifício humano)¹²⁴⁰.

No entanto, em relação à liberdade de expressão política, há que se estar atento quando a conduta ofensiva, embora envolva alguma forma de linguagem e simbolismo, não constituir discurso por *ausência de conteúdo comunicativo claro* (p. ex., um epíteto obsceno) ou quando, havendo manifestação de opinião ou pensamento, esse *conteúdo comunicativo for meramente incidental* (p. ex., desfiles em uniformes nazistas e carregando bandeiras com suásticas ou em vestes e capuzes brancos típicos dos membros da Ku Klux Klan)¹²⁴¹. Nesses casos, conquanto o valor pessoal da conduta se mantenha, o seu valor social é diminuto e, por consequência, a razoabilidade da conduta pode ser contrabalançada pela gravidade da ofensa¹²⁴². Por outro lado, na visão de Feinberg, mesmo que a opinião em si seja ofensiva (p. ex., uma opinião em favor da implantação de regime ditatorial a partir de um golpe de Estado), o *standard* do valor pessoal e da utilidade social confere imunidade absoluta ao discurso, desde que a enunciação da opinião não seja ofensiva (a enunciação será ofensiva, por exemplo, se a opinião pró-golpe ditatorial for defendida por meio de uma passeata

¹²³⁹ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 39.

¹²⁴⁰ Essa conclusão não é explicitada por Feinberg. Porém, entendemos que ela pode ser deduzida da argumentação apresentada pelo filósofo. Conferir: FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 137 e 168-169.

¹²⁴¹ Em 1978, a Suprema Corte de Illinois autorizou e assegurou proteção policial para uma passeata organizada pelo Partido Nacional-Socialista da América, em que as pessoas usariam uniformes militares nazistas e portariam bandeiras com suásticas. A passeata ocorreria no município de Skokie, no subúrbio de Chicago, cuja maioria da população era formada por judeus e sobreviventes do Holocausto. Ver: *Skokie v. Nationalist Socialist Party of America*, 373 N.E.2d 21 (1978). Para Feinberg, o ato não envolvia a manifestação de opinião política e sim de insultos contra a população judaica local (FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 86).

¹²⁴² FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 39.

armada). Portanto, o filósofo adere, em linhas gerais, à interpretação majoritariamente atribuída à Primeira Emenda à Constituição americana, segundo a qual *qualquer ideia, ainda que intolerante e antidemocrática, pode ser manifestada publicamente, ao menos enquanto a forma pela qual essa ideia é expressa não for, em si, ofensiva*¹²⁴³.

Em segundo lugar, a *razoabilidade da conduta ofensiva* é determinada pela *disponibilidade de oportunidades alternativas* e igualmente satisfatórias para o agente praticar a conduta sem produzir a mesma reação negativa. Nos termos dessa máxima de mediação, a conduta ofensiva não é razoável quando o agente pode optar por praticar a atividade em outro horário ou local, sem sofrer prejuízo ou grave inconveniente, para evitar ofender pessoas das quais não se pode esperar que elas mesmas impeçam a ocorrência ou prosseguimento da ofensa (uma audiência cativa, por exemplo)¹²⁴⁴. Dessa forma, presume-se que os passageiros do caso hipotético, que se masturbam e praticam atos sexuais consensuais entre si dentro do ônibus em que também está Z, possam, sem ônus excessivo, praticar essas condutas em privado. A situação é diferente quando se trata de pessoas em situação de rua que urinam, evacuem e satisfazem a libido na via pública por, em geral, não possuir local adequado para atender a essas necessidades humanas básicas. Ademais, um corolário dessa segunda máxima é que as condutas ofensivas são menos desarrazoadas quando *praticadas em locais públicos em que é sabido que esse tipo de conduta ocorre* do que quando praticadas onde tais condutas são raras e inesperadas. Portanto, na teoria de Feinberg, um ato considerado exibicionista como o *topless* é mais razoável quando praticado na praia do que no supermercado ou na padaria. Porém, como o filósofo não exige que a reação do ofendido seja razoável, há o risco de que a aplicação desse corolário contribua para a *segregação espacial* de grupos minoritários¹²⁴⁵.

¹²⁴³ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 39-40. Veremos, mais adiante, que essas conclusões não podem ser simplesmente transplantadas para o sistema jurídico brasileiro, tendo em vista as diferentes interpretações atribuídas às constituições de cada país, no que diz respeito ao direito fundamental à liberdade de expressão.

¹²⁴⁴ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 40.

¹²⁴⁵ É o que acontece quando Feinberg, ao exemplificar a aplicação do corolário, afirma que o ato de parceiros homossexuais que se beijam e se acariciam dentro do ônibus é “desarrazoadamente ofensivo”, se houver áreas da cidade, não muito distantes, frequentadas majoritariamente pela comunidade LGBT, em que é comum que as pessoas pratiquem esses atos em espaços públicos: FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 42. O problema dessa abordagem é que desconsidera que não há razões válidas para concluir que beijos e carícias em público são ofensivos quando praticados por homossexuais, mas não quando praticados por casais heterossexuais.

Nota-se que, em muitos casos, não se pode negar às pessoas o direito de praticar a conduta em público pelo simples fato de existir a opção de praticá-la em privado. Com efeito, há condutas que perdem parte ou mesmo toda a sua razão de ser se forem restringidas apenas à esfera privada. Por isso, mostra-se necessário acrescentar à análise um último *standard* relativo às *motivações do agente para praticar a conduta*. Segundo Feinberg, quando esses motivos são estritamente maliciosos ou espúrios, a conduta ofensiva não pode ser vista como razoável pelos olhos da lei¹²⁴⁶. Daí que mesmo condutas que só chegam a ofender pessoas ultrassensíveis podem vir a ser proibidas quando praticadas com o único propósito de se aproveitar das vulnerabilidades alheias para causar afronta. Já quando o agente atua motivado pela intenção de defender alguma opinião política, a conduta tende a ser razoável por constituir exercício da liberdade de expressão política.

Figura 8 – Sumário de máximas de mediação do *offense principle* em Feinberg

Gravidade da ofensa	Razoabilidade da conduta ofensiva
<i>Magnitude da ofensa</i> : quanto maior a intensidade, duração e extensão da ofensa, descontada a suscetibilidade anormal do ofendido, maior a gravidade.	<i>Valor pessoal e utilidade social</i> : quanto maior o valor pessoal e a utilidade social da conduta ofensiva, mais razoável é permitir a sua prática. O valor decorrente do exercício da liberdade de expressão política não é elidido pela gravidade da ofensa, desde que apenas o conteúdo e não a forma do discurso seja ofensivo.
<i>Razoável evitabilidade</i> : quanto mais difícil é para o ofendido evitar presenciar a conduta ofensiva, sem sérios inconvenientes, mais grave é a ofensa.	<i>Disponibilidade de oportunidades alternativas</i> : quanto maior a disponibilidade de horários e locais alternativos e igualmente satisfatórios para o agente praticar a conduta sem ofender ninguém, menos razoável é a conduta ofensiva. A conduta é mais razoável quando praticada em local em que a sua ocorrência é comum e sabida do que quando praticada em local em que a sua incidência é rara e inesperada.
<i>Volenti non fit injuria</i> : o consentimento voluntário do ofendido adulto com a ofensa ou o risco de ofensa afasta a possibilidade de proibir a conduta com fundamento no <i>offense principle</i> .	<i>Motivação da conduta</i> : a conduta não é razoável quando praticada unicamente por motivos maliciosos ou espúrios, diferentemente de quando motivada pela consciência política do agente.

As máximas de mediação não se dirigem apenas ao legislador, mas também ao juiz, que deverá aplicá-las dentro dos limites autorizados pela lei¹²⁴⁷. A diferença é que o legislador se ocupa de tipos gerais de condutas ofensivas, enquanto o juiz deverá examinar condutas

¹²⁴⁶ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 41.

¹²⁴⁷ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 45.

específicas. O *espaço de discricionariedade assinalado ao juiz é maior em relação às condutas ofensivas do que em relação às condutas danosas*, uma vez que, nos casos em que a proibição se fundamenta no *harm principle*, o juiz está mais fortemente vinculado ao balanceamento de interesses previamente realizado pelo legislador. Por certo, em alguns casos, as máximas de mediação do *offense principle* fornecerão uma resposta inequívoca à questão sobre a legitimidade da proibição (p. ex., quando a ofensa é muito grave e a conduta não é nada razoável¹²⁴⁸) e, em outros, não será possível extrair uma única solução correta (p. ex., quando o grau de ofensividade é moderado e a conduta também é moderadamente desarrazoada). Para Feinberg, nesse último cenário, *a decisão final do legislador ou do juiz, seja qual for, não poderá ser censurada como ilegítima*¹²⁴⁹. Ademais, os juízos sobre a gravidade da ofensa e a razoabilidade da conduta são bastante dependentes de *padrões culturais* que variam de lugar para lugar e estão em constante transformação¹²⁵⁰. Em razão disso, *a aplicação das máximas deve buscar refletir a evolução dos hábitos e costumes que intermediam a convivência pacífica entre os diferentes estilos de vida em cada comunidade*.

6.1.3.2 Os critérios de aplicação em Hirsch/Simester

As máximas de mediação de Feinberg se apresentam, em sua maioria, sob a forma de considerações pragmáticas de política-criminal, mas também sob a forma de limites deontológicos à intervenção penal (p. ex., a liberdade de expressão política)¹²⁵¹. Como resultado, o teste ao qual o filósofo submete as condutas ofensivas candidatas à criminalização é mais sofisticado do que um teste puramente utilitarista voltado à maximização da satisfação geral. Logo, mesmo uma conduta que produz ofensa intensa,

¹²⁴⁸ É o caso da cacofagia dentro do ônibus: 1) a ofensa é satisfatoriamente grave, não sendo o sentimento de afronta restrito àquelas pessoas ultrasensíveis; 2) os demais passageiros não podem evitar presenciar a conduta sem sério inconveniente; 3) não se aplica a máxima *volenti*, tendo em vista que se trata de uma audiência cativa; 4) a conduta não tem valor pessoal relevante nem utilidade social, não é uma forma de expressão de ideias e opiniões nem de expressão artística; 5) a conduta poderia ser realizada longe dos olhos de outras pessoas sem que, com isso, perdesse sua razão de ser. Ver: FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 45.

¹²⁴⁹ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 46.

¹²⁵⁰ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 45.

¹²⁵¹ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 123.

duradoura e difundida pode, em tese, escapar à proibição, desde que seja especialmente valiosa e, por conseguinte, a sua razoabilidade prepondere sobre a gravidade da ofensa¹²⁵².

Os critérios de aplicação do *offense principle* propostos por Hirsch e Simester operam de forma distinta das máximas de ponderação, uma vez que funcionam como limites à aplicação do princípio e não como pesos e contrapesos¹²⁵³. Além disso, tais critérios possuem um âmbito de aplicação mais reduzido, tendo em vista que o conceito de injusto ofensivo dos autores é mais restrito do que o de Feinberg¹²⁵⁴. A conduta ter sido praticada em privado e não perante uma audiência que sequer escolheu presenciá-la, por exemplo, não simplesmente adiciona um contrapeso na balança em razão de ser a ofensa razoavelmente evitável pelo ofendido. Considerando o conteúdo comunicativo da injustiça nas ofensas, o caráter estritamente privado da conduta afasta definitivamente o seu caráter injusto, seja qual for o peso dos argumentos em cada lado da balança¹²⁵⁵.

O primeiro critério de aplicação do *offense principle* é o da *fácil evitabilidade da ofensa*, o qual se aproxima da máxima de ponderação da *razoável evitabilidade*, mas sem com ela se confundir. Segundo esse critério, a conduta ofensiva não é criminalizável quando outras pessoas podem, sem restrição indevida de sua “gama de opções”, ou seja, de sua autonomia, evitar ser confrontadas pelo comportamento ofensivo¹²⁵⁶. Contudo, constatando-se que a ofensa não é facilmente evitável pelo ofendido, a evitabilidade se converte de critério restritivo em fator de ponderação, de forma que o grau em que a conduta é evitável e o grau em que evitá-la invade a liberdade individual devem ser balanceados pelo legislador ou juiz. Observa-se que a aplicabilidade desse critério é uma diferença relevante entre o princípio da ofensa e o princípio do dano. Afinal, não se pode argumentar que um roubo na rua X, conhecida por ser perigosa, deve ser tolerado porque a vítima poderia ter escolhido passar, em segurança, pela rua Y.

¹²⁵² HIRSCH, Andrew von. *The Offence Principle in Criminal Law*, p. 81.

¹²⁵³ HIRSCH, Andrew von; SIMESTER, A. P. *Rethinking the Offense Principle*, p. 279-280; HIRSCH, Andrew von. *The Offence Principle in Criminal Law*, p. 87; HIRSCH, Andrew von. *Injury and Exasperation*, p. 707-709.

¹²⁵⁴ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 123-124.

¹²⁵⁵ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 129. De fato, Feinberg também entende que a conduta não é injusta nesses casos. Porém, como visto, o conceito de injusto em Feinberg é acentuadamente dependente do balanceamento promovido por suas máximas de mediação. Tanto que ele chega a admitir exceções à impossibilidade de proibir, com fundamento no *offense principle*, ofensas profundas independentemente da sua percepção sensorial pelo ofendido, em razão da gravidade da ofensa.

¹²⁵⁶ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 129-130; HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Penalising Offensive Behaviour*, p. 127-128.

O segundo critério é o *requisito do imediatismo ou proximidade*. Esse requisito exige que a conduta proibida seja *ofensiva em si mesma* e não apenas torne possível ou provável que o próprio agente ou terceiro venha a praticar uma conduta ofensiva no futuro¹²⁵⁷. Portanto, diferentemente do *harm principle*, o *offense principle* só fundamenta a criminalização de condutas que produzem ofensa direta, não bastando que a conduta seja remotamente ofensiva. Como visto, quando se trata de prevenir danos, é possível proibir condutas que causam danos remotos ou indiretos, desde que sejam observados os critérios de imputação justa e o caráter especial do conteúdo de injusto das condutas.

O terceiro critério é o da *tolerância social*. Conforme destacado, a conduta ofensiva é tipicamente expressiva, sendo comum que veicule uma forma de autoapresentação do indivíduo no espaço público¹²⁵⁸. Por esse motivo, a regulação legal das condutas tende a restringir a liberdade de expressão pessoal, já que as diferentes visões de mundo implicam diferentes estilos de vida que tendem, em uma sociedade plural, a conflitar entre si. Com efeito, uma comunidade política fundada em valores democráticos, como o respeito à autonomia humana, deve preservar a diversidade cultural, ainda que alguns desses estilos de vida sejam, com razão, criticáveis. Daí que, como as condutas ofensivas não causam dano direto a interesses de bem-estar, é legítimo esperar que os cidadãos tenham uma “casca grossa” e tolerem atos de desrespeito e desconsideração menos graves¹²⁵⁹ (p. ex., injúrias e afrontas no trânsito ou em discussões pelas redes sociais).

Enquanto as normas de comportamento justificadas pelo princípio do dano, em regra, possibilitam que o destinatário reconheça, sem grandes dificuldades, quais condutas estão concretamente proibidas (é o caso de normas como “não mate” e “não roube”), o cumprimento das normas fundadas no princípio da ofensa pressupõe que o agente acesse *regras mais complexas de respeito mútuo nas interações sociais*¹²⁶⁰. Para tanto, ele deve

¹²⁵⁷ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 130; HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Penalising Offensive Behaviour*, p. 128-130.

¹²⁵⁸ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 125; HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Penalising Offensive Behaviour*, p. 125.

¹²⁵⁹ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 126; HIRSCH, Andrew von. *Toleranz als Mediating principle*, p. 101. Também apontando a tolerância como um princípio mediador entre os argumentos favoráveis e contrários à criminalização de comportamentos antissociais: THOMMEN, Marc. *Toleranz & Anti Social Behaviour*. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 118-120.

¹²⁶⁰ HIRSCH, Andrew von. *Toleranz als Mediating principle*, p. 104.

tomar nota daquilo que perturba a tranquilidade de seus concidadãos e interpretar esse conhecimento à luz do que pode ser considerado um uso apropriado do espaço público. Por certo, essa tarefa não se mostra tão trabalhosa em sociedades tradicionais, mas é muito mais desafiadora em sociedades plurais. Afinal, quanto menor o conhecimento do agente sobre os códigos sociais de outras pessoas, mais difícil é captar e decifrar os indícios de que determinada conduta causa perturbação social. Logo, a alta probabilidade de ocorrência de *erros de julgamento* em relação à permissibilidade da conduta, aliada à menor gravidade das suas consequências negativas, torna necessário o princípio da tolerância social, a fim de garantir aos indivíduos uma margem de manobra que lhes autorize ultrapassar minimamente os limites do socialmente adequado.

No entanto, na percepção de Frisch, o princípio da tolerância é um princípio pálido que se limita a indicar a adoção de uma postura perante dada conduta. Portanto, esse princípio nada acrescentaria aos argumentos que suportam o pedido por tolerância, os quais decorrem do conteúdo de liberdades fundamentais (p. ex., a liberdade religiosa) e da aplicação de outras regras jurídicas (p. ex., aquelas atinentes ao erro de proibição)¹²⁶¹. Nesse contexto, a decisão fundamentada do legislador ou do juiz por tolerar um comportamento resultaria de razões substanciais que não dependem do reconhecimento de um princípio da tolerância. Se referido princípio tiver algo a contribuir nesse processo, essa contribuição será modesta.

Concordamos que o papel do princípio da tolerância na teoria da criminalização de Hirsch/Simester é modesto, mas isso não significa que ele seja irrelevante. Em verdade, a tolerância social é um *limite interno à própria concepção de injusto* dos autores, uma vez que tal conceito demanda que a conduta ofensiva constitua uma forma *grave* de falta de respeito e consideração a que todo indivíduo é merecedor em razão do valor inerente ao seu *status* de pessoa. Por outro lado, ainda que se conclua que a afronta injusta às sensibilidades alheias seja consideravelmente grave, a tolerância poderá ser exigida sempre que se verificar que indivíduos razoáveis, se estivessem na mesma posição que o agente, teriam dúvidas quanto à capacidade da conduta de perturbar séria e justificadamente a tranquilidade do convívio público com seus concidadãos.

¹²⁶¹ FRISCH, Wolfgang. Toleranz als Prinzip der Strafrechtsbegrenzung? In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *Mediating Principles*. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 85-87.

Segundo um corolário do princípio da tolerância, a fim de elidir esse princípio, a conduta ofensiva deve conduzir a significativos *efeitos sociais adversos*. Isso significa que possíveis consequências danosas indiretas da conduta também jogarão um papel na fundamentação da proibição de condutas imediatamente ofensivas. Assim, Hirsch e Simester recorrem a danos remotos e de longo prazo, que não estão aptos a justificar a criminalização nos termos do princípio do dano por questões de imputação justa¹²⁶², para reforçar, ao lado do caráter ofensivo e injusto da conduta, as razões em favor da criminalização e superar a cautela imposta ao legislador pelo princípio da tolerância social¹²⁶³. Para os autores, a criminalização fundamentada pelo princípio da ofensa se mostra mais plausível quando a conduta ofensiva também é remotamente danosa¹²⁶⁴. O exibicionismo obsceno em público, por exemplo, pode restringir o livre trânsito de pessoas por locais públicos e fazer com que elas desfrutem menos desses espaços. Da mesma forma, o insulto racial, caso praticado de maneira constante e reiterada, pode minar a autoconfiança pessoal e o senso individual de cidadania, além de favorecer uma atmosfera de preconceito que estimula atos de discriminação e crimes de ódio.

O conceito de injusto em Hirsch e Simester é criticado por Hörnle por admitir que sejam, em princípio, criminalizáveis atitudes desrespeitosas praticadas entre pessoas que mantêm relações de parentesco ou amizade¹²⁶⁵. Em resposta a essa crítica, os autores esclarecem que o princípio da ofensa se ocupa, principalmente, de *condutas ofensivas praticadas em face de estranhos*, ainda que não exclusivamente¹²⁶⁶. Isso porque, quando se trata de interações entre pessoas que escolhem se associar umas às outras, o controle social informal é suficiente e mais apropriado do que a intervenção penal. Além disso, o *direito à privacidade* atua como um limite à criminalização de algumas condutas meramente ofensivas.

¹²⁶² Em texto anterior, Hirsch e Simester afirmavam que o *offense principle* não criaria novos casos de criminalização para além daqueles já admitidos pelo *harm principle*, atuando como um princípio limitador do alcance desse segundo, no que se refere especificamente aos danos ofensivos (*offensive harms*). Ver: HIRSCH, Andrew von; SIMESTER, A. P. *Rethinking the Offense Principle*, p. 293, nota 59. Nossa leitura é que os autores mudaram de posição, por admitirem que os danos que reforçam o caso em favor da proibição penal de condutas ofensivas podem não atender aos critérios que restringem a criminalização com fundamento em danos remotos.

¹²⁶³ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 127-128; HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Penalising Offensive Behaviour*, p. 126.

¹²⁶⁴ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 118.

¹²⁶⁵ HÖRNLE, Tatjana. *Legal Regulation of Offence*, p. 145.

¹²⁶⁶ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 133.

A função limitadora exercida pelo direito à privacidade é uma diferença relevante na aplicação do *offense principle* e do *harm principle*¹²⁶⁷. De fato, a violência doméstica contra mulheres, crianças e idosos, por exemplo, não pode ser afastada do escopo da lei penal com base no argumento de que tais fatos se dão na esfera íntima dos indivíduos. Pelo contrário, esse tipo de comportamento danoso carece de especial atenção das autoridades públicas, entre outras razões, por passar tão facilmente despercebido aos olhos da sociedade, ocultando-se dentro dos lares e das relações familiares e de afeto. Por outro lado, a criminalização de condutas meramente ofensivas pode configurar invasão indevida da esfera mínima de privacidade assegurada a todo indivíduo. É o caso da punição de injúrias proferidas entre irmãos, durante discussão doméstica, ou entre colegas de faculdade, em grupo de *WhatsApp*. Com efeito, a autonomia dos indivíduos seria seriamente afetada se lhes fosse exigido que, em suas conversas privadas e íntimas, mantivessem-se vigilantes em relação às falas próprias e dos demais para não ofender outras pessoas. Nos casos em que a intromissão na esfera privada alheia não seja tal que obstrua, por si, a proibição da conduta, a privacidade, ainda assim, deverá ser sopesada em desfavor da criminalização e contrabalanceada com a gravidade da ofensa¹²⁶⁸. Assim, o direito à privacidade impõe maiores restrições à criminalização de condutas ofensivas do que à de condutas danosas.

Figura 9 – Sumário de critérios de aplicação do *offense principle* em Hirsch/Simester

Crítérios restritivos (incidem sobre o conteúdo de injusto)	Máximas de ponderação
<i>Fácil evitabilidade</i> : a conduta não pode ser proibida quando outras pessoas podem, sem restrição indevida de sua autonomia, evitar presenciar a conduta ofensiva. Esse critério vai englobar a <i>volenti non fit injuria</i> .	<i>Evitabilidade</i> : o grau em que a conduta ofensiva não facilmente evitável pode ser evitada pelo ofendido deve ser balanceado em relação à gravidade da ofensa.
<i>Imediatismo ou proximidade</i> : a conduta só pode ser proibida se for diretamente ofensiva e não simplesmente por possibilitar que o próprio agente ou terceiro venha a praticar conduta ofensiva no futuro.	
<i>Tolerância social</i> : a conduta ofensiva que não constitui uma forma grave de falta de respeito ou consideração por outras pessoas não pode ser criminalizada. A exigência de que a conduta ofensiva também produza <i>efeitos sociais adversos</i> é um corolário desse princípio.	<i>Intromissão na privacidade e intimidade</i> : o grau em que a proibição invade a privacidade ou intimidade do agente, sem violar a esfera mínima, deve ser balanceado em relação à gravidade da ofensa.
<i>Direito à privacidade e intimidade</i> : a conduta ofensiva	

¹²⁶⁷ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 133.

¹²⁶⁸ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 133-134.

não pode ser criminalizada quando praticada pelo agente dentro de sua esfera mínima de privacidade e intimidade, a qual deve ser resguardada a todo indivíduo.	

6.1.4 O lugar do offense principle na teoria da criminalização

A discussão anglo-americana sobre a criminalização de meras ofensas se aproxima do debate sobre a compatibilidade da *tutela penal de meros sentimentos* com a teoria do bem jurídico. É comum que a doutrina penal que acolhe o conceito de bem jurídico questione a legitimidade de crimes contra o sentimento religioso, o respeito aos mortos, o sentimento de piedade pelos animais etc. Por um lado, há certo consenso de que meros sentimentos como o sentimento de pudor não constituem autênticos bens jurídicos e não merecem tutela penal¹²⁶⁹, mas, por outro, há vozes no sentido de que o sentimento de insegurança, mesmo não constituindo um bem jurídico, pode sim ser protegido pelo direito penal¹²⁷⁰. O sentimento geral de tranquilidade e segurança genéricas costuma aparecer nas legislações penais do sistema romano-germânico transvestido de bem jurídico coletivo, recebendo designações vazias e impalpáveis como “paz pública”¹²⁷¹.

De maneira diversa, há autores alemães que incluem alguns dos crimes classificados por Feinberg como meras ofensas na categoria de *delitos de comportamento*, definidos como crimes que, em lugar de proteger bens jurídicos, punem o desrespeito a tabus culturais profundamente arraigados¹²⁷². Esses autores estão, em parte, corretos ao reconhecer que há algo de singular a respeito desse conjunto de crimes. Isso porque, embora a grande maioria dos crimes produza nas pessoas reações emocionais desagradáveis (medo, ressentimento,

¹²⁶⁹ HÖRNLE, Tatjana. La Protección de Sentimientos en el STGB. In: In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 384.

¹²⁷⁰ ROXIN, Claus. *A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 22.

¹²⁷¹ BADARÓ, Tatiana. *Bem Jurídico-Penal Supraindividual*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 192-194.

¹²⁷² HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Granada, n. 04-14, 25 julio 2002, p. 12; STRATENWERTH, Günter. La Criminalización en los Delitos contra Bienes Jurídicos Colectivos. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 368-369. Ver também: STRATENWERTH, Günter. Zur Legitimation von „Verhaltensdelikten”. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 157-165.

tristeza etc.)¹²⁷³, há crimes em que, aparentemente, o propósito do legislador de evitar que as pessoas sofram desnecessariamente com alguns sentimentos indesejados teve um peso importante na criação da norma incriminadora (ato obsceno, injúria, profanação de cadáver, vilipêndio de objeto de culto etc.). Ademais, ofensas e delitos de comportamento compartilham de uma espécie de *déficit aparente de legitimidade*¹²⁷⁴, isto é, de uma desconfiança geral quanto a sua adequação ao direito penal liberal.

A proposição de um princípio específico para lidar com esses casos pode parecer uma complicação desnecessária, tendo em vista que, em geral, a ideia de violação a um bem jurídico engloba tanto o conceito feinberguiano de dano quanto o de ofensa¹²⁷⁵. No entanto, a perspectiva anglo-americana se mostrará, mais uma vez, de grande auxílio ao explicitar, com maior clareza e precisão do que a teoria do bem jurídico, os fundamentos legítimos e os limites da criminalização de condutas que geram apreensão, desconforto, indignação e repulsa. Além disso, o princípio da ofensa fornece um parâmetro para a reflexão crítica sobre a proibição penal dessas condutas superior à noção de delitos de comportamento, ao enfatizar que o desvalor não está no desrespeito a convicções culturais e sim na falta de consideração por outras pessoas. Nesse sentido, apesar de criticar a abordagem psicologista de Feinberg, Hörnle destaca que a discussão alemã sobre a legitimidade dos “crimes contra a paz pública” se beneficiaria de uma investigação, a partir dos pressupostos da filosofia liberal, a respeito dos impactos reais dessas condutas na vida dos indivíduos¹²⁷⁶.

Como também acontece com o princípio do dano, o princípio da ofensa não é uma unanimidade na literatura liberal de língua inglesa. Observa-se que muitos dos críticos ao *offense principle* fundamentam os seus ataques na própria obra de Mill. Segundo Edwards, a ofensividade da conduta não a torna elegível para criminalização. Pelo contrário, o fato de uma conduta ser subjetivamente ofensiva é uma boa razão para pensar duas vezes antes de criminalizá-la, já que proibir esse tipo de conduta pode privar a sociedade da dose de

¹²⁷³ HÖRNLE, Tatjana. La Protección de Sentimientos en el STG, p. 384.

¹²⁷⁴ LLINARES, Fernando Miró. La Criminalización de Conductas “Ofensivas”: A propósito del debate anglosajón sobre los “límites morales” del Derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 17-23, 2015, p. 46-47.

¹²⁷⁵ PERŠAK, Nina. *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts*. New York: Springer, 2007, p. 115.

¹²⁷⁶ HÖRNLE, Tatjana. Offensive Behavior and German Penal Law. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 5, n. 1, 2001, p. 261.

desarmonia que Mill considera essencial¹²⁷⁷. Embora as pessoas tendam a se sentir ofendidas por estilos de vida distintos dos seus, o conflito na esfera pública entre as várias concepções de mundo possui valor instrumental, na medida em que contribui para que o debate de ideias se aproxime da verdade e possibilita que os indivíduos desenvolvam as suas faculdades deliberativas. Nessa mesma linha, Waldron extrai de Mill a conclusão de que os indivíduos que desejam florescer em todo o seu potencial têm, na realidade, um interesse genuíno por não evitar ser afrontado¹²⁷⁸.

Ademais, Edwards argumenta que o fato de uma conduta ser objetivamente ofensiva também não fornece uma boa razão para criminalizá-la. Afinal, são as razões que fazem da afronta uma resposta apropriada à conduta que a tornam elegível para a criminalização, independentemente de a conduta afrontar, efetiva ou potencialmente, outras pessoas. Se não fosse assim, bastaria que as pessoas parassem de se escandalizar com determinada conduta que expressa desprezo pelos demais para que ela passasse a ser inelegível¹²⁷⁹. De maneira semelhante, Tadros argumenta que o princípio da ofensa impediria, por exemplo, a criminalização de atos racistas quando o grupo étnico minoritário é oprimido ao ponto de não mais se sentir ofendido pela conduta¹²⁸⁰. Para Edwards, o fato de as pessoas não se sentirem ofendidas por determinada conduta, quando deveriam, é uma razão extra para proibi-la¹²⁸¹.

Esses argumentos não nos convencem a não endossar o *offense principle*. Em primeiro lugar, como reconhecido por Edwards, a defesa feita por Mill do ideal de desarmonia é consequencialista e sua validade depende da comprovação de premissas empíricas¹²⁸². No mais, a tese de que a obra de Mill se opõe à criminalização de condutas em razão de sua ofensividade dificilmente pode ser conciliada com a postura do filósofo em favor da proibição da *indecência em público*, a qual foi por ele excluída do âmbito das meras imoralidades¹²⁸³. Igualmente, Hart e Raz, também defensores tradicionais do *harm principle*, deixam uma porta aberta para a criminalização desse tipo de conduta ofensiva, mas não necessariamente

¹²⁷⁷ EDWARDS, James. No Offense, p. 511-512.

¹²⁷⁸ WALDRON, Jeremy. Mill and the Value of Moral Distress. *Political Studies*, v. XXXV, 1987, p. 423.

¹²⁷⁹ EDWARDS, James. No Offense, p. 507.

¹²⁸⁰ TADROS, Victor. *Wrongs and Crimes*, p. 288.

¹²⁸¹ EDWARDS, James. No Offense, p. 513. Ver também: TASIOULAS, John. Crimes of Offence, p. 156.

¹²⁸² EDWARDS, James. No Offense, p. 513.

¹²⁸³ Essa dificuldade é admitida por Waldron: WALDRON, Jeremy. Mill and the Value of Moral Distress, p. 421. É justo dizer que Mill endossa alguma versão do *offense principle*, mas não como um princípio autônomo em relação ao *harm principle*.

danosa¹²⁸⁴. Em todo caso, a nosso ver, não é o fato de a conduta ser subjetivamente ofensiva que impõe ao legislador maior cautela ao considerá-la como uma candidata à criminalização e sim o fato de o injusto ofensivo ter caráter expressivo.

Em segundo lugar, a postulação de um princípio da ofensa independente se justifica, em parte, pela *permeabilidade desse princípio às transformações culturais*, peculiaridade essa que o diferencia em relação ao princípio do dano. Logo, se mudam os termos de alguma convenção social, cuja função é regular as interações entre os indivíduos no espaço público, passando determinada conduta a não ser mais idônea a causar ofensa (p. ex., a prática de relações sexuais dentro do ônibus coletivo), o *offense principle* deixará de fundamentar a proibição penal. Por outro lado, como esse não é o único princípio da criminalização a compor o filtro de validade das normas incriminadoras, é possível que, mesmo na ausência da ofensividade, remanesça um conteúdo de injusto suficiente a fornecer uma boa razão para manter proibida a conduta. Conforme já se argumentou a respeito do dano, a ofensa é uma das referências a serem utilizadas pelo legislador liberal para identificar e delimitar as condutas que rompem com o pacto social que assegura a coexistência pacífica entre os membros de uma comunidade política.

Não obstante, é inegável que a teoria feinberguiana merece alguns reparos. Viu-se que, a fim de construir um conceito restritivo de dano, o filósofo exclui do seu alcance determinados efeitos adversos para os interesses humanos, como desconfortos físicos momentâneos (*hurts*) e distúrbios mentais ou emocionais passageiros (*offenses*). Conquanto esses dois tipos de consequências negativas possam não envolver retrocessos a interesses básicos de bem-estar, certo é que são atingidos desejos instrumentais dos indivíduos em geral por não serem submetidos, desnecessariamente, a experiências fisicamente dolorosas ou psiquicamente desagradáveis de curta duração¹²⁸⁵. Ocorre que o próprio Feinberg reconhece que o *harm principle* também fundamenta a proibição de ataques contra desejos instrumentais, assim como contra os interesses superiores, desde que esses desejos ou interesses recaiam sobre os mesmos objetos que os interesses de bem-estar (capítulo 2, tópico 2.2.2, *supra*). Além disso, como argumentamos anteriormente, há dano quando o bem-estar

¹²⁸⁴ HART, H. L. A. *Law, Liberty and Morality*, p. 41-42; RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 421-422.

¹²⁸⁵ De forma semelhante: TADROS, Victor. *Wrongs and Crimes*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 284.

imediatamente de alguém é diminuído, ainda que seus projetos de vida de longo prazo não sejam atingidos (capítulo 2, tópico 2.2.1, *supra*). Assim, havendo um interesse fundamental tanto por um mínimo de saúde física quanto por um mínimo de saúde mental, entendemos que *meros hurts ou offenses podem, a princípio, ser incluídos no conceito de dano*¹²⁸⁶.

Portanto, o direito penal se ocupa das condutas ofensivas não simplesmente porque afrontam as sensibilidades alheias, mas por frustrarem anseios humanos cuja realização é um instrumento eficaz à promoção de interesses de bem-estar (ver figura 3 *supra*). Por esse motivo, algumas ofensas concretas podem ser sentidas pela vítima como um ataque mais grave aos seus interesses do que determinados danos¹²⁸⁷. No exemplo hipotético do ônibus, Z poderia preferir que uma pequena quantia de dinheiro houvesse sido subtraída de sua carteira a ter de presenciar os comportamentos aviltantes dos demais passageiros do ônibus. De forma geral, o caráter menos sério das ofensas não se deve à menor gravidade das consequências ofensivas quando comparadas às consequências danosas e sim à menor intensidade do injusto ofensivo. O ato obsceno, por exemplo, não constitui necessariamente um ataque deliberado contra interesses alheios, uma vez que o propósito do agente pode não ser o de atordoar outras pessoas, mas apenas de satisfazer vontades pessoais ao fazer uso do espaço público¹²⁸⁸.

Diante disso, será que a teoria da criminalização carece, realmente, de um princípio da ofensa independente? Entendemos que sim. Em primeiro lugar, em geral, *as condutas ofensivas não retrocedem interesses de bem-estar, de modo que o dano por elas produzido, muitas vezes, não é suficiente para justificar a criminalização*¹²⁸⁹. Além disso, como visto, o *injusto ofensivo possui algumas características específicas em relação aos injustos danosos comuns*, sendo a mais importante o fato de consistir normalmente em um ato de expressão comunicativa. Esse caráter distinto do injusto exige que o legislador seja especialmente prudente para, ao proibir determinado ato de expressão, *não incorrer em censura ao estilo de vida do agente e à forma de interação e participação social que esse comportamento*

¹²⁸⁶ Portanto, à nossa teoria não se aplica a crítica de Roxin/Greco de que é a adoção pelo direito penal anglo-saxão de uma concepção estreita “quase materialista-física” de dano, incapaz de acomodar interesses intangíveis, que torna necessário o princípio da ofensa: ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 125d, p. 102.

¹²⁸⁷ TASIOULAS, John. *Crimes of Offence*, p. 165.

¹²⁸⁸ HÖRNLE, Tatjana. *Offensive Behavior and German Penal Law*, p. 273.

¹²⁸⁹ TADROS, Victor. *Wrongs and Crimes*, p. 286. Para o autor, a menor gravidade das condutas ofensivas pode motivar um princípio geral contra a criminalização de meras ofensas, o qual estaria sujeito a algumas exceções. Em todo caso, é um erro negar que as condutas ofensivas são também danosas.

*corporifica*¹²⁹⁰. Dessa forma, a opção por destacar a ofensa do dano e submetê-la a um princípio autônomo produz reflexos práticos relevantes, na medida em que garante que a atividade de criminalização observe requisitos específicos voltados à proteção da liberdade de expressão. Daí que, diferentemente do *harm principle*, a aplicação do *offense principle* é orientada por critérios como a evitabilidade da ofensa, a disponibilidade de comportamentos alternativos e a tolerância social.

Outra razão para postular o princípio da ofensa como um princípio independente é que *algumas condutas ofensivas que merecem ser criminalizadas podem não ser capazes de atender às rígidas exigências do princípio do dano*. Nesse sentido, Duff e Marshall observam que, em muitos casos, haverá uma boa razão para criminalizar a conduta ofensiva que desrespeita o *status* de cidadão do ofendido, ainda que a ofensa, por mais intensa e prolongada, não seja idônea a retroceder interesses de bem-estar¹²⁹¹. Embora as ofensas imediatas só devam ser criminalizadas quando a conduta tem potencial para prejudicar a saúde física ou mental de outras pessoas (ver tópico 6.1.1, *supra*), não é apropriado estender a mesma solução às ofensas mediatas. Consideremos o exemplo da profanação de cadáveres. Como visto, o esforço de Feinberg por justificar a existência de um retrocesso aos interesses da pessoa que viveu não se provou bem sucedido (ver capítulo 2, tópico 2.3.1, *supra*). Por outro lado, não é plausível que a saúde mental das pessoas em geral venha a ser prejudicada se a profanação de corpos humanos for permitida. A despeito de sua incompatibilidade com o *harm principle*, a proibição desse tipo de conduta, em especial quando praticada em público, não gera rechaço ao pensamento liberal, a despeito da dificuldade em explicar racionalmente o motivo de não se considerá-la ilegítima. Com efeito, o *offense principle* fornece, de forma mais adequada, os fundamentos e os limites para tal proibição.

Por certo, tendo em vista o caráter geral da norma de conduta, a sobreposição entre os princípios do dano e da ofensa será inevitável. Na prática, algumas das hipóteses mais convincentes de criminalização com base no *offense principle* também são abrangidas pelo *harm principle*. Dentre essas hipóteses, haverá condutas que tendem a produzir dano direto (p. ex., ameaça, calúnia e difamação) e outras que produzem danos remotos passíveis de imputação justa (p. ex., a incitação ao ódio e à discriminação). Essa sobreposição ocorre ainda

¹²⁹⁰ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 121.

¹²⁹¹ DUFF, R. A.; MARSHALL, S. E. *How Offensive Can You Get?*, p. 65-66.

que o legislador, ao delinear a norma incriminadora, pretenda se basear exclusivamente nas boas razões fornecidas por um desses princípios. Inclusive, como o comum é que a conduta meramente ofensiva seja punida com menor rigor do que a conduta danosa¹²⁹², é recomendável que o legislador busque refletir na pena, dentro do praticável, a variação possível na gravidade do impacto negativo sobre os interesses alheios e no grau de desvalor moral da conduta. Por sua vez, caberá ao juiz a tarefa de decidir sobre a aplicabilidade, ao caso concreto, dos critérios restritivos e das máximas de ponderação próprias do *offense principle*.

O princípio da ofensa aqui defendido, assim como a nossa versão do princípio do dano, é um princípio *responsivo e não preventivo*, ou seja, reconhece como uma boa razão para criminalizar uma conduta o fato de ela incutir estados mentais indesejados em outras pessoas (medo, ansiedade, vergonha, raiva, humilhação, incômodo etc.) e não simplesmente porque a sua proibição configura um meio eficiente e necessário à prevenção de ofensas contra outras pessoas. Apesar disso, basta que a conduta seja *idônea a afrontar as sensibilidades alheias*, ainda que acidentalmente ninguém, no caso concreto, tenha realmente se sentido afrontado¹²⁹³, não sendo necessário que a conduta ofensiva se dirija contra uma pessoa em concreto ou ofenda uma pessoa determinada¹²⁹⁴. Com efeito, os estados mentais e emocionais descritos por Feinberg são subjetivos e, por consequência, vagos e imprecisos, já que dependentes das impressões pessoais daquele que é exposto à conduta¹²⁹⁵. Porém, é possível emitir um juízo objetivo a respeito do potencial de determinadas condutas de ofender as sensibilidades das pessoas em geral ou de pessoas indeterminadas pertencentes a um grupo identificável na sociedade¹²⁹⁶. De outra parte, nos termos do *requisito do imediatismo ou da proximidade*, a conduta precisa ser *diretamente ofensiva*, não sendo suficiente que ela seja

¹²⁹² Inspirado na proposta de Baker, Miró Llinares sustenta que as condutas ofensivas devem ser punidas com penas diversas da privação de liberdade: LLINARES, Fernando Miró. La Criminalización de Conductas “Ofensivas”, p. 57-58. Nossa teoria da criminalização não inclui essa restrição genérica a respeito do tipo de pena a ser cominada pelo legislador.

¹²⁹³ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A.P. On the Legitimate Objectives of Criminalisation. *Criminal Law and Philosophy*, v. 10, n. 2, 2016, p. 377. Os autores tocam nesse ponto ao responder às críticas de Stanton-Ife em: STANTON-IFE, John. What is the Harm Principle for?, p. 345.

¹²⁹⁴ LLINARES, Fernando Miró. La Criminalización de Conductas “Ofensivas”, p. 56.

¹²⁹⁵ LLINARES, Fernando Miró. La Criminalización de Conductas “Ofensivas”, p. 56.

¹²⁹⁶ A posição de Llinares Miró se diferencia da aqui defendida por exigir que a conduta seja potencialmente ofensiva a qualquer pessoa, independentemente das suas características pessoais: LLINARES, Fernando Miró. La Criminalización de Conductas “Ofensivas”, p. 56. Todavia, julgamos equivocada essa posição pelas mesmas razões que Feinberg afastou o *standard da universalidade*.

indireta ou remotamente ofensiva, isto é, que ela possa conduzir a condutas ofensivas ou que elas possam causar ofensa se forem praticadas reiteradamente por um grande número de pessoas.

Esse princípio só autoriza a criminalização de condutas ofensivas quando *passíveis de serem experienciadas diretamente pelas possíveis vítimas*¹²⁹⁷. Portanto, o *offense principle* não alcança condutas inacessíveis aos sentidos dos potenciais ofendidos, ainda que configurem o que Feinberg denomina de “ofensas profundas”, cujo efeito perturbador sobre outras pessoas independe da percepção sensorial, podendo ocorrer com o mero conhecimento posterior do fato. Diferentemente das “meras ofensas” que só são consideradas moralmente erradas porque provocam estados mentais indesejados em outras pessoas, as “ofensas profundas” se referem a comportamentos que só são compreendidos como ofensivos por serem considerados imorais (p. ex., incesto e poligamia)¹²⁹⁸. É verdade que as ofensas profundas são sempre injustas no sentido utilizado por alguns moralistas legais em razão da violação de determinados valores morais. Não obstante, podem não ser injustas para os princípios da criminalização aqui defendidos, os quais exigem que a conduta que se pretende proibir, na medida em que viole direitos ou deveres não meramente morais, constitua um *injusto contra outras pessoas, determinadas ou não*. Porém, é possível que algumas condutas ofensivas que não podem ser proibidas com base no princípio da ofensa, por ausência do requisito da possibilidade de percepção direta pelas possíveis vítimas, atendam às exigências de outro princípio da criminalização (como o próprio princípio do dano ou algum dos princípios endossados na sequência).

Por derradeiro, concordamos com Hirsch/Simester que o princípio da ofensa exige que o sentimento de afronta às próprias sensibilidades seja razoável. Todavia, *o requisito da razoabilidade se confunde com o próprio requisito da injustiça*: a reação do ofendido será razoável sempre que a conduta ofensiva violar um direito ou dever moral e político. Além disso, o caráter injusto da conduta pode ser afastado por aplicação das máximas *volenti non fit injuria* e da *fácil evitabilidade*, bem como pelos *direitos à liberdade de expressão e à*

¹²⁹⁷ Essa é uma diferença entre a nossa versão do princípio da ofensa e a defendida por Miró Llnares que admite a criminalização de condutas praticadas em privado que constituem uma *grave falta de respeito a valores coletivos essenciais*, baseados em um *consenso social praticamente unânime*, não havendo nenhuma outra norma (p. ex., cultural) que autorize a conduta, como é o caso da prática de maus-tratos aos animais. Ver: LLINARES, Fernando Miró. La Criminalización de Conductas “Ofensivas”, p. 59-60.

¹²⁹⁸ SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 116.

privacidade. O princípio da tolerância exige que o conteúdo de injusto seja grave e que o tipo de conduta proibida tenha potencial para produzir danos remotos, embora esses danos não se qualifiquem para a criminalização nos termos do *harm principle*. Observados esses critérios, o legislador deverá contrabalancear a *magnitude da ofensa* e o *grau de evitabilidade* (quando a ofensa não for facilmente evitável pela vítima) contra o nível de *razoabilidade da conduta*, resultado da ponderação entre o *valor pessoal e social da conduta* (inclusive em matéria de liberdade de expressão, religiosa e de preservação da intimidade), a *disponibilidade de horários e locais alternativos* para a prática da conduta e a *motivação do agente*.

6.1.5 Aplicação do offense principle a grupos de casos

Definidos os pressupostos de aplicação do princípio da ofensa, cumpre verificar se o princípio é capaz de fundamentar racionalmente a criminalização de condutas pertencentes a cinco grupos de casos: 1) ato ou escrito obsceno e outras formas de importunação em público; 2) pornografia violenta ou odiosa; 3) insultos, ameaças e ataques à honra e imagem; 4) discurso de ódio e 5) desrespeito aos mortos, ao sentimento patriótico e religioso.

6.1.5.1 Ato ou escrito obsceno e outras formas de importunação em público

Malgrado haja certo consenso entre os liberais quanto à razoabilidade da decisão do legislador penal de proibir a prática de atos sexuais em público, os defensores do princípio do dano resistem em reconhecer o caráter danoso desse tipo de conduta. A teoria do bem jurídico, por seu turno, também não se mostra à vontade com a criminalização do exibicionismo, havendo notável opinião doutrinária no sentido de que se trata de um caso excepcional em que se reconhece a legitimidade da tutela penal de sentimentos por meio da criação de “crime sem bem jurídico”, cuja punição tem como propósito coibir condutas que “despertem temor de abuso sexual nas mulheres afetadas”¹²⁹⁹. Contudo, essa solução tampouco se mostra satisfatória, tendo em vista a existência de atos obscenos que, embora não ocorram em circunstâncias que despertem na vítima o receio de sofrer uma violação sexual, o

¹²⁹⁹ ROXIN, Claus. *A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 22.

legislador parece estar autorizado a proibir (p. ex., os atos obscenos praticados pelos passageiros do ônibus em que está Z).

De fato, é possível argumentar que condutas como as dos passageiros do ônibus que se masturbam e praticam entre si atos sexuais consensuais frustram interesses penalmente tuteláveis de Z, ainda que esses interesses não se qualifiquem como básicos ou essenciais. Afinal, a conduta de tais passageiros não chega a retirar de Z uma opção de ação, como ocorreria caso um dos passageiros o impedisse de entrar ou sair do ônibus. No entanto, *a conduta ofensiva diminui o valor de uma das opções de ação previamente disponíveis a Z*, já que ele pode escolher entre prosseguir ou não em sua viagem de ônibus, mas, prosseguindo, terá de presenciar fatos que lhe causam incômodo. Por certo, ter reduzido o valor de uma opção não é tão grave quanto tê-la removida ou embaraçada, mas não deixa de ser considerado um prejuízo para a vítima¹³⁰⁰.

Além disso, certo é que, caso a prática de atos sexuais dentro do transporte coletivo se torne um evento relativamente comum, pessoas como Z, que desejam evitar esse tipo de experiência perturbadora, podem, no longo prazo, deixar de utilizar esse serviço essencial. Logo, a difusão desse tipo de conduta tem potencial para piorar o *status* dos usuários em geral do transporte coletivo em termos de bem-estar. É verdade que se trata de um dano remoto e não direto, porquanto dependente de *contingências fáticas* como a reprodução da conduta por um número considerável de pessoas. Por outro lado, o dano também é mediado por *escolhas autônomas das próprias vítimas em potencial* que, por sua livre iniciativa, deixariam de recorrer a uma utilidade pública tão valiosa, especialmente para aqueles que não dispõem de meios próprios ou igualmente econômicos de locomoção¹³⁰¹.

Ainda que seja possível falar em dano a interesses, entendemos que, pelas razões já mencionadas, o mais apropriado é recorrer a um princípio da ofensa independente e não ao princípio do dano. Como dito, nenhuma opção previamente disponível a Z é removida, mas apenas tem seu valor reduzido em função dos *efeitos momentâneos produzidos pela conduta sobre o seu estado mental*. Ademais, interesses de bem-estar de Z não são diretamente afetados e o dano indireto indicado acima provavelmente não atende aos *requisitos normativos de imputação justa*. Finalmente, há certa tensão entre a criminalização do

¹³⁰⁰ TADROS, Victor. *Wrongs and Crimes*, p. 284.

¹³⁰¹ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 116.

exibicionismo e de atos obscenos em geral e o exercício do *direito à liberdade de expressão*. Por isso, esse tipo de conduta só deve ser criminalizado quando presentes determinados pressupostos específicos.

Com efeito, a conduta é idônea a causar *ofensa direta* à audiência que a presença, no caso o passageiro Z. O repúdio de Z é razoável, já que o comportamento constitui uma *falta grave de respeito e consideração* pelos demais passageiros do ônibus. Isso porque a conduta viola uma *convenção social* cujo valor instrumental decorre de sua utilidade como *regra de coordenação*, na medida em que auxilia os indivíduos a *delinear as fronteiras entre público e privado* em suas interações sociais¹³⁰². Com isso, o exibicionismo dos passageiros trata Z injustamente por violar o seu direito à privacidade, o qual inclui não apenas o direito de excluir outras pessoas de sua esfera íntima, mas também o *direito de não ser involuntariamente incluído na esfera íntima de outras pessoas*, especialmente no que diz respeito à intimidade sexual alheia¹³⁰³.

Diante disso, Hörnle critica o rol feinberguiano de interesses de bem-estar por não abarcar um interesse pela privacidade, inclusive no que diz respeito ao *interesse por não figurar como testemunha involuntária de atos que pertencem à esfera íntima de outras pessoas*¹³⁰⁴. Entretanto, não nos parece que esse interesse específico, protegido por meio do direito à privacidade, constitua um interesse básico ou essencial, como ocorre com o interesse por não ter a própria esfera íntima invadida. A autora alemã reconhece que o exibicionismo é uma violação à privacidade menos grave do que o voyeurismo¹³⁰⁵. No mais, é evidente que o caráter injusto do primeiro é mais dependente de convenções sociais do que o segundo. Daí

¹³⁰² HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 102. Whitman registra que convenções sociais são importantes para definir o que, em cada sociedade, se considera como violação à privacidade. Diferenças histórico-culturais fazem com que a proteção jurídica da privacidade nos Estados Unidos seja bastante diferente da Europa Continental. Assim, por exemplo, o direito estadunidense tende a ser mais rígido com a nudez em público e mais leniente com a exposição de detalhes sobre a vida íntima de pessoas públicas, mas o inverso parece ocorrer com o direito europeu-continental. Enquanto os americanos se mostram mais preocupados em proteger a liberdade dos indivíduos face à intervenção estatal, os europeus se voltam a assegurar a honra e dignidade dos indivíduos. Apesar dessas diferenças, não é ilógico pretender conciliar as duas tradições. Ver: WHITMAN, James Q. The Two Westerns Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty. *The Yale Law Journal*, v. 113, n. 6, 2004, p. 1151-1221.

¹³⁰³ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 98; HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. Penalising Offensive Behaviour, p. 122. Essa faceta do direito à privacidade é denominada pelos autores de *reverse-privacy right*. No mesmo sentido: BAKER, Dennis J. The Sense and Nonsense of Criminalising Transfers of Obscene Material, p. 155.

¹³⁰⁴ HÖRNLE, Tatjana. Offensive Behavior and German Penal Law, p. 267.

¹³⁰⁵ HÖRNLE, Tatjana. Offensive Behavior and German Penal Law, p. 272.

que condutas como a exposição dos órgãos genitais em público não devem ser criminalizadas sem que sejam avaliadas circunstâncias fáticas como inevitabilidade, razoabilidade, tolerância social e valor do comportamento para o exercício da liberdade de expressão. Para nós, diversamente da exposição da própria intimidade, a invasão da privacidade alheia merece ser alvo de proibição penal ainda que interesses básicos não sejam retrocedidos, conforme um parâmetro comparativo contrafactual e não normativo, e que a conduta não se qualifique como ofensiva por passar completamente despercebida pela vítima (ver tópico 6.3.4.1, *infra*).

De forma geral, os critérios de aplicação do *offense principle* que foram acolhidos por nossa teoria da criminalização são favoráveis à proibição penal de condutas como a dos passageiros que praticam atos sexuais dentro do ônibus. No que diz respeito ao direito penal brasileiro, o princípio da ofensa oferece um fundamento de legitimidade moral para o crime de *ato obsceno* (art. 233 do CP)¹³⁰⁶. De outra parte, os critérios indicados podem orientar a aplicação do tipo penal aos casos concretos, limitando o seu alcance. Por seu turno, o crime de *escrito ou objeto obsceno* (art. 234 do CP)¹³⁰⁷ não resiste ao escrutínio do princípio da ofensa, tendo em vista aspectos como a fácil inevitabilidade da ofensa e o óbice imposto pelo respeito à liberdade de expressão artística.

Além do ato obsceno já previsto pela lei brasileira, o *offense principle* também é capaz de justificar a criminalização de outras formas de *importunação em público*. Trata-se de condutas que, além de ofensivas, violam outro aspecto do direito à privacidade, identificado por Hirsch/Simester como o *direito ao anonimato em espaços públicos*, isto é, o *direito a ser deixado em paz*¹³⁰⁸. Segundo os autores, os indivíduos possuem o direito a certo nível de privacidade não apenas em privado, mas também em público¹³⁰⁹. Assim, o legislador liberal

¹³⁰⁶ Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

¹³⁰⁷ Art. 234 - Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa. Parágrafo único - Incorre na mesma pena quem: I - vende, distribui ou expõe à venda ou ao público qualquer dos objetos referidos neste artigo; II - realiza, em lugar público ou acessível ao público, representação teatral, ou exibição cinematográfica de caráter obsceno, ou qualquer outro espetáculo, que tenha o mesmo caráter; III - realiza, em lugar público ou acessível ao público, ou pelo rádio, audição ou recitação de caráter obsceno.

¹³⁰⁸ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 98-99; HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Penalising Offensive Behaviour*, p. 121. Baker salienta que o “complexo tecido” do conceito de privacidade é composto por três elementos: sigilo, anonimato e solitude (BAKER, Dennis J. *The Impossibility of a Critically Objective Criminal Law*, p. 379).

¹³⁰⁹ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 99.

pode ter uma boa razão, embora não definitiva, para proibir pedidos insistentes e intimidadores por dinheiro a estranhos nas ruas, mas nunca um pedido breve ou amistoso. O crime de perseguição (*stalking*) introduzido no Código Penal pela Lei nº 14.132/2021 alcança condutas diretamente danosas (p. ex., perseguições reiteradas que restringem a capacidade de locomoção da vítima), bem como condutas qualificáveis como ofensivas que violam esse direito ao anonimato (p. ex., perseguições reiteradas que ameaçam a integridade psicológica ou perturbam a esfera de privacidade da vítima)¹³¹⁰.

O mesmo vale para o *assédio sexual verbal* que, quando praticado fora de relações de autoridade¹³¹¹, só é passível de criminalização nos termos do princípio da ofensa se a conduta for capaz de provocar na vítima *sentimentos de humilhação e insegurança* e constituir uma falta grave de respeito ou consideração por *objetificá-la sexualmente*. Por óbvio, o assédio sexual verbal não pode ser equiparado ao assédio sexual físico, principalmente ao estupro. Nenhum legislador que se defina como liberal pretende criminalizar todo e qualquer elogio ou assédio supostamente “galanteador”. Logo, o âmbito de interesse da lei penal se restringe às situações em que o agente exerce *pressão persistente e maliciosa* sobre a vítima, de modo a demonstrar *desprezo pela sua dignidade e autonomia moral*¹³¹². Frente a isso, Hörnle e Kremnitzer sustentam que a lei penal não deve se ocupar do assédio sexual verbal porque é muito difícil estabelecer esses limites ao descrever a conduta em abstrato¹³¹³. Ainda que a criminalização desse tipo de conduta seja obstruída em respeito ao princípio da legalidade (filtro da legalidade) ou por considerações pragmáticas (filtro pragmático), parece-nos plausível que a proibição supere o filtro de validade substancial (filtro principiológico).

6.1.5.2 Pornografia violenta ou odiosa

¹³¹⁰ Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade. Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

¹³¹¹ Com isso, estamos excluindo o assédio sexual capitulado pelo artigo 216-A do Código Penal, considerando que o fundamento racional para a criminalização de proposta sexual “constrangedora” por aquele que se aproveita da “condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função” está mais ligado ao caráter coercitivo ou exploratório da conduta e menos ao seu caráter ofensivo. Trataremos da proibição de condutas que envolvem coação e exploração nos tópicos 6.2 e 6.3, *infra*.

¹³¹² HÖRNLE, Tatjana; KREMNITZER, Mordechai. Human Dignity as a Protected Interest in Criminal Law. *Israel Law Review*, v. 44, 2011, p. 153.

¹³¹³ HÖRNLE, Tatjana; KREMNITZER, Mordechai. Human Dignity as a Protected Interest in Criminal Law, p. 154.

No tópico anterior, tratamos de condutas que podem ser incluídas na ampla categoria de obscenidades. Neste tópico, vamos analisar a possibilidade de se recorrer ao princípio da ofensa para proibir a produção ou consumo de pornografia. Há que se ter em mente que *nem toda pornografia é obscena e nem toda obscenidade é pornográfica*. Segundo Feinberg, atos, objetos ou palavras obscenas se caracterizam por incitar na audiência reações como nojo, choque e repugnância, podendo ter ou não natureza sexual¹³¹⁴ (p. ex., a cacofagia seria uma obscenidade não sexual). Por seu turno, pornografia designa o conjunto de fotos, gravuras, filmes, livros, pinturas, peças de teatro e outras criações que se destinam precipuamente à estimulação sexual da audiência. O caráter obsceno pode, inclusive, impedir que a pornografia alcance esse efeito estimulante para muitas pessoas. Em geral, a pornografia tende a ser obscena quando contraria grosseiramente alguma regra de pudor vigente na sociedade¹³¹⁵ (p. ex., quando o material pornográfico contém cenas de bestialidade).

Embora o tema da proibição da pornografia seja comumente associado a propostas conservadoras, nenhum liberal haverá de negar a legitimidade da criminalização da produção, divulgação e consumo de determinados materiais de pornografia, tais como: fotos ou gravações em vídeo de estupros e outras violações sexuais reais (ver art. 218-B do CP¹³¹⁶) ou de atos sexuais consensuais ou cenas de nudez cujo registro ou veiculação não foi autorizado pelas pessoas expostas (ver art. 216-B do CP¹³¹⁷); pornografia infantil e, com algumas exceções, pornografia juvenil (ver art. 241¹³¹⁸, 241-A¹³¹⁹ e 241-B¹³²⁰, todos do ECA). Fora

¹³¹⁴ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 141-142.

¹³¹⁵ SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 118.

¹³¹⁶ Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

¹³¹⁷ Art. 216-B. Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa. Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo.

¹³¹⁸ Art. 241. Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

¹³¹⁹ Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

dessas hipóteses, vimos, no capítulo anterior, que algumas autoras filiadas ao feminismo radical defendem a tese de que o consumo de pornografia, ao menos a considerada extrema¹³²¹, contribui para a incidência de violência sexual contra mulheres¹³²². Apesar disso, ainda que se demonstre empiricamente a existência de nexo causal entre a conduta e o dano remoto, o requisito da injustiça e a aplicação dos critérios de imputação injusta impedem que se utilize o princípio do dano para fundamentar uma proibição geral da difusão de material pornográfico (ver capítulo 5, tópico 5.4.3.2, *supra*)¹³²³.

Mais adiante, discutiremos se o legislador liberal está autorizado a recorrer a argumentos paternalistas¹³²⁴ e perfeccionistas¹³²⁵ para proibir esse tipo de conduta. Neste

¹³²⁰ “Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. § 1º A pena é diminuída de 1 (um) a 2/3 (dois terços) se de pequena quantidade o material a que se refere o caput deste artigo. § 1º (...) § 2º (...) § 3º (...)” Conferir também o art.: 241-E: “Art. 241-E. Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão ‘cena de sexo explícito ou pornográfica’ compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais.”

¹³²¹ O conceito de pornografia extrema é alvo de disputas. No Reino Unido, a seção 63(7) do *Criminal Justice and Immigration Act* (CJIA) de 2008 define pornografia extrema da seguinte forma: “s. 63 (7) An image falls within this subsection if it portrays, in an explicit and realistic way, any of the following— (a) an act which threatens a person's life, (b) an act which results, or is likely to result, in serious injury to a person's anus, breasts or genitals, (c) an act which involves sexual interference with a human corpse, or (d) a person performing an act of intercourse or oral sex with an animal (whether dead or alive), and a reasonable person looking at the image would think that any such person or animal was real. (7A) An image falls within this subsection if it portrays, in an explicit and realistic way, either of the following— (a) an act which involves the non-consensual penetration of a person's vagina, anus or mouth by another with the other person's penis, or (b) an act which involves the non-consensual sexual penetration of a person's vagina or anus by another with a part of the other person's body or anything else”. Observa-se que esse conceito de pornografia extrema inclui apenas *imagens realistas*, ficando excluídos, por exemplo, desenhos e livros.

¹³²² A discussão sobre a relação entre pornografia e violência, que levou à criminalização da pornografia extrema no Reino Unido, ganhou força a partir do caso *Coutts*. Em 2003, Graham Coutts matou Jane Longhursts asfixiada durante a relação sexual. Pouco tempo antes do fato, ele havia acessado sites de pornografia violenta que apresentavam mulheres sendo asfixiadas e estupradas e a prática de necrofilia. A defesa de Coutts alegou que Longhursts havia consentido no ato de asfixiofilia. A mãe da vítima se tornou uma das principais ativistas pela proibição desse tipo de site. Conferir o precedente: *R v. Coutts* [2005] EWCA Crim 52.

¹³²³ Segundo Shoemaker, o uso do *harm principle* para fundamentar restrições à pornografia exige que se responda a duas questões: uma conceitual (o que é dano?) e outra empírica (a pornografia causa dano?). Ver: SHOEMAKER, David W. “Dirty Words” and the Offense Principle, p. 549. Nossa teoria da criminalização acrescenta uma terceira questão, de cunho normativo (a pornografia trata alguém injustamente?).

¹³²⁴ Segundo Dyzenhaus, uma análise detida do ensaio “The Subjection of Women” demonstra que Mill seria surpreendentemente simpático à posição das feministas que defendem a proibição da pornografia. Isso porque o consentimento das mulheres em atuar como modelos ou atrizes para produções pornográficas seria apenas aparentemente voluntário, tendo em vista o poder coercitivo exercido pela dominação masculina sobre as suas escolhas. Ver: DYZENHAUS, David. John Stuart Mill and the Harm of Pornography. *Ethics*, v. 102, n. 3, 1992, p. 534-551. Essa argumentação será analisada ao longo do tópico 6.2, *infra*.

¹³²⁵ Nessa linha, Easton sustenta que a proibição da pornografia extrema pode ser justificada em bases perfeccionistas, uma vez que a lei penal está sendo utilizada para promover o florescimento humano a partir da valorização do respeito pela autonomia individual. Para a autora, o argumento perfeccionista também é

momento, o que nos interessa é o argumento de que a pornografia merece ser proibida penalmente em razão de seu caráter ofensivo. De fato, a pornografia só pode ser ofensiva se for também obscena. No entanto, ainda que qualquer pessoa razoável julgue ofensivo determinado material pornográfico, a aplicação do princípio da ofensa será afastada em função de critérios como a fácil evitabilidade e a máxima *volenti*¹³²⁶. Mesmo que o ofendido não tenha assumido voluntariamente o risco de ofensa ao escolher por acessar o material pornográfico (p. ex., A recebe por e-mail de B, sem ter lhe solicitado, uma foto íntima desse último), o comum é que ele possa facilmente fazer cessar o incômodo (p. ex., basta que A feche ou apague o e-mail). Portanto, no mesmo sentido do que foi dito a respeito da importunação sexual verbal, a criminalização da *exposição não voluntária a representações de nudez ou sexo explícito* deve ser reservada aos casos em que o material pornográfico é imposto ao ofendido de forma reiterada ou insistente, ao menos quando não se qualifica como pornografia extrema¹³²⁷.

Sendo a mera ofensa geralmente evitável pelo ofendido, cabe analisar se a pornografia pode constituir uma exceção à regra de que a *afronta às sensibilidades decorrente do simples conhecimento da ocorrência da conduta ofensiva* não atende aos pressupostos de aplicação do princípio da ofensa. Com efeito, os defensores da proibição procuram argumentar que o fato de saber que se produz e consome certo tipo de pornografia, notadamente a violenta ou odiosa, ofende as mulheres como um todo, bem como os homens

compatível com a obra de Mill. Ver: EASTON, Susan. Criminalising the Possession of Extreme Pornography: Sword or Shield? *The Journal of Criminal Law*, v. 75, 2011, p. 397. A pertinência de argumentos perfeccionistas à teoria da criminalização de perfil liberal será analisada no tópico 6.3.1.1, *infra*.

¹³²⁶ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 142. É verdade que a conduta daquele que franqueia intencionalmente a criança acesso a pornografia pode ser proibida com base no *harm principle* suplementado pelo paternalismo suave, desde que o material pornográfico tenha potencial de prejudicar o desenvolvimento psíquico e sexual saudável da criança. Nota-se que a lei penal brasileira só pune a conduta quando o agente visa a praticar ato libidinoso com a criança. Esse é o teor do art. 241-D, inciso I, do Estatuto da Criança e do Adolescente: “Art. 241-D. Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem: I – facilita ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso; II – pratica as condutas descritas no caput deste artigo com o fim de induzir criança a se exhibir de forma pornográfica ou sexualmente explícita.”

¹³²⁷ Diversamente, o legislador alemão optou por criminalizar a conduta daquele que faz chegar a outro uma publicação pornográfica que não foi solicitada sem fazer qualquer ressalva a respeito da evitabilidade da ofensa (§ 184 StGB). Em razão de sua amplitude, a legitimidade desse dispositivo da legislação alemã é questionável do ponto de vista liberal, na medida em que pune a conduta daquele que torna acessível a menor de 18 anos qualquer tipo de publicação pornográfica, criminalizando também diferentes formas de disponibilização comercial de material pornográfico.

que se aliam à luta pela igualdade de gênero, ainda que as vítimas nunca venham a ser expostas involuntariamente ao material pornográfico¹³²⁸. Segundo essa visão, revistas, imagens e filmes pornográficos geram o que já identificamos como *ofensa profunda* e merecem ser proibidos pelas mesmas razões que criações de conteúdo racista devem ser banidas¹³²⁹.

O próprio Feinberg reconhece uma exceção à regra da não criminalização pelo *offense principle* de ofensas profundas não passíveis de serem presenciadas pela vítima: os insultos racistas. Contudo, o filósofo entende que tal exceção não deve ser estendida à pornografia extrema. Isso porque haveria uma diferença – sutil, mas relevante – entre, por exemplo, filmes pornográficos e filmes manifestamente racistas. Para Feinberg, mesmo quando classificados como misóginos, os primeiros têm um propósito valioso que está ausente nos segundos, pois se destinam a satisfazer o *interesse legítimo dos indivíduos pela estimulação sexual*¹³³⁰. Além disso, filmes e imagens racistas depreciam uma parcela pequena da população mundial – ou, pelo menos, menor do que a metade da população – e que foi, por séculos, brutalizada e escravizada¹³³¹.

Os argumentos utilizados pelo filósofo, a fim de estabelecer essa diferenciação, não são convincentes. A nosso ver, filmes pornográficos podem eventualmente divulgar mensagens de ódio contra mulheres que merecem atrair atenção análoga à dispensada ao discurso racista. Afinal, as mulheres compõem um grupo social que, conquanto não seja numericamente minoritário, é historicamente vulnerável à discriminação e ao preconceito de gênero. A despeito disso, fato é que *nem toda pornografia, ainda que extrema, configura uma forma de discurso de ódio contra as mulheres*. Em todo caso, como já dito, entendemos que as ofensas profundas não percebidas sensorialmente pelas vítimas só podem ser proibidas com fundamento em outros princípios da criminalização que não o princípio da ofensa.

¹³²⁸ Essa abordagem parece ter prevalecido na discussão sobre as razões para criminalizar a posse de pornografia extrema no Reino Unido, uma vez que a lei tem como foco imagens que são “grossly offensive, disgusting or otherwise of an obscene character”. Ver: s. 67 (5A) e (6) do CJIA. Diante disso, McGlynn e Rackley criticam a legislação britânica justamente por fundamentar a proibição na ofensividade da conduta e não em sua danosidade: MCGLYNN, Clare; RACKLEY, Erika. Criminalising Extreme Pornography: a Lost Opportunity. *Criminal Law Review*, v. 4, 2009, p. 246.

¹³²⁹ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 158.

¹³³⁰ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 159.

¹³³¹ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 161.

Inicialmente, Feinberg se mostra cético em relação à *tese de que a pornografia violenta conduz à violência sexual contra a mulher*, argumentando que a existência de um mercado para esse tipo de produto é sintoma e não causa da cultura que naturaliza e até incentiva o estupro¹³³². Não obstante, o filósofo admite que, havendo um nexo claro e direto entre pornografia e danos sérios para as mulheres em geral, danos esses que não podem ser combatidos por meio do próprio exercício da liberdade de expressão¹³³³, o liberal não deve hesitar em apoiar a proibição da pornografia violenta¹³³⁴. Ocorre que os danos atribuídos à pornografia extrema são sempre indiretos e não diretos, uma vez que a concretização de um ato de violência sexual influenciado pelo consumo de pornografia depende da intervenção futura de um indivíduo autorresponsável. Nesse quadro, McGlynn e Rackley argumentam que o principal tipo de dano atrelado à pornografia é um *dano cultural*, pois a pornografia *favorece um clima social em que a violência sexual contra mulheres é vista como algo aceitável ou tolerável*¹³³⁵.

Essa alegado dano cultural configura, por conseguinte, um dano remoto, mais especificamente um perigo de dano que surgiria a partir da acumulação da conduta (clima favorável à violência) e se materializaria com a agregação de outra conduta (o ato de violência). Conforme a teoria da criminalização aqui defendida, os danos remotos só constituem uma boa razão para proibir a produção e distribuição de pornografia violenta, nos termos do *harm principle*, se estiver presente não apenas um vínculo empírico cientificamente respaldado entre a conduta e os danos potenciais, mas também um vínculo normativo. Em nossa opinião, a exigência de um vínculo normativo só estará satisfeita quando, segundo o critério do envolvimento normativo para a justa imputação de danos por agregação (ver capítulo 5, tópico 5.4.2.1, *supra*), a conduta puder ser considerada uma forma de *incitação ou instigação à violência sexual* contra qualquer pessoa, determinada ou indeterminada, geralmente, mas não necessariamente, mulheres.

¹³³² FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 153.

¹³³³ Tais requisitos são inspirados no seguinte trabalho de Berger: BERGER, Fred R. Pornography, Sex, and Censorship. *Social Theory and Practice*, v. 4, n. 2, 1977, p. 183-209.

¹³³⁴ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 157.

¹³³⁵ MCGLYNN, Clare; RACKLEY, Erika. Criminalising Extreme Pornography, p. 257.

Em relação à *posse desse tipo de material pornográfico para consumo pessoal*¹³³⁶, entendemos que, além de estar ausente a intenção de enaltecer ou encorajar a prática de crimes, os direitos à privacidade e à liberdade sexual afastam o caráter injusto da conduta. No entanto, esses direitos fundamentais só têm o condão de neutralizar a injustiça moral inerente à conduta quando a pornografia incita à violência contra pessoas *indeterminadas*. Havendo uma vítima determinada, a ameaça aos seus interesses de bem-estar é mais intensa e, aliada ao desvalor decorrente do ataque a sua imagem e dignidade, fornece uma boa razão para proibir também a posse do material para consumo pessoal. Daí que é razoável que esse tipo de conduta receba tratamento análogo ao dispensado pela lei penal, por exemplo, à posse de vídeo ou foto íntima divulgada sem o consentimento da pessoa que tem exposta sua imagem e intimidade.

Há, ainda, o *argumento de que a pornografia difama as mulheres*. Os defensores da proibição usam o termo “difamação” para transmitir a ideia de que a pornografia divulga a imagem das mulheres como hierarquicamente inferiores, ao representá-las como meros objetos à disposição dos desejos sexuais dos homens e não como pessoas intrinsecamente dignas de respeito e consideração¹³³⁷. Para Feinberg, a tese da difamação só se mostra plausível quando o material pornográfico não se limita a insultar especificamente a mulher que aparece nas fotos ou gravações, a qual pode ter participado da produção de forma livre e consciente, mas deprecia as mulheres como um grupo¹³³⁸. Ainda assim, o filósofo sustenta que esse argumento não é capaz de justificar a proibição da pornografia com base no princípio do dano, pois é muito difícil demonstrar que a pornografia leva realmente os homens a desvalorizarem as mulheres como seres humanos¹³³⁹.

Porém, parece-nos que a ideia de difamação fornece sim uma boa razão, em princípio, para proibir a produção e divulgação de determinados tipos de pornografia odiosa. Nesse caso, a proibição se fundamentaria, precipuamente, no especial conteúdo de injusto da

¹³³⁶ Para a discussão sobre quais condutas devem ser consideradas como posse de pornografia para consumo, especialmente no que diz respeito ao consumo do material pela internet: MCGLYNN, Clare; RACKLEY, Erika. *Criminalising Extreme Pornography*, p. 253.

¹³³⁷ HÖRNLE, Tatjana; KREMNIETZER, Mordechai. *Human Dignity as a Protected Interest in Criminal Law*, p. 155.

¹³³⁸ Com efeito, a argumentação desenvolvida na sequência abre a possibilidade de que a própria mulher que contribui voluntariamente para a produção do material pornográfico, conhecendo os aspectos fáticos que o caracterizam como um ataque à dignidade de todas as mulheres, seja punida pela participação no crime.

¹³³⁹ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 148-149.

conduta e não em especulações sobre os seus efeitos adversos. Para tanto, é necessário que o desvalor moral da conduta seja significativamente grave, não bastando, por exemplo, a mera reprodução de estereótipos de gênero. Nossa posição é que a proibição só será legítima nos casos excepcionais em que o material pornográfico produzido ou divulgado constitui uma forma séria de *desumanização e humilhação das mulheres como um grupo*, a ponto de poder ser compreendido como uma *violação ao direito à dignidade de mulheres indeterminadas* (ver tópico 6.3.4.1, *infra*). É única e exclusivamente esse tipo específico de pornografia violenta ou odiosa que se deve ter em mente ao tratar da pornografia como uma modalidade de discurso de ódio contra mulheres.

Observa-se que nenhum dos princípios aqui defendidos justifica a proibição de todo e qualquer registro ou divulgação de fetiches com o fim de proporcionar excitação sexual ao consumidor do material de pornografia, bem como da simples simulação de um fetiche cuja realização configuraria uma conduta criminoso. Por certo, fora das hipóteses já mencionadas, a criminalização do registro, divulgação e posse, para fins de estimulação sexual, de imagens de atos que sequer são criminosos em si mesmos dificilmente poderá ser justificada em bases liberais¹³⁴⁰. Em nossa opinião, mesmo a proibição de material pornográfico que contém a encenação voluntária de uma agressão sexual depende da presença de, pelo menos, um dos seguintes elementos: violação ao direito à imagem ou à intimidade sexual, incitação à violência ou difamação de grupos frequentemente vitimados pela propaganda de ódio.

Daí que uma teoria da criminalização de perfil liberal como a nossa não comporta a proibição da *pornografia infantil simulada* (art. 241-C do ECA)¹³⁴¹, a não ser que a cena fabricada apresente uma criança real e não imaginária, representada de forma que é possível

¹³⁴⁰ MCGLYNN, Clare; RACKLEY, Erika. *Criminalising Extreme Pornography*, p. 246-247: “if an activity is not unlawful in itself, then proscribing its depiction raises serious issues of clarity and coherence and raises the question of where is the harm”. A legislação britânica é criticada justamente por atrair parte da pornografia sadomasoquista para a categoria de pornografia extrema, desde que o ato retratado seja capaz de resultar em lesões sérias no ânus, seios ou genitália dos participantes, desprezando o fato de que a consensualidade é um elemento essencial desse tipo de prática. Mais adiante, argumentaremos contra a criminalização de práticas consensuais de BDSM em si mesmas: ver tópico 6.2.4.1.4, *infra*.

¹³⁴¹ Art. 241-C. Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, disponibiliza, distribui, publica ou divulga por qualquer meio, adquire, possui ou armazena o material produzido na forma do caput deste artigo.

reconhecê-la¹³⁴². Se esse não for o caso, a produção ou disponibilização desse tipo de pornografia somente pode ser alcançada pela lei penal se a conduta consistir em incitação à prática de violência sexual contra crianças¹³⁴³. Por outro lado, entendemos que a tese da difamação não tem a mesma força ao ser aplicada ao grupo social das crianças, pois, diferentemente das mulheres e outros grupos identitários (pessoas negras, homossexuais, transexuais etc.), as crianças e adolescentes não são alvos comuns de campanhas de ódio¹³⁴⁴.

Quanto à *posse de pornografia odiosa para consumo pessoal*, valem as mesmas considerações feitas acima a respeito do consumo de pornografia violenta. Nesse ponto, o leitor pode estar se perguntando por que os direitos à privacidade e à liberdade sexual afastam o caráter injusto da conduta praticada pelo mero consumidor, mas considerações relativas à liberdade de expressão não esvaziam a injustiça inerente à atividade de quem produz ou disponibiliza esses materiais. Acontece que o potencial lesivo da conduta do produtor/distribuidor é, em geral, mais acentuado, na medida em que ela torna o material de pornografia violenta ou odiosa acessível a um número indeterminado de pessoas. Já a relação entre a conduta do mero possuidor e eventual dano é mais longínqua, tendo em vista que o consumo pode, no máximo, incentivar a atividade do produtor/distribuidor, atividade essa que, diferentemente da exercida por aquele que produz material de pornografia infantil real, não é, em si mesma, danosa¹³⁴⁵. Em segundo lugar, para o mero consumidor, a posse tem

¹³⁴² No mesmo sentido, a argumentação de Ost para afastar a criminalização da posse para consumo de pornografia infantil fabricada: OST, Suzanne. Criminalising fabricated images of child pornography: a matter of harm or morality? *Legal Studies*, v. 30, n. 2, 2010, p. 241-242. Contudo, a autora defende a criminalização da criação e disseminação de pornografia infantil fabricada com fundamento no *harm principle* por entender que a prática gera a objetificação de crianças e o encorajamento ao seu abuso sexual (*Ibidem*, p. 252). Ost reconhece, todavia, que está partindo de um conceito amplo de dano (*Ibidem*, p. 245).

¹³⁴³ Não basta para justificar a proibição penal da pornografia infantil simulada que não envolve crianças reais os argumentos de que esse tipo de pornografia também incentiva o mercado de pornografia infantil real e de que a não criminalização desses casos dificultaria a punição da posse de pornografia infantil real, pois o possuidor sempre poderia alegar não saber que o conteúdo não era simulado e fictício. Inicialmente, o primeiro argumento carece de respaldo empírico e o segundo é um argumento pragmático e não de validade. Além disso, nesses casos, a proibição não atende ao requisito da injustiça, uma vez que a conduta não viola o direito à imagem e à dignidade de nenhuma criança.

¹³⁴⁴ Hörnle e Kremnitzer defendem a proibição da pornografia infantil ficcional com base no argumento de que o seu conteúdo conflita com o valor objetivo da dignidade humana. Para críticas à compreensão da dignidade humana como um valor objetivo e não como um direito, conferir o tópico 6.2.2.4, *infra*.

¹³⁴⁵ Uma discussão interessante diz respeito à existência de boas razões para criminalizar o consumo de material pornográfico que reproduz imagens reais de bestialidade. A produção desse tipo de material pode configurar um ato de maus-tratos contra os animais, cuja criminalização, já se argumentou anteriormente, pode ser justificada com base no princípio do dano (capítulo 2, tópico 2.3.4, *supra*). Contudo, nesse caso, o caráter injusto da mera posse não pode ser fundamentado na violação do direito à imagem da vítima de abuso sexual, como ocorre na

sempre um valor referente ao exercício de sua liberdade sexual positiva, enquanto o valor da atividade para o produtor/distribuidor pode se resumir a sua utilidade para a obtenção de vantagem financeira, passando ao largo do exercício da liberdade de expressão artística. Ressalta-se que mesmo um sistema jurídico tão devotado à liberdade de expressão como o estadunidense entende que a pornografia, ainda que transmita alguma mensagem, não recebe da Primeira Emenda à Constituição americana a mesma proteção conferida ao discurso político, estando sujeita a restrições de conteúdo e não apenas de forma¹³⁴⁶.

Em suma, fora das hipóteses em que a captação ou divulgação da cena de nudez ou sexo explícito constitui um injusto contra pessoas determinadas, a proibição penal da pornografia violenta ou odiosa apenas é admissível em duas situações específicas e excepcionais: quando há *incitação/encorajamento à violência sexual* ou *degradação da dignidade de um grupo social já vulnerável à propaganda de ódio*, usualmente as mulheres em geral. Considerando que os direitos à liberdade sexual e à privacidade podem restringir o caráter injusto da conduta, excluímos, inicialmente, a criminalização da posse desse tipo de pornografia extrema para consumo pessoal, a não ser quando o alvo da incitação ou da “difamação” seja uma vítima determinada. De todo modo, o fundamento para a criminalização é fornecido por outros princípios que não o princípio da ofensa.

Reconhecemos que não é fácil diferenciar, nas situações concretas, a pornografia extrema que incita à violência sexual ou viola a dignidade de grupos vulneráveis daquela que não incita nem “difama”. Ademais, a tendência é que os legisladores tenham dificuldade para descrever, em abstrato, as circunstâncias objetivas que fazem com que o material

pornografia infantil e na pornografia violenta que registra cenas de crimes reais. Em razão disso, entendemos que a conduta do consumidor só é alcançável pelo direito penal quando presentes os pressupostos para enquadrá-lo como um partícipe do crime de maus tratos.

¹³⁴⁶ SUNSTEIN, Cass R. Pornography and the First Amendment. *Duke Law Journal*, n. 4, 1986, p. 603-608, 613. Contudo, Brown critica a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos por ter criado uma lista de exceções à Primeira Emenda, isto é, de discursos considerados como não protegidos (p. ex., instigação ao crime, difamação, obscenidades e falas que configuram condutas criminosas como suborno, fraude, perjúrio e conspiração) sem estabelecer as razões gerais que justificam a inclusão de determinado discurso nessa lista. Para a autora, essa lista – que foi construída ao longo do tempo e, hoje, é considerada definitiva – é, ao mesmo tempo, ampla e restrita demais. Além disso, essa lista arbitrária foi criada justamente como uma forma de contornar a regra absoluta de que apenas a forma e nunca o conteúdo do discurso protegido pode ser regulado. Ver: BROWN, Rebecca L. The Harm Principle and Free Speech. *Southern California Law Review*, v. 89, n. 5, 2016, p. 971-981.

pornográfico se enquadre em uma dessas duas categoriais¹³⁴⁷. Diante disso, é recomendável estabelecer algumas diretrizes gerais a serem seguidas por legisladores e juízes, tais como: sempre considerar a obra como um todo e não apenas seus componentes isolados; restringir a proibição a filmes e fotos, excluindo materiais escritos e recuar com a criminalização sempre que o material demonstre possuir um mínimo de valor como meio para o exercício da liberdade de expressão artística¹³⁴⁸. Ainda assim, pode ser que o apreço do liberal por valores como liberdade de expressão, liberdade sexual, privacidade, livre iniciativa e segurança jurídica pese em favor da opção pela não criminalização, ao menos quando a conduta não se dirige contra uma vítima determinada, ou pela intervenção prévia de meios extrapenais de regulação.

6.1.5.3 Insultos, ameaças e ataques à honra e imagem

Para os defensores do *offense principle*, o insulto é um dos principais exemplos de aplicação do princípio. Com efeito, os insultos suscitam no ofendido estados mentais indesejados, mas, em geral, passageiros. Embora o sentido ultrajoso de determinadas palavras e gestos seja definido por convenções sociais, o conteúdo de injusto da conduta extrapola a infringência a regras de cortesia e urbanidade. Afinal, o insulto trata o ofendido com falta de respeito e consideração porque viola o direito que, em razão da dignidade que é inerente a sua humanidade, todos os indivíduos têm de não serem deliberadamente depreciados e humilhados por seus concidadãos¹³⁴⁹. Além disso, certos insultos podem provocar uma reação violenta do ofendido e, por conseguinte, há o risco de que conduzam a perturbações da paz pública¹³⁵⁰.

Apesar disso, os autores anglo-americanos tendem a entender que apenas modalidades mais sérias de insulto merecem ser criminalizadas, como é o caso do *insulto*

¹³⁴⁷ HÖRNLE, Tatjana; KREMNITZER, Mordechai. Human Dignity as a Protected Interest in Criminal Law, p. 155.

¹³⁴⁸ SUNSTEIN, Cass R. Pornography and the First Amendment, p. 624-626.

¹³⁴⁹ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 97-98; DUFF, R. A.; MARSHALL, S. E. How Offensive Can You Get?, p. 62.

¹³⁵⁰ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 226.

*racial*¹³⁵¹. Nesse sentido, Hirsch afirma que o insulto racial se diferencia do mero insulto porque, além da intensidade da injustiça, a conduta tem “o potencial de restringir as oportunidades das vítimas de participar da vida social e laboral da comunidade”¹³⁵². Para Duff e Marshall, mesmo o insulto racial nem sempre deve ser criminalizado, mas apenas quando dirigido contra grupos vulneráveis¹³⁵³. Ademais, na visão dos autores, esse tipo de insulto não precisa ser proferido na presença do grupo insultado, bastando que ocorra em público¹³⁵⁴. Isso porque a injustiça que justifica a criminalização do insulto racial consiste, parcialmente, no fato de a conduta configurar um *ataque público ao valor moral da vítima*.

Por seu turno, o direito penal romano-germânico pensa a criminalização do insulto em outros termos. Entre nós, predomina o entendimento de que o insulto, ou, para usar a linguagem da lei brasileira, a injúria (art. 140 do CP¹³⁵⁵) ofende o bem jurídico *honra*, assim como a difamação (art. 139 do CP¹³⁵⁶) e a calúnia (art. 138 do CP¹³⁵⁷). De fato, é possível sustentar que as pessoas em geral têm um *interesse básico pela própria autoestima e reputação*, o qual seria retrocedido por essas condutas¹³⁵⁸. Contudo, dificilmente um único ato de ultraje ou infâmia é suficiente para diminuir ou destruir, de modo durável, a autoestima ou

¹³⁵¹ ASHWORTH, Andrew; HORDER, Jeremy. *Principles of Criminal Law*. 7ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 30-31.

¹³⁵² HIRSCH, Andreas von. Harm and Wrongdoing in Criminalisation Theory. *Criminal Law and Philosophy*, v. 8, n. 1, 2014, p. 247. No original: “Racial insult, for instance, may properly be proscribed because it not only conveys gross disrespect for the persons insulted (a wrong), but has also the potential of restricting victims’ opportunities to participate in the community’s working and social life—which is a matter of harm. With commonplace insults, however, no such injurious result is likely to arise—so that the case for criminalisation would fail according to this theory.”

¹³⁵³ DUFF, R. A.; MARSHALL, S. E. How Offensive Can You Get?, p. 78.

¹³⁵⁴ DUFF, R. A.; MARSHALL, S. E. How Offensive Can You Get?, p. 77.

¹³⁵⁵ Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. § 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena: I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria; II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria. § 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência. § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa.

¹³⁵⁶ Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. Parágrafo único - A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

¹³⁵⁷ Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa. § 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga. § 2º - É punível a calúnia contra os mortos. § 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo: I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível; II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141; III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

¹³⁵⁸ HÖRNLE, Tatjana. Offensive Behavior and German Penal Law, p. 267.

a reputação de alguém. O mesmo pode ser dito sobre outros interesses individuais contra os quais esse tipo de conduta é eventualmente dirigida: o *interesse pela preservação da privacidade e da intimidade*.

Mais uma vez, a referência pouco esclarecedora a um bem jurídico intangível como a honra, sem maiores aprofundamentos, acaba por obscurecer a discussão. É questionável que os indivíduos tenham o direito geral de gozar de uma boa reputação em seu círculo de convivência, quando eles mesmos se comportaram previamente de forma a merecer a censura social. Daí que não basta recorrer à ideia de “honra objetiva” para justificar a punição, por exemplo, do indivíduo A que alerta seu amigo C que o terceiro B, com quem C está prestes a realizar uma transação comercial, fez jus à fama de ser desonesto, relatando-lhe um fato verdadeiro, não criminoso nem de caráter íntimo, praticado por B. Por certo, independentemente da questão sobre a existência ou não de um especial fim de agir, isto é, do que a doutrina brasileira denomina de *animus difamandi*, a conduta de A não injustiça B ao violar o seu direito a ser tratado com o mesmo respeito e consideração devido a todo ser humano.

Assim, nossa proposta é analisar a legitimidade da criminalização do insulto e outros ataques à honra ou imagem a partir dos *impactos efetivos da conduta sobre os interesses da vítima* e da sua relação com os *deveres individuais não meramente morais de respeito e consideração mútua*. Essa análise leva à constatação de que há, nesse âmbito, considerável *sobreposição entre os princípios do dano e da ofensa*. Os ataques à honra ou imagem que se qualificam para a criminalização são injustos comunicativos com potencial tanto de retroceder interesses de bem-estar alheios quanto de provocar na vítima estados mentais indesejados. Além disso, diferentemente do ato obsceno, o insulto é sempre um ataque dirigido contra uma pessoa determinada, de forma que não se mostram razoáveis exigências como a da percepção direta da ofensa pela vítima e a impossibilidade de evitar sem ônus excessivo a ofensa, sobretudo quando se trata de insultos especialmente graves, como a injúria racial (art. 140, §3º, CP¹³⁵⁹).

No entanto, como já dito, o dano ao interesse básico por uma boa reputação, passível de ser associado ao ataque à honra ou imagem, é geralmente remoto. Imagine o seguinte

¹³⁵⁹ Art. 140 § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: Pena - reclusão de um a três anos e multa.

exemplo: A afirma a C que B praticou um fato descrito como um crime, sabendo da falsidade da imputação, mas C não acredita em A e não repassa a informação adiante. Nesse caso, conquanto não haja dano efetivo à reputação de B, ninguém objetaria que A deve ser punido pelo crime de calúnia na modalidade consumada. Se, por um lado, os insultos são *indiretamente danosos*, por outro, quando praticados na presença da vítima, eles são *diretamente ofensivos*. É o que também ocorre com o crime de ameaça (art. 147 do CP¹³⁶⁰). Sendo séria e crível, qualquer ameaça de mal grave é capaz de gerar uma série de sentimentos negativos na vítima, tais como medo, ansiedade e apreensão, mas a produção de efeitos adversos mais duradouros para a saúde mental e a liberdade de ação da vítima depende da combinação entre várias contingências fáticas. Assim, por exemplo, nem toda ameaça afeta o *autocontrole da vítima ou a sua liberdade de elaborar e perseguir planos conforme seus próprios juízos*, pois nem sempre a vítima faz ou deixa de fazer algo por medo da consequência ameaçada ou, mesmo sem fazer escolhas diversas das desejadas em razão da ameaça, passa a conviver com um temor persistente de represálias.

Certo é que o que chama a atenção a respeito dos insultos e também das ameaças é, em primeiro lugar, a sua ofensividade e não qualquer consequência de longo prazo¹³⁶¹. No mais, ainda que a criminalização de insultos, ameaças e ataques à honra e imagem possa ser justificada com base no princípio do dano, deve-se observar a possibilidade de aplicação de algum dos critérios próprios do princípio da ofensa, como a exclusão do conteúdo de injusto por considerações relativas aos direitos à privacidade e à liberdade de expressão. Da mesma forma, a máxima de mediação do princípio da tolerância também é aplicável a esse grupo de crimes, uma vez que é razoável esperar dos cidadãos de um Estado liberal e plural uma *casca grossa* em relação a determinados atos de desrespeito. De outra parte, há casos em que o caráter injusto da conduta se mostra suficiente para justificar a sua proibição, mormente quando viola a privacidade, intimidade ou a dignidade da vítima.

¹³⁶⁰ Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

¹³⁶¹ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 120.

6.1.5.4 Discurso de ódio¹³⁶²

No tópico anterior, nossa atenção estava voltada a discursos ofensivos dirigidos contra uma pessoa determinada. Neste tópico, vamos tratar daqueles que atingem pessoas indeterminadas. Ao utilizar a expressão discurso de ódio, temos em mente, em linhas gerais, qualquer tipo de manifestação verbal ou simbólica que incentiva o ódio, o preconceito e a discriminação contra minorias em razão de cor, etnia, religião, gênero, orientação sexual, identidade de gênero, procedência nacional etc., com o objetivo de humilhar, depreciar, excluir ou oprimir determinados grupos sociais¹³⁶³.

A questão que deve ser aqui respondida é se condutas como a dos passageiros do ônibus em que também está Z, os quais utilizam camisetas com suásticas, mensagens racistas e de ódio contra mulheres, homossexuais, judeus e muçulmanos, pode ser proibida com base no princípio da ofensa ou algum outro princípio admitido por nossa teoria da criminalização. O presente grupo de casos é o que melhor traduz a tensão entre liberdade de expressão e princípios da criminalização. Suponha-se que os passageiros do ônibus em que está Z estejam se dirigindo para um marcha no centro da cidade, na qual os manifestantes vestem uniformes idênticos aos dos soldados nazistas, carregam bandeiras com suásticas ou utilizam vestes brancas típicas dos membros da Ku Klux Klan. Seria a liberdade de expressão, nesse caso, um óbice intransponível à intervenção do legislador penal?

Como já destacado (ver capítulo 1, tópico 1.5.1, *supra*), a Suprema Corte dos Estados Unidos diferencia o discurso político *lato sensu*, cuja tutela constitucional nos Estados Unidos é reforçada, de outros discursos que recebem uma proteção menos intensa (p. ex., a propaganda comercial) e daqueles que são considerados fora do alcance da Primeira Emenda (p. ex., as obscenidades e falsidades)¹³⁶⁴. Nesse quadro, só podem ser punidos os discursos políticos capazes de conduzir a uma imediata reação violenta da audiência¹³⁶⁵, ou

¹³⁶² Algumas questões aqui analisadas já apareceram em: BADARÓ, Tatiana. Criminalização do discurso de ódio e liberdade de expressão: uma análise do art. 20 da Lei nº 7.716/89 sob a perspectiva da teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 145, 2018, p. 531-569.

¹³⁶³ Sobre a definição de *hate speech*, por todos: SIMPSON, Robert Mark. Dignity, Harm, and Hate Speech. *Law and Philosophy*, v. 32, n. 6, 2013, p. 701.

¹³⁶⁴ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “*hate speech*”. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>.

¹³⁶⁵ *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

seja, que produz um *perigo claro e iminente de dano*¹³⁶⁶. Portanto, apenas uma versão mais restrita do *harm principle* seria aplicável ao exercício da liberdade de expressão plenamente protegido pela Primeira Emenda à Constituição americana, pois não se poderia restringir o discurso político com base na possibilidade, ou mesmo probabilidade, que ele venha a causar dano grave em um momento indefinido no futuro¹³⁶⁷.

Essa perspectiva parte da separação entre o *discurso que incita à ação (instigation)* e o *discurso que endossa ideias (advocacy)*¹³⁶⁸, o que se traduz na diferenciação entre o *discurso que instiga a violência* e o *discurso que propaga o ódio*¹³⁶⁹. Nessa visão, o caráter danoso atribuído ao discurso que se pretende restringir não pode decorrer da sua capacidade de convencer seus interlocutores a também aderirem às ideias defendidas. Afinal, limitar a liberdade de expressar opiniões políticas em razão do conteúdo da mensagem, e não da intenção do emissor e da forma pela qual o discurso é emitido, configura *censura*¹³⁷⁰. Diante disso, as únicas restrições sobre o discurso que não produz um perigo claro e iminente de dano que podem ser admitidas são aquelas consideradas *neutras*, ou seja, não relacionadas ao conteúdo da mensagem divulgada, mas a circunstâncias de tempo, lugar e forma¹³⁷¹.

A fundamentação filosófica desse posicionamento pode ser encontrada na defesa feita por Mill da *liberdade de expressão como meio de atingir a verdade*. Os argumentos do filósofo inglês podem ser assim sistematizados: a) como o ser humano é falível, não é possível afirmar de antemão, com absoluta certeza, a falsidade de uma ideia para excluí-la do debate; b) deve-se permitir que mesmo as ideias falsas sejam sustentadas no debate público, como uma forma de testar e fortalecer as ideias verdadeiras e c) não é recomendável confiar

¹³⁶⁶ *Bradenburg v. Ohio* 395 U.S. 444 (1969). Nesse precedente, a Suprema Corte norte-americana reverteu a condenação por apologia ao crime de líder da Ku Klux Klan em Ohio que organizou um encontro, transmitido ao público pela televisão, no qual pessoas encapuzadas queimavam cruzes e proferiam discursos contra negros e judeus. Na filmagem, o referido líder afirma que “os crioulos (*nigger*) deveriam ser devolvidos para a África e os judeus para Israel”, além de dizer que, se a raça caucasiana continuasse a ser prejudicada, a Ku Klux Klan iria se vingar.

¹³⁶⁷ BLASI, Vincent. Six Conservatives in Search of the First Amendment: The Revealing Case of Nude Dancing. *William & Mary Law Review*, v. 33, n. 3, 1992, p. 620.

¹³⁶⁸ COHEN-ALMAGOR, Raphael. Harm Principle, Offense Principle, and the Skokie Affair. *Political Studies*, XLI, 1993, p. 455. Segundo o autor, Mill foi o primeiro a diferenciar discurso como manifestação de convicções e como instigação à ação.

¹³⁶⁹ ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. *Revista Pensamiento Constitucional*. Lima, v. 11, n. 11, 2005, p. 167.

¹³⁷⁰ BROWN, Rebecca L. The Harm Principle and Free Speech, p. 961-962.

¹³⁷¹ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>.

aos governos o poder de suprir ideias do debate público, ainda que com o aval da vontade da maioria¹³⁷². Na esteira de Mill, muitos autores estadunidenses defendem a promoção de um *mercado livre de ideias*, no qual qualquer ideia, por mais odiosa e extremista, pode ser livremente debatida. Daí que o discurso de ódio só poderia ser combatido com mais discurso, não sendo proveitoso inviabilizá-lo ou relegá-lo à invisibilidade por meio de proibições¹³⁷³. Logo, o que se deve fazer perante os discursos intolerantes e antidemocráticos é permitir que venham à esfera pública para que, aos serem confrontados com outros discursos mais racionais, percam a sua força persuasiva.

Em sentido diverso, a memória recente do Holocausto, que teve como um de seus fatores a propaganda oficial de ódio contra judeus, ciganos e outras minorias, fez com que a Alemanha engajasse sua legislação no propósito de coibir e punir o discurso de ódio¹³⁷⁴. Para a jurisprudência alemã, *a liberdade de expressão é um direito fundamental que não prepondera, no plano abstrato, sobre os demais*, podendo ceder, nos casos concretos, aos direitos da personalidade inerentes à dignidade da pessoa humana¹³⁷⁵. Nessa linha, o Tribunal Constitucional alemão desenvolveu as seguintes regras de ponderação a serem aplicadas nos casos concretos: a) caso haja manifestação de opinião que constitua insulto, o direito da personalidade prevalecerá; b) caso haja afirmação de fato, a liberdade de expressão não prevalecerá sobre o direito à personalidade se a afirmação for falsa e c) mesmo no caso em que a informação de fato seja verdadeira, há que se considerar o interesse público pela divulgação da informação¹³⁷⁶.

Nesse quadro, o Código Penal alemão (StGB) pune em seu §185 o *insulto coletivo ou difamação de grupos*, desde que preenchidos os seguintes requisitos: a) o grupo atacado deve ser um grupo pequeno; b) as características desse grupo devem diferir das do público em

¹³⁷² MILL, John Stuart. *On Liberty*, ch. 2.

¹³⁷³ Conferir: DWORKIN, Ronald. *The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, ch. 2. Essa argumentação está presente no voto minoritário do Ministro Marco Aurélio no Habeas Corpus nº 82.424/RS referente ao denominado caso Ellwanger, descrito mais adiante.

¹³⁷⁴ LOEWY, Arnold H. A Dialogue of Hate Speech. *Florida State University Law Review*. Florida, v. 36, n. 1, 2008, p. 74.

¹³⁷⁵ ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo, p. 179.

¹³⁷⁶ 90 BVerfGE 241. 248 F. (1994); 93 BVerfGE 266. 294 (1995). Em relação à regra “c”, interessante citar o caso *Lebach* (35 BVerfGE 202. 245 (1973)), em que a Corte Constitucional proibiu a exibição de programa de televisão que reconstituiria um crime ocorrido há muito tempo. Entendeu-se que não havia interesse público atual no debate do caso, sendo que a exibição do programa inviabilizaria a ressocialização do culpado que sairia em breve da prisão.

geral; c) o ataque deve ser dirigido a todos os membros do grupo e não a seus membros individualmente e d) o ataque deve se fundar em característica inalterável ou atribuída pelo público em geral e não pelo próprio grupo (p. ex. étnicas, raciais, físicas, mentais etc.)¹³⁷⁷. Já o §130 StGB tipifica a *incitação ao ódio* contra setores da população, especialmente contra grupos identificados pela nacionalidade, raça, religião ou origem étnica, e a proposição de medidas violentas ou arbitrárias contra eles. A doutrina indica como bem jurídico protegido a “paz pública”, aduzindo que o objetivo do dispositivo é evitar um clima favorável a crimes de ódio¹³⁷⁸. Contudo, a configuração do tipo penal não depende do perigo claro e iminente de dano, como ocorre nos Estados Unidos, satisfazendo-se com o perigo abstrato.

O §130.3 StGB, por sua vez, pune com pena de prisão de até cinco anos ou multa o discurso que promova a denominada *mentira de Auschwitz*, isto é, a aprovação, negação ou minimização, em público ou em reunião e de forma capaz de perturbar a paz pública, do genocídio cometido sob o Nacional Socialismo¹³⁷⁹. Brugger diferencia a modalidade “simples” do delito, que se reduz à afirmação de que o Holocausto não ocorreu ou de que não ocorreu na magnitude relatada, e a modalidade “qualificada”, em que a negação é “acompanhada por conclusões normativas adicionais ou por chamamentos à ação”¹³⁸⁰. Conforme observa Rosenfeld, a criminalização da negação do Holocausto “simples” desperta polêmicas envolvendo a adequada diferenciação entre opinião e fato, bem como em relação aos limites da liberdade acadêmica e científica¹³⁸¹.

Na análise de Hörnle, a versão revisada do *offense principle* de Feinberg não justifica a criminalização da falsa representação de fatos históricos, ao menos quando o negacionista não desafia a história e o sofrimento pessoal de um sobrevivente do Holocausto em específico, uma vez que estariam ausentes as razões normativas exigidas para além dos

¹³⁷⁷ BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio?, p. 127. No caso Tucholski I (93 BVerfGE 266. 300 f. (1995)), o Tribunal Constitucional alemão anulou a condenação de um professor de ciências sociais, pacifista que se opunha à participação da Alemanha na Guerra do Golfo em 1991, que havia sido processado pelo crime do §185 do StGB por exhibir, no para-choque de seu veículo, um adesivo com os dizeres “os soldados são assassinos”. A Corte entendeu que se tratava de crítica à atuação das instituições em matéria de interesse público, estando constitucionalmente protegida.

¹³⁷⁸ BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio?, p. 128-129.

¹³⁷⁹ Em 1994, o Tribunal Constitucional chancelou a decisão do governo alemão de exigir, como requisito para autorizar uma reunião pública em que discursaria David Irving, historiador revisionista britânico, que não se proferisse discurso de negação do Holocausto (90 BVerfGE 241-255 (1994)).

¹³⁸⁰ BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio?, p. 128-129. Registra-se que o uso de símbolos nazistas é tipificado pelo §86a.

¹³⁸¹ ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo, p. 183.

sentimentos negativos produzidos pela conduta¹³⁸². Para a autora, a abordagem alemã que recorre à proteção da paz pública, fiando-se em bens jurídicos coletivos e vagos, foge à tarefa de especificar os interesses humanos em jogo. Por isso, é de pouca ajuda em esclarecer os fundamentos da criminalização e acaba por mascarar o caráter moralista da proibição¹³⁸³. Com efeito, *a simples negação de um fato histórico exhaustivamente documentado dificilmente pode constituir violação a um dever não meramente moral*. Além disso, é provável que a aplicação prática do princípio da ofensa a esse tipo de conduta seja obstaculizada pelo critério da fácil evitabilidade e pelo próprio direito à liberdade de expressão.

O direito brasileiro se afasta do modelo norte-americano para se alinhar a Alemanha e vários outros países que admitem a punição de discursos de ódio, ainda que não produzam perigo claro e iminente de dano¹³⁸⁴. O art. 20 da Lei nº 7.716/1989¹³⁸⁵ descreve como crime a indução ou incitação à discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional¹³⁸⁶, bem como a fabricação, comercialização, distribuição ou veiculação da cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. Embora o Brasil não

¹³⁸² HÖRNLE, Tatjana. Legal Regulation of Offence, p. 136.

¹³⁸³ HÖRNLE, Tatjana. Legal Regulation of Offence, p. 136-137.

¹³⁸⁴ Registra-se que o Brasil é signatário de documentos internacionais pelos quais se compromete a combater os discursos de incitação ao ódio e à discriminação. Por exemplo, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, promulgada pelo Decreto nº 65.810/1969, estabelece o compromisso de que os Estados-partes declarem delitos puníveis por lei a difusão de ideias baseadas na superioridade ou ódio raciais e qualquer incitamento à discriminação racial (art. IV, a). Ver também o art. 20 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto nº 592/1992.

¹³⁸⁵ Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa. § 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. § 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

¹³⁸⁶ Nota-se que o dispositivo não faz referência ao preconceito e à discriminação em razão de gênero, orientação sexual e identidade de gênero. No ano de 2019, o STF colocou em julgamento duas ações, uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão e um mandado de injunção, que pedem que o Supremo reconheça que há omissão e inércia inconstitucional do Congresso Nacional ao não criminalizar a homofobia e a transfobia, inclusive o discurso de ódio em razão de orientação sexual e identidade de gênero. Concluído o julgamento do MI 4.733/DF, o pedido foi julgado procedente para reconhecer a omissão legislativa inconstitucional em criminalizar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, tendo em vista a existência de mandado constitucional de criminalização, extraído da Constituição e de tratados internacionais, no que diz respeito a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Contraditoriamente, apesar de ter reconhecido que a lei não proíbe a conduta, a maioria dos Ministros determinou a aplicação, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito, da Lei 7.716/89 a fim de estender os seus tipos penais para abarcar a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero. Ver: MI 4733, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-238 DIVULG 28-09-2020 PUBLIC 29-09-2020. Com efeito, essa decisão desrespeita o princípio da legalidade, tendo em vista que condutas foram criminalizadas pelo tribunal sem suporte em lei formal.

criminalize a simples negação, minimização ou aprovação do Holocausto, no ano de 2003, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus nº 82.424/RS, manteve a condenação do escritor e editor gaúcho Siegfried Ellwanger pelo delito em questão, por ter ele distribuído livros escritos por autores nacionais e estrangeiros negacionistas. Nessa oportunidade, a Corte brasileira entendeu que há crime quando a revisão histórica é utilizada para “incutir ódio, discriminação e distinção em relação a categorias de pessoas”¹³⁸⁷.

Por outro lado, parte da literatura anglo-americana sustenta a compatibilidade entre a proibição do discurso de ódio e o *harm-offense principle*. Segundo Hirsch e Simester, ao transmitir à vítima e à sociedade a mensagem de que o grupo minoritário atingido não é digno de participar dos assuntos da *polis*, o discurso racista pode ter o efeito de *induzir terceiros a não reconhecerem esse grupo como membro da comunidade política*, contribuindo para a criação ou manutenção de um ambiente em que os indivíduos a ele pertencentes, em razão de sua identidade, têm *menos oportunidades de florescer e desenvolver plenamente seu potencial humano*¹³⁸⁸. Ademais, como salientado por Roberts, *é moralmente injusto criticar ou abusar verbalmente de alguém em razão de uma característica permanente e imutável*, sendo que esse tipo de conduta viola os direitos dos indivíduos à igualdade e à dignidade¹³⁸⁹. Autores como Waldron destacam que, presentes determinadas circunstâncias, o discurso de ódio tem potencial de produzir danos por acumulação, de forma análoga ao crime de poluição ambiental, na medida em que contribui para *poluir a esfera pública com o ódio visível contra o grupo minoritário*, perpetuando, no longo prazo, a convicção pré-existente de que os membros desse grupo devem ocupar uma posição subalterna na sociedade em razão de sua identidade¹³⁹⁰. Conquanto a presença desse dano remoto coloque em evidência a aplicação do princípio do dano, Hirsch e Simester argumentam que a principal razão para punir os insultos em geral é a sua ofensividade imediata¹³⁹¹. Para eles, é a existência desses danos remotos que

¹³⁸⁷ HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524.

¹³⁸⁸ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 115-116.

¹³⁸⁹ ROBERTS, Paul. *Penal Offence in Question*, p. 16.

¹³⁹⁰ WALDRON, Jeremy. *Dignity and Defamation: the Visibility of Hate*. 2009 *Oliver Wendell Holmes Lectures*, v. 123, 2010, p. 1620. Ver também: WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 102 e ss. No mesmo sentido: KERNOHAN, Andrew. *Accumulative Harms and the Interpretation of the Harm Principle*. *Social Theory and Practice*, v. 19, n. 1, spring, 1993, p. 68.

¹³⁹¹ Contrastando a perspectiva de Hirsch e Simester com a de Waldron: STANTON-IFE, John. *What is the Harm Principle for?*, p. 343.

justifica proibir, com base no princípio da ofensa, os insultos raciais, mas não os insultos comuns¹³⁹². Todavia, a nosso ver, essa diferença não obriga o legislador a não punir os insultos comuns, os quais, como vimos acima, podem ser danosos quando direcionados contra uma pessoa determinada, mas justifica não punir insultos dirigidos contra pessoas indeterminadas que compõem um grupo não vulnerável.

A questão da criminalização do discurso de ódio é debatida por Feinberg a partir do caso *Skokie*. Em 1978, a Suprema Corte de Illinois autorizou e assegurou proteção policial para uma passeata organizada pelo Partido Nacional-Socialista da América, em que as pessoas usariam uniformes militares nazistas e portariam bandeiras com suásticas, a qual ocorreria no município de Skokie, no subúrbio de Chicago, cuja maioria da população era formada por judeus e sobreviventes do Holocausto¹³⁹³. Para Feinberg, o *uso público de símbolos de ódio* deve ser proibido com base no *offense principle*, sendo a ofensividade da conduta uma razão mais adequada para proibi-la do que o argumento de que comportamentos assim ameaçam a paz pública ao escalonar tensões que podem desaguar em confrontos violentos entre grupos adversários¹³⁹⁴. Com efeito, o *argumento do “risco à paz pública”* poderia ser instrumentalizado em prol da proibição de protestos democráticos e pacíficos, como passeatas pelos direitos civis¹³⁹⁵ em que manifestantes, vestidos com boinas idênticas às dos panteras negras, marcham por vizinhanças majoritariamente brancas nas quais ocorreram recentemente atos de racismo. Essa perspectiva focada no perigo genérico de distúrbios em espaços públicos desconsidera a *diversidade de sentidos extraídos de cada símbolo*. Afinal, diferentemente das suásticas nazistas e das cruzes em chamas da KKK, símbolos de resistência como as boinas dos panteras negras representam a defesa e não a negação de

¹³⁹² HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 119-122.

¹³⁹³ *Skokie vs. Nationalist Socialist Party of America*, 373 N.E.2d 21 (1978).

¹³⁹⁴ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 90-91. De fato, eventos como os que se deram na cidade de Charlottesville, nos EUA, em agosto de 2017, demonstram que o risco de confrontos não é fictício. No mesmo dia em que ocorria uma marcha convocada por supremacistas brancos da alt-right americana, na qual os manifestantes portavam símbolos suásticas, bandeiras confederadas, faziam discursos contra judeus, negros, imigrantes, gays etc., e alguns carregavam armas de fogo, foi também organizada uma marcha de grupos antifascistas, tendo havido um confronto violento que acabou deixando várias pessoas feridas, além de uma pessoa que foi atropelada e veio a falecer. Ver: BBC NEWS BRASIL. *Charlottesville: supremacistas brancos e grupos antirracismo entram em confronto*. 12 agosto 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-40913908>. Acesso em 14/12/2020, às 18:20.

¹³⁹⁵ ROBERTS, Paul. *Penal Offence in Question*, p. 25.

direitos fundamentais de outras pessoas, além de não estarem factualmente associados a atrocidades históricas como o genocídio, a segregação e os linchamentos¹³⁹⁶.

Na visão de Feinberg, a marcha em Skokie poderia ser proibida sem violar o direito à liberdade de expressão, uma vez que não envolvia a defesa pública de opiniões políticas (*advocacy*), mas apenas a *afronta deliberada e maliciosa de sensibilidades alheias*¹³⁹⁷. Isso porque o único propósito dos organizadores e participantes da marcha era insultar, atormentar e amedrontar os judeus que viviam no local. Ademais, a ofensa produzida pela marcha pode ser qualificada como profunda, pois o sentimento de afronta pessoal independe da percepção direta da conduta pelo ofendido¹³⁹⁸. A despeito disso, como a marcha foi anunciada com antecedência, Feinberg entende que, nesse caso específico, o ato não poderia ser proibido com fundamento no princípio da ofensa porque as possíveis vítimas tinham a opção de, com um mínimo de inconveniência, evitar serem expostas aos comportamentos ofensivos¹³⁹⁹.

Há várias críticas à solução de Feinberg para o caso Skokie. Para Cohen-Almagor, a marcha em Skokie não seria uma hipótese de *fighting words* ou *instigation*, mas de *advocacy*¹⁴⁰⁰. Mesmo que os manifestantes não pretendessem fazer discursos ou distribuir panfletos, os símbolos que seriam utilizados (suástica, uniformes, etc.) também transmitem ideias e opiniões. Daí que, contrariamente ao entendimento majoritário, o autor defende que atos que constituem *advocacy* podem ser proibidos quando, embora ausente o perigo claro e iminente de dano, *o discurso é projetado para causar ofensa imediata*¹⁴⁰¹. Para tanto, basta que o conteúdo ou a forma do discurso seja seriamente ofensivo, a intenção de ofender seja clara e o grupo alvo não esteja em posição de evitar a ofensa¹⁴⁰². No caso de Skokie, Cohen-Almagor argumenta que não é razoável exigir daqueles que viveram na pele a perseguição contra os judeus que “fujam” do centro da cidade em que vivem para evitar a ofensa. A

¹³⁹⁶ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 92-93.

¹³⁹⁷ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 86.

¹³⁹⁸ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 52.

¹³⁹⁹ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 87.

¹⁴⁰⁰ COHEN-ALMAGOR, Raphael. Harm Principle, Offense Principle, and the Skokie Affair, p. 462.

¹⁴⁰¹ COHEN-ALMAGOR, Raphael. Harm Principle, Offense Principle, and the Skokie Affair, p. 461. Segundo o autor, o próprio Mill reconheceu essa exceção à proteção do discurso que configura *advocacy* ao defender a proibição do ato obsceno (*Ibidem*, p. 458).

¹⁴⁰² COHEN-ALMAGOR, Raphael. Harm Principle, Offense Principle, and the Skokie Affair, p. 463-464.

solução seria diversa se a marcha estivesse programada para acontecer no centro de Chicago e não em um recôndito de sobreviventes do Holocausto como Skokie¹⁴⁰³.

Em outra linha, Brown entende que *restringir o exercício da liberdade de expressão em razão de seu caráter ofensivo é uma forma de censura*¹⁴⁰⁴. No entanto, a autora também se opõe à posição, predominante no pensamento norte-americano, de que discursos protegidos pela Primeira Emenda que não geram perigo claro e imediato de dano só podem ser regulados na forma e nunca no conteúdo. Para ela, devem ser consideradas neutras as restrições à livre expressão sempre que for possível sustentar com base em evidências empíricas a conclusão de que restringir o discurso dessa forma previne danos¹⁴⁰⁵. Nessa perspectiva, assim como na de Waldron, *o princípio do dano justifica a proibição de alguns discursos políticos mesmo que o possível dano só possa vir a se consumir no longo prazo*. Segundo Brown, a proibição de discursos de ódio com suporte no *harm principle* não impede o mercado livre de ideias, na medida em que se limita a *suprimir discursos cujo impacto não se dá por intermédio de processos de transmissão racional de ideias*¹⁴⁰⁶. Por essa mesma razão, a proibição também não nega a responsabilidade moral dos indivíduos ao retirar deles a oportunidade de acessar um amplo arsenal de ideias capazes de persuadi-los racionalmente¹⁴⁰⁷. No final das contas, o discurso de ódio se afasta da manifestação de pensamento e opiniões para se aproximar de discursos que afetam o ambiente da audiência por outros meios que não a comunicação de uma mensagem, como é o caso da propaganda subliminar e do grito de “fogo” no meio de uma multidão dentro de um espaço fechado¹⁴⁰⁸.

De acordo com a teoria da criminalização aqui defendida, não basta para fundamentar a proibição penal de qualquer discurso que ele seja idôneo a produzir ofensa imediata ou dano remoto, sendo também necessário que *a conduta trate injustamente outras pessoas determinadas ou indeterminadas*. Como já exposto, o conteúdo de injusto das

¹⁴⁰³ De forma semelhante, Cohen assevera que o contexto é importante para definir se um discurso é capaz de produzir o “dano psicológico” que fornece uma boa razão para proibi-lo (COHEN, Andrew Jason. Psychological Harm and Free Speech on Campus. *Society*, n. 4, 2017, p. 323). Registra-se que Cohen-Almagor não fala em dano psicológico e sim em “ofensa moralmente equiparável à dor física” (*offence which is morally on a par with physical pain*).

¹⁴⁰⁴ BROWN, Rebecca L. The Harm Principle and Free Speech, p. 999.

¹⁴⁰⁵ BROWN, Rebecca L. The Harm Principle and Free Speech, p. 1002.

¹⁴⁰⁶ BROWN, Rebecca L. The Harm Principle and Free Speech, p. 1005.

¹⁴⁰⁷ BROWN, Rebecca L. The Harm Principle and Free Speech, p. 1006.

¹⁴⁰⁸ BROWN, Rebecca L. The Harm Principle and Free Speech, p. 1006-1007.

condutas imediatamente ofensivas e remotamente danosas deve atender a determinados pressupostos a fim de satisfazer ao requisito da injustiça. Assim, ainda que o discurso exorte a audiência à prática de crimes de ódio contra grupo minoritário, o fato de que a incitação normalmente só causa dano por agregação faz com que a criminalização dependa da observância a *critérios de imputação justa como a implicação normativa*. Além disso, a capacidade da liberdade de expressão de afastar, nos casos concretos, o conteúdo de injusto das condutas está sujeita à definição, a partir da Constituição brasileira, dos contornos exatos desse direito fundamental. Este não é o espaço para apresentar uma teoria constitucional da liberdade de manifestação do pensamento, mas parece-nos que proibir atos do nível da marcha em Skokie não constitui violação ao art. 5º, inciso IV, da CRFB¹⁴⁰⁹, mas o mesmo não pode ser dito em relação à mera negação pública do Holocausto ou outras atrocidades como a escravidão e o genocídio indígena. É seguro dizer que, no Brasil, *o discurso político pode ser restringido em razão do conteúdo e não apenas da forma, mormente quando viola o direito de outras pessoas à dignidade e à igualdade*.

A nosso ver, *o uso ostensivo de símbolos de ódio deve ser proibido com fundamento no princípio da ofensa*¹⁴¹⁰. Esse princípio fornece ao legislador boas razões para proibir, por exemplo, a marcha com bandeiras e suásticas nazistas em Skokie. Observa-se que, nessa hipótese, a conduta ofensiva possui um elemento público que está ausente em condutas que, embora produzam ofensas profundas, estão excluídas do âmbito do *offense principle*. É o caso de uma reunião privada em que supremacistas brancos exibem os mesmos símbolos e realizam rituais de adoração à imagem de Adolf Hitler. Em oposição a Feinberg, entendemos que, no caso específico de Skokie, não há que se falar em fácil evitabilidade da ofensa, inclusive porque o uso de símbolos de ódio ofende não apenas um grupo minoritário, alvo de perseguição, mas a todas as pessoas que compartilham de valores democráticos como o respeito à igualdade e à dignidade intrínseca a todos os seres humanos. Logo, nesse tocante,

¹⁴⁰⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

¹⁴¹⁰ Assim, nossa posição se diferencia da defendida por autores como Waldron que, ao negar que uma conduta possa ser proibida penalmente pelo simples fato de ser ofensiva, acaba adotando uma postura pouco rigorosa em relação ao conceito de dano e sua identificação. Além disso, a posição do autor permite uma criminalização irrestrita – isto é, sem observar as balizas do princípio da ofensa – de condutas que, embora integrem uma noção ampla de discurso de ódio, merecem a atenção do legislador penal em razão de uma ofensividade imediata e não de sua alegada danosidade remota. Ver: WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, p. 15.

não há diferença entre a marcha em Skokie e a conduta dos passageiros do ônibus em que está Z que utilizam camisetas com suásticas, mensagens racistas e de ódio contra grupos identitários.

De outra parte, o fundamento de legitimidade da criminalização de algumas modalidades de discursos de ódio é mais adequadamente explicitado pelo princípio do dano, como ocorre com a *incitação à violência e à discriminação ilícita contra grupos sociais vulneráveis*. Desde que haja evidências empíricas de que a conduta produz risco relevante de dano e que sejam atendidos o requisito da injustiça e os critérios de imputação justa, a proibição penal estará justificada, independentemente da observância às máximas que orientam a aplicação do *offense principle*. No mais, o conteúdo de injusto da conduta pode ser tal que dê ao legislador penal uma boa razão para proibir o discurso de ódio, mesmo na ausência de dano direto ou indireto normativamente imputável e ainda que máximas de mediação como a fácil evitabilidade tornem o princípio da ofensa inaplicável¹⁴¹¹. É o já mencionado caso de *discursos especialmente censuráveis que difamam grupos minoritários*, violando o direito de pessoas indeterminadas, conectadas por características identitárias inalteráveis, ao tratamento igualitário e a não serem severamente humilhadas. Registra-se que a difamação de grupos, diferentemente da difamação de indivíduos determinados, só merece a atenção do direito penal quando o ataque verbal não se dirige simplesmente contra o direito à honra ou à reputação, mas contra o *direito à igual dignidade*¹⁴¹², mais especificamente ao direito de não ter negada a condição de membro da comunidade política e de não ser tratado como um cidadão de segunda classe em razão de sua cor, etnia, religião, gênero, orientação sexual, identidade de gênero etc.

6.1.5.5 Desrespeito aos mortos, ao sentimento patriótico e religioso

No tópico anterior, cuidamos do uso de símbolos que afrontam as sensibilidades alheias, provocando em outros indivíduos estados mentais e emocionais desagradáveis, ainda que transitórios, como medo, ansiedade e raiva. No presente tópico, entre outros atos

¹⁴¹¹ De forma semelhante: DUFF, R. A.; MARSHALL, S. E. *How Offensive Can You Get?*, p. 65.

¹⁴¹² Sobre a diferença entre honra e dignidade: HÖRNLE, Tatjana; KREMNITZER, Mordechai. *Human Dignity as a Protected Interest in Criminal Law*, p. 164.

ofensivos, trataremos daqueles que ultrajam *objetos que são estimados e reverenciados* pelas pessoas em geral ou por grupos de pessoas indeterminadas em razão do *valor simbólico a eles atribuídos pelas convenções sociais* (p. ex., cadáveres, bandeiras nacionais e objetos de culto). De modo geral, o tratamento desrespeitoso dispensado a esses objetos é considerado ofensivo porque expressa *menosprezo aos princípios morais que eles simbolizam* (p. ex., dignidade humana, patriotismo e a cautela em relação às convicções religiosas alheias).

Vejamos, primeiramente, os denominados *crimes contra o respeito aos mortos*. O Código Penal brasileiro descreve como crimes o impedimento ou perturbação de enterro ou cerimônia funerária (art. 209 do CP¹⁴¹³), a violação ou profanação de sepultura ou urna funerária (art. 210 do CP¹⁴¹⁴), a destruição, subtração ou ocultação de cadáver ou parte dele (art. 211 do CP¹⁴¹⁵), o vilipêndio a cadáver ou cinzas (art. 212 do CP¹⁴¹⁶), bem como a calúnia contra os mortos (art. 138, §2º, do CP). É verdade que a proibição de algumas dessas condutas pode ser justificada com fundamento no princípio do dano, como é o caso da conduta daquele que impede a realização ou prosseguimento de cerimônia funerária, bem como daquele que viola sepultura ou oculta cadáver. Afinal, essas condutas ameaçam interesses de bem-estar como liberdade, propriedade e a administração da justiça, esse último no que diz respeito à identificação e esclarecimento das mortes humanas. O diferencial nesses delitos é que tais interesses básicos se fazem acompanhar por outros interesses específicos, *não necessariamente qualificados como fundamentais*, como o interesse por realizar, sem ser incomodado, rituais de despedida de entes queridos que venham a falecer e preservar imaculado um local dedicado a sua memória.

Como já visto, *alguns direitos personalíssimos do indivíduo sobrevivem a sua morte*, ao menos por certo período de tempo (capítulo 2, tópico 2.3.1, *supra*). Logo, mesmo na ausência de dano a interesses de bem-estar, o conteúdo de injusto decorrente da violação de alguns desses direitos pode ser suficiente para fundamentar a proibição penal (ver capítulo 6, tópico 6.3.4.1, *infra*). Esse é o caso da calúnia contra os mortos e da mutilação ou desfiguração de cadáver, condutas que, na ausência de autorização da vítima em vida, são

¹⁴¹³ Art. 209 - Impedir ou perturbar enterro ou cerimônia funerária: Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa. Parágrafo único - Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência.

¹⁴¹⁴ Art. 210 - Violar ou profanar sepultura ou urna funerária: Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

¹⁴¹⁵ Art. 211 - Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele: Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

¹⁴¹⁶ Art. 212 - Vilipendiar cadáver ou suas cinzas: Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

incompatíveis com um dever moral universalizável de respeito àquele que viveu, pois é presumível que ninguém desejaria ter sua reputação, seu corpo e sua imagem tratados dessa forma após a morte. Eventualmente, pode também ser o caso da disposição de restos mortais em contrariedade à vontade manifestada pelo indivíduo em vida, desde que a conduta seja praticada dentro de um prazo razoável após a morte, já que o exercício de direito da personalidade por meio da manifestação de vontade a respeito da destinação do próprio corpo após a morte perderia sua razão de ser se a escolha derradeira do *de cuius* pudesse ser livremente descumprida.

Ocorre que nem todas as condutas descritas pelos referidos tipos penais que não são alcançáveis pelo *harm principle* podem ser criminalizadas com fundamento apenas no seu caráter injusto. Isso porque não apenas a proteção penal dos direitos sobreviventes está sujeita a um *limite temporal*, mas pode não haver violação a *direito que compõe o âmbito da dignidade humana que deve ser respeitada depois da morte*, notadamente ao direito à imagem, intimidade e à autodeterminação corporal daquele que viveu¹⁴¹⁷. Um exemplo disso é o crime de vilipêndio a cinzas que só pode ser justificado com recurso ao moralismo legal, uma vez que, nessa hipótese, não há violação a deveres político-legais, não meramente morais.

Por seu turno, o *offense principle* pode se apresentar como o único princípio apto a fundamentar a proibição de algumas das condutas abarcadas pela rubrica de “crimes contra o respeito aos mortos”. Com efeito, esse é o princípio mais adequado a explicitar as razões aptas a justificar a opção do legislador liberal por criminalizar a *perturbação ofensiva de um velório ou sepultamento* que não chega a embaraçar o seu andamento ou impedir a sua realização (p. ex., a conduta do indivíduo que insulta o falecido durante o enterro, gritando frases como “já vai tarde” e “hoje é dia de comemorar”). Da mesma forma, a *profanação pública de cadáver* que não configura violação a direito personalíssimo sobrevivente de alguém que faleceu

¹⁴¹⁷ Mais complexa é a questão sobre se esse âmbito incluiria o direito à realização dos ritos fúnebres que foram determinados em vida ou que decorrem diretamente da visão de mundo do *de cuius*, direito esse que não sobrecarregaria os vivos com deveres positivos ou obrigações de fazer não meramente morais, mas impor a terceiros deveres negativos penalmente relevantes, em face daquele que viveu, de se absterem de impedir ou perturbar esses ritos. Nesse sentido: SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico?* Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 253-254. A fim de evitar alargar excessivamente o âmbito dos direitos sobreviventes, nossa inclinação é por reconhecer que esses deveres negativos existem apenas em face dos vivos que promovem ou participam dos ritos e não da pessoa que viveu.

recentemente (p. ex., o ato de canibalismo em público de uma parte do corpo humano em estado avançado de decomposição).

Contudo, o princípio da ofensa não fundamenta a proibição penal de atos que dispensam um tratamento considerado inadequado a cadáveres praticados em privado, ainda que outras pessoas se sintam profundamente ofendidas ao tomarem conhecimento da ocorrência desses fatos. Daí que o princípio em questão não pode ser usado para justificar a criminalização, por exemplo, da prática do *canibalismo em privado ou perante uma audiência voluntária*. É possível argumentar que um defensor do *offense principle* poderia admitir a proibição da publicidade do ato privado que causa afronta às sensibilidades alheias. Todavia, há que se respeitar o direito do indivíduo a compartilhar suas experiências pessoais com terceiros interessados, descrevendo suas atividades privadas e convidando outras pessoas adultas e competentes a participar. Diante disso, um princípio liberal só pode autorizar a *restrição da publicidade de condutas ofensivas praticadas em privado* quando essa divulgação for equiparável à prática do ato ofensivo em público e não puder ser facilmente evitada por possíveis vítimas (p. ex., um *outdoor* no centro da cidade mostrando uma imagem explícita de um ato real de canibalismo em privado)¹⁴¹⁸.

As convenções sociais estabelecem regras que definem, em linhas gerais, o correto e o errado em matéria de interação com determinados objetos em razão dos valores morais simbolicamente atribuídos a esses objetos em cada comunidade¹⁴¹⁹. No entanto, como alertado por Feinberg, a moralidade crítica não pode aderir a essas convenções ao ponto de impor o respeito aos símbolos à custa dos valores que eles representam e, por conseguinte, *a proteção jurídica de símbolos valiosos não pode se sobrepor à proteção de interesses genuínos de pessoas reais*¹⁴²⁰. Assim, o respeito ao símbolo não é uma boa razão para proibir amplamente, por exemplo, a autópsia ou a extração *post-mortem* de órgãos para fins de transplante.

Segundo Bergelson, essa última conclusão deve ser creditada ao fato de a autópsia e a remoção de órgão não serem qualitativamente distintas de uma cirurgia regular, de modo

¹⁴¹⁸ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 70.

¹⁴¹⁹ Como destacado por Hirsch, o que constitui um tratamento desrespeitoso em relação aos mortos é definido por convenções sociais: HIRSCH, Andrew von. *Injury and Exasperation*, p. 714.

¹⁴²⁰ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 75. Ver também: FEINBERG, Joel. *The Mistreatment of Dead Bodies*. *The Hastings Center Report*, v. 15, n. 1, 1985, p. 31.

que elas não reduzem o *status* moral da pessoa que viveu ao tratar o seu corpo como uma coisa¹⁴²¹. Para a autora, essa coisificação ocorre, por exemplo, quando restos mortais humanos são empregados como insumo industrial para a produção de cosméticos ou quando cadáveres são esmagados em experimentos da indústria automobilística para testar a eficiência de dispositivos de segurança¹⁴²². Por certo, tais condutas podem, a depender das circunstâncias, violar o direito sobrevivente à autodeterminação corporal e à dignidade da pessoa que viveu, no que se refere ao direito de não ter o próprio cadáver tratado como um objeto inanimado sem a sua autorização. Porém, para fins de aplicação do *offense principle*, a conduta só pode ser considerada um injusto ofensivo quando, para além de violar os valores morais subjacentes ao símbolo, constituir uma violação a direitos não meramente morais de outras pessoas, ao tratá-las com grave falta de respeito e consideração. Em todo caso, esse conteúdo de injusto pode ser afastado se a conduta estiver amparada pela manifestação da vontade da pessoa em vida, a qual tem o *direito de decidir o que acontece com o seu corpo após a morte, ainda que outras pessoas considerem ofensivo* tratar o cadáver humano da forma como a pessoa em vida escolheu que os seus restos mortais fossem tratados¹⁴²³.

Por outro lado, o desrespeito público a alguns símbolos geralmente valorizados pelas pessoas pode não merecer a atenção do direito penal. É o caso do *ultraje público à bandeira, emblema ou símbolos nacionais*¹⁴²⁴. Segundo Feinberg, o princípio moral simbolicamente afrontado pelo ultraje a símbolos nacionais (fidelidade ao Estado ou patriotismo) não é tão fundamental como o princípio moral simbolicamente afrontado pelo vilipêndio de cadáveres (respeito pela humanidade)¹⁴²⁵. Afinal, o Estado nacional não tem valor em si mesmo, o ser

¹⁴²¹ BERGELSON, Vera. Consent to Harm. *Pace Law Review*, v. 28, n. 4, 2008, p. 122.

¹⁴²² Feinberg discute esse último exemplo e conclui que o *offense principle* não fornece um fundamento para proibir esses experimentos: FEINBERG, Joel. The Mistreatment of Dead Bodies, p. 32.

¹⁴²³ HÖRNLE, Tatjana. Criminalizing Behaviour to Protect Human Dignity. *Criminal Law and Philosophy*, v. 6, n. 3, 2012, p. 321.

¹⁴²⁴ Tais condutas já foram criminalizadas pelo, hoje revogado, Decreto-Lei nº 898/1969: “Art. 44. Destruir ou ultrajar a bandeira, emblemas ou símbolos nacionais, quando expostos em lugar público: Pena: detenção, de 2 a 4 anos.”

¹⁴²⁵ FEINBERG, Joel. *Offense to Others*, p. 55. Crítico à postura de Feinberg, Postema argumenta que “símbolos públicos” desempenham um papel relevante em comunidades unidas por importantes valores coletivos, na medida em que esses símbolos expressam de forma concreta e concentrada as convicções comuns de uma comunidade. Para o autor, “They concisely summarize what the community stands for and how its members view themselves. (...) They also serve to remind them of their commitments, to call them to recommitment, and to teach these commitments to new generations”. Ver: POSTEMA, Gerald J. Collective Evils, Harms, and the Law. *Ethics*, v. 97, n. 2, jan., 1987, p. 431. Parece-nos que a diferenciação feita por Feinberg é consistente e que as ponderações feitas por Postema são dificilmente aplicáveis à generalidade dos símbolos nacionais.

humano sim. Ademais, a bandeira nacional é uma representação arbitrária ou convencional de uma abstração que não guarda nenhuma similitude relevante com aquilo que simboliza. Nesse sentido, a bandeira do Estado brasileiro poderia ser totalmente diferente, com outras cores e formas geométricas, o que não converteria o Brasil em outro país. De modo diverso, o cadáver é um símbolo natural da pessoa que viveu, havendo uma identificação necessária entre pessoa e corpo. Por isso, presenciar a mutilação de um cadáver causa choque e horror porque reproduz visualmente a mutilação de uma pessoa real, mas o mesmo não ocorre com a destruição de uma bandeira exposta em local público ou, por exemplo, com o lançamento no esgoto das cinzas de uma pessoa falecida.

Igualmente aos símbolos nacionais, os *objetos religiosos* não possuem uma capacidade de reconhecimento e valorização universal idêntica a do cadáver humano. Apesar disso, a profanação de um objeto de culto, diferentemente do ultraje à bandeira pelos próprios nacionais, é sentida pelos membros da religião que veneram esse símbolo como um ataque pessoal. Portanto, não se trata de criminalizar a profanação de objetos de culto, como sustentam os defensores da categoria dos delitos de comportamento, simplesmente porque a conduta viola um tabu social segundo o qual objetos de culto são sagrados e precisam ser respeitados. Como visto em relação à profanação de cadáver, o legislador liberal só deve criminalizar a profanação de objeto de culto quando a conduta impacta negativamente outras pessoas, violando os deveres impostos ao indivíduo pelo pacto político-social.

O art. 208 do Código Penal descreve os ditos crimes contra o sentimento religioso¹⁴²⁶. De fato, em relação a algumas das condutas abrangidas pela literalidade desse dispositivo, a proibição penal pode ter como fundamento o princípio do dano. Assim, a conduta daquele que impede ou perturba cerimônia ou prática de culto religioso ou vilipendia ato ou objeto de culto pode retroceder o interesse básico do indivíduo por exercer a sua liberdade religiosa. De outra parte, aquele que escarnece publicamente de alguém por motivo de crença ou função religiosa pode violar o direito da vítima à imagem, à intimidade e à dignidade. Entretanto, na maior parte dos casos, o princípio da ofensa fornece mais apropriadamente o fundamento de legitimação da proibição penal, tendo em vista que muitas

¹⁴²⁶ Art. 208 - Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso: Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa. Parágrafo único - Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência.

dessas condutas são mais adequadamente descritas como envolvendo uma afronta temporária a sensibilidades que configura forma grave de falta de respeito e consideração devida em razão do contrato social e não uma frustração de interesses básicos de bem-estar que constitui também uma violação do direito individual à igual liberdade.

O requisito da injustiça e os critérios de aplicação do *offense principle* bloqueiam eventuais demandas por criminalizar toda e qualquer conduta que cause afronta a outras pessoas em razão de suas convicções religiosas. Logo, por exemplo, não pode um judeu ortodoxo pretender que o Estado proíba outras pessoas de consumir carne de porco alegando que essa prática ofende as suas sensibilidades. Com efeito, neste caso, o sentimento do ofendido não atende ao pressuposto da razoabilidade, tendo em vista que quem consome a carne de porco não age com grave falta de respeito ou consideração por ninguém, mormente por pessoas de fé judaica, não violando deveres não meramente morais em face de outras pessoas. Além disso, *a mera crítica a uma doutrina religiosa não constitui, para fins de aplicação do princípio da ofensa, uma injustiça contra outras pessoas*. Ao tratar das leis que criminalizam o discurso de ódio contra minorias religiosas, Waldron explica que o objetivo deve ser reprimir aviltamentos à dignidade e à reputação dos membros do grupo religioso e não críticas às suas crenças e convicções¹⁴²⁷. Nesse quadro, é possível proibir discursos islamofóbicos que caracterizam todos os muçulmanos como sendo terroristas, mas não blasfêmias contra Maomé. É verdade que o autor reconhece que essa distinção nem sempre é simples nos casos concretos, como demonstra a polêmica envolvendo as charges em que o profeta Maomé é retratado com bombas e explosivos. Em todo o caso, cabe ao legislador liberal identificar as situações em que a conduta viola os direitos que são reconhecidos a outras pessoas em razão de sua condição de membro de uma organização política.

Outra exigência para a aplicação do presente princípio é que a vítima não possa, sem restrição indevida de sua autonomia, evitar a conduta ofensiva. Pensemos nas situações já relatadas de profanação de objetos de culto durante marchas feministas. De fato, quando esses atos ocorrem em *local e horário previamente designados*, podendo ser *facilmente evitados* por pessoas religiosas, não há motivo para a intervenção do direito penal. A conclusão será

¹⁴²⁷ WALDRON, Jeremy. Dignity and Defamation, p. 1612.

diversa caso as participantes da marcha se dirijam à porta de igrejas ou templos, no momento em que os fiéis terminam o culto, para praticar na presença desses o ato de profanação.

Ademais, é necessário que a conduta ofensiva seja praticada publicamente ou na presença de uma audiência não voluntária. Por conseguinte, agiu corretamente o legislador brasileiro ao incluir no tipo penal do art. 208 o *elemento normativo “publicamente”*. Se alguém, na privacidade do seu lar, profana um objeto de culto, essa conduta claramente não é da conta do direito penal. Porém, mesmo as condutas ofensivas praticadas em público estão sujeitas a limitações impostas pelo direito à privacidade. Considere-se a conduta daquele que “escarnece”, isto é, que expõe um amigo ao ridículo em razão de suas crenças (ou descrenças) perante outros amigos. Certamente, esse tipo de conduta não deve interessar ao direito penal quando a expressão de falta de respeito fica restrita ao âmbito das relações íntimas de afeto.

Por derradeiro, é preciso ter em conta o valor pessoal ou social da conduta que se pretende proibir. A profanação de objeto de culto religioso, por exemplo, pode constituir um veículo de comunicação de opiniões ou mesmo de exercício de liberdade de crença ou descrença. Tendo em mente o alerta feito por Feinberg de que o respeito pelos símbolos não pode se sobrepor ao respeito pelos valores que eles representam, parece-nos que, em casos assim, *as restrições admissíveis ao exercício dessas liberdades são aquelas que incidem sobre a forma e não o conteúdo*. Por seu turno, a conduta daquele que, por meio de uma sátira humorística, “escarnece” de alguém publicamente por motivo de crença pode estar acobertada pela liberdade de expressão. Ao menos que a afronta às sensibilidades de pessoas que possuem determinadas convicções religiosas constitua incitação ao ódio ou à discriminação religiosa ou viole o direito das pessoas a não serem submetidas a tratamento humilhante e degradante, o apreço pela democracia permite que se exija do ofendido uma “casca grossa”.

6.2 Paternalismo penal

Tanto o *harm principle* quanto o *offense principle* só fundamentam a criminalização de condutas que produzem alguma consequência negativa, seja dano ou ofensa, para outras pessoas que não o próprio agente. O paternalismo legal ou penal é o princípio que reconhece como *uma boa razão, ainda que não definitiva, para apoiar uma proibição que ela seja necessária a evitar danos ao próprio agente*. Com a mesma veemência em que acolhe o princípio do dano, o liberalismo moderado de Feinberg rechaça o paternalismo.

Ocorre que “paternalismo” é um termo equívoco. Por um lado, o rótulo “paternalista” transmite um juízo crítico contra o Estado que trata seus cidadãos como sujeitos aos quais não se pode confiar a condução da própria vida, por serem imaturos, irracionais ou incapazes de se responsabilizar pelas consequências de suas decisões. Por outro lado, o mesmo rótulo também é atribuído à postura benevolente do Estado que, assim como os pais fazem em relação aos filhos, preocupa-se em proteger seus cidadãos, sobretudo os mais vulneráveis, das repercussões negativas de escolhas impensadas ou desarrazoadas incompatíveis com o seu próprio bem-estar. Logo, dependendo da perspectiva, o paternalismo pode ou não ser visto como uma prática censurável¹⁴²⁸.

Neste trabalho, o termo “paternalismo” se refere à *interferência do Estado ou da comunidade no sentido de restringir, direta ou indiretamente, a liberdade do indivíduo, em favor do seu próprio bem-estar*¹⁴²⁹. Como, em geral, legislações são suportadas por diversas razões, muitas vezes obscuras e ambíguas, o mais correto seria falar não em legislação paternalista e sim em razões paternalistas em apoio de determinada legislação¹⁴³⁰. No entanto, sendo apoiada por uma boa razão não paternalista, a legislação deixa de ser problemática do ponto de vista liberal, ainda que também possa ser fundamentada em bases paternalistas.

De fato, há casos em que a criminalização aparenta ser suportada por razões paternalistas, mas é passível de ser justificada nos termos do *harm principle*. Um primeiro

¹⁴²⁸ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*. The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 3. New York: Oxford University Press, 1986, p. 4-8.

¹⁴²⁹ “Paternalism is the interference of a state or an individual with another person, against their will, and defended or motivated by a claim that the person interfered with will be better off or protected from harm”. (DWORKIN, Gerald. Paternalism. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2020 Edition). Edward N. Zalta (ed.), disponível em <https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/paternalism/>). Comparar com o conceito de paternalismo em Scoccia que não exige que haja intervenção na liberdade individual, mas apenas que o paternalista utilize outros meios que não a persuasão racional: “Paternalism is the attempt to induce other people to act in ways that will benefit them or not act in ways that will harm them, which: (i) is motivated and/or justified by a beneficent concern for their welfare, and (ii) uses means other than reasoned persuasion.” (SCOCIA, Danny. In Defense of Hard Paternalism. *Law and Philosophy*, v. 27, n. 4, 2008, p. 352). De fato, Gerald Dworkin reconhece que paternalismo é um fenômeno complexo que nem sempre envolve restrição da liberdade: DWORKIN, Gerald. Paternalism: Some Second Thought. In: DWORKIN, Gerald. *The Theory and Practice of Autonomy*. New York: Cambridge University Press, 1988, p. 121. Diante disso, Alemany argumenta que paternalismo nem sempre configura coação e sim exercício de poder sobre outra pessoa (p. ex., quando o médico oculta o diagnóstico do paciente para evitar uma depressão que pode atrapalhar a recuperação): ALEMANY, Macario. Paternalismo. *Eunomia*. Revista en Cultura de la Legalidad, n. 12, abr.-set., 2017, p. 201. Logo, o objeto deste trabalho é apenas uma forma específica de paternalismo: o paternalismo exercido pelo Estado por meio da lei penal e, portanto, coercitivo.

¹⁴³⁰ Nesse sentido: KLEINIG, John. Paternalism and Human Dignity. *Criminal Law and Philosophy*, v. 11, n. 1, 2017, p. 22; HUSAK, Douglas. Paternalism. In: MARMOR, Andrei (ed.). *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. New York: Routledge, 2012, p. 469.

exemplo é o crime de omissão de socorro que tem como fundamento, como visto, a não atuação do agente para diminuir o risco de ocorrência de dano aos interesses alheios em violação ao dever geral de solidariedade (capítulo 2, tópico 2.2.3, *supra*). Caso a pessoa em risco, maior e capaz, recuse voluntariamente o resgate, fica afastado o dever de agir na situação concreta e, por conseguinte, a não prestação de assistência não constitui conduta injusta¹⁴³¹. Nesse cenário, somente o paternalismo legal e não o princípio do dano poderia fundamentar a punição daquele que omite a ação de salvamento.

Um segundo exemplo se refere a condutas que, malgrado se possa alegar que provoquem danos ao próprio agente, também produzem dano ou perigo direto a outras pessoas. É o caso daquele que recebe indenização ou valor de seguro após destruir coisa própria ou lesionar o próprio corpo (forma específica de fraude descrita pelo art. 171, §2º, V, do Código Penal¹⁴³²) e da sentinela que fica totalmente embriagada durante o serviço (artigo 202 do Código Penal Militar¹⁴³³). Na mesma linha, a proibição de fumar em certos locais fechados e públicos também pode ser justificada em razão da exposição involuntária a perigo direto da saúde de terceiros¹⁴³⁴. Como já visto, quando se trata de invocar danos mais remotos a fim de proibir condutas que só afetam diretamente o próprio agente, o *harm principle* pode não ser capaz de justificar a proibição, tendo em vista a aplicação do critério da preponderância do interesse pessoal sobre interesses externos não autônomos (capítulo 5, tópico 5.2.6, *supra*), as exigências de imputação justa (tópico 5.4.2 *supra*) e de fundamentação do conteúdo de injusto da conduta em bases independentes do dano remoto (tópico 5.5.2 *supra*), bem como a presunção em desfavor da legislação penal superinclusiva (capítulo 4, tópico 4.2.3, *supra*).

O principal esteio do repúdio dos liberais ao paternalismo é a obra de Stuart Mill que, opondo-se ao uso da coerção para obrigar o indivíduo a fazer ou deixar de fazer algo em razão de seu bem-estar físico ou moral, exaltava a soberania individual sobre o próprio corpo

¹⁴³¹ É possível argumentar que, nesses casos, inexistente a situação de desamparo que é elementar do crime de omissão de socorro do art. 135 do Código Penal. Ver: SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 395.

¹⁴³² Art. 171, § 2º, inciso V: destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as consequências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro.

¹⁴³³ Art. 202. Embriagar-se o militar, quando em serviço, ou apresentar-se embriagado para prestá-lo: Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

¹⁴³⁴ FERGUSON, Pamela R. "Smoke Gets in your Eyes...": The Criminalisation of Smoking in Enclosed Public Places, the Harm Principle and the Limits of the Criminal Sanction. *Legal Studies*, v. 31, n. 2, 2011, p. 259-278.

e mente¹⁴³⁵. Em parte, Mill baseia a sua posição no argumento de que as intervenções paternalistas tendem a produzir mais malefícios do que benefícios, pois *o indivíduo é o melhor guardião do próprio bem-estar* e, mesmo que ele nem sempre faça boas escolhas, toda a sociedade é favorecida pela diversidade de experiências de vida (capítulo 1, tópico 1.1, *supra*). O problema desse argumento é que ele parte de uma premissa empírica que não pode ser demonstrada: a de que a não interferência externa em ações referidas à própria pessoa *sempre* maximiza o bem-estar individual e geral¹⁴³⁶.

Com efeito, é plausível questionar, como fez Mill, se o bem-estar de um indivíduo pode ser promovido, de fato, pela imposição de um estilo de vida que ele não elegeu para si. Afinal, uma vida que é boa aos olhos dos outros pode ser tida pelo sujeito como uma vida fracassada. Será que o sucesso em perseguir determinado objetivo pode contribuir para a qualidade de vida de alguém que não optou voluntariamente por persegui-lo? Segundo Hirsch e Simester, desde que o indivíduo não rejeite totalmente esse objetivo, ainda é possível que ele venha a se beneficiar da sua perseguição¹⁴³⁷. Isso porque os indivíduos podem vir, com o tempo, a aceitar valores que, em um primeiro momento, lhe foram impostos.

No mesmo sentido, cabe discutir se a imposição não só de modos de vida, mas também de virtudes morais pode tornar a vida do indivíduo comparativamente melhor. O *paternalismo moral* sustenta que a virtude moral contribui para o bem-estar individual, de forma que o Estado e a comunidade têm uma boa razão para intervir a fim de promover o interesse que todo indivíduo tem pela manutenção e aprimoramento de suas qualidades morais¹⁴³⁸. Como reconhece o próprio Feinberg, a excelência moral tem sim potencial para

¹⁴³⁵ MILL, John Stuart. On Liberty. In: MILL, John Stuart. *On Liberty and Other Writings*. Edited by Stefan Collini. Cambridge: Cambridge University Press, 1989, p. 13.

¹⁴³⁶ GRECO, Luís. A Crítica de Stuart Mill ao Paternalismo. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 4, n. 7, jul.-dez., 2012, p. 89. Sunstein e Thaler entendem que a economia comportamental, ao demonstrar que as escolhas dos indivíduos nem sempre são racionais e que, por conseguinte, a autonomia pode não promover o bem-estar individual, derruba o argumento milliano de que o indivíduo conhece melhor o próprio bem: SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Libertarian Paternalism is not an Oxymoron. *University of Chicago Law Review*, v. 70, 2003, p. 1159-1202. Um argumento semelhante aparece em Conly, para quem, tendo as descobertas no campo da psicologia comprovado que as decisões humanas são frequentemente irracionais, o bom uso da coerção paternalista tende a beneficiar mais os indivíduos do que prejudica-los: CONLY, Sarah. *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*. New York: Cambridge University Press, 2013.

¹⁴³⁷ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014, p. 145.

¹⁴³⁸ DWORKIN, Gerald. Moral Paternalism. *Law and Philosophy*, v. 24, 2005, p. 305-319.

beneficiar os interesses e o bem-estar do indivíduo¹⁴³⁹. Apesar disso, fato é que a oposição de Hart a Devlin passava justamente pela necessidade de se manter separadas questões referentes à moralidade e questões referentes ao bem-estar dos indivíduos, isto é, o que torna uma vida boa do ponto de vista das virtudes morais e o que a torna boa do ponto de vista do bem-estar¹⁴⁴⁰. Além do mais, a coerção não constitui instrumento idôneo para a persecução desse ideal, sobretudo porque a comunhão de virtudes morais não é indispensável à coexistência pacífica entre os cidadãos¹⁴⁴¹.

Portanto, uma recusa bem fundamentada às leis penais paternalistas deve ir além do argumento utilitarista de Mill. Por sua vez, Feinberg lista outras razões para a aversão do liberal ao paternalismo: 1) o paternalista é arrogante e prepotente por presumir que conhece os interesses de outras pessoas mais do que elas mesmas e que, por saber o que é melhor, está autorizado a “corrigir” decisões alheias que não dizem respeito a mais ninguém; 2) por tratar adultos como se fossem crianças, o paternalista colabora para que se deprecie, no longo prazo, a capacidade dos indivíduos de, por si sós, julgar e decidir racionalmente, com consciência e prudência; 3) uma vez que se admita algum grau de intervenção paternalista (por exemplo, proibir o uso de cocaína), não é fácil estabelecer limites que impeçam que o Estado proíba qualquer escolha pessoal contrária aos interesses fundamentais do próprio indivíduo (por exemplo, fumar cigarros e comer fritura) e 4) o paternalismo pode obstaculizar condutas que, conquanto consistam na assunção voluntária de riscos de dano, são valiosas e benéficas para a

¹⁴³⁹ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 68.

¹⁴⁴⁰ Wall, por exemplo, entende que o conceito de dano não abarca o que se costuma denominar de “dano moral”, argumentando que *bem-estar* e *bem viver* são noções independentes: WALL, Steven. *Enforcing Morality. Criminal Law and Philosophy*, v. 7, n. 3, 2013, p. 460. Tendo em vista essa distinção, Alamy exclui o paternalismo moral do seu conceito de paternalismo, definindo como paternalista o exercício de poder orientado a evitar danos de tipo físico, psíquico e/ou econômico: ALEMANY, Macario. *Paternalismo*, p. 203. Feinberg também se posicionava contra a existência de um “interesse por ter um bom caráter”, bem como de um alegado “dano puramente moral”. Stanton-Ife diz não estar convencido de que os argumentos de Feinberg são suficientes para afastar a plausibilidade da tese do *moral harm*: STANTON-IFE, John. *What is the Harm Principle for?*, p. 348-351. Contudo, mesmo que se possa desenvolver um argumento persuasivo no sentido de que o conceito de dano em Feinberg também alcança o retrocesso ao interesse em ter um bom caráter, não se vê como a proibição de condutas que produzam unicamente esse tipo de ameaça de dano a interesse alheio possa atender ao requisito da injustiça aqui formulado, sobretudo considerando o caráter altamente contingencial do resultado danoso.

¹⁴⁴¹ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 147: “one may perform good actions, and live a good life, without exhibiting the corresponding virtues”.

sociedade (é o caso daquele que se oferece como voluntário para a testagem de uma vacina ou de um novo tratamento médico)¹⁴⁴².

Entretanto, o argumento definitivo de Feinberg contra o paternalismo tem matriz deontológica e não consequencialista. É possível sintetizá-lo da seguinte forma: o *paternalismo é inaceitável porque invade um território em que a autonomia pessoal de seres humanos adultos e competentes deveria ser a governante suprema*¹⁴⁴³. De fato, essa mesma oposição pode ser extraída da exaltação feita por Mill à soberania individual, não sendo descabido conceber o argumento utilitarista apenas como um complemento a esse argumento principal¹⁴⁴⁴. Assim, a crítica ao paternalismo não se dirige contra os seus fins e sim contra os seus meios, já que, embora todo defensor do *harm principle* seja compelido a reconhecer como valioso o propósito de prevenção de danos, há restrições quanto à forma que as pessoas podem ser tratadas ao se buscar esse propósito. Essas restrições decorrem justamente do respeito que é devido ao direito à autodeterminação, o qual inclui a *liberdade de fazer más escolhas*, ao menos quando não afetam adversamente os interesses de outras pessoas¹⁴⁴⁵.

Nesse quadro, impõe-se ao liberal o desafio de compatibilizar o seu rechaço ao paternalismo com uma série de hipóteses concretas de criminalização que, a despeito de aparentemente conflitar com essa postura liberal, apoiam-se em razoável consenso de que a proibição paternalista é legítima. Assim, há de se questionar se a oposição radical ao paternalismo é capaz de ser sustentada, de maneira convincente, quando o liberal é confrontado com a questão sobre punir ou não o agente em casos que envolvem, por exemplo, eutanásia, drogas, duelo, sadomasoquismo, comércio de órgãos e prostituição.

6.2.1 Tipos de paternalismo

¹⁴⁴² FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 23-24.

¹⁴⁴³ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 25. Como ressaltado por Alexander, o *governing principle* de Feinberg não é o princípio da utilidade de Mill e sim o respeito pela autonomia individual: ALEXANDER, Larry. Harm, Offense, and Morality. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. VII, n. 2, 1994, p. 199. Também no sentido de que o antipaternalismo de Feinberg não é utilitarista: ARNESON, Richard J. Paternalism, Utility, and Fairness. In: DWORKIN, Gerald (ed.). *Mill's On Liberty*. Critical Essays. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1997, p. 84.

¹⁴⁴⁴ Conferir a “interpretação kantiana de Mill” em Ripstein: RIPSTEIN, Arthur. Beyond the Harm Principle. *Philosophy & Public Affairs*, v. 34, n. 3, 2006, p. 216. Mais sobre a posição de Ripstein no capítulo 4, tópico 4.2.1, *supra*.

¹⁴⁴⁵ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 149.

As legislações contemporâneas fornecem variados exemplos de normas de comportamento que podem ser compreendidas como paternalistas. As diferentes formas de uso da coerção legal por razões paternalistas podem ser classificadas como diretas ou indiretas e rígidas ou suaves¹⁴⁴⁶ (vide figura 10 *infra*).

6.2.1.1 Paternalismo direto/indireto

Por *paternalismo direto*, designa-se o emprego de coerção contra a própria pessoa cujos interesses básicos se pretende proteger contra danos (por exemplo, leis que obrigam o uso de cinto de segurança e de capacetes e que proíbem a posse de drogas para consumo próprio). Por seu turno, fala-se em *paternalismo indireto* quando a coerção se dirige contra terceiro que, com o consentimento do indivíduo cujo bem-estar está em jogo, concorre para a produção do dano ou perigo (por exemplo, leis que punem a assistência ao suicídio e o tráfico de drogas). Portanto, a natureza direta ou indireta da medida paternalista depende de haver ou não coincidência entre a parte proibida ou impedida de agir e o destinatário da proteção¹⁴⁴⁷.

O paternalismo direto é potencialmente legítimo em dois grupos de casos¹⁴⁴⁸. O primeiro grupo compreende situações em que o sujeito, atuando em *erro ou ignorância sobre as circunstâncias fáticas*, não sabe que a sua conduta pode lhe causar dano. O principal exemplo é o do pedestre que inicia a travessia de uma ponte sem ter visto a placa informando que ela está prestes a desabar¹⁴⁴⁹. Caso o vigia exerça o mínimo necessário de força física para impedir que o pedestre prossiga sobre a ponte, não sendo um simples aviso verbal suficiente para preveni-lo, essa breve intervenção sobre a liberdade de locomoção do pedestre não chega a constituir uma violação a sua autonomia. Contudo, a legitimidade potencial da intromissão paternalista se enfraquece quando o pedestre, adulto competente e devidamente informado

¹⁴⁴⁶ Feinberg e Kleinig apresentam diversas classificações como paternalismo ativo e passivo, puro e impuro, preventivo ou beneficente. Ver: FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 23-24; KLEINIG, John. *Paternalism*. Manchester: Manchester University Press, 1983, p. 6-16.

¹⁴⁴⁷ O que aqui se identifica como paternalismo direto e indireto é denominado, por Gerald Dworkin, de paternalismo puro e impuro. Nos termos da definição de Dworkin: “In pure paternalism the class being protected is identical with the class being interfered with (...). In the case of impure paternalism the class of persons interfered with is larger than the class being protected.” (DWORKIN, Gerald. *Paternalism*, § 2.4).

¹⁴⁴⁸ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 151-152.

¹⁴⁴⁹ MILL, John Stuart. *On Liberty*, p. 93.

sobre o risco de desabamento iminente da ponte, decide voluntariamente se arriscar a atravessá-la.

No segundo grupo, são incluídas hipóteses de intervenção paternalista cujo propósito é *promover, incentivar e preservar a capacidade pessoal de responsabilidade moral*, isto é, o conjunto de habilidades que desenvolvem e favorecem o poder de reflexão e decisão racional a respeito de valores, objetivos e formas de vida¹⁴⁵⁰. Esse segundo grupo é mais controverso do que o primeiro, como se percebe pelas discussões que até hoje suscitam o principal exemplo, retirado da obra de Mill: o caso da vedação à escravidão voluntária¹⁴⁵¹ (esse exemplo será discutido a seguir no tópico 6.2.2). De fato, o paternalismo direto voltado a garantir as pré-condições psíquicas e materiais necessárias ao amplo exercício da autonomia individual se apresenta mais plausível quando restringe apenas a liberdade de pessoas não autorresponsáveis (por exemplo, a obrigação de que crianças frequentem a escola).

Autores como John Kleinig e Gerald Dworkin defendem a legitimidade de um paternalismo direto limitado, admitindo o uso da coerção para prevenir condutas que só causam dano ao próprio agente quando seu comportamento contradiz aparentemente as suas escolhas de longo prazo¹⁴⁵². Essa proposta se baseia no argumento de que os seres humanos são falíveis e podem, em momentos de estresse, ser tentados a tomar decisões drásticas e irreversíveis, de modo que a não intervenção permitiria que fossem frustradas, em definitivo, as metas de vida que tais indivíduos elegeram previamente para si¹⁴⁵³. Todavia, Kleinig propõe restringir o cabimento dessa intromissão excepcional ao âmbito das relações interpessoais¹⁴⁵⁴, tendo em vista que o Estado e seus agentes raramente dispõem de informações suficientes para a correta identificação das metas do indivíduo. Já Dworkin não se mostra avesso à ação estatal, desde que o dano potencial seja grave e irreversível, o indivíduo esteja em situação não usual de desgaste físico ou emocional e a intervenção seja provisória e pontual. Em todo caso, o paternalismo direto é criticado pela perspectiva liberal por permitir que um terceiro, seja o Estado ou particular, *imponha a adultos responsáveis*

¹⁴⁵⁰ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 150.

¹⁴⁵¹ MILL, John Stuart. *On Liberty*, p. 50.

¹⁴⁵² KLEINIG, John. *Paternalism*, ch. 3; DWORKIN, Gerald. *Paternalism*. In: DWORKIN, Gerald (ed.). *Mill's On Liberty*. Critical Essays. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1997, p. 74-82.

¹⁴⁵³ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 154.

¹⁴⁵⁴ Por exemplo, quando N se desfaz de todas as bebidas alcoólicas que havia na casa de sua amiga M que, apesar de ter investido muito em uma carreira de sucesso, começa a beber em excesso após seu casamento chegar ao fim.

determinada hierarquia de seus próprios interesses, na medida em que restringe escolhas atuais e imediatas a pretexto de assegurar escolhas prévias ou de manter abertas opções futuras.

Além disso, mesmo que se admita tal modelo limitado de paternalismo direto, há sérias objeções ao recurso à coerção penal. Em primeiro lugar, a proibição penal exclui permanentemente determinadas opções de comportamento e, por isso, não pode ser considerada uma intervenção temporária. Em segundo lugar, a pena não constitui evidentemente medida apropriada à promoção do bem-estar individual¹⁴⁵⁵. Ainda que se recorra a penas brandas para prevenir autolesões graves, essas provavelmente não seriam efetivas nos casos em que o agente almeja ou assume conscientemente o risco de lesão¹⁴⁵⁶. Porém, nossa principal objeção contra o paternalismo penal direto, ainda que limitado, é a sua incompatibilidade com o juízo de censura inerente à punição penal e com uma noção de injusto político como violação de direitos de outras pessoas ou de deveres de cooperação perante a coletividade¹⁴⁵⁷ (conferir capítulo 5, tópico 5.5, *supra*). A atribuição de conteúdo de injusto à autolesão demandaria que se recorresse à ideia, não mais paternalista e sim moralista, de que os indivíduos possuem *deveres em face de si mesmos*, e não somente de outras pessoas, cujo descumprimento é da conta da lei¹⁴⁵⁸.

Embora muitas das objeções aqui levantadas contra o paternalismo direto não sirvam a atacar também o paternalismo indireto, esse não deixa de ser igualmente problemático para a ideia de autonomia. As leis penais que recorrem ao paternalismo indireto também podem ser divididas em dois grupos. Primeiramente, há casos em que o legislador, de antemão, exclui ou

¹⁴⁵⁵ Nesse sentido, Husak sustenta que o paternalismo penal direto raramente é admissível, pois, em regra, piora ainda mais a vida daquele que se quer proteger, sendo mais compatível com outras searas que não a penal. HUSAK, Douglas. Paternalism. In: MARMOR, Andrei (ed.). *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. New York: Routledge, 2012, p. 475-478.

¹⁴⁵⁶ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 144: “(...) both suicide and self-mutilation have characteristics that render them, for practical reasons, peculiarly unsuitable for direct prohibition by the criminal law, even of valid liberty-limiting principles permitted such prohibition”.

¹⁴⁵⁷ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 157 e 160. FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 15: “(...) that it is never a morally valid reason for statutes threatening the nonvoluntary self endangerer himself with criminal punishment”.

¹⁴⁵⁸ No sentido de que o *harm to self* pode fundamentar o caráter injusto da conduta: ARNESON, Richard. Joel Feinberg and the Justification of Hard Paternalism. *Legal Theory*, v. 11, n. 3, 2005, p. 263-264. Para críticas: EDMUNDSON, William A. Comments on Richard Arneson’s “Joel Feinberg and the Justification of Hard Paternalism”. *Legal Theory*, v. 11, n. 3, 2005, p. 285-291. De forma semelhante a Arneson, Tadros defende a existência de deveres em face de si mesmo, os quais seriam violados, em alguns casos, pelo consentimento, tendo como consequência a sua invalidação: TADROS, Victor. *Wrongs and Crimes*, p. 265.

dificulta o acesso de todos os indivíduos ou de grupos de indivíduos indeterminados, de forma provisória ou permanente, à opção por determinadas condutas que podem expor a perigo de dano seus interesses de bem-estar. Daí que, por exemplo, como a lei proíbe que as montadoras produzam automóveis sem *airbag*, ninguém tem a opção de comprar um veículo sem esse dispositivo de segurança, ainda que preferisse, de forma livre e informada, abrir mão dessa proteção para pagar mais barato pelo veículo¹⁴⁵⁹. Em princípio, esse tipo de intervenção paternalista conflita com a autonomia individual, pois, em lugar de incentivar a prudência a fim de evitar que adultos competentes façam o que se considera como más escolhas para si, o legislador simplesmente suprime o poder de escolha.

No entanto, tal abordagem pode ser justificada nos casos em que há *impossibilidade ou séria dificuldade fática ou normativa* de apurar, em cada caso concreto, a validade do consentimento daquele que suporta o perigo de dano (por exemplo, não seria razoável exigir a instauração de um procedimento específico para verificar se a renúncia ao dispositivo de segurança é suficientemente voluntária sempre que um consumidor for adquirir um automóvel). O uso dessa técnica legislativa também não parece *tout court* oponível nas hipóteses em que não é prudente confiar no juízo daquele a quem caberia, na situação concreta, a trabalhosa tarefa de identificar a presença de todos os requisitos de validade do consentimento (é o caso da criminalização da prática de atos sexuais, ainda que sem o emprego de violência, grave ameaça ou outro meio para superar a resistência, com adolescente abaixo de determinado patamar etário).

O segundo grupo compreende hipóteses de intervenção paternalista que não podem ser justificadas nessas bases, já que o argumento da impossibilidade fática de checagem concreta da voluntariedade da escolha não se mostra convincente. É o caso da proibição da eutanásia e da assistência ao suicídio. Nesse âmbito, leis penais superinclusivas costumam ser defendidas pelos próprios liberais com amparo no argumento de que são necessárias para *prevenir decisões não autônomas* e, em especial, para *proteger pessoas vulneráveis de serem manipuladas a requisitar ou anuir ao dano*. Entretanto, mesmo a dificuldade prática de apurar, em cada situação concreta, a validade do consentimento não é suficiente para fundamentar uma proibição absoluta, tendo em vista a possibilidade de intervenção

¹⁴⁵⁹ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 151 e 166.

temporária para que se averigüe rigorosamente a presença dos pressupostos do consentimento válido. Ademais, essa hipótese de paternalismo indireto também se diferencia da anterior pela natureza existencial da decisão sobre o término da vida, diferentemente da opção por comprar um carro mais barato, bem como pelo caráter definitivo da interdição em disparidade com a transitoriedade do entrave etário.

Com efeito, não há um “argumento fatal” (*knockout argument*) contra toda e qualquer forma de paternalismo penal indireto como há, a nosso ver, em relação ao paternalismo penal direto. Apesar disso, pode parecer contraditório reconhecer que há uma boa razão para a intervenção indireta quando se nega a existência de boa razão para a intervenção direta¹⁴⁶⁰. Diante disso, é plausível *condicionar a legitimidade do paternalismo penal indireto à admissibilidade, no mesmo contexto, da intervenção direta extrapenal*¹⁴⁶¹. Ademais, o defensor do uso da coerção penal por razões indiretamente paternalistas tem, ainda, o ônus de demonstrar que a intervenção não viola o direito à autonomia. O que se recomenda ao legislador, portanto, é cautela e discernimento em relação ao paternalismo penal indireto, não abstenção¹⁴⁶².

6.2.1.1 Paternalismo rígido/suave

Segundo a definição de Feinberg, o *paternalismo rígido (hard)* aceita como fundamento para a intervenção coercitiva “a necessidade de proteger adultos competentes, contra a sua vontade, mesmo das consequências danosas de suas escolhas e projetos totalmente voluntários”¹⁴⁶³. Em contraste, o *paternalismo suave (soft)* “sustenta que o Estado tem o direito de prevenir condutas autolesivas (...) *quando e somente quando* essa conduta é substancialmente não voluntária ou quando a intervenção temporária é necessária para

¹⁴⁶⁰ HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfrid. „Indirekter“ Paternalismus im Strafrecht – am Beispiel der Tötung auf Verlangen (§216 StGB). In: HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfrid; SEELMANN, Kurt (Hrsg.). *Paternalismus im Strafrecht*. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten. Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 72.

¹⁴⁶¹ De forma semelhante: PFORDTEN, Dietmar von der. Paternalismus und die Tötung auf Verlangen. In: HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfrid; SEELMANN, Kurt (Hrsg.). *Paternalismus im Strafrecht*. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten. Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 193.

¹⁴⁶² HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 168.

¹⁴⁶³ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 12. No original: “Hard paternalism will accept as a reason for criminal legislation that it is necessary to protect competent adults, against their will, from the harmful consequences even of their fully voluntary choices and undertakings.”

estabelecer se é voluntária ou não”¹⁴⁶⁴. Assim, no exemplo do pedestre prestes a atravessar uma ponte cujo risco de desabar é iminente, o paternalista rígido irá impedi-lo definitivamente de realizar a travessia, ainda que ele opte voluntária e conscientemente por se expor ao perigo, enquanto o paternalista suave só admitirá uma intervenção temporária, a fim de informá-lo detalhadamente sobre o risco concreto e garantir-lhe a oportunidade de refletir e ponderar custos e benefícios, antes de formar a sua vontade¹⁴⁶⁵.

O paternalismo rígido, por desrespeitar decisões plenamente voluntárias de adultos livres, competentes e informados relativas ao seu próprio bem-estar, faz jus ao rótulo de paternalista. Por outro lado, Feinberg afirma ter dúvidas se o paternalismo suave é, de fato, paternalismo¹⁴⁶⁶. Afinal, enquanto o paternalismo rígido subordina a autonomia do indivíduo ao seu bem-estar, o paternalismo suave só autoriza que autolesões ou dano consensual sirvam como base para alguma restrição da liberdade individual se a intervenção não desrespeitar o direito à autodeterminação¹⁴⁶⁷. Assim, o paternalista suave permite a intromissão externa em escolhas autorreferidas quando, por exemplo, a pessoa diretamente afetada ainda não é suficiente madura em razão da pouca idade, não foi devidamente informada a respeito de circunstâncias fáticas relevantes ou não possui condições psíquicas de decidir autonomamente. Logo, o paternalismo suave não pode ser acusado, da mesma forma que o rígido, de tratar adultos como se fossem crianças incapazes de escolher por si.

Por essa razão, assim como faz Feinberg, muitos teóricos liberais endossam alguma versão do paternalismo suave¹⁴⁶⁸. Apesar disso, *não se trata de princípio da criminalização*

¹⁴⁶⁴ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 12. No original: “Soft paternalism holds that the state has the right to prevent self-regarding harmful conduct (...) when but only when that conduct is substantially nonvoluntary, or when temporary intervention is necessary to establish whether it is voluntary or not.”

¹⁴⁶⁵ Para fins de simplificação, estamos ignorando eventuais efeitos adversos para interesses de terceiros autônomos em relação ao bem-estar do pedestre, como o interesse público em evitar prejuízos materiais decorrentes do desabamento da ponte.

¹⁴⁶⁶ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 12.

¹⁴⁶⁷ Outros autores entendem que uma lei não deixa de ser paternalista, ainda que restrinja unicamente escolhas pessoais que não são plenamente autônomas. Nesse sentido: FATEH-MOGHADAM, Bijan; GUTMANN, Thomas. Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of “Soft Paternalism”. *Ethical Theory and Moral Practice*, v. 17, 2014, p. 385. Essa também é a nossa posição.

¹⁴⁶⁸ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, Part IV; DWORKIN, Gerald. Paternalism, p. 61-82; BAKER, Dennis J. *The Right Not to be Criminalized*, ch. 5; PERŠAK, Nina. *Criminalising Harmful Conduct*, p. 17-18; BÉAL, Christophe. Can Paternalism be “Soft”? Paternalism and Criminal Justice. *Raisons Politiques*, v. 4, n. 44, 2011, p. 41-56; SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, p. 93-102. Nota-se que, entre os que se consideram paternalistas suaves, há aqueles que fazem concessões ao paternalismo rígido, por exemplo, entendendo como inefetivo, em casos extremos, o consentimento voluntário. Defendendo o que denominam de paternalismo libertário que, apesar do adjetivo, está

*autônomo nem de desdobramento direto do próprio princípio do dano*¹⁴⁶⁹. Em primeiro lugar, o paternalismo suave não postula uma boa razão para a criminalização de condutas, limitando-se a rejeitar o paternalismo rígido e a fundamentar a intervenção em escolhas individuais, por parte do Estado ou de particulares, com o propósito de impedir a ocorrência de danos involuntários a interesses de bem-estar do próprio agente, incidindo *geralmente* de maneira temporária, antecipada e não punitiva. Em segundo lugar, enquanto o paternalismo suave pode ser direto ou indireto, vimos que o paternalismo penal direto é inconciliável com o requisito da injustiça que informa a aplicação do *harm principle*¹⁴⁷⁰.

Contudo, ainda que o paternalismo suave não possa ser absorvido totalmente pelo princípio do dano, Feinberg reconhece a sua compatibilidade com o liberalismo¹⁴⁷¹. De fato, há uma série de medidas restritivas da liberdade individual que aparentam ter motivações paternalistas, mas, ainda assim, são aceitas como válidas pelos liberais. Em regra, isso acontece porque essas medidas também se apoiam em boas razões não rigidamente paternalistas. É o caso de leis penais que proíbem comerciantes de expor à venda produto alimentício impróprio para o consumo, ainda que algum consumidor, ciente de sua má qualidade, prefira correr o risco e adquiri-lo por menor preço¹⁴⁷². Nessa hipótese, a coerção é dirigida contra um grupo de pessoas (os comerciantes de produtos alimentícios) com fundamento na ameaça ao interesse pela segurança alimentar amplamente compartilhado pela grande maioria de consumidores que poderia vir a consumi-los de modo não suficientemente voluntário.

Em relação à minoria de consumidores que faria a escolha plenamente voluntária de consumir o produto impróprio, a lei em questão é, sem dúvida, rigidamente paternalista. Ocorre que o impacto potencial na liberdade do grupo minoritário é um efeito colateral

mais próximo do paternalismo rígido do que do suave: SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Libertarian Paternalism is not an Oxymoron, p. 1159-1202. Para crítica à postura dos autores: SILVA, Michael da. Libertarian Paternalism and the Harm Principle. *Health Law Review*, v. 22, n. 3, 2014, p. 23-27. Defendendo, em maior ou menor medida, o paternalismo rígido: ARNESON, Richard. Joel Feinberg and the Justification of Hard Paternalism, p. 259-280; SCOCCIA, Danny. In Defense of Hard Paternalism, p. 351-381; KLEINIG, John. *Paternalism*, ch. 3.

¹⁴⁶⁹ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 14-15.

¹⁴⁷⁰ Parece-nos que o paternalismo penal suave e direto também conflita com o elemento da culpabilidade, ao menos nos crimes dolosos.

¹⁴⁷¹ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 14.

¹⁴⁷² Art. 7º da Lei 8.137/1990. Constitui crime contra as relações de consumo: (...) IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo; Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

inevitável do caráter superinclusivo de normas gerais que proíbem condutas de perigo comum e implícito/abstrato¹⁴⁷³ (capítulo 4, tópico 4.2.3, *supra*). A impossibilidade fática de se constatar a validade do consentimento de todos os potenciais consumidores torna a proibição condizente com o propósito legítimo de evitar que o agente contribua para escolhas alheias não autônomas e prejudiciais aos próprios interesses. Trata-se, portanto, de uma manifestação do paternalismo suave que pode ser conduzida ao âmbito de aplicação do *harm principle*. Todavia, Feinberg ressalta que, estando disponíveis alternativas que permitam compatibilizar a liberdade da maioria com a da minoria a um custo tolerável, o peso da razão paternalista em apoio à proibição geral passará a ser insuportável para o liberal¹⁴⁷⁴.

Não obstante sua compatibilidade inicial com o liberalismo, *um paternalismo suave ilimitado também pode ameaçar a autonomia individual*. Segundo Fateh-Moghadam e Gutmann, os limites morais do paternalismo suave variam conforme a sua manifestação concreta¹⁴⁷⁵. Os autores identificam diferentes modalidades de paternalismo suave: 1) paternalismo clássico: a intervenção tem como fim impedir autolesões não voluntárias ou danos infligidos com consentimento deficiente; 2) paternalismo processual: intervenção temporária voltada unicamente a confirmar a voluntariedade da conduta autolesiva ou do consentimento na conduta lesiva (por exemplo, a imposição de um período de reflexão e do aconselhamento obrigatório antes da esterilização voluntária); 3) gestão paternalista de riscos: nos casos de séria dificuldade ou inconveniência prática em aferir o caráter voluntário da escolha pessoal em cada situação concreta, o legislador busca evitar escolhas possivelmente não autônomas mediante a introdução de pré-requisitos objetivos para a legalidade da conduta (por exemplo, a previsão de um patamar etário mínimo para que a pessoa realize uma doação de órgão)¹⁴⁷⁶.

¹⁴⁷³ Com efeito, a criminalização primária não se torna ilegítima pela simples possibilidade de alguns indivíduos autorresponsáveis consumirem o produto impróprio de forma totalmente voluntária. No que toca à criminalização secundária, a decisão autônoma por consumir o produto pode afastar o crime de lesões corporais, mas não o crime de perigo abstrato contra a integridade individual de pessoas indeterminadas.

¹⁴⁷⁴ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 21. De forma semelhante, Gerald Dworkin entende que a fluoretação da água também pode ser defendida em bases não paternalistas: “the restriction on the minority is not motivated by paternalistic considerations, but by the interests of a majority who wish to promote their own welfare” (DWORKIN, Gerald. *Paternalism: Some Second Thought*, p. 128).

¹⁴⁷⁵ Os limites pertinentes à atividade de criminalização serão sistematizados, mais adiante, no tópico 6.2.4.2, *infra*.

¹⁴⁷⁶ FATEH-MOGHADAM, Bijan; GUTMANN, Thomas. *Governing [through] Autonomy*, p. 386.

Com efeito, a segunda e terceira modalidade podem conduzir a restrições, temporárias ou definitivas, a escolhas plenamente autônomas, de forma que a crítica liberal deve se manter vigilante em relação a tais medidas, as quais, ainda que sejam inevitáveis, dependem de justificação independente (p. ex., não parece razoável exigir o consentimento expresso do cônjuge para a permissibilidade de esterilização voluntária, como faz o art. 10, §5º, da Lei 9.263/1996). Ademais, sem a devida limitação, o paternalismo suave arrisca ultrapassar a fronteira com o paternalismo rígido. Isso pode ocorrer, em primeiro lugar, caso o reconhecimento do caráter voluntário da escolha pessoal demande do titular do interesse afetado um nível quase inatingível de autenticidade e autocontrole ou, em segundo lugar, quando indivíduos incompetentes – como crianças e portadores de sofrimento mental – não têm preservada uma esfera mínima de poder de decisão em relação ao próprio bem-estar¹⁴⁷⁷.

Considerando que, em geral, não se questiona a legitimidade de algum nível de paternalismo penal, Feinberg identifica duas estratégias possíveis para a teoria da criminalização. A primeira estratégia é admitir que o filtro de validade da teoria da criminalização conta com o princípio do paternalismo penal¹⁴⁷⁸. Como os princípios da criminalização fornecem boas razões e não razões definitivas para a proibição de condutas, as razões paternalistas poderiam ser contrabalanceadas por razões contrárias à intervenção, inclusive o respeito à autonomia pessoal. Essa primeira estratégia (que vamos chamar de *estratégia do balanceamento*) legitima, em princípio, a legislação penal paternalista, ao passo que também viabiliza a oposição ao paternalismo penal, em casos particulares. Com isso, atribui-se ao antipaternalista o ônus de apresentar argumentos suficientemente fortes para compensar as razões em favor da proibição.

A *estratégia do balanceamento* chega a ser defendida por autores que, mesmo sem endossar um princípio do paternalismo penal, concebem como permissíveis proibições paternalistas cujo propósito é proteger o bem-estar do indivíduo, contra a sua vontade, e não simplesmente assegurar a sua autonomia¹⁴⁷⁹. Nessa concepção, a autonomia individual seria

¹⁴⁷⁷ De forma semelhante: BOIS-PEDAIN, Antje du. Die Beteiligung na fremder Selbstschädigung als eigenständiger Typus moralisch relevanten Verhaltens – Ein Beitrag zur Strukturanalyse des indirekten Paternalismus. In: HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfrid; SEELMANN, Kurt (Hrsg.). *Paternalismus im Strafrecht*. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten. Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 43.

¹⁴⁷⁸ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 25.

¹⁴⁷⁹ SHAFER-LANDAU, Russ. Liberalism and Paternalism. *Legal Theory*, n. 3, v. 11, 2005, p. 186. Essa também nos parece ser, em alguns momentos, a posição de Hirsch e Simester: HIRSCH, Andreas von;

apenas mais uma grandeza a ser colocada na balança e contraposta, por exemplo, à gravidade do dano, à ausência de valor e utilidade social da conduta e ao propósito lesivo da atividade¹⁴⁸⁰. Essa posição se coaduna com a visão de que os direitos morais do indivíduo não são trunfos e sim instrumentos de proteção de seus próprios interesses¹⁴⁸¹, afinal, se a autonomia individual for tida como um trunfo, os seus limites só poderão ser dados pelos interesses de outras pessoas e nunca pelos interesses daquele cuja autodeterminação se pretende restringir.

A segunda estratégia é justamente construir uma concepção convincente de autonomia pessoal capaz de caracterizá-la como um trunfo moral e não apenas mais um dado a ser ponderado contra argumentos consequencialistas a respeito da redução de danos ou argumentos deontológicos não vinculados aos direitos de outras pessoas¹⁴⁸². Portanto, essa segunda abordagem pressupõe que, havendo conflito entre as escolhas feitas pelo indivíduo e o seu próprio bem-estar, cabe a ele a *autoridade moral de hierarquizar os interesses em jogo*. Como acertadamente pontuado por Postema, a questão “não é que a autonomia seja tão importante que qualquer outro valor perde em significância, mas, sim, que a única maneira adequada de respeitar a autonomia é respeitando uma esfera de decisões pessoais dentro da qual a própria vontade e as escolhas do agente são soberanas”¹⁴⁸³.

Essa estratégia, que Feinberg aponta como sendo *a verdadeira estratégia do paternalismo suave*, foi defendida pelo filósofo americano e também será aqui sustentada¹⁴⁸⁴.

SIMESTER, A.P. On the Legitimate Objectives of Criminalisation. *Criminal Law and Philosophy*, v. 10, n. 2, 2016, p. 367-379. Para uma discussão sobre a posição dos dois últimos, conferir: KLEINIG, John. The Paternalistic Principle. *Criminal Law and Philosophy*, v. 10, n. 2, 2016, p. 315-327.

¹⁴⁸⁰ BAKER, Dennis J. Rethinking Consensual Harm-Doing. *University of Western Sidney Law Review*, v. 12, 2008, p. 21-38; HUSAK, Douglas. Paternalism, p. 475-477. Os autores também não formulam um princípio do paternalismo, entendendo que, nesses casos, o próprio *harm principle* fundamenta a proibição.

¹⁴⁸¹ Essa é a posição de ARNESON, Richard. Joel Feinberg and the Justification of Hard Paternalism, p. 263-264. Sobre a diferenciação entre as concepções de direitos como trunfos e direitos como instrumentos de proteção de interesses, conferir o capítulo 2, tópico 2.2.3, *supra*.

¹⁴⁸² FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 26: “The most promising strategy for the anti-paternalist is to construct a convincing conception of personal autonomy that can explain how that notion is a moral trump card, not to be merely balanced with considerations of harm diminution in cases of conflict, but always and necessarily taking moral precedence over those considerations.”

¹⁴⁸³ POSTEMA, Gerald. Politics is about the Grievance: Feinberg on the Legal Enforcement of Morals. *Legal Theory*, v. 11, n. 03, 2005, sept., p. 306: “The idea is not that autonomy is so important that every other value pales in significance but, rather, that the only proper way to respect autonomy is to respect a sphere of personal decisions within which an agent’s own will and choices are sovereign”.

¹⁴⁸⁴ Segundo Feinberg, essa também é estratégia elegida por Mill ao afirmar que, em assuntos que afetam única ou primariamente os seus próprios interesses, o indivíduo detém a soberania absoluta e exclusiva. Também no

Portanto, este trabalho, embora não endosse um princípio do paternalismo, entende que proibições penais suportadas por razões paternalistas podem ser legítimas desde que justificadas pela necessidade de evitar decisões individuais que, além de contrariar o próprio bem-estar pessoal, não são suficientemente voluntárias¹⁴⁸⁵. Nesses casos, a criminalização é fundamentada pelo *harm principle* via paternalismo suave¹⁴⁸⁶.

Figura 10 – Tipos de paternalismo

<i>Paternalismo direto</i>	Uso da coerção contra a pessoa cujo bem-estar se pretende proteger.
<i>Paternalismo indireto</i>	Uso da coerção contra outra pessoa que não aquela cujo bem-estar se pretende proteger.
<i>Paternalismo rígido</i>	Uso da coerção para impedir escolhas, ainda que autônomas, que prejudicam o bem-estar do próprio indivíduo.
<i>Paternalismo suave</i>	Uso da coerção para impedir escolhas não autônomas que prejudicam o bem-estar do indivíduo ou para confirmar o caráter autônomo da escolha.

6.2.2 Autonomia, soberania e domínio pessoal

sentido de que uma defesa do paternalismo suave pode ser extraída da obra de Mill: SAUNDERS, Ben. Reformulating Mill's Harm Principle. *Mind*, v. 125, n. 500, 2016, p. 1024-1026.

¹⁴⁸⁵ Crítico ao que identificamos como a verdadeira estratégia do paternalismo suave, Hyams sustenta que, mais importante do que a autonomia, é a justiça distributiva. Para ele, é o paternalismo rígido e não o suave que explica os limites existentes à validade do consentimento válido. Daí que tais limites não seriam dados pelo paternalismo suave baseado na autonomia, mas pela identificação de uma violação de direitos em razão do desrespeito a princípios de justiça corretiva. No entanto, o autor não apresenta critérios que permitam definir quando, a despeito da presença do consentimento, haverá violação de direitos. Ver: HYAMS, Keith. When Consent Doesn't Work: A Rights-Based Case for Limits to Consent's Capacity to Legitimise. *Journal of Moral Philosophy*, v. 8, 2011, p. 110-138. De forma semelhante, Arneson afirma que o antipaternalismo é uma ideologia que favorece a desigualdade: ARNESON, Richard. Joel Feinberg and the Justification of Hard Paternalism, p. 275-276. A nosso ver, mais uma vez, os autores tomam erroneamente por paternalistas argumentos que são, na verdade, moralistas.

¹⁴⁸⁶ Bois-Pedain assevera que a intervenção penal não poderá ser justificada, em todos os casos em que a decisão não é suficientemente voluntária, com base no princípio do dano, pois, ainda que o grau de voluntariedade não seja suficiente, pode ser que haja algum nível de vontade que impedirá que se fale em ataque aos direitos da vítima: BOIS-PEDAIN, Antje du. Die Beteiligung na fremder Selbstschädigung als eigenständiger Typus moralisch relevanten Verhaltens, p. 44. De fato, o caráter não autônomo da decisão basta para afastar a aplicação da máxima *volenti non fit injuria*, mas a aplicação do *harm principle* dependerá, ainda, da presença de elementos aptos a fundamentar o juízo de injustiça.

O sucesso da estratégia do paternalismo suave depende de uma defesa bem sucedida da crítica autonomista ao paternalismo rígido que, por sua vez, demanda a construção de uma noção inteligível e convincente de autonomia.

6.2.2.1 Conceituando autonomia

Partindo de suas raízes etimológicas no grego, entende-se por “autônomo” aquele que se submete às suas próprias leis. A noção de autonomia surge, portanto, como sinônimo de autodeterminação. O termo foi aplicado, originalmente, às sociedades politicamente organizadas, de modo que a sua utilização atual, associada ao indivíduo, deriva desse sentido inicial. Daí que a ideia de autonomia pessoal é uma metáfora política¹⁴⁸⁷ ou, cabe dizer, uma metonímia da autonomia dos Estados nacionais. Segundo Feinberg, o termo autonomia pessoal possui, hoje, quatro sentidos: 1) capacidade de governar a si mesmo; 2) condições fáticas de se autogovernar; 3) ideal de caráter daquele que se autogoverna e 4) direito à autoridade soberana para se autogovernar dentro de determinado domínio.

A *autonomia como capacidade de se autogovernar* corresponde à habilidade de tomar decisões racionais¹⁴⁸⁸. Nesse sentido, adultos competentes e em pleno gozo de suas faculdades mentais são considerados autônomos, enquanto não o são crianças e pessoas com distúrbios mentais severos. Contudo, a associação entre capacidade e competência transmite a falsa ideia de que essa é uma questão de tudo-ou-nada, quando, na verdade, a capacidade é uma grandeza graduável. De fato, um nível mínimo de capacidade é pré-requisito para que o indivíduo disponha de condições fáticas de se autodeterminar e para que possua o próprio direito a exercer sua autodeterminação. Por outro lado, há um limiar máximo acima do qual não se considera que o indivíduo seja mais capaz ou competente do que os demais para decidir racionalmente sobre a própria vida, mesmo que possua maior discernimento, inteligência e prudência.

Da mesma forma que a capacidade, a *autonomia como condição de fato de se autogovernar* também é variável. Nesse segundo sentido, a autonomia consiste no conjunto de circunstâncias fáticas que possibilita o exercício atual da autonomia pelo indivíduo. Além de

¹⁴⁸⁷ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 28.

¹⁴⁸⁸ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 28-30.

sorte e oportunidade, a autonomia nesse sentido varia conforme o indivíduo congregue uma série de virtudes, tais como autodomínio, individualidade, autenticidade, independência e autocontrole.¹⁴⁸⁹ Assim, uma pessoa altamente capaz pode, na situação concreta, estar impedida ou embaraçada de exercer essa capacidade por deficiência em alguma dessas virtudes (por exemplo, aquele que se encontra submetido à coação moral irresistível tem dificultada a manifestação das virtudes do autocontrole e da fidelidade a si mesmo).

A *autonomia como ideal de caráter daquele que se autogoverna* diz respeito a um modelo exemplar de indivíduo autônomo. Corretamente construído, esse caráter ideal de autônomo pode, até mesmo, integrar um ideal mais amplo de caráter humano. No entanto, ao mesmo tempo em que sintetiza, na medida certa, as virtudes listadas como condições para o exercício fático da autonomia, esse ideal deve coexistir com as falhas morais que fazem com que os indivíduos decidam contrariamente aos seus próprios valores. No mais, o ideal de pessoa autônoma há de ser consistente com o fato de o indivíduo pertencer a uma comunidade, a qual determina seus costumes e tradições e lhe impõe o respeito a deveres recíprocos de cooperação¹⁴⁹⁰. Em razão disso, Feinberg esclarece que, por mais refinada que seja, uma concepção de autonomia desse tipo sempre será apenas parcialmente ideal¹⁴⁹¹.

Finalmente, a *autonomia como direito ou como autoridade soberana para se autogovernar dentro de determinado domínio* coincide com o sentido sugerido pelo Direito Internacional Público ao reconhecer o direito à autodeterminação de Estados soberanos¹⁴⁹². Todavia, no plano político, é comum distinguir autonomia e soberania, sendo que, enquanto a primeira pode ser parcial e limitada, a segunda é plena e indivisível. Considerando essa diferenciação, Feinberg emprega o termo *soberania pessoal* ao se referir a esse quarto sentido de autonomia. Nesse contexto, *o indivíduo é soberano dentro dos limites de sua autonomia*. Embora a amplitude da autonomia individual seja variável (crianças e adolescentes não possuem o mesmo nível de autonomia que adultos competentes), o direito à soberania pessoal, por ser inato a todos os seres humanos, não é passível de graduação.

¹⁴⁸⁹ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 32-44.

¹⁴⁹⁰ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 47.

¹⁴⁹¹ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 45. Como observa Bois-Pedain, a concepção feinberguiana de autonomia não parte de uma idealização do ser humano e sim da compreensão de que ele é falível: BOIS-PEDAIN, Antje du. Die Beteiligung na fremder Selbstschädigung als eigenständiger Typus moralisch relevanten Verhaltens, p. 38.

¹⁴⁹² FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 47.

A analogia entre soberania pessoal e soberania nacional, de fato, não é perfeita¹⁴⁹³. Apesar disso, as diferenças tendem a fortalecer e não a enfraquecer a soberania pessoal. Enquanto a soberania nacional não torna o Estado dono da vida dos seus cidadãos e, por isso, não o legitima a praticar o genocídio étnico contra a própria população, a ideia de soberania pessoal fornece ao indivíduo suporte para reivindicar o direito a doar ou mesmo vender seus próprios órgãos¹⁴⁹⁴. Por certo, a relevância política e jurídica adquirida por organizações supranacionais como a Organização das Nações Unidas e a União Europeia é um indício de que o conceito clássico de soberania nacional está em crise. Não obstante, Feinberg tem razão em defender que pensemos a soberania pessoal, ao lidarmos com o paternalismo suave, em termos semelhantes àqueles em que a soberania nacional foi tradicionalmente pensada.

6.2.2.2 Delimitando o domínio pessoal

Conforme as normas de Direito Internacional Público, os Estados nacionais habitualmente exercem sua soberania sobre toda a extensão de seu território. Os limites de dado território são, em geral, reconhecíveis por um observador objetivo sem maiores dificuldades, embora possa haver litígio entre países quanto ao detentor de soberania sobre determinado território (por exemplo, a disputa territorial entre Índia e Paquistão pela região da Caxemira). Já os limites do domínio pessoal – isto é, da esfera sobre a qual cada indivíduo é soberano – são mais obscuros e controversos.

Prosseguindo com a comparação entre soberania nacional e soberania pessoal, uma primeira delimitação plausível identifica os limites da soberania pessoal com as próprias *dimensões corporais do indivíduo*¹⁴⁹⁵. Assim, o indivíduo exerce autoridade soberana sobre seu próprio corpo, em analogia à soberania exercida pelo Estado nacional dentro dos limites geográficos de seu território. Como resultado, não apenas intervenções indevidas sobre o corpo de alguém contra a sua vontade violam a autonomia pessoal, mas também qualquer intromissão no sentido de impedi-lo de usufruir do próprio corpo conforme a sua vontade.

¹⁴⁹³ Seher critica essa analogia, afirmando que Estados soberanos não interagem entre si da mesma forma que indivíduos autônomos, motivo pelo qual não há como falar em indivíduos soberanos no contexto das sociedades modernas: SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 132.

¹⁴⁹⁴ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 50.

¹⁴⁹⁵ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 53.

O domínio corporal só delimita, todavia, as dimensões mínimas do território sujeito à soberania pessoal. Para além dele, a autonomia individual exige uma *margem de segurança* que corresponde, em primeiro lugar, à *esfera de privacidade e intimidade dos indivíduos*¹⁴⁹⁶. A nosso ver, deve-se acrescentar a essa “margem de segurança” o espaço necessário ao exercício da *liberdade de expressão*, o qual está diretamente em contato com o domínio pessoal de outras pessoas, não podendo ser dele totalmente isolado. Por outro lado, o direito à privacidade demanda como complemento uma dimensão tangível referente a determinados componentes da *propriedade pessoal*.

Com efeito, sem essa margem extra de liberdade de disposição acima do mínimo, a esfera de domínio pessoal “ficaria desconfortavelmente apertada ao redor de nossos pescoços”¹⁴⁹⁷. Ocorre que, diferentemente das fronteiras territoriais que são fixas, o alcance de esferas invioláveis como a corporal, privada e comunicativa do indivíduo pode aumentar ou diminuir, a depender das circunstâncias concretas. Logo, por exemplo, uma pessoa não pode pretender que, em um ônibus coletivo lotado, ninguém encoste o braço no seu ou que outro passageiro não seja capaz de enxergar o visor de seu celular.

Isto posto, conclui-se que o âmbito do domínio pessoal inclui, pelo menos, os direitos à autodeterminação corporal, à privacidade, à liberdade de expressão e à alguma propriedade individual. Ademais, o conceito de soberania pessoal tem como cerne o direito de tomar *decisões vitais à definição e realização de um projeto individual de vida boa*: cursar ou não uma faculdade, qual carreira seguir, se casar ou não e com quem, professar ou não determinada religião, ter ou não filhos, quando e como morrer e assim por diante¹⁴⁹⁸. Nesse quadro, toda violação de autonomia compreende algum nível de desrespeito ao controle soberanamente exercido pelo indivíduo sobre as fronteiras de seu domínio pessoal¹⁴⁹⁹.

Entretanto, *nem todas as decisões autorreferidas têm o mesmo impacto sobre o projeto de vida boa do indivíduo*¹⁵⁰⁰. Algumas decisões podem ser objetivamente impactantes sem ser subjetivamente relevantes para o indivíduo (p. ex., a decisão de A por fazer um

¹⁴⁹⁶ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 54.

¹⁴⁹⁷ BOIS-PEDAIN, Antje du. Die Beteiligung na fremder Selbstschädigung als eigenständiger Typus moralisch relevanten Verhaltens, p. 39.

¹⁴⁹⁸ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 54.

¹⁴⁹⁹ A representação da violação da autonomia como uma invasão de fronteiras já aparece em: NOZICK, Robert. *Anarchy, State, and Utopia*. New York: Basic Books, 1974, p. 71.

¹⁵⁰⁰ MOORE, Michael. *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 773-775.

caminho diferente ao voltar do trabalho para casa que evita que ele venha a se envolver em um acidente automobilístico), enquanto outras, apesar de subjetivamente vivenciadas como importantes, podem não ter qualquer impacto significativo de longo prazo em sua trajetória pessoal (p. ex., a escolha de B por iniciar um relacionamento amoroso que vem a ser passageiro e banal). Por certo, as escolhas que os indivíduos, ao fazê-las, têm consciência de sua potencial relevância para a sua biografia tendem a ser mais dignas de proteção do que aquelas que, a não ser por uma vicissitude excepcional, sequer são dignas de nota.

Diante disso, cabe questionar se o domínio pessoal abarca também decisões de menor significância para os planos de vida do indivíduo, como a escolha por usar ou não cintos de segurança ou capacete ao conduzir veículo automotor na via pública. De fato, várias regras que organizam a vida social – e às quais nenhum liberal se opõe seriamente – não parecem compatíveis com uma concepção absoluta de soberania pessoal¹⁵⁰¹. Por isso, muitos defensores da estratégia do balanceamento sustentam que eventual perda em autonomia individual decorrente, por exemplo, da imposição aos condutores do uso de dispositivos de segurança pessoal é trivial e facilmente compensável pelos benefícios em termos de prevenção de danos substanciais¹⁵⁰².

Em sentido diverso, Feinberg afirma que nenhuma violação do direito à soberania pessoal é trivial¹⁵⁰³, uma vez que *autonomia não é um valor que pode ser submetido à ponderação segundo parâmetros externos e alheios ao indivíduo*¹⁵⁰⁴. Por outro lado, o filósofo também não endossa a proposta de delimitar as fronteiras do domínio pessoal de maneira mais restrita, de modo a conferir proteção absoluta apenas às decisões cruciais de vida que refletem os valores essenciais do indivíduo. Apesar de considerar essa segunda abordagem preferível à primeira, Feinberg pondera que se estaria fundando o conceito de domínio pessoal em bases demasiadamente inseguras, o que poderia conduzir a juízos

¹⁵⁰¹ SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 134.

¹⁵⁰² DWORKIN, Gerald. Paternalism: Some Second Thought, p. 127-128. Na visão do autor: “I think we are justified in requiring sailors to take along life-preservers because it minimizes the risk of harm to them at the cost of a trivial interference with their freedom” (*Ibidem*, p. 127).

¹⁵⁰³ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 94.

¹⁵⁰⁴ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 55.

arbitrários semelhantes aos já realizados pela jurisprudência constitucional americana ao definir quais liberdades individuais devem ser resguardadas como fundamentais¹⁵⁰⁵.

A verdade é que *a justificação de leis que obrigam o uso de cinto de segurança e de capacetes demanda considerável esforço argumentativo do liberal antipaternalista*. É possível, primeiramente, argumentar que a decisão por não usar dispositivos de segurança (como cintos, capacetes e coletes salva-vidas) é, em geral, irrefletida e menos do que voluntária¹⁵⁰⁶. Contudo, fato é que a mera negligência quanto ao próprio bem-estar não basta para tornar uma escolha involuntária. Nessa linha, Feinberg sustenta que a escolha do “condutor típico” por não usar o acessório de segurança tende a ser suficientemente voluntária. Por conseguinte, o paternalismo suave pode justificar, no máximo, a conscientização sobre os riscos como requisito da habilitação para dirigir, mas não o uso obrigatório de cintos e capacetes¹⁵⁰⁷.

Para Feinberg, o uso obrigatório de dispositivos de segurança só pode ser defendido pelo liberal em função dos efeitos adversos para os interesses de outras pessoas e da sociedade. Motociclistas podem perder o controle do veículo ao serem atingidos na cabeça por pedras, por exemplo, colocando pedestres e outros condutores em risco. Todavia, o próprio Feinberg registra que não há evidências que demonstrem que a incidência desse tipo de acidente é estatisticamente significativa¹⁵⁰⁸. Há, ainda, o argumento dos custos sociais associados à prestação de serviços médicos aos acidentados, mas o filósofo também observa que esses custos poderiam ser evitados pela estipulação do seguro obrigatório¹⁵⁰⁹. Frente a isso, Feinberg conclui que o único argumento apto a legitimar esse tipo de legislação é o que apela aos “custos psíquicos” decorrente do estresse e do trauma sofridos pelas pessoas que

¹⁵⁰⁵ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 90. Para o autor, a diferenciação estabelecida por Mill entre ações referidas à própria pessoa (*self-regarding*) e ações referidas a terceiros (*other-regarding*) fornece uma trilha mais segura a ser seguida pelo liberal ao definir os limites da intervenção estatal na liberdade do que a diferenciação entre liberdades fundamentais e não fundamentais.

¹⁵⁰⁶ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 161. Gerald Dworkin chegou a defender esse argumento, mas depois passou a sustentar que se tratava de uma estratégia argumentativa demasiadamente *ad hoc* para ser convincente: DWORKIN, Gerald. *Paternalism: Some Second Thought*, p. 125.

¹⁵⁰⁷ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 90.

¹⁵⁰⁸ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 138.

¹⁵⁰⁹ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 138-139. Gerald Dworkin salienta que o uso de capacetes e cintos de segurança, em geral, evita a morte de condutores envolvidos em acidentes e, dessa forma, aumenta os gastos com o tratamento de sobreviventes: DWORKIN, Gerald. *Paternalism: Some Second Thought*, p. 127.

venham a presenciar o acidente de trânsito¹⁵¹⁰. Logo, o fundamento da proibição seria o *offense principle* e não o *harm principle* (ver tópico 6.1, *supra*).

A nosso ver, os critérios que limitam a criminalização com respaldo em danos remotos – em especial, o requisito do dano consumado ou da proscrição direta (capítulo 5, tópico 5.4.1, *supra*) – e as máximas de mediação que orientam a aplicação do *offense principle* – sobretudo o requisito do imediatismo ou da proximidade (tópico 6.1.3.2 *supra*) – não permitem que sejam acolhidos os argumentos relativos a custos sociais e psíquicos. Portanto, o uso da coerção penal para obrigar condutores a fazer uso de dispositivos de segurança pessoal configura paternalismo rígido e direto e, para nós, é inconciliável com o liberalismo político¹⁵¹¹. Porém, isso não significa que uma obrigação legal de utilizar tais acessórios reforçada apenas por sanções administrativas não possa ser legitimada em bases liberais.

Com efeito, as sanções administrativas não possuem a *distinta voz moral* atribuída à sanção penal e que fundamenta, em parte, o requisito da injustiça (ver capítulo 5, tópico 5.5, *supra*). A consequência disso é que o direito administrativo sancionador não estará sujeito aos mesmos limites aqui deduzidos para os princípios da criminalização a partir da *wrongfulness constraint* (ou seja, às máximas de mediação e aos critérios de imputação justa). Por certo, também deve haver limites ao direito administrativo sancionador, mas esses não podem ser equiparados aos opostos ao legislador penal. Daí que os danos remotos que não atendem aos pressupostos de aplicação do *harm-offense principle* fornecem uma boa razão não paternalista para a proibição administrativa.

Por outro lado, além de respaldada pelo interesse público na segurança viária, certo é que a precaução exigida do indivíduo pela norma de comportamento não é excessivamente onerosa nem a punição é desproporcional¹⁵¹². Mesmo nas situações excepcionais em que o indivíduo valora como essencial a seu estilo de vida a opção por não utilizar o cinto de

¹⁵¹⁰ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 141. Cético em relação a esse argumento: DWORKIN, Gerald. *Paternalism: Some Second Thought*, p. 127.

¹⁵¹¹ Para Simester, esse tipo de legislação não pode ser defendido com base no paternalismo suave, mas também não pode realmente ser considerado como uma forma de paternalismo rígido: SIMESTER, A. P. *Betrachtungen über Moral und Paternalismus*. In: HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfried; SEELMANN, Kurt (Hrsg.). *Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*. Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 270.

¹⁵¹² Ver também: SCHONSHECK, Jonathan. *On Criminalization: an Essay in the Philosophy of Criminal Law*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1994, p. 108.

segurança ou capacete, pode-se, ainda, argumentar que, sendo a condução de veículos automotores uma alternativa aberta pelo Estado aos indivíduos por meio de licença administrativa, é legítimo exigir dos condutores o respeito às normas que, em prol do interesse público, regulamentam a atividade.

Em matéria penal, *os limites do domínio pessoal são dados pelos princípios que compõem o filtro da validade da teoria da criminalização*, tais como o princípio do dano e o princípio da ofensa, nos termos e com as ressalvas vistas anteriormente. Logo, o indivíduo governa soberanamente as suas próprias escolhas, ao menos enquanto elas não afetarem os interesses básicos e os direitos de outras pessoas. O paternalista suave só pode se intrometer nas escolhas autorreferidas de alguém se elas não forem verdadeiramente autônomas. Mesmo que essas escolhas sejam banais e insignificantes para o projeto individual de vida boa, a proteção a elas conferida pelo direito à soberania pessoal será absoluta, desde que sejam suficientemente voluntárias. Apesar disso, o valor pessoal das escolhas autorreferidas menos do que suficientemente voluntárias pode enfraquecer a autoridade moral da intromissão do paternalista suave.

De outra parte, o bem-estar futuro do indivíduo não constitui uma boa razão para restringir o exercício de sua soberania pessoal¹⁵¹³. De fato, o usual é que haja correspondência entre aquilo que o indivíduo elege para si e o que promove os seus interesses, mas, quando isso não ocorre, o respeito à autonomia se sobrepõe à proteção do bem-estar individual. *Afinal, o direito à autonomia possui valor intrínseco e não instrumental, não tendo por função, portanto, proteger o bem-estar humano*¹⁵¹⁴. Em verdade, são os interesses humanos que, em última instância, servem à autonomia pessoal. Conquanto um mínimo de liberdade de fato seja essencial à persecução pelos indivíduos dos seus interesses superiores, o valor da autonomia independe dessa utilidade.

¹⁵¹³ Para Schroth, a proposta de limitar a autonomia atual do indivíduo a fim de proteger o seu “eu do futuro” esvazia de sentido a própria ideia de responsabilidade: SCHROTH, Ulrich. Das Paternalismusproblem am Beispiel der Nierenlebensspende. In: HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfrid; SEELMANN, Kurt (Hrsg.). *Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*. Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 208-209. Ver discussão no próximo tópico sobre a tese de Derek Parfit.

¹⁵¹⁴ Essa é a conclusão a que chega Ronald Dworkin, após criticar o argumento de que a autonomia das pessoas deve ser respeitada porque, em geral, elas conhecem melhor os próprios interesses: DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida. Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 318.

Conforme a estratégia do paternalismo suave, a intervenção coercitiva no âmbito do domínio pessoal com o fim de proteger o bem-estar do próprio agente ou daquele que consente na conduta só se justifica quando necessária para determinar se a decisão do indivíduo é genuinamente voluntária e para protegê-lo de escolhas que não sejam verdadeiramente obra dele¹⁵¹⁵. Portanto, não é legítima a intromissão em escolhas informadas e voluntárias, não importando quão graves sejam as consequências negativas para o bem-estar daquele que escolhe. Ainda que o indivíduo venha a se arrepender de sua escolha no futuro, a única maneira de se levar a sério a metáfora política por trás das ideias de soberania pessoal e de autogoverno é reconhecendo que adultos competentes têm direito a fazer escolhas de vida que outros sujeitos racionais e responsáveis, por motivos plausíveis, julgam equivocadas, tolas e imprudentes. Sem tal defesa intransigente da autonomia individual, o liberalismo político estará em sérios apuros.

6.2.2.3 Ainda sobre o caso da escravidão voluntária

Se o próprio bem-estar (atual ou futuro) do indivíduo não constitui um limite ao exercício de sua autonomia, poderia a autonomia atual ser limitada com o fim de proteger a autonomia futura? Seria essa preocupação com a própria autonomia e não com o bem-estar do indivíduo autônomo uma expressão legítima do paternalismo suave? Nessa oportunidade, devemos retomar a polêmica hipótese da escravidão voluntária. Como já visto, Mill admite que adultos competentes sejam impedidos de escolher voluntariamente por se tornar um escravo, abrindo uma exceção à regra de que a liberdade de alguém só pode ser limitada com o fim de prevenir danos a outras pessoas¹⁵¹⁶.

Ao abordar o caso da escravidão voluntária, Feinberg recorre à diferenciação entre *autonomia de jure* e *autonomia de facto*¹⁵¹⁷. A *autonomia de jure* coincide com o direito

¹⁵¹⁵ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 61-62.

¹⁵¹⁶ MILL, John Stuart. *On Liberty*, p. 102-105. Como ocorre em relação a diferentes pontos da obra de Mill, essa leitura do argumento também não é unânime. Enquanto alguns autores alegam que Mill introduziu o caso mais defensível de paternalismo rígido, Archard afirma que Mill sustentou apenas que um contrato desse tipo fosse reconhecido pela sociedade como inválido, sem defender a intervenção coercitiva na liberdade dos contratantes. Ver: ARCHARD, David. *Freedom not to be Free: The Case of the Slavery Contract in J. S. Mill's on Liberty*. *The Philosophical Quarterly*, v. 40, n. 161, oct., 1990, p. 453-465. Para mais referências sobre a discussão a respeito da posição de Mill: KLEINIG, John. *Paternalism and Human Dignity*, nota 34.

¹⁵¹⁷ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 63-65.

soberano do indivíduo a de autogovernar. Por seu turno, a autonomia *de facto* se refere à inexistência de restrições fáticas ao exercício concreto de escolhas atuais ou potenciais. Assim, por exemplo, um alcoólatra pode ser “livre de direito” para beber ou não uma dose de vodca que lhe é oferecida, partindo-se do pressuposto de que inexistam qualquer norma jurídica que o proíba ou obrigue a beber. Apesar disso, em razão do impulso incontrolável por consumir álcool decorrente do alcoolismo, ele tem uma menor “liberdade de fato” para escolher entre beber ou não¹⁵¹⁸.

Em razão da autonomia *de jure*, o indivíduo pode decidir voluntariamente por restringir a própria autonomia *de facto*. Desde que seu consentimento seja voluntário e informado, o indivíduo é “livre de direito” para se submeter a circunstâncias que reduzam a sua “liberdade de fato”. Nesse quadro, qualquer intromissão para obstaculizar essa escolha com base no argumento de que ela contradiz interesses do indivíduo constitui uma manifestação de paternalismo rígido e, por conseguinte, viola a soberania pessoal¹⁵¹⁹. Logo, uma intromissão no domínio pessoal para incrementar a autonomia *de facto* de alguém pode violar a sua autonomia *de jure* (p. ex., uma intervenção médica realizada contra a vontade do paciente paraplégico que, ao reparar uma lesão em sua coluna vertebral, permite que ele volte a andar). Por outro lado, mesmo o indivíduo que não dispõe de qualquer liberdade de fato pode ter violado o seu direito à soberania pessoal (p. ex., uma pessoa em estado vegetativo persistente que tem ignorado, pelos médicos, a recusa à distanásia constante de suas diretivas antecipadas de vontade).

No entanto, é plausível conceber a escravidão voluntária como uma hipótese de alienação da autonomia *de jure* e não somente da autonomia *de facto*. Afinal, pela compreensão habitual que se tem do termo, a escravidão implica, em si mesma, a perda total e irrevogável da autonomia por alguém que, reduzido a objeto, torna-se propriedade de outra pessoa. Com isso, o liberal que não deseja cancelar contratos de escravidão voluntária poderia argumentar que a abolição desse tipo de relação contratual visa a proteger o direito à autonomia e seria, por isso, admissível pelo paternalismo suave.

¹⁵¹⁸ Registra-se que estamos simplificando a exposição feita por Feinberg. Para maiores detalhes, conferir o diagrama à página 65, em que o filósofo sintetiza as noções *de facto autonomy*, *de jure autonomy*, *liberty* e *freedom*.

¹⁵¹⁹ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 65-67.

Ocorre que, como ressaltado por Feinberg, há certa “estranha artificialidade” no exemplo da escravidão voluntária. Isso porque não se trata de exemplo voltado a discutir uma proibição penal específica, já que, em geral, os sistemas legais não preveem um crime de “ter um escravo voluntário”¹⁵²⁰, embora estabeleçam que as obrigações advindas de um contrato de escravidão não são juridicamente exigíveis¹⁵²¹. Nesse quadro, Gerald Dworkin observa que a recusa do legislador em reconhecer tais contratos pode frustrar desejos, mas não interfere diretamente na liberdade individual¹⁵²².

Não obstante, pode-se alegar que o *status* jurídico do contrato de escravidão voluntária também traz repercussões para o direito penal: se o contrato é inválido, os castigos corporais impostos pelo “senhor” contra seu “escravo” podem configurar, em princípio, crime de lesões corporais e àquele que “abduz” uma pessoa “escravizada”, a fim de restitui-lhe a liberdade, não se pode, por óbvio, imputar crime contra o patrimônio¹⁵²³. Diante disso, a invalidade jurídica do contrato de escravidão voluntária não levaria inevitavelmente ao paternalismo penal rígido? Na verdade, a inexigibilidade jurídica de um contrato desse tipo não basta para impedir que um adulto competente disponha voluntariamente de sua autonomia

¹⁵²⁰ O Código Penal brasileiro prevê o crime de redução à condição análoga à de escravo: “Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.” Observa-se que o crime de tráfico de pessoas, que pode ter como finalidade a submissão da vítima a trabalho em condições análogas à de escravo, tem como elementar típica “mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso”: “Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de: I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; III - submetê-la a qualquer tipo de servidão; IV - adoção ilegal; ou V - exploração sexual. Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. § 1º A pena é aumentada de um terço até a metade se: I - o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las; II - o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência; III - o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou IV - a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional. § 2º A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa.”

¹⁵²¹ O Código Civil brasileiro possui dispositivos que podem ser invocados a fim de sustentar a invalidade de contratos de escravidão voluntária, tais como: “Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes.”

¹⁵²² DWORKIN, Gerald. *Paternalism: Some Second Thought*, p. 128. O autor registra que a invalidade jurídica do contrato de escravidão voluntária preserva a liberdade dos demais indivíduos de não serem juridicamente obrigados a, por exemplo, “devolver escravos fugitivos a seus proprietários”.

¹⁵²³ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 71-72.

de facto e, por essa razão, não viola a autonomia *de jure* daquele que deseja se submeter à escravidão.

Com efeito, a invalidade jurídica do contrato sequer limita a autonomia *de facto* do indivíduo que aliena a própria liberdade, pois permite que, não desejando mais ser escravo, ele possa simplesmente deixar de sê-lo, sem que o “senhor” tenha a faculdade de exigir o cumprimento do contrato ou qualquer indenização pelo inadimplemento¹⁵²⁴. É possível que interesses do “senhor” venham a ser prejudicados pela invalidade do contrato, caso tenha havido alguma contraprestação financeira de sua parte, mas esse prejuízo não constitui uma violação a nenhum direito moral a ele reconhecido. Em contrapartida, se a decisão por deixar de ser escravo for motivada pelo descumprimento de alguma obrigação assumida pelo “senhor”, o “escravo” também não poderá postular judicialmente o adimplemento contratual ou o pagamento de indenização. Porém, a depender das circunstâncias concretas, o ato de deslealdade do “senhor” poderá servir de base para que se questione a validade do consentimento do “escravo” (sobre os pressupostos de validade do consentimento, vide tópico 6.2.3, *infra*).

De todo modo, *a inexigibilidade jurídica do contrato de escravidão voluntária, por si só, não constitui forma de paternalismo rígido*¹⁵²⁵. Contudo, há que se reconhecer que, por um lado, a própria concepção de autonomia *de jure* faz com que a alienação da soberania pessoal seja impraticável, já que *o conceito de soberania também identifica aquilo que o ser humano é – o soberano de seu domínio pessoal – e não simplesmente um poder que lhe pertence*. Por outro lado, conquanto o indivíduo seja soberano para alienar até mesmo a própria autonomia *de facto*, um mínimo dessa autonomia remanescerá sempre intocável: o mínimo necessário a deixar de ser escravo, se assim desejar. Assim, o “senhor” que, por exemplo, usa de constrangimento físico ou moral para evitar a “alforria” pratica um injusto danoso e a sua conduta é alcançável pelo princípio do dano. Portanto, *a impossibilidade de alienação total da autonomia, seja de jure ou de facto, é uma questão lógica e não jurídica*.

¹⁵²⁴ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 72.

¹⁵²⁵ Segundo Scoccia, apesar de a justificativa de Mill para não reforçar contratos de escravidão voluntária seja rigidamente paternalista, há outros fundamentos não paternalistas: “Slavery contracts (...) would make labor markets less fluid and competitive and thereby reduce economic efficiency” (SCOCCIA, Danny. In *Defense of Hard Paternalism*, p. 366). De fato, a proteção do interesse público pela manutenção do mercado de trabalho e garantia do pleno emprego fornece uma justificativa instrumental e não paternalista para a inexigibilidade jurídica desse tipo de contrato.

O compromisso assumido pelo paternalista suave com o direito à soberania pessoal não lhe permite defender a proibição da escravidão voluntária, em si mesma, com base no argumento de que se estaria sacrificando a autonomia *de jure* em prol da maximização da autonomia *de facto*. Mesmo para o adepto da estratégia do balanceamento, esse raciocínio pode se mostrar traiçoeiro, pois é capaz de justificar não só a proibição da escravidão voluntária, mas também do suicídio, do uso de substâncias que podem causar dependência (inclusive de nicotina ou cafeína) e do consumo de alimentos com alto teor de gordura e açúcar¹⁵²⁶. Uma vez admitido o argumento utilitarista da maximização da autonomia *de facto*, o que impediria o paternalista rígido de extrapolá-lo para além dos restritos limites da polêmica sobre a proibição da escravidão voluntária?

Pode-se, ainda, tentar seduzir o paternalista suave com o argumento de que a proibição absoluta da escravidão restringe a autonomia atual do indivíduo a fim de proteger a sua autonomia futura, considerando a possibilidade realista de que, após refletir sobre a experiência, o “escravo” venha a se arrepender da decisão. Nesse escopo, é comum que se recorra ao exemplo de Ulisses que, como narrado no poema épico “Odisseia” de Homero, pede aos marinheiros que o amarrem ao mastro do navio para evitar que, enfeitiçado pelo canto das sereias, ele se jogue ao mar¹⁵²⁷. Sob a influência do canto das sereias, Ulisses comanda aos marinheiros que o soltem, mas eles se negam a atendê-lo.

Ocorre que, em primeiro lugar, a analogia com a história de Ulisses não é adequada, uma vez que, estando o juízo do herói perturbado pelo canto das sereias, a decisão por ser desamarrado, além de expor sua vida a risco, não era voluntária, diferentemente da decisão anterior por restringir a própria liberdade. Por isso, a atitude dos marinheiros ao não desamarrarem Ulisses, quando por ele ordenado, é compatível com o paternalismo suave. Em segundo lugar, a ideia de proteger os interesses futuros de adultos competentes contra as consequências de suas escolhas passadas é inconciliável com a autonomia pessoal, especificamente em sua dimensão de *responsabilidade moral do indivíduo pela condução e configuração da própria vida de forma coerente com os seus valores*. O direito à soberania garante ao indivíduo o poder de mudar de ideia sobre suas escolhas atuais, para o bem e para

¹⁵²⁶ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 77.

¹⁵²⁷ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 83.

o mal, mas também lhe atribui responsabilidade pelas más decisões e por aquilo que fez de si¹⁵²⁸.

Uma versão mais sofisticada dessa tese é desenvolvida por Derek Parfit. Para o filósofo, as pessoas que passaram por experiências críticas ou traumáticas que alteraram profundamente as suas crenças devem ser consideradas como sujeitos distintos do seu “antigo eu”. Daí que a restrição da liberdade do “eu presente” seria legítima porque se estaria, na realidade, protegendo outra pessoa, o “eu do futuro”¹⁵²⁹. Contudo, a ideia de que o “eu futuro” é outra pessoa que precisa ser protegida do “eu presente” é artificial e pouco convincente¹⁵³⁰. Ainda que se aceite a controversa premissa de que não existe identidade entre o “eu presente” e o “eu futuro”, fato é que o “*eu futuro*” só existe em razão das escolhas do “*eu presente*” e, em geral, não possui uma reivindicação válida – isto é, fundamentada em boas razões morais – contra as escolhas do seu “eu do passado”¹⁵³¹. Ademais, o direito à soberania pessoal seria vazio se não congregasse até mesmo a prerrogativa de se transformar em outra pessoa por meio de suas escolhas.

Segundo Feinberg, há uma linha argumentativa que tem potencial para fundamentar a proibição da escravidão voluntária em autênticas razões de paternalismo suave. Esse argumento consiste em reconhecer que é extremamente improvável que, nas situações concretas, o consentimento daquele que se submete à condição de escravo satisfaça um padrão rigoroso de voluntariedade¹⁵³². Como o “escravo” renuncia a (quase) toda a sua autonomia de fato, o nível de voluntariedade exigido da decisão só não será tão alto quanto o exigido, por exemplo, em casos de homicídio a pedido. Nessas hipóteses, é correto que o paternalista suave se preocupe em reduzir, ao máximo, o risco de erro quanto ao caráter voluntário da escolha. Ainda que não seja impossível que um indivíduo consinta validamente em se tornar um escravo, há sérios motivos para se suspeitar da voluntariedade, sendo que conferir a voluntariedade em cada caso pode demandar custos e esforços excessivos.

¹⁵²⁸ Essa posição é corroborada pela concepção dworkiana de autonomia centrada na integridade, a qual reconhece que pessoas competentes nem sempre têm valores coerentes; nem sempre fazem as melhores escolhas ou levam vidas estruturadas e refletidas, mas também fazem escolhas que refletem fraqueza, indecisão, capricho ou falta de razoabilidade. DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida*, p. 319.

¹⁵²⁹ PARFIT, Derek. *Reasons and Persons*. Oxford: Clarendon Press, 1984, p. 199. Mais sobre as reflexões bioéticas levantadas por Parfit no capítulo 2, tópico 2.3.2, *supra*.

¹⁵³⁰ SCHROTH, Ulrich. Das Paternalismusproblem am Beispiel der Nierenlebensspende, p. 208-209.

¹⁵³¹ Conferir a noção feinberguiana de direito moral no capítulo 2, tópico 2.2.3, *supra*.

¹⁵³² FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 79.

Feinberg alerta, todavia, que não se deve supervalorizar a questão dos custos e esforços envolvidos, uma vez que, além de contratos de escravidão voluntária serem presumivelmente incomuns, as despesas com a checagem da voluntariedade poderiam ficar a cargo do pretense “proprietário de escravo” e não da coletividade¹⁵³³. Diante disso, o filósofo conclui que o principal argumento pela proibição da escravidão voluntária, partindo-se da perspectiva do paternalismo suave, é o de que *mesmo um procedimento rigoroso para a aferição da voluntariedade seria altamente falível*. Por essa razão, como *a imensa maioria dos casos de submissão à condição de escravo não é suficientemente voluntária*, uma proibição absoluta se mostraria a medida mais adequada à proteção da autonomia.

Mais adiante, veremos que o legislador pode, em alguns casos, partir de uma presunção de não voluntariedade para estabelecer proibições gerais, as quais, porém, não poderão ser manejadas como absolutas. No entanto, a nosso ver, os contratos de escravidão não necessariamente se amoldam a essa hipótese específica. Em primeiro lugar, salienta-se que *não há incongruência lógica entre autonomia de jure e a decisão individual por se definir como escravo e ter a própria vida comandada por outra pessoa*¹⁵³⁴. Em segundo lugar, além de não ser possível afirmar *a priori* que a decisão por se tornar um escravo é sempre involuntária¹⁵³⁵, também não é possível inferir que o parâmetro de voluntariedade será sempre tão exigente que o consentimento concreto só conseguirá atendê-lo em raríssimos casos. Isso porque o esperado é que experiências reais de escravidão voluntária se materializem em formatos bastante variados entre si.

O verbo “escravizar” não transmite a imagem de uma ação específica. Quando se pensa em escravidão, vários cenários surgem à mente: trabalhos forçados, cárcere privado, flagelos físicos, privação de água e alimentos. De fato, uma lei penal que defina como proibida a conduta de “ter um escravo” ou “tratar alguém como escravo” seria acusada de violar o princípio da taxatividade por não descrever minimamente a conduta punível. O destinatário de uma norma como essa questionaria: quais ações praticadas por aquele que “tem um escravo” ou “trata alguém como escravo” são objeto específico da proibição? O art.

¹⁵³³ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 79.

¹⁵³⁴ DWORKIN, Gerald. *Paternalism: Some Second Thought*, p. 129: “There is nothing in the idea of autonomy that precludes a person from saying, ‘I want to be the kind of person who acts at the command of others. I define myself as a slave and endorse those attitudes and preferences. My autonomy consists in being a slave’”.

¹⁵³⁵ DWORKIN, Gerald. *Paternalism: Some Second Thought*, p. 126.

149 do Código Penal, por exemplo, nos diz que “reduzir alguém à condição análoga de escravo” é submetê-lo a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, sujeitá-lo a condições degradantes de trabalho, restringir sua locomoção em razão de dívida contraída ou, com o fim de retê-lo no local de trabalho, cercear o uso de qualquer meio de transporte, mantê-lo sob vigilância ostensiva e se apoderar de seus documentos ou objetos pessoais¹⁵³⁶. Por essa razão, nossa sugestão é que, ao analisarmos a permissibilidade da escravidão voluntária, pensemos em cada hipótese prática de interação “escravizador-escravizado”.

Como corretamente defendido por Feinberg, o consentimento suficientemente voluntário do ofendido afasta o caráter injusto da conduta, em tese, criminosa. Por isso, em respeito à autonomia *de jure* daquele que deseja viver como um escravo, a lei penal não deve se intrometer em nenhum aspecto prático da relação “escravizador-escravizado” quando o ato em prejuízo dos interesses do “escravo” estiver amparado pelo consentimento livre, atual e informado. Assim, por exemplo, não há crime de constrangimento ilegal quando o “senhor” mantém o “escravo” acorrentado durante toda a noite, tendo o “escravo”, adulto e capaz, manifestado livremente seu consentimento atual, estando informado sobre todos os dados relevantes à tomada de decisão (como, suponha-se, o fato de que permanecerá acorrentado por oito horas, em local sem banheiro e comida, mas com acesso a água potável e sem a possibilidade de contatar alguém durante esse período). Com efeito, o parâmetro de voluntariedade a ser estabelecido, neste caso, não será tão difícil de ser atingido. O mesmo pode ser dito da execução de trabalho pesado por longas horas e da imposição de castigos físicos (por exemplo, chibatadas). Por certo, a depender das circunstâncias, o padrão de voluntariedade pode vir a ser mais exigente, mas também não será inatingível. De outra parte, casos em que há mutilação e, principalmente, a morte do escravo permitem que entre em cena a presunção de não voluntariedade. No entanto, como tais resultados não seriam convenientes para o próprio “escravizador”, acreditamos que é possível construir um arquétipo de escravidão voluntária, a fim de defender a sua permissibilidade, que não envolva danos de tamanha gravidade.

Nota-se que a solução aqui defendida para a escravidão voluntária está em conformidade com as soluções propostas pelos liberais em outros contextos, como o das

¹⁵³⁶ É possível criticar a lei brasileira por não definir conceitos indeterminados como “jornada exaustiva” e “condições degradantes”.

intervenções médicas e das relações sexuais sadomasoquistas. Sabemos que, também nesses casos, os limites concretos da conduta do agente são definidos pelo consentimento do paciente e do parceiro dominado, respectivamente. Aplicando-se a mesma lógica ao contrato de escravidão voluntária, só pode haver crime quando ausente o consentimento do “escravizado” ou algum dos seus pressupostos de validade ou quando o consentimento é revogado e, ainda assim, o indivíduo é impedido de abandonar a condição de escravo. Aquele que se colocou nessa condição preserva o poder de, a qualquer momento, retirar o consentimento manifestado, bem como de vetar qualquer conduta que cruze as fronteiras do seu domínio pessoal. A partir do momento em que a condição de escravo não decorre mais do consentimento atual, livre e informado, mas do emprego de fraude ou coação, passam a existir boas razões, respaldadas pelo *harm principle* e pelo respeito à autonomia, para o uso da coerção legal¹⁵³⁷.

Em suma, conclui-se que defender a proibição geral da escravidão voluntária, em si mesma, e não apenas a inexigibilidade jurídica do contrato de escravidão é ceder ao paternalismo rígido. Afinal, *os seres humanos são “livres de direito” até para não serem “livres de fato”, se assim quiserem*. Apesar disso, a estratégia do paternalismo suave é condizente com a criação de crimes de perigo comum e abstrato voltados a prevenir que pessoas vulneráveis se coloquem na condição de escravas de forma menos do que suficientemente voluntária. Nessa linha, parece-nos admissível proibir, por exemplo, a oferta pública de bens e dinheiro em troca de acordos de escravidão voluntária¹⁵³⁸. Ademais, conforme se defenderá mais adiante, casos em que o agente obtém vantagem ao explorar injustamente a vulnerabilidade social ou econômica de outra pessoa, a despeito da validade do consentimento, também podem ser objeto de criminalização específica, nos termos do princípio da exploração (vide tópico 6.3.3, *infra*).

¹⁵³⁷ Observa-se que, para nós, os próprios verbos-núcleo do tipo penal constante do *caput* do art. 149 do Código Penal (reduzir, submeter, sujeitar e restringir) impõem a interpretação de que, para a configuração do crime, a condição do trabalhador deve ser menos do que suficientemente voluntária. Já o §1º tem como elemento subjetivo especial a finalidade de violar o direito do trabalhador à liberdade de locomoção. Portanto, a proibição não alcança, de modo geral, contratos de escravidão voluntária, embora possa incidir em situações que envolvam exploração injusta.

¹⁵³⁸ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 80: “There could even be nonpaternalistic justification for criminal statutes making it punishable to offer goods as inducements for slavery commitments, for example by publicly advertising slavery positions or privately soliciting among desperate persons.”

Críticos à presente posição podem alegar que ela descaracteriza o contrato de escravidão ao atribuir deveres ao “escravizador” (de informar o “escravo” e colher o seu consentimento) e direitos ao “escravizado” (de negar e revogar, a qualquer momento, o consentimento). Contudo, certo é que, considerando que o “escravizador” se beneficia da relação, enquanto o “escravizado” expõe o próprio bem-estar a risco, nada mais justo do que uma *redistribuição de ônus e bônus*. Além disso, a existência desses deveres e direitos no âmbito das relações internas ao contrato de escravidão voluntária não impede que os contratantes definam a si mesmos como “escravizador” e “escravizado” e que, inclusive, um observador externa perceba essa relação como sendo uma forma de escravidão moderna.

Por outro lado, *tais limites à permissibilidade do contrato de escravidão voluntária não podem ser classificados como paternalistas*, porquanto derivam logicamente do próprio direito inalienável dos indivíduos à soberania pessoal. Com razão, não há que se falar em violação à autonomia quando, por exemplo, um médico realiza transfusão de sangue depois que a paciente testemunha de Jeová, informada do risco de morte, revoga verbalmente documento formal anterior em que estipulou que não poderia receber o tratamento em nenhuma hipótese, mesmo que, por medo de morrer, viesse a implorar por recebê-lo. Assim como ocorre com aquele que desiste de ser escravo ou de realizar determinada atividade prevista pelo contrato de escravidão, a paciente testemunha de Jeová, ao revogar sua decisão original, está *exercendo novamente a sua autonomia para atualizar a própria vontade*, à luz do aprendizado obtido com a experiência prática¹⁵³⁹.

Realmente, a posição aqui defendida não está tão distante da sustentada por Mill e Feinberg. Em última instância, ambos os filósofos advogaram a tese da *impossibilidade de se renunciar de maneira irrevogável à autonomia de jure*¹⁵⁴⁰, embora tenham o feito com fundamento no utilitarismo (Mill) e no paternalismo suave (Feinberg). Para nós, a própria diferenciação feita por Feinberg entre autonomia *de jure* e autonomia *de facto* fornece o código para a solução do dilema em que o liberal se encontra ao lidar com o exemplo da escravidão voluntária.

No mais, a solução aqui proposta é compatível com o denominado *conceito relacional de autonomia*, o qual costuma ser contraposto ao que seus defensores identificam

¹⁵³⁹ DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida*, p. 323.

¹⁵⁴⁰ DWORKIN, Gerald. Harm and the Volenti Principle. *Social Philosophy and Policy*, v. 29, 2012, p. 315.

como *conceito tradicional de autonomia*, atribuído a liberais como Ronald Dworkin. Segundo Herring, a concepção relacional está mais atenta ao fato de que as escolhas do indivíduo não são exclusivamente dele, sendo influenciadas, em maior ou menor medida, por seus relacionamentos¹⁵⁴¹. Por isso, *quem cruza as fronteiras do domínio pessoal alheio não pode tomar o consentimento como uma luz verde a autorizá-lo a agir sem maior reflexão*. Aquele a quem se dirige o consentimento deve cumprir o seu papel para garantir as condições necessárias a que a outra parte possa decidir de forma livre e informada, ou seja, verdadeiramente autônoma. Tais considerações estão corretas e, a nosso ver, vão ao encontro da noção feinberguiana de soberania pessoal aqui defendida. Não obstante, alguns defensores do conceito relacional cedem ao paternalismo rígido ao estabelecer, em abstrato, limites absolutos ao consentimento (p. ex., entendendo que o conceito relacional sempre impede a validação da anuência em colocar fim à própria independência¹⁵⁴²).

Se até a autonomia *de facto* pode ser alienada, haveria algo que um indivíduo autônomo estaria juridicamente impedido de alienar? Conforme esclarecido por Feinberg, há certos deveres e responsabilidades em face de outras pessoas com os quais não é possível transacionar. Portanto, por exemplo, ninguém pode consentir validamente em ser preso no lugar de outra pessoa nem pode transferir para terceiro toda a responsabilidade jurídica pelas consequências para interesses alheios advindas de suas próprias ações e omissões. Por certo, nessas hipóteses, o indivíduo não estaria alienando algo que integra o seu domínio pessoal, como seu direito à soberania lhe permite fazer, e sim direitos pertencentes a terceiros ou à coletividade¹⁵⁴³. Essa constatação reforça a ideia feinberguiana de que *os limites máximos do domínio pessoal são dados pelos direitos e interesses essenciais de outras pessoas*.

6.2.2.4 Dignidade humana como limite à autonomia?

Pelo exposto nos tópicos anteriores, verifica-se que violar a autonomia de alguém não significa necessariamente prejudicar o seu bem-estar e sim desrespeitar as suas escolhas

¹⁵⁴¹ HERRING, Jonathan. Relational autonomy and consent. In: REED, Alan; BOHLANDER, Michael; WAKE, Nicola; SMITH, Emma (ed.). *Consent*. Domestic and Comparative Perspectives. New York: Routledge, 2017, p. 27-28

¹⁵⁴² Nesse sentido: RIPSTEIN, Arthur. Beyond the Harm Principle, p. 236. Mais sobre o posicionamento de Ripstein no capítulo 4, tópico 4.2.1, *supra*.

¹⁵⁴³ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 78-79.

voluntárias. Daí que *argumentos normativos baseados na autonomia são estritamente deontológicos*, pois independem de considerações atinentes às consequências de longo prazo das condutas humanas. Nesse quadro, costuma ser quase automática a associação da ideia de autonomia ao pensamento de Kant, o principal expoente da deontologia. Desse ponto, é natural partir para a relação entre autonomia e outro conceito comumente atribuído à filosofia moral kantiana, o de dignidade humana.

Observa-se que o conceito de soberania pessoal em Feinberg difere do de autonomia em Kant. A teoria moral kantiana está centrada no respeito à *humanidade* de cada um advinda da sua capacidade de se autogovernar de forma *totalmente livre de determinações externas e segundo normas moralmente corretas, imparciais e universalizáveis*. Nessa visão, o indivíduo concreto é mero repositório dessa capacidade abstrata e impessoal de autonomia, compartilhada por todos os seres humanos e indicada como a fonte de sua dignidade, a qual o pensamento kantiano valoriza a ponto de exigir que seja protegida e preservada a todo o custo, inclusive em detrimento da vontade individual¹⁵⁴⁴. Assim, Kant se dedica a defender um *ideal de autodeterminação moral segundo leis racionais*, enquanto Feinberg está preocupado em garantir o respeito ao *direito do indivíduo de fazer escolhas voluntárias sobre a própria vida*.

A ideia kantiana de dignidade humana exerceu considerável influência sobre o debate jurídico-penal a respeito dos limites do consentimento. Para vários autores, o consentimento só retira o caráter injusto da conduta quando não submete o indivíduo à desumanização ou degradação¹⁵⁴⁵. Assim, o consentimento não teria poderes mágicos para fazer desaparecer a grave injustiça ínsita ao tratamento indigno. Todavia, esses autores divergem em relação ao que configura tratamento desumanizante e, por conseguinte, quanto aos comportamentos que violam a dignidade humana sem necessariamente violar a

¹⁵⁴⁴ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 94 e 96-97. É o que se depreende da posição de Kant sobre a imoralidade do suicídio

¹⁵⁴⁵ BERGELSON, Vera. The Right to Be Hurt: Testing the Boundaries of Consent. *George Washington Law Review*, v. 75, n. 2, 2007, p. 216; DUFF, R. A. *Answering for Crime*. Responsibility and Liability in the Criminal Law. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007, p. 132; BAKER, Dennis J. *The Right Not to be Criminalized*, p. 173-174. Conferir a discussão sobre o princípio da dignidade de Dan-Cohen (capítulo 4, tópico 4.2.3, *supra*). Wright alega que dignidade deve prevalecer sobre consentimento válido, já que, sendo a dignidade um valor mais fundamental do que o consentimento, uma pessoa não pode abrir mão da própria dignidade: WRIGHT, R. George. Consenting Adults: The Problem of Enhancing Human Dignity Non-Coercively. *Boston University Law Review*, v. 75, n. 5, 1995, p. 1397-1439.

autonomia. De forma geral, são indicadas como hipóteses de violação da dignidade humana: batalhas de gladiadores (ver tópico 6.3.1.2, *infra*), escravidão voluntária, entretenimentos públicos envolvendo “arremessos de anões” e *peep shows*¹⁵⁴⁶, práticas de canibalismo e sadomasoquismo¹⁵⁴⁷.

A dignidade humana é, muitas vezes, apontada como a fonte de todos os direitos humanos¹⁵⁴⁸ e costuma figurar, nesses termos, na jurisprudência constitucional de muitos países¹⁵⁴⁹. Ocorre que, em face das controvérsias em torno da sua exata conceituação¹⁵⁵⁰, há certo ceticismo por parte de alguns teóricos quanto à utilidade da categoria, especialmente no que toca à possibilidade de o argumento da desumanização fundamentar positivamente a criminalização, com independência em relação ao argumento da violação à autonomia¹⁵⁵¹. No bojo da discussão sobre os fundamentos da criminalização, a dignidade humana costuma ser introduzida, em alguns casos, como um valor objetivo e, em outros, como um direito subjetivo.

A principal referência tanto do sentido objetivo quanto subjetivo de dignidade humana é justamente a obra de Kant¹⁵⁵². Contudo, a ideia kantiana de que respeitar a dignidade humana é tratar os indivíduos como fins e não como meios é, ao mesmo tempo, ampla e restrita demais¹⁵⁵³. De um lado, essa concepção pode ser utilizada para considerar como violadoras da dignidade humana atividades como a masturbação e, de outra parte, encontra dificuldades em evidenciar que a tortura sempre viola a dignidade humana, ainda que o tratamento cruel seja imposto a alguém como um fim em si mesmo e não, por exemplo,

¹⁵⁴⁶ Contemporaneamente, a expressão *peep show* designa uma apresentação de partes de filmes pornográficos ou um show de sexo ao vivo que é assistido pelo espectador através de um buraco ou abertura.

¹⁵⁴⁷ Na visão de Gerald Dworkin, considerando a variedade de exceções reconhecidas à máxima *volenti*, não é possível reduzir os seus limites morais a uma única fórmula: DWORKIN, Gerald: Harm and the Volenti principle, p. 319.

¹⁵⁴⁸ WALDRON, Jeremy. How Law Protects Dignity. *The Cambridge Law Journal*, v. 71, n. 01, march, 2012, p. 201.

¹⁵⁴⁹ LAGODNY, Otto. Human Dignity and its Impact on German Substantive Criminal Law and Criminal Procedure. *Israel Law Review*, v. 33, n. 3, 1999, p. 575-591.

¹⁵⁵⁰ No sentido de que o conceito de dignidade humana não deixa de ser relevante pelo fato de ser “terrivelmente vago”: DUBBER, Markus Dirk. Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment. *Hastings Law Journal*, v. 55, 2004, p. 533.

¹⁵⁵¹ HÖRNLE, Tatjana. Criminalizing Behaviour to Protect Human Dignity, p. 307-308.

¹⁵⁵² Conferir: MEYER, Michael J. Kant’s Concept of Dignity and Modern Political Thought. *History of European Ideas*, v. 8, n. 3, 1987, p. 319-332.

¹⁵⁵³ A concepção kantiana de dignidade humana como um valor pode ser contraposta ao conceito de dignidade humana em Waldron como um *status* que deve ser seriamente reconhecido a todas as pessoas: WALDRON, Jeremy. How Law Protects Dignity, p. 202.

como meio para obter sua confissão¹⁵⁵⁴. Ademais, essa noção de dignidade humana foi desenvolvida por Kant no âmbito de sua filosofia moral, não tendo sido explicitada pelo filósofo como um princípio jurídico, o que explicaria a sua inadequação ao ser transportada para discussões de filosofia política.

A dignidade humana objetiva ou genérica (isto é, “dignidade da humanidade” ou da “espécie humana”) pode ser invocada tanto por paternalistas rígidos quanto por moralistas puros para limitar a autonomia¹⁵⁵⁵. A carta da dignidade é jogada, no primeiro caso, para proibir práticas das quais a parte supostamente tratada indignamente participa voluntariamente (por exemplo, “arremesso de anões” e *peep shows*)¹⁵⁵⁶ e, no segundo, para proibir condutas tidas como imorais que não necessariamente envolvem consentimento (por exemplo, a clonagem de humanos)¹⁵⁵⁷. No entanto, há quem pretenda recorrer à dignidade humana como limite objetivo ao consentimento sem abrir mão do princípio do dano. É o caso de Bergelson que reputa injusto, para fins de aplicação do princípio do dano, o ato que viola a dignidade humana, ainda que sem violar a autonomia ou qualquer outro direito¹⁵⁵⁸.

O uso da dignidade humana como valor objetivo para limitar a eficiência do consentimento implica a existência de deveres morais dos indivíduos em face de si mesmos. Anteriormente, já rejeitamos a possibilidade de fundamentar o caráter injusto da conduta, para

¹⁵⁵⁴ HÖRNLE, Tatjana. Criminalizing Behaviour to Protect Human Dignity, p. 311-312; HÖRNLE, Tatjana; KREMNIETZER, Mordechai. Human Dignity as a Protected Interest in Criminal Law, p. 145-146.

¹⁵⁵⁵ SEELMANN, Kurt. Menschenwürde als Würde der Gattung – ein Problem des Paternalismus? In: HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfrid; SEELMANN, Kurt (Hrsg.). *Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*. Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 241.

¹⁵⁵⁶ No sentido de que condutas que violam a dignidade, ainda que sem retroceder interesses, podem ser criminalizadas com fundamento em um paternalismo limitado: KLEINIG, John. Paternalism and Human Dignity, p. 20. Todavia, o autor reconhece que, em material sexual, é muito fácil confundir dignidade e decência (*ibidem*, p. 33). Nota-se que a aplicação do valor objetivo da dignidade humana como expediente para limitar a validade do consentimento é feita pelo autor de forma bastante casuística, sendo difícil identificar a pedra de toque que permitiria diferenciar os casos em que a eficiência do consentimento deve ser restringida daqueles em que não deve. Para mais críticas ao posicionamento de Kleinig, inclusive a sua tentativa de embasá-lo no pensamento de Mill: KASACHKOFF, Tziporah. Warum es unklug wäre, selbsterniedrigendes Verhalten zu kriminalisieren: Eine Antwort na John Kleinig. In: HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfrid; SEELMANN, Kurt (Hrsg.). *Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*. Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 135-144. Como bem pontuado por Kasachkoff, a exigência de que a desumanização seja irreversível e grave o suficiente para justificar a intervenção paternalista não é satisfatoriamente firme para impedir que a maioria imponha à minoria as suas valorações sobre o que é digno e humano (*Ibidem*, p. 140).

¹⁵⁵⁷ HÖRNLE, Tatjana. Criminalizing Behaviour to Protect Human Dignity, p. 309.

¹⁵⁵⁸ BERGELSON, Vera. Consent to Harm, p. 122-124; BERGELSON, Vera. The Right to Be Hurt, item B. De forma semelhante: BAKER, Dennis J. *The Right Not to be Criminalized*, p. 173, (“regardless of consent, certain grave harms violate a person’s dignity as a human being to a serious degree and therefore are wrongful and criminalizable”).

fins de aplicação do *harm-offense principle*, na violação de deveres desse tipo (capítulo 5, tópico 5.5.1, *supra*). Afinal, tais deveres só constituem razões morais e não razões políticas para praticar ou não determinado comportamento¹⁵⁵⁹. Além disso, como dignidade humana é um conceito nebuloso, o próprio conteúdo do dever moral associado a esse valor objetivo é incerto, não tendo como o liberal dormir tranquilo com a possibilidade de essa ideia ser utilizada para impor determinados padrões morais conservadores em detrimento da autonomia individual, como se vê em discursos em favor da criminalização da prostituição, da barriga de aluguel e do suicídio assistido.

Diante disso, alguns autores propõem enfocar o direito subjetivo à dignidade humana como um possível limite à eficácia do consentimento. Essa posição também enfrenta a dificuldade de definir em que consiste esse direito. Nessa linha, Hörnle opta por compreendê-lo como o *direito a não ser submetido à humilhação severa*, em lugar de recorrer à fórmula kantiana de *tratar os indivíduos como meros meios e não como fins em si mesmos*¹⁵⁶⁰. Para a autora, nem todo o conteúdo de injustiça advindo da violação à dignidade humana pode ser reduzido à violação da autonomia¹⁵⁶¹, mas isso não significa que a proteção da dignidade prepondere sobre a proteção da autonomia. Não obstante, a autora permite que se retire o poder moral do consentimento válido quando a conduta consensual “*contradiz um pilar normativo fundamental de nossas sociedades*”, como no caso da escravidão e do tráfico de pessoas¹⁵⁶².

A dignidade como direito humano exerce duas funções principais: impõe ao Estado o dever de proporcionar às pessoas o mínimo de bem-estar necessário a uma vida digna e o de

¹⁵⁵⁹ A mesma oposição pode ser feita contra a versão estritamente moralista desse argumento, qual seja, a de que os indivíduos devem aos demais e à sociedade respeitar a própria dignidade. Também criticando as versões paternalista (dever em face de si) e moralista (dever em face dos outros) do argumento da dignidade objetiva ou genérica: SEELMANN, Kurt. *Menschenwürde als Würde der Gattung*, p. 242-247.

¹⁵⁶⁰ HÖRNLE, Tatjana. *Criminalizing Behaviour to Protect Human Dignity*, p. 315; HÖRNLE, Tatjana; KREMNIETZER, Mordechai. *Human Dignity as a Protected Interest in Criminal Law*, p. 147. Debatendo a proposta de que os indivíduos têm direito a não serem severamente humilhados: KLEINIG, John. *Humiliation, Degradation, and Moral Capacity: A Response to Hörnle and Kremnitzer*. *Israel Law Review*, v. 44, n. 1-2, 2011, p. 169-183. Hörnle salienta que meras ofensas não constituem humilhação severa: “the notion of humiliation is not dependent on feelings of humiliation. The phenomenon of humiliation can be described in an objective way. Humiliation is a matter of meaning, not a matter of feeling.” (HÖRNLE, Tatjana. *Criminalizing Behaviour to Protect Human Dignity*, p. 316).

¹⁵⁶¹ De forma similar, Stanton-Ife afirma que há crimes que não violam apenas direitos, violam a própria pessoa da vítima. É o que ele denomina de *horrific crimes*: STANTON-IFE, John. *Horrific Crime*. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. *The Boundaries of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 148-149.

¹⁵⁶² HÖRNLE, Tatjana. *Criminalizing Behaviour to Protect Human Dignity*, p. 319.

observar determinados limites em suas interações com os cidadãos, o que significa tanto tratar os indivíduos nos termos da lei e da Constituição¹⁵⁶³ quanto respeitar a soberania do indivíduo dentro de seu domínio pessoal. Apesar disso, há que se ter cautela ao pretender fundamentar a criminalização de condutas *exclusivamente* na violação da humanidade da vítima. Para que o conceito de dignidade humana tenha um mínimo de conteúdo material, não é possível concebê-lo desvinculado da soberania pessoal, de modo que toda violação à dignidade humana há de envolver também alguma dose de desrespeito à autonomia. Ainda que a redução do nível de bem-estar individual para um patamar muito abaixo do mínimo e a submissão do indivíduo a tratamento cruel ou humilhante sejam os primeiros indícios da ocorrência de violação à dignidade humana, uma conclusão definitiva depende de que se analise o fato à luz do respeito à soberania pessoal.

A nosso ver, modelos que subordinam a validade ou eficiência do consentimento a sua compatibilidade com a dignidade humana, seja em sentido objetivo ou subjetivo, são tão rigidamente paternalistas como os que submetem a autonomia do indivíduo à ponderação com o seu próprio bem-estar¹⁵⁶⁴. Na perspectiva de um autêntico paternalista suave, não há respeito à dignidade sem respeito à soberania pessoal¹⁵⁶⁵. Com isso, não se está dizendo que a violação ao direito a ser tratado de forma digna – ou seja, de forma não humilhante nem cruel – nada acrescenta à injustiça decorrente do desrespeito à autonomia, mas apenas que o direito à soberania pessoal também precisa incluir o direito a se submeter a tratamento indigno, se assim o desejar.

Por certo, a solução é diferente quando a conduta que alegadamente submete alguém, com o seu consentimento, a tratamento desumanizante também atinge a dignidade de outras pessoas. Considere o exemplo de divertimentos públicos como o “arremesso de anões”, em que pessoas de estatura normal competem entre si para ver quem lança a uma maior distância

¹⁵⁶³ Conferir a discussão sobre o contraexemplo de Dan-Cohen envolvendo a substituição da pena de prisão por castração química no capítulo 4, tópico 4.2.3, *supra*.

¹⁵⁶⁴ FATEH-MOGHADAM, Bijan; GUTMANN, Thomas. Governing [through] Autonomy, p. 384-385. Crítico ao uso retórico da dignidade humana para proibir o comércio de órgãos: SCHROTH, Ulrich. Das Paternalismusproblem am Beispiel der Nierenlebensspende, p. 215-216. Já nos posicionamos no mesmo sentido em: BADARÓ, Tatiana. Comercializar órgãos transplantáveis ofende bens jurídicos? A crítica de um liberal moderado à criminalização do comércio de órgãos. In: ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia (org.). *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 338-339.

¹⁵⁶⁵ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 354: “Human dignity is not possible without the acknowledgement of personal sovereignty.”

peessoas com nanismo, as quais consentem em participar do evento, muitas vezes, em troca de contraprestação financeira. O argumento de que tal atividade, por exemplo, insulta ou deprecia a honra e a imagem de outras pessoas portadoras do mesmo transtorno de crescimento não é capaz de justificar a sua proibição com fundamento no *harm-offense principle*, seja por aplicação do critério da preponderância do interesse pessoal sobre o interesse externo e pelo não atendimento aos requisitos para a criminalização de danos remotos (capítulo 5, *supra*) ou porque o conteúdo de injustiça da conduta é afastado em razão da evitabilidade da ofensa e do valor pessoal da atividade (tópico 6.1.3, *supra*). Além disso, não há que se falar em difamação de grupo minoritário que merece a atenção do direito penal, uma vez que a prática não transmite a ideia de que pessoas com nanismo não são dignas dos mesmos direitos que as pessoas de estatura normal (tópico 6.1.5.4, *supra*). Diversamente, a humilhação ou degradação de uma pessoa, na condição de representante de determinado grupo identitário, com o seu consentimento pode ser proibida caso a conduta constitua uma forma de incitação ao ódio ou à discriminação contra tal grupo (por exemplo, uma pessoa negra é contratada para ser espancada durante manifestação racista de supremacistas brancos).

6.2.3 *Voluntariedade, consentimento do ofendido e conteúdo de injusto*

Nos termos da máxima *volenti non fit injuria*, o consentimento cancela uma razão determinante, referida aos direitos do ofendido, para o agente não praticar a conduta, de modo a esvaziá-la do conteúdo de injustiça que interessa ao *harm principle* (conferir capítulo 5, tópicos 5.2.1 e 5.5.1, *supra*)¹⁵⁶⁶. Ausente o caráter injusto do dano, ainda que subsista o retrocesso a interesses de bem-estar daquele que consente¹⁵⁶⁷, a criminalização do dano não poderá ser fundamentada pelo *harm principle* suplementado pelo paternalismo suave, mas apenas pelo paternalismo rígido. Logo, *o consentimento transforma a qualidade moral da*

¹⁵⁶⁶ Nas palavras de Tadros, nossos deveres em face de outras pessoas, cuja violação fundamenta o juízo de injustiça da conduta, são “sensíveis” ao consentimento. Isso significa que, tendo X o dever de não causar dano a Y, Y tem o poder normativo de liberar unilateralmente X de tal dever por meio do simples anúncio da sua decisão. Conferir: TADROS, Victor. *Wrongs and Crimes*, p. 204-205.

¹⁵⁶⁷ Bois-Pedain concorda com a posição de Feinberg em adotar um conceito objetivo de dano referenciado ao bem-estar humano em geral e não a preferências subjetivas, o que significa que o consentimento do ofendido pode deixar intocado o retrocesso de interesses: BOIS-PEDAIN, Antje du. *Die Beteiligung an fremder Selbstschädigung als eigenständiger Typus moralisch relevanten Verhaltens*, p. 36-37.

*conduta danosa*¹⁵⁶⁸ e permite que a heterolesão consentida seja equiparada normativamente à autolesão¹⁵⁶⁹ e a heterocolocação em risco equiparada normativamente à autocolocação em risco¹⁵⁷⁰. Por conseguinte, a recusa do legislador em reconhecer essa *mágica moral*¹⁵⁷¹ do consentimento acaba por violar a autonomia do titular do interesse de bem-estar e, possivelmente, o direito do agente a não ser submetido indevidamente à coerção legal¹⁵⁷².

Apesar disso, em geral, os sistemas penais romano-germânico e anglo-saxão não conferem ao consentimento a dignidade exigida pelo respeito à autonomia pessoal. No Brasil, a doutrina majoritária concebe o consentimento como causa supralegal de exclusão da ilicitude¹⁵⁷³, cuja aplicabilidade estaria limitada às hipóteses em que o bem jurídico individual em jogo não seja considerado indisponível (seriam bens indisponíveis a vida e, em alguns

¹⁵⁶⁸ Segundo Dempsey, Feinberg oferece três diferentes abordagens sobre os efeitos do consentimento do ofendido: 1) o consentimento transfere, ao menos, parte da responsabilidade ao ofendido, que passa, então, a ser corresponsável pelo dano; 2) o consentimento impede que o ofendido tenha a faculdade jurídica de reclamar da conduta do agente e 3) o consentimento transforma a qualidade moral da conduta e, com isso, deixa de constituir um injusto contra aquele que consente que, por sua vez, não pode ser tido como vítima do agente (DEMPSEY, Michelle Madden. *Victimless Conduct and the Volenti Maxim: How Consent Works. Criminal Law and Philosophy*, v. 7, n. 1, January, 2013, p. 13-14). Para a autora, essa terceira abordagem é a mais adequada, inclusive por admitir a possibilidade de que a conduta constitua um injusto contra outras pessoas (*Idem*, p. 14).

¹⁵⁶⁹ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 100: “From the moral point of view my consent to his action makes it as if it were by own.” Em outra passagem: “Whatever else consent may do, it transfers at least part of the responsibility for one person's act to the shoulders of the consentor” (FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 176).

¹⁵⁷⁰ SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, p. 218. Destaca-se que o consentimento pode ter por objeto tanto o dano quanto o risco de dano. Siqueira explicita a diferença relativa ao tratamento dogmático da heterolesão e da heterocolocação em risco (*Ibidem*, p. 216-217, nota 816).

¹⁵⁷¹ HURD, Heidi M. The Moral Magic of Consent. *Legal Theory*, v. 2, n. 2, June, 1996, p. 124: “Consent derives its normative power from the fact that it alters the obligations and permissions that collectively determine the rightness of others’ actions”. Ver também: “consent is a moral power to change the moral status of acts” (DWORKIN, Gerald. *Harm and the Volenti Principle*, p. 318). Essa mesma ideia está presente em textos de diversos autores de língua inglesa, por exemplo: ALEXANDER, Larry. The Moral Magic of Consent II. *Legal Theory*, v. 2, n. 3, 1996, p. 165-174; WERTHEIMER, Alan. What is Consent? And is it Important? *Buffalo Criminal Law Review*, v. 3, n. 2, 2000, p. 559; WESTEN, Peter. *The Logic of Consent. The Diversity and Deceptiveness of Consent as a Defense to Criminal Conduct*. New York: Routledge, 2004, p. 112. Green critica essa forma de se referir ao consentimento, mas nos parece que sua crítica se limita a reforçar que apenas o consentimento válido tem esse poder: GREEN, Stuart. Consent and the Grammar of Theft Law. *Cardozo Law Review*, v. 28, n. 6, 2007, p. 106.

¹⁵⁷² FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 172; DUBBER, Markus Dirk. Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment. *Hastings Law Journal*, v. 55, 2004, p. 74. No mesmo sentido: “one who cannot alter others’ obligations through consent is not fully autonomous” (ALEXANDER, Larry. The Moral Magic of Consent II, p. 165).

¹⁵⁷³ Por todos: MINAHIM, Maria Auxiliadora, O Consentimento do Ofendido em face de Bens Jurídicos Indisponíveis. *Revista de Ciências Jurídicas*, v. 6, n. 1, 2008, p. 226. No entanto, há vozes dissidentes na doutrina brasileira que defendem que o consentimento do ofendido é causa de atipicidade da conduta aplicável a todos os crimes contra bens jurídicos individuais: SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, p. 191-197.

casos, a integridade física)¹⁵⁷⁴. Tradicionalmente, a doutrina e jurisprudência alemãs diferenciam acordo e consentimento, sendo que o primeiro afastaria a tipicidade da conduta sempre que o dissentimento do titular do bem jurídico constitua elemento explícito ou implícito do tipo penal (p. ex., nos crimes de estupro e constrangimento ilegal), enquanto o segundo configuraria causa de justificação da conduta aplicável aos demais crimes contra bens jurídicos individuais (p. ex., o crime de dano e lesões corporais)¹⁵⁷⁵. Além disso, conforme o entendimento majoritário, a lei penal alemã estipula dois limites objetivos à efetividade do consentimento: a indisponibilidade do bem jurídico vida (decorrente da criminalização do homicídio a pedido pelo § 216 StGB) e a cláusula dos bons costumes para o crime de lesões corporais (uma vez que o § 228 StGB dispõe que quem pratica uma lesão corporal age antijuridicamente quando o fato, a despeito do consentimento, viola os bons costumes)¹⁵⁷⁶.

Nos países anglo-saxões, a máxima *volenti* deixou de exercer a mesma influência a partir do século XVII, quando, em razão do processo de monopolização do poder punitivo pelo Estado, a vítima perde o papel de figura central em acusações consideradas não públicas até ser quase que inteiramente excluída dos procedimentos de justiça criminal¹⁵⁷⁷. O Código Penal Modelo para os Estados Unidos prevê o consentimento do ofendido como uma *defense* cabível¹⁵⁷⁸, desde que o consentimento anule um elemento do crime ou cancele a inflição do dano ou mal que a lei pretende evitar¹⁵⁷⁹, motivo pelo qual essa causa de exclusão da responsabilidade penal apenas estaria disponível em crimes como estupro, cárcere privado e

¹⁵⁷⁴ Para crítica à ideia de que existem bens jurídicos indisponíveis: BADARÓ, Tatiana. *Bem Jurídico-Penal Supraindividual*, p. 183. Gerald Dworkin também critica a tese dos “direitos inalienáveis”, tendo em vista que, caso a vida fosse um direito inalienável, eutanásia e batalha de gladiadores seriam igualmente repudiados, o que não lhe parece razoável: DWORKIN, Gerald: *Harm and the Volenti principle*, p. 318-319.

¹⁵⁷⁵ HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito Penal*. Parte Geral. Trad. Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 156-157. Crítico à diferenciação entre acordo e consentimento: ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: Parte General. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 516-524.

¹⁵⁷⁶ HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito Penal*, p. 161-162. De forma crítica à cláusula dos bons costumes: SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, p. 398-411.

¹⁵⁷⁷ BERGELSON, Vera. *Consent to Harm*, p. 104.

¹⁵⁷⁸ Segundo Bergelson, as disposições sobre consentimento do Código Penal Modelo são replicadas nas legislações da maioria absoluta dos estados americanos, sendo que 30 estados reconhecem o consentimento como uma *general defense* (BERGELSON, Vera. *Consent to Harm*, p. 106).

¹⁵⁷⁹ “§ 2.11. Consent (1) In General. The consent of the victim to conduct charged to constitute an offense or to the result thereof is a defense if such consent negatives an element of the offense or precludes the infliction of the harm or evil sought to be prevented by the law defining the offense.” Para Bergelson, nessas hipóteses, o consentimento não deveria funcionar apenas como uma *defense*, pois exclui a própria existência de uma *offense* (BERGELSON, Vera. *Consent to Harm*, p. 113).

furto. No caso de lesões corporais, o consentimento só fornece ao agente uma *defense* em três hipóteses¹⁵⁸⁰: 1) quando a lesão causada ou ameaçada pela conduta não é grave; 2) quando o risco produzido é razoavelmente esperado da participação em competição atlética ou esportiva lícita ou outra atividade coletiva não proibida pela lei ou 3) quando a lesão é infligida como meio para uma forma reconhecida de tratamento médico, cujo objetivo é a melhora da saúde física ou mental do paciente¹⁵⁸¹.

As disposições do Código Penal Modelo são criticadas por restringir excessiva e arbitrariamente a possibilidade de afastar a responsabilidade penal do agente com base no consentimento e, com isso, conduzir a soluções incoerentes nos casos práticos¹⁵⁸². Assim, as Cortes estadunidenses vão condenar por crime de lesão corporal aquele que, em privado, troca socos e pontapés com outro indivíduo adulto e competente, durante luta corporal na qual ambos participavam voluntariamente, mas não o boxeador peso-pesado que, a fim de vencer competição esportiva regularizada e obter prêmio em dinheiro, nocauteia seu oponente com um golpe na cabeça, assumindo o risco de causar-lhe lesão grave e irreversível, desde que observadas pelo competidor determinadas regras desportivas. Na mesma linha, pune-se o emprego consensual de violência em relação sexual sadomasoquista e a amputação por médico de membro saudável a pedido de paciente capaz, mas não a transmissão do vírus HIV a parceiro sexual devidamente informado a respeito do risco concreto de contágio nem a

¹⁵⁸⁰ § 2.11. Consent (...) (2) Consent to Bodily Injury. When conduct is charged to constitute an offense because it causes or threatens bodily injury, consent to such conduct or to the infliction of such injury is a defense if: a) the bodily injury consented to or threatened by the conduct consented to is not serious; or b) the conduct and the injury are reasonably foreseeable hazards of joint participation in a lawful athletic contest or competitive sport or other concerted activity not forbidden by law; or c) the consent establishes a justification for the conduct under Article 3 of the Code.

¹⁵⁸¹ A alínea “c” do § 2.11 costuma ser interpretada em combinação com o seguinte dispositivo: “§ 3.08. Use of Force by Persons with Special Responsibility for Care, Discipline or Safety of Others. The use of force upon or toward the person of another is justifiable if: (...) (4) the actor is a doctor or other therapist or a person assisting him at his direction, and: (a) the force is used for the purpose of administering a recognized form of treatment which the actor believes to be adapted to promoting the physical or mental health of the patient; and (b) the treatment is administered with the consent of the patient or, if the patient is a minor or an incompetent person, with the consent of his parent or guardian or other person legally competent to consent in his behalf, or the treatment is administered in an emergency when the actor believes that no one competent to consent can be consulted and that a reasonable person, wishing to safeguard the welfare of the patient, would consent.”.

¹⁵⁸² Sobre os casos mencionados na sequência, conferir: ASHWORTH, Andrew; HORDER, Jeremy. *Principles of Criminal Law*, p. 320-328; BERGELSON, Vera. Consent to Harm, p. 106-110; DUBBER, Markus; HÖRNLE, Tatjana. *Criminal Law: a Comparative Approach*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 457-465; WILSON, William. Consenting to Personal Injury. In: REED, Alan; BOHLANDER, Michael; WAKE, Nicola; SMITH, Emma (ed.). *Consent. Domestic and Comparative Perspectives*. New York: Routledge, 2017, p. 71-85. Observa-se que, neste tocante, o entendimento das Cortes estadunidenses, inglesas e canadenses é bastante similar.

remoção de prepúcio do pênis em crianças recém-nascidas com finalidade ritualístico-religiosa.

O posicionamento dos tribunais anglo-americanos, nesses casos, é suportado principalmente por três argumentos. Primeiramente, argumenta-se que o consentimento não pode funcionar como *defense* quando o agente intencionalmente lesiona a vítima¹⁵⁸³, pois permitir essa conduta contraria o interesse público em preservar a norma de comportamento básica que proíbe os indivíduos de atentar contra a integridade física uns dos outros¹⁵⁸⁴. Em segundo lugar, os tribunais consideram que o objetivo de evitar danos extremamente graves à integridade física dos indivíduos prepondera sobre o respeito à autonomia do ofendido¹⁵⁸⁵. Por fim, alega-se que o consentimento só é relevante quando o dano ou perigo à integridade física é resultado de alguma atividade provida de valor social¹⁵⁸⁶, como competições esportivas regulamentadas, intervenções médicas e rituais religiosos. Contudo, esse conjunto de argumentos não convence um defensor do paternalista suave, pois esvazia o valor da soberania pessoal ao retirar do indivíduo a prerrogativa de hierarquizar os próprios interesses, além de submeter o direito à autonomia a considerações utilitaristas, impondo *limites ao exercício da autodeterminação corporal sem respaldo nos direitos fundamentais de outras pessoas*.

De forma geral, a recusa em atribuir efeitos ao consentimento pode ter por base razões de cunho moralista¹⁵⁸⁷ ou, mais tipicamente, paternalista. Como observado por Peršak, a visão de que existem bens jurídicos indisponíveis, defendida pela doutrina majoritária no sistema penal romano-germânico, também foi construída a partir de argumentos moralistas e paternalistas¹⁵⁸⁸. Diferentemente do paternalista rígido que descarta o consentimento por priorizar o bem-estar daquele que consente, o respeito do paternalista suave pela autonomia

¹⁵⁸³ WILSON, William. Consenting to Personal Injury, p. 73.

¹⁵⁸⁴ RUBINSTEIN, Amnon. The Victim's Consent in Criminal Law: An Essay on the Extent of the Decriminalizing Element of the Crime Concept. In: WISE, Edward M; MUELLER, Gerhard O.W. (eds.). *Studies in Comparative Criminal Law*. Springfield, Illinois: Charles C. Thomas, 1975, p. 200.

¹⁵⁸⁵ RUBINSTEIN, Amnon. The Victim's Consent in Criminal Law, p. 211.

¹⁵⁸⁶ DUBBER, Markus; HÖRNLE, Tatjana. *Criminal Law: a Comparative Approach*, p. 465.

¹⁵⁸⁷ O conservadorismo moral parece está por trás da relutância das Cortes anglo-americanas em reconhecer a relevância do consentimento no contexto das relações sexuais sadomasoquistas, tendo em vista que atividades que proporcionam prazer sexual são tão, ou até mais, valiosas para os indivíduos quanto competições esportivas de alto risco (boxe e automobilismo, por exemplo) e outros entretenimentos arriscados normalmente considerados lícitos pelos tribunais (os denominados *daredevil activities*).

¹⁵⁸⁸ PERŠAK, Nina. *Criminalising Harmful Conduct*, p. 132.

demanda que ele só trate como inefetivo o consentimento que não é suficientemente voluntário para ser considerado válido. Assim, *o consentimento inválido é aquele que não reflete a vontade autônoma do titular do interesse de bem-estar* e, portanto, não é dotado de força moral para afastar, nos termos da máxima *volenti*, o caráter injusto da conduta¹⁵⁸⁹.

O consentimento válido afasta a possibilidade de justificar a proibição com base no *harm-offense principle*, na medida em que, ao menos para fins de aplicação desses princípios, transforma a qualidade moral da conduta. Ocorre que os pressupostos específicos do consentimento válido variam conforme o contexto concreto em que ocorre o ato de consentir (por exemplo, se o indivíduo está consentindo em praticar um ato sexual, participar de uma competição esportiva ou se submeter a uma intervenção médica) e a natureza do interesse de bem-estar em jogo (liberdade sexual, integridade física, patrimônio etc.). Em todo caso, tais pressupostos devem sempre se vincular ao grau de voluntariedade do consentimento, *não sendo possível condicionar a “mágica moral” do consentimento a pressupostos alheios à proteção da autonomia do indivíduo*, como a exigência de que a conduta promova, no longo prazo, o bem-estar individual, que a conduta não viole algum padrão objetivo de dignidade humana ou que não seja praticada por motivos egoísticos ou moralmente censuráveis¹⁵⁹⁰.

Diante disso, é possível indicar algumas condições gerais do consentimento válido: ele deve ser *atual, específico, prévio ou contemporâneo à conduta, revogável a qualquer momento e exteriorizado*¹⁵⁹¹, *expressa ou tacitamente*¹⁵⁹², *por pessoa capaz, de forma livre e*

¹⁵⁸⁹ Observa-se que é possível que o consentimento de A não seja válido, mas, ainda assim, B não tenha praticado um injusto: por exemplo, se B não sabe nem tem com saber que A foi coagida por C a manter relações sexuais com ele. Nesse caso, B retrocede interesses de A, mas não pratica um injusto contra A (conferir discussão sobre a existência, no mínimo, de culpa como pressuposto do juízo de injustiça no capítulo 2, tópico 2.2.3, *supra*).

¹⁵⁹⁰ Dessa forma, a posição defendida neste trabalho se afasta de Dempsey, que entende que, a despeito do consentimento, a criminalização é legítima, em duas hipóteses: quando o agente é indiferente ao consentimento da vítima (a autora cita o exemplo daquele solicita ou utiliza o serviço de uma prostituta) e quando o agente pratica a conduta por motivos sádicos (o exemplo por ela citado é o de agressões físicas em relações sadomasoquistas). Ver: DEMPSEY, Michelle Madden. *Victimless Conduct and the Volenti Maxim*, p. 24-26. Na mesma linha, Bergelson afirma que o consentimento não constitui uma *defense* eficiente quando: 1) o mal produzido pela conduta supera o bem (por exemplo, a eutanásia de um paciente que tinha boas perspectivas de recuperação); 2) a conduta retrocede seriamente os interesses e a dignidade da vítima (por exemplo, o caso de canibalismo Meiwes-Brandes na Alemanha); 3) o objetivo do perpetrador era produzir malefícios para a vítima (por exemplo, o homicídio a pedido executado não por piedade e sim por vingança contra a vítima) e 4) o objetivo do perpetrador era retrocede seriamente os interesses e a dignidade da vítima (por exemplo, contratar uma pessoa para se submeter a espancamentos e humilhações). Ver: BERGELSON, Vera. *Consent to Harm*, p. 127.

¹⁵⁹¹ KLEINIG, John. *The Ethics of Consent*. *Canadian Journal of Philosophy*, v. 8, 1982, p. 93: “(...) consent is to be seen, not as a state of mind, but as a human act”.

informada.¹⁵⁹³ O consentimento deve refletir a vontade real e não hipotética do titular do interesse de bem-estar (*consentimento real e não hipotético*), podendo, em alguns casos, ser manifestado por seu representante legal (*consentimento por representação*). Em circunstâncias especiais, admite-se o consentimento baseado na vontade presumida do indivíduo (*consentimento presumido*), como quando há uma situação de risco para alguém e não é possível aguardar a obtenção de seu consentimento real para intervir coercitivamente¹⁵⁹⁴.

6.2.3.1 Voluntariedade como grandeza variável

O consentimento só pode ser válido se for voluntário. Ocorre que, como ensina Feinberg, a voluntariedade é uma grandeza variável¹⁵⁹⁵. Daí que é possível imaginar uma escala na qual, em uma das extremidades, encontram-se as escolhas humanas *perfeitamente voluntárias*, seguidas, no nível intermediário, pelas escolhas *totalmente voluntárias* e pelas *relativamente voluntárias* até chegar, no extremo oposto, às *completamente involuntárias*. Nesse último nível, sequer seria mais possível falar propriamente em “escolhas”, como quando o indivíduo é submetido à coação física irresistível ou atua em completa ignorância sobre as circunstâncias concretas. As escolhas *perfeitamente voluntárias*, por sua vez, correspondem a um padrão ideal inatingível, tendo em vista a falibilidade das faculdades cognitivas humanas e a permeabilidade natural da agência deliberativa individual a impulsos internos e influências externas. Assim, a maioria das escolhas humanas se localiza na escala em algum ponto entre *totalmente voluntárias* e *relativamente voluntárias*, sendo que a extensão do espectro das escolhas *suficientemente voluntárias* – e, portanto, imunes à

¹⁵⁹² Com efeito, o consentimento tácito ou simbólico deve observar certos requisitos específicos (por exemplo, antes de se interpretar o silêncio como assentimento, deve ser concedido tempo razoável para o indivíduo se manifestar, e deve ser razoavelmente fácil manifestar o dissenso): MCGREGOR, Joan. Force, consent, and the reasonable woman. In: COLEMAN, Jules L.; BUCHANAN, Allen (ed.). *In Harm's Way*. Essays in Honor of Joel Feinberg. Cambridge: Cambridge University Press, 1994, p. 242. A lei pode, em determinados casos, reputar insuficiente o consentimento tácito. Na visão de McGregor, a descrição legal do crime de estupro deveria prever que o consentimento sexual precisa sempre ser expresso, o que inclusive dificultaria alegações de erro quanto ao consentimento: MCGREGOR, Joan. Force, consent, and the reasonable woman, p. 248-249.

¹⁵⁹³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, p. 532 e ss.

¹⁵⁹⁴ Sobre as diferentes modalidades de consentimento: SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, p. 219 e ss.

¹⁵⁹⁵ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 104.

interferência externa – depende da decisão por adotar um padrão de voluntariedade mais ou menos exigente¹⁵⁹⁶.

É mais fácil para alguém qualificar uma escolha alheia como voluntária quando a considera razoável. Por outro lado, a aparente irracionalidade da decisão tende a gerar desconfiança quanto à higidez do processo deliberativo¹⁵⁹⁷. Contudo, Feinberg destaca a importância de diferenciar *razoabilidade* e *racionalidade*. O filósofo reserva o rótulo de *irracional* para descrever as condutas praticadas por indivíduos incompetentes, isto é, que não possuem um nível mínimo de capacidade de se autogovernar¹⁵⁹⁸. Já os indivíduos competentes podem, na prática, agir de forma *razoável* ou *não razoável*¹⁵⁹⁹. O comportamento será *razoável* se estiver em conformidade com os objetivos de vida que o indivíduo elegeu para si, ainda que não satisfaça o modelo objetivo de comportamento prudente, e será *não razoável* se não servir à persecução desses mesmos objetivos¹⁶⁰⁰. Enquanto as condutas *irracionais* são sempre *involuntárias*, as condutas *razoáveis* e *não razoáveis* podem ou não ser suficientemente *voluntárias*.

De forma geral, a discordância essencial entre paternalismo rígido e suave diz respeito às escolhas *não razoáveis* e *voluntárias*: o primeiro considera legítimo o uso da coerção penal sempre que a escolha for *não razoável*¹⁶⁰¹, enquanto que o segundo só admite a intervenção quando a escolha for *não razoável* e *involuntária*¹⁶⁰². O problema de fundamentar a intromissão da lei penal no caráter não razoável do consentimento, independente da voluntariedade, é a própria incerteza quanto ao juízo de razoabilidade. Segundo Feinberg, esse juízo deve considerar cinco fatores: 1) o grau de probabilidade de dano para aquele que consente; 2) a gravidade do dano; 3) o grau de probabilidade de que o objetivo almejado pelo indivíduo seja alcançado no curso da conduta consentida; 4) o quão valioso é para ele alcançar

¹⁵⁹⁶ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 104-105.

¹⁵⁹⁷ SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 138.

¹⁵⁹⁸ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 106.

¹⁵⁹⁹ Registra-se que é possível dizer que indivíduos competentes tomam decisões irracionais quando se parte da perspectiva de um modelo ideal de racionalidade econômica (FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 107).

¹⁶⁰⁰ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 111-112.

¹⁶⁰¹ ARNESON, Richard. Joel Feinberg and the Justification of Hard Paternalism, p. 280-281.

¹⁶⁰² FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 105-106. A respeito das escolhas *razoáveis* e *involuntárias*, Feinberg esclarece que mesmo decisões substancialmente involuntárias devem ser imunes à intervenção estatal, a não ser que haja algum motivo para considerá-las perigosas (por exemplo, alguém que coloca sal no café acreditando ser açúcar não pode receber o mesmo tratamento que aquele que coloca arsênico acreditando ser açúcar).

esse objetivo; 5) se o risco é necessário para alcançar o objetivo ou se existe meio alternativo igualmente eficiente e menos arriscado¹⁶⁰³.

Conquanto os fatores 1, 2, 3 e 5 sejam passíveis de aferição objetiva, o quarto fator depende exclusivamente das preferências íntimas do sujeito e, por isso, torna extremamente difícil que um observador externo seja capaz de apreender a dimensão do objetivo pessoal e ponderá-la corretamente ao emitir o juízo de razoabilidade. Assim, sendo comum que o observador externo projete os seus próprios valores ao avaliar como desarrazoado o consentimento alheio, *a ausência de razoabilidade não basta para justificar intromissões respaldadas pelo paternalismo suave*¹⁶⁰⁴. O fato de o consentimento ser manifestamente não razoável pode, no máximo, constituir um *indício de irracionalidade*, ou seja, de incompetência. Porém, escolhas desarrazoadas podem ser plenamente voluntárias e autônomas, desde que representem verdadeiramente os valores e preferências do indivíduo. Logo, *voluntariedade depende de um mínimo de racionalidade, mas não de razoabilidade*.

Diferentemente da voluntariedade, a validade não é uma grandeza variável, ou seja, o consentimento é válido ou não é. Diante disso, o ponto fulcral para a estratégia do paternalismo suave passa a ser definir o *nível de voluntariedade exigido para que o consentimento seja considerado suficientemente voluntário* e, por conseguinte, válido¹⁶⁰⁵. Com efeito, devem ser rejeitados parâmetros de voluntariedade demasiadamente baixos ou altos, a fim de evitar tanto a validação de decisões não autônomas quanto a eliminação da diferença prática entre paternalismo suave e rígido.

¹⁶⁰³ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 102-103.

¹⁶⁰⁴ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 111. Também no sentido de que o direito à autonomia engloba a liberdade de tomar decisões desarrazoadas: FATEH-MOGHADAM, Bijan; GUTMANN, Thomas. *Governing [through] Autonomy*, p. 394.

¹⁶⁰⁵ Em sentido diverso, Lamond critica a visão que atrela a validade do consentimento ao grau de voluntariedade, argumentando que o consentimento só é efetivo quando consiste em um exercício válido de um poder normativo. Segundo o autor, existe um poder normativo quando há boas razões para que uma pessoa seja capaz de alterar deliberadamente determinada situação normativa (direitos, deveres, privilégios e imunidades). Uma razão possível para conceder poderes normativos é possibilitar que os indivíduos detenham algum controle sobre determinados estados de coisas. Daí que a validade do consentimento depende da sua compatibilidade com o propósito para o qual esse poder normativo existe. Ver: LAMOND, Grant. *Coercion, Threats, and the Puzzle of Blackmail*. In: SIMESTER, A. P.; SMITH, A.T. H. (ed.). *Harm and Culpability*. Oxford: Oxford Press, 1996, p. 233. O principal problema dessa concepção é submeter a validade do consentimento a condições normativas alheias à vontade daquele que consente, o que cria o risco de invalidação do consentimento à revelia do direito à autonomia. Para Lamond, o poder do consentimento está fundamentado em outras “boas razões”, por ele não esclarecidas, que não o respeito à soberania pessoal.

Anteriormente, Feinberg havia cometido o equívoco de adotar um parâmetro excessivamente exigente de voluntariedade, o qual recorria ao conceito de *escolha deliberada* em Aristóteles¹⁶⁰⁶. Na concepção aristotélica, designa-se por *escolha deliberada* a decisão tomada a partir de um processo de deliberação que demanda tempo, informações precisas, tranquilidade e conforto físico e mental, além de faculdades racionais altamente desenvolvidas. Certo é que pouquíssimos agentes estariam aptos a satisfazer tal parâmetro de escolha voluntária, estando a escolha deliberada situada, na escala de voluntariedade, a uma distância mínima do *ideal de escolha perfeitamente voluntária*.

Nos mais variados contextos de vida, os indivíduos são confrontados com a necessidade de fazer escolhas que podem impactar o seu bem-estar, mesmo estando em circunstâncias pessoais e ambientais desfavoráveis, como quando estão estressados, cansados, com raiva, pressa e em condições desiguais de barganha ou quando as informações disponíveis a respeito das consequências de suas escolhas são limitadas, pouco confiáveis ou incertas. De fato, *um parâmetro de voluntariedade atrelado ao ideal aristotélico de escolha deliberada levaria à conclusão paradoxal de que nenhuma escolha humana é verdadeiramente voluntária*. Uma pessoa sofrendo com uma forte enxaqueca, por exemplo, não agiria voluntariamente ao decidir por tomar duas aspirinas e não apenas uma, pois a dor de cabeça, ao perturbar seu equilíbrio físico, impediria que se falasse em escolha deliberada.

Ora, será que faz sentido dizer que a decisão por tomar a aspirina só é voluntária se a pessoa não estiver com dor de cabeça? Ou que o ato libidinoso praticado em razão do desejo sexual não é autônomo? Ou que a decisão de uma pessoa por se matar só pode ser voluntária se ela não estiver infeliz? Os aspectos que caracterizam a *escolha deliberada* podem, em determinados contextos e para determinados propósitos, orientar a avaliação sobre a voluntariedade de uma escolha humana, mas todos eles juntos compõem apenas um ideal de decisão autônoma sem qualquer aplicação ao mundo real¹⁶⁰⁷. Logo, o parâmetro de voluntariedade para fins de reconhecimento da validade do consentimento deve se orientar por uma visão realista de *liberdade de escolha dentro do possível*.

¹⁶⁰⁶ FEINBERG, Joel. Legal Paternalism. *Canadian Journal of Philosophy*, v. 1, n. 1, sep., 1971, p. 105-124.

¹⁶⁰⁷ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 117. Portanto, no tratado *The Moral Limits of the Criminal Law*, Feinberg abandona o conceito aristotélico de escolha deliberada.

Em verdade, o parâmetro a ser utilizado para determinar se uma escolha é suficientemente voluntária dependerá das circunstâncias concretas do processo de deliberação, dos interesses em jogo e do propósito moral ou legal ao qual servirá a aferição da voluntariedade. No entanto, embora as condições específicas do consentimento suficientemente voluntário só possam ser identificadas em cada caso particular, Feinberg introduz três princípios gerais: 1) quanto maior a *probabilidade e gravidade do dano*, maior o grau de voluntariedade exigido; 2) quanto maior a *irreversibilidade do dano*, maior o grau de voluntariedade exigido e 3) o parâmetro de voluntariedade deve ser adaptado quando presentes determinadas *circunstâncias especiais*¹⁶⁰⁸.

O primeiro critério impõe que se estabeleça, por exemplo, um parâmetro de voluntariedade um pouco mais exigente para a validade do consentimento em participar de uma luta de artes marciais mistas (MMA) do que de uma luta de boxe. Além disso, a existência de meios alternativos menos arriscados e idôneos à persecução do mesmo objetivo também contribui para a adoção de um parâmetro mais exigente. Todavia, conforme sustentado acima, não se pode recorrer ao argumento de que o propósito elegido pelo indivíduo para si não é razoável para defender um parâmetro mais exigente, pois se estaria ingressando no terreno do paternalismo rígido e impondo a agentes autônomos valorações externas sobre o que constitui uma vida boa. Por outro lado, quando a insistência em meios mais arriscados desnecessários ou ineficientes for absurda a ponto de levantar suspeitas a respeito da competência do agente – isto é, dúvidas quanto à racionalidade e não mera razoabilidade da escolha – será justificável, excepcionalmente, tornar a alternativa menos arriscada a única possível¹⁶⁰⁹ (conferir a discussão adiante sobre a hipótese da batalha de gladiadores de Kristol - tópico 6.3.1.2).

O critério da *irreversibilidade do dano* demanda que o teste de voluntariedade seja aplicado com maior cautela quando o dano é *irreversível, irreparável ou dificilmente reversível ou reparável*, já que, nesses casos, não será possível corrigir posteriormente eventuais erros de julgamento¹⁶¹⁰. Daí que, por exemplo, o grau de voluntariedade exigido para que a decisão por fazer uso de heroína seja considerada suficientemente voluntária será,

¹⁶⁰⁸ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 118-122.

¹⁶⁰⁹ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 120.

¹⁶¹⁰ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 120.

em princípio, superior ao exigido no caso de uso de maconha, tendo em vista que o potencial da primeira para induzir dependência química é superior ao da segunda. Esse segundo critério impõe um parâmetro de voluntariedade altamente exigente quando se trata de decisões por colocar fim à própria vida ou por assumir risco substancial de morte, mas não impede que decisões desse tipo sejam reconhecidas como suficientemente voluntárias. Ainda que o caráter irrevogável da morte sempre determine um parâmetro exigente de voluntariedade, o primeiro critério permite que esse parâmetro seja fixado em um patamar mais baixo quando se trata de validar, por exemplo, a decisão por se submeter à eutanásia de paciente idoso e convalescendo de doença grave, dolorosa e incurável do que quando se trata de pessoa jovem e saudável¹⁶¹¹. Afinal, em razão da configuração específica da rede de interesses de cada um, a morte pode ser considerada objetivamente menos prejudicial ao bem-estar do primeiro do que do segundo.

Finalmente, o terceiro critério estabelece que o parâmetro de voluntariedade seja delineado sob medida para cada *contexto específico*. Por certo, os pressupostos do consentimento real válido variam conforme se trate de consentir em praticar um ato sexual com outra pessoa, submeter-se a uma intervenção cirúrgica com finalidade terapêutica ou ser tatuado na testa ou ter colocado um *piercing* na língua. As particularidades não decorrem apenas da magnitude ou irrevogabilidade do risco em questão, mas também das *circunstâncias fáticas em que os indivíduos normalmente fazem cada uma dessas escolhas*. Contudo, o parâmetro de voluntariedade estipulado para a generalidade de decisões de determinada modalidade deve ser ajustado, ainda, às situações do caso concreto. Assim, por exemplo, o consentimento de uma pessoa que há anos cumpre pena restritiva de liberdade em participar da fase III dos testes clínicos de uma vacina em desenvolvimento como contrapartida para o perdão do tempo de pena restante dificilmente será considerado suficientemente voluntário se for utilizado o mesmo parâmetro de voluntariedade aplicável aos demais voluntários que, não estando na mesma situação, concordam em participar dos testes apenas por razões altruístas. Para investigar se a decisão do detento é satisfatoriamente livre dentro do possível, o parâmetro de voluntariedade mais adequado é aquele que toma como dada a condição *talis qualis* de pessoa que cumpre pena de prisão¹⁶¹². Como resultado,

¹⁶¹¹ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 120.

¹⁶¹² FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 122.

não é relevante para a aferição do nível de voluntariedade investigar se o indivíduo consentiria em participar do experimento, caso não estivesse submetido à pena restritiva de liberdade.

Ao defender uma concepção relacional de autonomia, Bois-Pedain critica a abordagem de Feinberg por se concentrar na pessoa que manifesta o consentimento, supostamente ignorando o contexto relacional entre as partes e eventuais deveres daquele a quem se dirige o consentimento perante o titular dos interesses essenciais em jogo¹⁶¹³. Todavia, *o terceiro critério referente à adaptação do parâmetro às circunstâncias especiais proporciona a abertura necessária à influência do contexto relacional no parâmetro de voluntariedade*. Isso ficará mais claro quando mencionarmos, por exemplo, a relevância de contexto prévio de violência doméstica para a validade do consentimento sexual, do cumprimento de dever de esclarecimento por parte do médico para validade do consentimento nas intervenções médicas e a influência de deveres de solidariedade e de assistência na determinação da voluntariedade do consentimento de pessoas em situação de desamparo e de menores e incapazes.

Acrescenta-se que o fato de haver informação estatística no sentido de que a opção arriscada em questão *raramente é escolhida voluntariamente e frequentemente escolhida não voluntariamente* não basta para justificar a adoção de parâmetro de voluntariedade mais exigente, mas torna necessária uma dose extra de cautela na aplicação dos três critérios previamente apontados¹⁶¹⁴. A estratégia paternalista suave recomenda que se recorra, em primeiro lugar, a intervenções temporárias voltadas à checagem da voluntariedade. No entanto, presentes outros elementos como a gravidade e a irreversibilidade do dano, pode-se partir de uma *presunção de não voluntariedade* que, malgrado não atribua ao indivíduo o ônus de comprovar a própria voluntariedade, só poderá ser elidida por evidências convincentes¹⁶¹⁵. O legislador penal estará autorizado, inclusive, a lançar mão da *presunção de não voluntariedade* para estabelecer a proibição geral da conduta com fundamento no princípio do dano, desde que presentes sérios obstáculos fáticos à constatação casuística dos

¹⁶¹³ BOIS-PEDAIN, Antje du. Die Beteiligung na fremder Selbstschädigung als eigenständiger Typus moralisch relevanten Verhaltens, p. 45-47.

¹⁶¹⁴ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 124.

¹⁶¹⁵ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 126.

pressupostos de validade do consentimento (conferir tópico 6.2.4 *infra*). Em todo caso, mesmo nesse cenário, deve haver espaço para exceções.

Por derradeiro, destaca-se que a presença de alguma causa geral de redução da voluntariedade (coação, erro ou incapacidade) não é suficiente para invalidar o consentimento. As escolhas de uma pessoa com distúrbios de aprendizagem que impactam o seu bem-estar pessoal, por exemplo, não podem ser consideradas sempre menos do que suficientemente voluntárias, pois isso significaria *obstruir permanentemente o exercício da sua autonomia de facto*, embora seja razoável impedi-la definitivamente de realizar determinados atos de disposição patrimonial¹⁶¹⁶. Portanto, a validade do consentimento não é uma questão matemática e sim de julgamento normativo, dependendo, no final das contas, da reflexão sobre os limites da intervenção estatal no domínio pessoal.

Figura 11 – Critérios aplicáveis ao parâmetro de voluntariedade

<i>Parâmetro de voluntariedade da escolha autorreferida e arriscada</i>	Probabilidade e gravidade do dano
	Irreversibilidade do dano
	Circunstâncias especiais
<i>Razoabilidade da escolha autorreferida e arriscada</i>	Probabilidade do dano
	Gravidade do dano
	Probabilidade de que o objetivo pessoal seja alcançado com a conduta
	Valor do objetivo pessoal para o indivíduo
	Necessidade do risco e existência de meio alternativo para alcançar o mesmo objetivo pessoal
<i>Presunção de não voluntariedade da escolha autorreferida e arriscada</i>	Não razoabilidade extrema da escolha
	Raramente a escolha é feita voluntariamente
	Impossibilidade fática de confirmar a voluntariedade

6.2.3.2 Fatores de redução da voluntariedade: coação

O consentimento pode ser menos do que suficientemente voluntário para ser eficaz em razão da presença de algum *vício da vontade* (coação, erro e engano)¹⁶¹⁷. É possível falar em coação, em sentido amplo, sempre que a voluntariedade de escolhas humanas for reduzida

¹⁶¹⁶ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 174-175.

¹⁶¹⁷ O tipo de vício que invalida o consentimento pode ter relevância na definição do crime. Nessa linha, Green observa que, no âmbito dos crimes patrimoniais da legislação americana, o consentimento viciado pela coação em sentido estrito configura o crime de extorsão e o consentimento viciado pelo engano configura o crime de fraude: GREEN, Stuart. *Consent and the Grammar of Theft Law*, p. 112.

em razão de terem determinados comportamentos alternativos se tornado inelegíveis ou menos elegíveis para alguém. Assim definida, a coação pode ser classificada, inicialmente, como *natural/circunstancial ou pessoal*¹⁶¹⁸.

Consideremos o seguinte exemplo: o cirurgião A informa ao paciente B que ele morrerá se não se submeter a uma cirurgia extremamente invasiva. B preferiria não ter que passar pela cirurgia, mas fornece seu consentimento porque a morte é uma opção ainda mais indesejada por ele. Nesse quadro, a doença produz um efeito coercitivo que afeta a voluntariedade da escolha de B, não sendo incorreto entender que, de certo modo, o paciente foi *constrangido* ou *obrigado* a aceitar se submeter à cirurgia. Também é plausível dizer que B “não tem outra opção” que não a cirurgia, já que a única alternativa é a morte. Agora, imaginemos uma variação desse caso: B decide não se submeter à cirurgia, mas acaba consentindo na intervenção médica em razão de ameaça de morte dirigida pelo cirurgião A contra a sua esposa C. De forma semelhante, pode-se afirmar, com certa convicção, que a voluntariedade da escolha de B foi reduzida em razão da conduta de C, que B foi *obrigado* ou *constrangido* por C a aceitar se submeter à cirurgia e que B, na verdade, “não tinha escolha”.

Nos dois casos citados, B é confrontado com um fator externo (doença ou ameaça de C) que torna menos elegível para ele uma alternativa (não se submeter à cirurgia) e, por conseguinte, reduz a voluntariedade de sua escolha. Apesar disso, temos a forte intuição de que a escolha de B é suficientemente voluntária no primeiro caso, mas não no segundo. Por certo, uma teoria da criminalização que atribui poder moral e normativo ao consentimento válido precisa esclarecer se essa intuição está correta e por que. Feinberg explica que, enquanto o caso original apresenta uma hipótese de *coação natural ou circunstancial*, a segunda versão introduz um exemplo de *coação pessoal*. A doença de B, diferentemente da ameaça, não tem como fonte a conduta de C e, por conseguinte, pertence ao contexto normal, ainda que lamentável, em que B necessariamente precisa tomar a sua decisão¹⁶¹⁹.

¹⁶¹⁸ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 147.

¹⁶¹⁹ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 149. Ver também: MURPHY, Jeffrie G. Consent, Coercion, and Hard Choices. *Virginia Law Review*, v. 67, n. 1, 1981, p. 83. O autor critica a utilização do termo coação para se referir simplesmente à pressão psicológica a qual está submetido aquele que precisa fazer uma “escolha difícil”, destacando que a diferença entre pressão psicológica e coação é uma diferença qualitativa e não apenas quantitativa: “The difference between coercion and duress on the one hand and mere psychological pressure (no matter how strong) on the other is one of kind, not degree – the former necessarily having a moral component (wrongful threatening) which simple psychological pressure lacks.” (MURPHY, Jeffrie G. Consent, Coercion, and Hard Choices, p 85).

Diante disso, o critério da *adequação às circunstâncias especiais* – o terceiro indicado no tópico anterior – permite que o parâmetro de voluntariedade seja ajustado para atender ao padrão de uma pessoa que precisa da cirurgia para tratar uma doença grave¹⁶²⁰. Partindo-se desse parâmetro de voluntariedade, a decisão de B por se submeter à cirurgia pode ser suficientemente voluntária no exemplo original, mas não na segunda variante. No primeiro caso, a decisão é livre dentro do possível e, no segundo, é menos livre do que o possível. A conclusão é que, conquanto tanto a coação *natural/circunstancial* quanto a *coação pessoal* afetem a voluntariedade da escolha, apenas a segunda invalida o consentimento.

Em segundo lugar, a coação pode ser dividida em *compulsão* e *coação propriamente dita*¹⁶²¹. Em linhas gerais, ao passo em que a compulsão impossibilita fazer escolhas, a coação apenas dificulta o acesso a determinada opção ao aumentar o custo a ser suportado caso se decida escolhê-la¹⁶²². Coação física irresistível, movimentos reflexos e comportamentos obsessivos compulsivos, por exemplo, constituem hipóteses de *compulsão externa*, no primeiro caso, e *compulsão interna*, nos dois últimos¹⁶²³. Por sua vez, a *coação propriamente dita* se caracteriza, em regra, pelo emprego de ameaças expressas ou implícitas¹⁶²⁴, incluindo o uso de força resistível que incrementa o ônus da eleição da alternativa desejada.

Nos casos de *coação por ameaça*, o coagido é confrontado com duas alternativas: cumprir com a exigência do coator ou arcar com alguma consequência indesejada. Cabe ao coagido decidir se vale a pena pagar o “preço” advindo da opção por certa alternativa, tendo ele a possibilidade de eleger o menor entre dois males. De fato, pode ser que o custo

¹⁶²⁰ Afinal, seria um disparate, por exemplo, deixar de resgatar uma pessoa que está se afogando alegando que seu pedido por socorro é menos do que suficientemente voluntário porque, se não estivesse se afogando, ela não pediria ajuda.

¹⁶²¹ Registra-se que Lamond identifica três tipos de coação: 1) compulsão física; 2) compulsão psíquica e 3) escolha forçada (LAMOND, Grant. *Coercion. Threats, and the Puzzle of Blackmail*, p. 218).

¹⁶²² FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 191.

¹⁶²³ A rigor, a compulsão, diferentemente da coação, não se enquadra na categoria de vícios de vontade que invalidam o consentimento, uma vez que, como a compulsão impossibilita qualquer escolha, não haveria qualquer consentimento, nem mesmo inválido. Conforme observado por Green, a ausência total de consentimento ou a presença de consentimento inválido pode ser relevante para a definição de alguns crimes: por exemplo, enquanto, no furto (*larceny*), inexistiria qualquer consentimento, no crime de extorsão (*extortion*), haveria consentimento viciado pela coação (GREEN, Stuart. *Consent and the Grammar of Theft Law*, p. 117).

¹⁶²⁴ A coação propriamente dita coincide com o que Lamond denomina de “coação por escolha forçada”: “The choice confronting the victim is ‘forced’ in two senses: there is no way of avoiding the choice – there is no third option by which both alternatives can be evaded (...) and the choice is designed to have the victim act as he would not willingly do. A common way of creating a force choice is through the use of threats: the dominant party threatens to bring about an unwelcome consequence unless the victim acts as demanded.” (LAMOND, Grant. *Coercion. Threats, and the Puzzle of Blackmail*, p. 219).

decorrente da escolha de uma das alternativas seja tão alto que, em última instância, essa opção seja inelegível. Porém, nem sempre a *coação propriamente dita* chegará tão perto de ser equiparada, na prática, à compulsão, sendo que a *pressão coercitiva* exercida pela ameaça varia conforme a probabilidade e gravidade da consequência advinda do não atendimento da demanda. Em todo caso, desde que eficaz a coação, o coator torna inelegível, pelo menos, a opção de não cumprir com a exigência nem sofrer com a consequência, ou seja, o coagido pode escolher X ou Y, mas não X e Y¹⁶²⁵.

Não há dúvida de que, havendo *compulsão*, a escolha será sempre menos do que suficientemente voluntária, mas o mesmo não ocorre quando se trata de *coação propriamente dita*. Isso porque a coação pode não exercer qualquer *pressão coercitiva* ou não exercê-la com força o bastante para rebaixar a voluntariedade a patamar aquém do mínimo necessário à validade do consentimento. O requisito para que a coação efetivamente exerça alguma pressão coercitiva sobre a decisão é a *credibilidade da ameaça*, ou seja, a probabilidade e seriedade da ameaça¹⁶²⁶. Uma ameaça é mais crível quanto menor o custo aparente para o agente executá-la¹⁶²⁷. Por outro lado, desde que a ameaça seja verossímil, é possível haver pressão coercitiva ainda que o coator não possa ou não pretenda cumprir a ameaça. Logo, *meros blefes* podem ter efeitos coercitivos, como quando um assaltante se utiliza de uma arma de brinquedo para constranger a vítima a lhe entregar seus pertences¹⁶²⁸.

¹⁶²⁵ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 192. A definição contemporânea de coação por ameaça mais influente é atribuída a Nozick, de acordo com a qual P terá coagido Q se e apenas se: 1) P pretende impedir Q de praticar a conduta A; 2) P comunica a Q que, se ele praticar a conduta A, P produzirá alguma consequência que tornará A menos desejável a Q, sendo que a alegação de Q é crível e 3) Q deixa de praticar A a fim de reduzir a possibilidade de que P produza a consequência anunciada. Ver: NOZICK, Robert. Coercion. In: MORGENBESSER, Sidney; SUPPES, Patrick; WHITE, Morton (eds.). New York: St., Martin's Press, 1969, p. 441-445. Coação é um tema amplamente discutido pela filosofia moral de língua inglesa, mas não temos o espaço nem a pretensão de reproduzir esse debate aqui. Por isso, vamos nos limitar a analisar a posição de Feinberg e extrair algumas orientações centrais para o problema da validade do consentimento. Para mais referências a respeito do tema, conferir: ANDERSON, Scott. Coercion. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2017 Edition). Edward N. Zalta (ed.), disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/coercion/>>.

¹⁶²⁶ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 198.

¹⁶²⁷ SHAVELL, Steven. An Economic Analysis of Threats and their Illegality: Blackmail, Extortion, and Robbery. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 141, n. 5, 1993, p. 1881.

¹⁶²⁸ Se poderia questionar se o “blefe” não configuraria uma forma de fraude e não de coação. No entanto, Feinberg registra que a falsidade da ameaça nada acresce ou subtrai na voluntariedade da vítima que acredita realmente na ameaça. Além disso, o fato da ameaça ser fraudulenta, além de coercitiva, nada acrescenta à análise a respeito do consentimento. Ver: FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 301-302.

Além disso, o grau de pressão coercitiva exercida pela ameaça depende do *quão indesejáveis são a exigência do coator e a consequência ameaçada*. Assim, a pressão coercitiva aumenta conforme menos indesejada é a exigência e mais indesejada a consequência e diminui conforme mais indesejada a exigência e menos indesejada a consequência¹⁶²⁹. Daí que, por exemplo, a pressão coercitiva é maior quando D ameaça matar o filho de F caso ele não concorde em assinar um termo autorizando a doação do próprio cadáver para pesquisa do que quando G ameaça ficar chateado com H caso ela não pratique atos sexuais com ele. Por isso, em princípio, o consentimento de F em assinar o termo de doação não seria suficientemente voluntário, diferentemente do consentimento de H em se relacionar sexualmente com G. Ainda que a exigência feita pelo coator e a consequência ameaçada sejam igualmente indesejadas, a pressão coercitiva pode ser suficiente para tornar a escolha menos do que satisfatoriamente voluntária, desde que a consequência seja realmente indesejada, isto é, que o não cumprimento da exigência tenha mesmo um custo não trivial¹⁶³⁰.

Observa-se que, para definir a credibilidade da ameaça e decidir o quão indesejáveis são a exigência feita pelo coator e a consequência ameaçada, utiliza-se um *parâmetro subjetivo e não objetivo*, ou seja, devem ser consideradas as valorações e preferências reais do coagido e não as de uma pessoa razoável ou do “homem médio”¹⁶³¹. Segundo Feinberg, essa é uma diferença relevante entre investigar a validade do consentimento para fins de aplicação da *volenti non fit injuria* e determinar a culpabilidade de agente que pratica crime sob coação moral¹⁶³². Isso porque, quando os interesses e direitos de outras pessoas estão em jogo, é possível utilizar padrões objetivos mais rígidos para julgar se a conduta do agente era

¹⁶²⁹ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 199-200.

¹⁶³⁰ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 199-201. Comparar com a posição de Tadros: “When we assess the effectiveness of a threat, then, we should identify its actual role in explaining Y’s decision rather than considering what Y would have agreed to had she not been threatened. If Y’s decision is a direct response to X’s threat, X’s threat is effective.” (TADROS, Victor. *Wrongs and Crimes*, p. 226). Ocorre que, se a pressão coercitiva exercida pela ameaça for trivial, o fato de a ameaça ter influído na decisão pode não ser suficiente para invalidar o consentimento.

¹⁶³¹ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 198.

¹⁶³² Conferir art. 22 do Código Penal brasileiro: “Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”. Comparar com o Código Penal Modelo: “Section 2.09. Duress. (1) It is an affirmative defense that the actor engaged in the conduct charged to constitute an offense because he was coerced to do so by the use of, or a threat to use, unlawful force against his person or the person of another, which a person of reasonable firmness in his situation would have been unable to resist.” Sobre a diferença entre *coercion* e *duress*: LAMOND, Grant. *Coercion. Threats, and the Puzzle of Blackmail*, p. 220.

suficientemente voluntária¹⁶³³. Portanto, a coação moral só afasta completamente a responsabilidade penal se constatado que uma pessoa razoável, colocada na mesma situação em que se encontrava o agente, também seria incapaz de resistir à ameaça. De outra parte, o consentimento do ofendido em ações que são primariamente referidas ao seu próprio bem-estar pode ser ineficiente ainda que a ameaça fosse incapaz de exercer pressão coercitiva não trivial sobre a vontade de pessoa tida como razoável¹⁶³⁴. Certamente, havendo a possibilidade de acessar as preferências subjetivas do coagido, o respeito à autonomia impõe que a voluntariedade do consentimento seja medida conforme os valores pessoais de quem consente¹⁶³⁵. Por isso, devem ser verificados, por exemplo, os valores das “etiquetas de preço” que o coagido atribui, por um lado, ao cumprimento da exigência e, por outro, à consequência ameaçada.

Uma questão controversa diz respeito ao tipo de ameaça capaz de invalidar o consentimento. É possível falar propriamente em coação ainda que a consequência ameaçada consista em fato que a lei não proíbe que o pretendo coator pratique? Ou a conduta que gera a consequência precisa necessariamente constituir um ato ilegal? Ou, além de ilegal, a conduta precisa ser também criminosa?¹⁶³⁶ Nesse quadro, Murphy restringe o conceito de coação às

¹⁶³³ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 210.

¹⁶³⁴ Destaca-se, mais uma vez, que a conclusão de que o consentimento é inválido não implica *per se* na responsabilização penal do coator pelo dano ou perigo de dano. É possível, por exemplo, que haja erro quanto à validade do consentimento, hipótese na qual será necessário considerar os efeitos penais do erro em questão. Além disso, também pode ocorrer que, aplicado o parâmetro subjetivo, o consentimento seja válido, embora não o seria se fosse utilizado parâmetro objetivo (por exemplo, a exigência feita pelo coator é, na realidade, desejada pelo coagido). Feinberg afirma que, nesses casos, o indivíduo consentirá sob coação, mas não por causa da coação (FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 311-312). Como resultado, o coator não poderá ser responsabilizado criminalmente pelo dano ou perigo de dano produzido com consentimento do ofendido, mas ainda será punível pela coação em si mesma. No caso do direito penal brasileiro, subsistirá a possibilidade de configuração do crime de constrangimento ilegal do art. 146 do Código Penal, caso a conduta não constitua crime mais grave.

¹⁶³⁵ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 259.

¹⁶³⁶ Na Alemanha, predomina o entendimento de que a ameaça só exclui a eficácia do consentimento quando for punível como coação, nos termos do §240 do StGB (ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, p. 551). No Brasil, aparentemente adotando a mesma solução: “a validade do consentimento somente será afetada quando a coação interfere na liberdade de decisão do titular do bem jurídico, o que acontece apenas nas situações em que a conduta do autor do fato ou do terceiro constitui constrangimento ilegal” (SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, p. 250). Mais adiante, a autora destaca que a configuração do constrangimento ilegal depende da presença de *violência* ou *grave ameaça*. A nosso ver, a ameaça não precisa *necessariamente* constituir, em si mesma, conduta criminosa para que haja “interferência na liberdade de decisão do titular do bem jurídico”. Com efeito, a discussão neste tópico, bem como a análise mais adiante do crime de chantagem, evidencia que coação é um fenômeno mais versátil do que o contemplado pela interpretação tradicionalmente atribuída aos conceitos de “violência e grave ameaça”.

hipóteses em que o coator emprega *ameaças moralmente injustas*¹⁶³⁷. Assim, estariam abarcadas tanto a ameaça de fazer algo que o coator não tem direito de fazer quanto a ameaça de fazer algo que, embora tenha o poder legal de fazer, ele não tem direito de, naquelas circunstâncias, ameaçar fazê-lo¹⁶³⁸. Diante disso, por exemplo, o executivo que ameaça a secretária de demissão caso ela não mantenha com ele relação sexual faz uma *ameaça injusta*, pois, ainda que tenha direito de demiti-la, ele não tem direito de ameaçar sua funcionária de demissão a fim de constrangê-la à prática de ato sexual. Diversamente, não haverá *ameaça injusta* se o executivo ameaçar a secretária de demissão caso ela não chegue mais atrasada ao trabalho, uma vez que essa é uma ameaça que ele tem direito de fazer¹⁶³⁹.

Já ficou claro que Feinberg utiliza o termo coação de forma mais ampla do que Murphy, enfatizando que, para além das *ameaças injustas*, diversos outros fatos também exercem *pressão coercitiva* sobre as escolhas humanas, ainda que não invalidem o consentimento. Contudo, no tocante à definição das ameaças aptas a tornar o consentimento ineficiente, Feinberg adota uma versão atenuada da *concepção moralizada de coação* em Murphy. Segundo essa versão, qualquer tipo de ameaça pode, em princípio, invalidar o consentimento, mas o consentimento será válido, a despeito da ameaça, caso a conduta que produz efeitos coercitivos sobre as escolhas alheias esteja moralmente justificada¹⁶⁴⁰. Essa posição se baseia na ideia liberal de que *toda coerção é prima facie injusta* e, por conseguinte, demanda justificação moral. Como visto, esse mesmo argumento está por trás da postulação do requisito da injustiça (capítulo 5, tópico 5.5, *supra*) e, em última instância, da premissa básica de que a coerção legal deve sempre se fundamentar em boas razões. Em suma, a coação que torna o consentimento inefetivo precisa ser *on balance* moralmente impermissível.

¹⁶³⁷ MURPHY, Jeffrie G. Consent, Coercion, and Hard Choices, p. 81: “threatening to do something evil is not itself necessarily evil”. O autor alerta que não se pode pretender assimilar sob o conceito de coação “all cases where a person simply has a hard choice – i.e, cases where he must choose under very severe pressures, cases where all alternatives to agreeing are very grim indeed” (MURPHY, Jeffrie G. Consent, Coercion, and Hard Choices, p. 82).

¹⁶³⁸ MURPHY, Jeffrie G. Consent, Coercion, and Hard Choices, p. 81. Segundo Lamond, pode ser que o indivíduo não esteja autorizado a exercer, em determinadas circunstâncias, um poder legal que produz consequências indesejadas para outrem porque a razão para exercer o poder seria justamente prejudicar outra pessoa. Para o autor, a relevância normativa das ameaças decorre desse aspecto específico: LAMOND, Grant. Coercion. Threats, and the Puzzle of Blackmail, p. 225.

¹⁶³⁹ MURPHY, Jeffrie G. Blackmail: a Preliminary Inquiry. *The Monist*, v. 63, n. 2, abril, 1980, p. 158. Para Green, a ilegalidade da ameaça é o que diferencia o crime de extorsão da chantagem: GREEN, Stuart. Consent and the Grammar of Theft Law, p. 112. Retomaremos essa discussão mais adiante (tópico 6.3.3.4 *infra*).

¹⁶⁴⁰ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 215. Também no sentido de que toda coação demanda justificação: LAMOND, Grant. Coercion. Threats, and the Puzzle of Blackmail, p. 218.

Nesse contexto, é relevante analisar a distinção entre *ameaças e ofertas*. Conforme destacado por Feinberg, ambos os conceitos se relacionam diretamente às preferências e desejos dos indivíduos e não aos seus interesses¹⁶⁴¹ e, como já salientado, as pessoas podem preferir ou desejar aquilo que não promove o seu próprio bem (ver capítulo 2, tópico 2.2.2, *supra*). Além disso, ameaças e ofertas são espécies de um gênero específico de propostas, qual seja, de propostas condicionadas que afetam preferências de ambas as partes e têm como propósito induzir ou forçar aquele a quem é dirigida a proposta a fazer algo geralmente desejado pelo proponente¹⁶⁴². Apesar dessas semelhanças, diferentemente das ameaças, as *ofertas não são prima facie inadmissíveis per se*, mas apenas contingencialmente¹⁶⁴³ (p. ex., oferecer recompensa para que alguém cometa um homicídio). Por esse motivo, distingui-las em determinadas situações práticas pode não ser tarefa fácil¹⁶⁴⁴. Vejamos um exemplo disso: J fica perdido na floresta durante uma trilha e encontra K que propõe guiá-lo até o posto do guarda florestal, desde que J concorde em recompensá-lo com uma quantia considerável em dinheiro. Nesse caso, K está *oferecendo* ajuda a J em troca de dinheiro ou *ameaçando* não ajudá-lo se ele não concordar em lhe dar o dinheiro?

Para Feinberg, casos como o mencionado devem ser analisados da seguinte forma: se a alternativa preferida por K (na qual J aceita pagar-lhe o dinheiro e ele o ajuda a chegar até o posto da guarda florestal) constitui um *desvio bem-vindo em relação ao cenário normalmente esperado* por J, então K faz uma oferta e não uma ameaça contra ele. Contudo, caso a alternativa menos desejada por K (na qual J não aceita pagar-lhe o dinheiro e ele, então, não o ajuda a chegar até o posto da guarda florestal) constitua um desvio indesejado em relação ao cenário normalmente esperado por J, então K faz uma ameaça contra ele¹⁶⁴⁵. Essa solução conduz, por sua vez, a um segundo problema que é definir o que pode ser considerado como normalmente esperado. Feinberg resolve essa questão por meio do que denomina de *teste do padrão estatístico*, segundo o qual o cenário normalmente esperado é aquele que reflete as

¹⁶⁴¹ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 216

¹⁶⁴² FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 227.

¹⁶⁴³ LAMOND, Grant. Coercion. Threats, and the Puzzle of Blackmail, p. 223.

¹⁶⁴⁴ A literatura em língua inglesa sobre esse tópico é ampla e profunda. Para mais referências, conferir: ANDERSON, Scott. Coercion, item 2.4. Ver também: GREEN, Stuart P. Theft by Coercion: Extortion, Blackmail, and Hard Bargaining. *Washburn Law Journal*, v. 44, n. 3, 2005, nota 48.

¹⁶⁴⁵ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 227.

*práticas gerais estatisticamente prevalecentes*¹⁶⁴⁶. Logo, no presente exemplo, será necessário averiguar se, no contexto específico, J poderia razoavelmente esperar, em razão da prática estatisticamente prevalecente, que qualquer outra pessoa na mesma posição que K o levasse até o posto da guarda florestal sem demandar prestação financeira.

A despeito dessa diferenciação, Feinberg sustenta que não só ameaças, mas *ofertas também podem ser coercitivas*¹⁶⁴⁷. Suponha o seguinte caso: o milionário M se propõe a pagar por tratamento médico caríssimo que pode salvar a vida do filho de L, uma total desconhecida, desde que ela concorde em se tornar sua amante¹⁶⁴⁸. Pelo *teste do padrão estatístico*, a proposta de M é uma oferta e não uma ameaça, uma vez que, da perspectiva de L, o resultado projetado constitui um desvio bem-vindo (salvar a vida do filho e se tornar amante de M) do cenário normalmente esperado por ela (a morte do filho por não ter recursos financeiros próprios para pagar pelo tratamento). Além disso, caso L aceite a oferta e venha a praticar ato sexual com M, o seu consentimento no ato sexual será suficientemente voluntário e, por conseguinte, válido, tendo em vista que se trata de mera oferta e não de ameaça. No entanto, Feinberg entende que, da perspectiva de L, a oferta é coercitiva na medida em que exerce efeitos coercitivos sobre as suas escolhas, no sentido de “forçá-la” a escolher a opção menos terrível¹⁶⁴⁹. Por outro lado, o filósofo destaca que, também do ponto de vista de L, a intenção de M é “obrigá-la” a optar por uma alternativa que, enquanto desejada por ele, é apenas menos indesejada por ela do que a outra opção disponível.

Outros autores defendem que não se pode qualificar como “coercitiva” uma proposta que amplia as opções de uma pessoa ao fornecer uma alternativa que não estava previamente disponível¹⁶⁵⁰. Essa abordagem salienta que a conduta de M, em última instância, incrementa

¹⁶⁴⁶ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 227-228. A diferenciação entre ameaças e ofertas é umas das questões mais controversas na filosofia moral. Voltamos a abordar essa questão no tópico 6.3.3.4, infra.

¹⁶⁴⁷ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 229-230. No mesmo sentido: KLEINIG, John. *The Ethics of Consent*, p. 100 (conferir nota 14 para mais referências sobre a discussão na filosofia moral de língua inglesa); TADROS, Victor. *Wrongs and Crimes*, p. 237.

¹⁶⁴⁸ Esse caso é frequentemente discutido na literatura, por exemplo: WERTHEIMER, Alan. *Consent to Sexual Relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 175.

¹⁶⁴⁹ Hill critica a postura de Feinberg por qualificar como coercitiva uma pressão que é interna ao destinatário da oferta e não externa: HILL, John Lawrence. *Exploitation*. *Cornell Law Review*, v. 79, n. 3, 1994, p. 664-665. Para o autor, essa pressão interna pode afetar a capacidade de escolha do sujeito, mas não a sua liberdade de escolha.

¹⁶⁵⁰ Uma maioria apertada de filósofos defende a visão de que uma oferta nunca pode ser coercitiva. São dois os principais argumentos utilizados pela posição majoritária: 1) ofertas ampliam a liberdade do seu destinatário ao adicionar alternativas, enquanto ameaças restringem alternativas previamente existentes; 2) coação envolve a

a liberdade de L, já que agora ela passa a ter a opção de pagar pelo tratamento do filho se tornando amante de M. Caso L recuse a oferta, o prejuízo provável para os seus interesses não será superior ao normalmente esperado, ou seja, será exatamente o mesmo que provavelmente ocorreria se M nunca lhe houvesse feito qualquer proposta. Nesse sentido, na visão de Zimmerman, condutas como as de M *não configurariam coação e sim exploração (exploitation)*¹⁶⁵¹. Com efeito, é possível tentar conciliar as posturas de Feinberg e de Zimmerman e reconhecer que, no caso de ofertas como a feita por M a L, *os efeitos da proposta são coercitivos, mas o meio empregado não constitui coação*.

Não obstante a discordância quanto à possibilidade de qualificar ofertas como coercitivas, Feinberg e Zimmerman concordam em relação à consequência da distinção entre ameaças e ofertas para o paternalismo suave: *diferentemente das ameaças injustas, as ofertas normalmente não invalidam o consentimento*. Assim, *o princípio do dano suplementado pelo paternalismo suave, em regra, não fundamenta a criminalização em casos de mera exploração*, ainda que a oferta da parte exploradora exerça pressão coercitiva sobre as escolhas da parte explorada¹⁶⁵². Afinal, a intervenção penal paternalista, nesses casos, restringiria ainda mais as já limitadas opções da parte explorada e seria, portanto, incompatível com a preocupação do paternalismo suave em proteger a autonomia. Todavia, como se verá na sequência, subsiste a possibilidade de proibir o comportamento da parte exploradora com base no conteúdo de desvalor moral da conduta em si mesma, independentemente dos seus efeitos sobre os interesses da parte explorada. Daí que, *ainda que não seja admissível ao paternalista suave recorrer à ideia de exploração para invalidar o consentimento do ofendido*, é plausível explicitá-la como uma boa razão independente para a

ameaça de uma punição e não uma promessa de benefício, sendo que ignorar essa diferença levaria à confusão entre coação e suborno. Ver: HILL, John Lawrence. *Exploitation*, p. 662-663.

¹⁶⁵¹ ZIMMERMAN, David. Coercive Wage Offers. *Philosophy & Public Affairs*, v. 10, n. 2, spring, 1981, p. 121-145.

¹⁶⁵² Em sentido contrário: MURPHY, Jeffrie G. Consent, Coercion, and Hard Choices, p. 90-92. Também sustentando que é possível consentir validamente em aceitar uma oferta exploratória: ALEXANDER, Larry. The Moral Magic of Consent II, p. 172. Segundo Kleinig, a exploração, por si só, não invalida o consentimento, mas pode ser o precursor da coação: KLEINIG, John. The Ethics of Consent, p.110-111. Sobre consentimento obtido por exploração e sua diferenciação com o consentimento obtido por manipulação: ARCHARD, David. Exploited Consent. *Journal of Social Philosophy*, v. 25, n. 3, 1994, p. 92-101. Para Feinberg, no exemplo do “milionário lascivo”, a exploração torna o contrato juridicamente inexistente, de forma que, se o milionário cumpre primeiro a sua parte do acordo, ele não poderá acionar a mulher para exigir o adimplemento nem reparação. Ao analisarmos o caso do contrato de escravidão voluntária, já sinalizamos não haver incompatibilidade entre a invalidade jurídica desse tipo de contrato e a soberania pessoal.

criminalização, de ordem estritamente moralista (trata-se do princípio da exploração que será discutido no tópico 6.3.3 *infra*).

Casos como o do milionário M devem ser separados de outras situações que, envolvendo ofertas que, ao mesmo tempo, coagem e exploram, merecem tratamento diverso. Primeiramente, suponha a seguinte variação do caso mencionado: L recusa a oferta do milionário M e vai até o banco para conseguir um empréstimo, porém M intervém e impede que o banco conceda o empréstimo a L que, por consequência, aceita a proposta feita anteriormente. Nesse exemplo, os próprios meios utilizados por M em sua proposta são coercitivos, pois ele atua no sentido de restringir as alternativas previamente disponíveis a L, tornando inelegível a opção pré-existente preferível por ela¹⁶⁵³. Logo, quando alguém cria deliberadamente as circunstâncias que colocam outra pessoa em situação de vulnerabilidade para, em seguida, explorá-las por meio de uma *oferta coercitiva*, a aceitação da oferta será, nesse contexto, menos do que suficientemente voluntária¹⁶⁵⁴. Como resultado, o consentimento será inválido e a conduta poderá ser proibida com fundamento no *harm principle*.

Por outro lado, o consentimento tende a ser suficientemente voluntário e, portanto, válido quando alguém se limita a explorar as circunstâncias desafortunadas em que outra pessoa já se encontrava previamente. É comum que algumas autoras feministas apontem para a ocorrência de exploração da vulnerabilidade das mulheres nas sociedades estruturalmente machistas e patriarcais a fim de invalidar o consentimento em determinados contextos, principalmente ligados à indústria do sexo (prostituição, pornografia etc.). Vale a pena retomar, nesse ponto, a diferença feita acima entre *coação natural/circunstancial* e *coação pessoal*. Caso a pressão coercitiva exercida sobre as escolhas individuais por circunstâncias de vida relativamente duradouras (condições econômicas, sociais, culturais etc.) sempre invalidasse o consentimento, o efeito seria que indivíduos inseridos em contextos específicos de vida nunca poderiam consentir validamente em determinadas ações referidas primariamente ao seu próprio bem-estar, o que violaria o direito à autonomia dessas pessoas. Entretanto, isso não significa que, por exemplo, a existência de um contexto prévio de violência doméstica seja irrelevante para a validade do consentimento sexual da mulher,

¹⁶⁵³ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 242-243.

¹⁶⁵⁴ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 244.

sendo que, caso aquele que explora a situação de vulnerabilidade seja também o perpetrador da violência, estaremos diante de *coação pessoal* e não mais circunstancial¹⁶⁵⁵.

Há, ainda, que se diferenciar das hipóteses de mera exploração que não invalidam o consentimento as situações em que a parte exploradora possui um dever de assistência em relação à parte explorada. Vejamos outro exemplo: P é proprietário da única fonte de água potável em um raio de dois mil km no meio deserto. Q, prestes a morrer de sede, vai até P e implora por um copo de água. P propõe lhe dar a água para beber, desde que Q concorde em entregar-lhe todo seu dinheiro¹⁶⁵⁶. Ao examinar situação análoga a essa, Zimmerman afirma que propostas como a de P configuram ofertas, uma vez que ele não interviu para criar as circunstâncias que restringiram as opções de Q¹⁶⁵⁷. Contudo, Feinberg esclarece que, aplicando-se o *teste do padrão estatístico*, a proposta de P constitui uma ameaça e não mera oferta¹⁶⁵⁸. Além disso, considerando que, no caso concreto, P tinha o *dever de realizar a ação de salvamento* (conferir capítulo 2, tópico 2.3.3, *supra*), é correto dizer que ele colabora para restringir as opções de Q ao não cumprir com seu dever de assistência, de modo que a coação exercida sobre Q não é apenas circunstancial, mas *pessoal*.

Em síntese, conclui-se que, embora toda coação em sentido amplo reduza a voluntariedade das escolhas do coagido, *nem toda coação, diferentemente da compulsão,*

¹⁶⁵⁵ Daí que, a nosso ver, não se faz necessário substituir a ideia de consentimento pela de “liberdade de negociação”, como propõe Palmer, a fim de lidar corretamente com os exemplos mencionados pela autora: PALMER, Tanya. Distinguishing sex from sexual violation. Consent, negotiation and freedom to negotiate. In: REED, Alan; BOHLANDER, Michael; WAKE, Nicola; SMITH, Emma (ed.). *Consent. Domestic and Comparative Perspectives*. New York: Routledge, 2017, p. 19-20. Alguns defensores de uma concepção relacional de autonomia compreendem que o consentimento manifestado por mulheres, em especial aquelas que já viveram relacionamentos abusivos, pode não ser verdadeiramente voluntário porque grupos oprimidos internalizam valores e expectativas do grupo opressor que menosprezam a sua autonomia: HERRING, Jonathan. Relational autonomy and consent, p. 29. Contudo, entendemos que a influência da sociedade machista sobre as escolhas de vida das mulheres não pode ser equiparada à coerção exercida por uma situação atual de violência doméstica. Caso contrário, estaríamos impedindo permanentemente que as mulheres, pelo simples fato de serem mulheres ou de terem vivenciado relacionamentos abusivos, façam determinadas escolhas para si.

¹⁶⁵⁶ Exemplo inspirado em: MURPHY, Jeffrie G. Consent, Coercion, and Hard Choices, p. 88-89.

¹⁶⁵⁷ ZIMMERMAN, David. Coercive Wage Offers, p. 134-135. Zimmerman compara duas situações: uma em que alguém atira outra pessoa que não sabe nadar na água apenas para exigir todas as suas economias em troca de realizar uma ação de salvamento e outra em que alguém se depara com uma pessoa afogando e se oferece para realizar a ação de salvamento em troca de dinheiro. Para o autor, o primeiro caso é de coação e o segundo de exploração, mas em ambos o consentimento seria inválido.

¹⁶⁵⁸ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 244-245. Como pontuado por Tadros: “Threats undermine consent by depriving their victims of options that they are entitled to have” (TADROS, Victor. *Wrongs and Crimes*, p. 226). Bois-Pedain critica a solução de Feinberg por entender que, nesses casos, a razão para se proibir a conduta do agente independe da voluntariedade da escolha da pessoa desamparada, derivando diretamente da violação do dever de assistência: BOIS-PEDAIN, Antje du. Die Beteiligung na fremder Selbstschädigung als eigenständiger Typus moralisch relevanten Verhaltens, p. 46.

invalida o consentimento ao reduzir a voluntariedade para aquém do parâmetro mínimo considerado como suficiente. Apenas a *coação pessoal* e não a *coação circunstancial* é capaz de invalidar o consentimento. Além disso, *o parâmetro a ser utilizado para definir se a credibilidade e gravidade da coação eficiente bastam para invalidar o consentimento é subjetivo e não objetivo*, ou seja, leva em conta as preferências e valorações pessoais da parte coagida. Respeitado esse parâmetro, a *coação por ameaça* reduz a voluntariedade tipicamente até o ponto em que o consentimento se torna inválido, desde que *a ameaça seja injusta, ou seja, moralmente impermissível ou injustificável quando considerados todos os seus aspectos*. Por outro lado, as ofertas podem ser diferenciadas das ameaças por meio do *teste do padrão estatístico* e, em regra, não invalidam o consentimento, mesmo que exerçam *pressão coercitiva* sobre as escolhas alheias. Ainda que a parte que faz a oferta esteja *explorando a situação de vulnerabilidade* de outra pessoa, a exploração, por si só, não invalida o consentimento, a não ser que a parte explorada intervenha para a criação das circunstâncias exploradas, hipótese, na qual, haverá *coação pessoal*.

6.2.3.3 Fatores de redução da voluntariedade: erro ou engano

O consentimento suficientemente voluntário é sempre suficientemente informado: só consente validamente aquele que sabe que está consentindo e no quê está consentindo¹⁶⁵⁹. Por isso, além da coação, informações equivocadas ou deficientes também reduzem a voluntariedade e podem invalidar o consentimento. Há *erro* quando alguém ignora ou se equivoca a respeito de algum elemento relevante para a tomada de decisão, seja sobre a proposta em si mesma, sobre fatos antecedentes ou eventos futuros¹⁶⁶⁰, desde que a ignorância ou equívoco não decorram da conduta, comissiva ou omissiva, de outra pessoa¹⁶⁶¹. Por outro lado, haverá *engano* quando a ignorância ou equívoco de quem consente for imputável a aquele a quem o consentimento se dirige ou a terceiro. A *fraude* consiste na forma mais grave de engano em que alguém ludibria deliberadamente outra pessoa a fim de induzir seu

¹⁶⁵⁹ HYAMS, Keith. When Consent Doesn't Work, p. 114.

¹⁶⁶⁰ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 269.

¹⁶⁶¹ Sobre a distinção entre erro e engano: SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, p. 244.

consentimento. Assim como ocorre com a coação, o erro e o engano podem ou não tornar a decisão menos do que suficientemente voluntária.

No caso de consentimento viciado por erro ou engano, a repercussão de eventual invalidade do consentimento para a responsabilização penal do agente dependerá de determinadas circunstâncias concretas, tais como: se o agente conhecia ou não a existência de erro ou engano, se ele possuía um dever de revelar informações e qual era a extensão desse dever e se ele contribuiu inadvertida ou deliberadamente para a má compreensão das informações. Em regra, uma das partes do acordo possuirá um dever mais amplo de informar a outra parte e de garantir que ela tenha compreendido corretamente o que está sendo acordado. Esse dever recai, geralmente, sobre a parte menos vulnerável ao dano e será mais rigoroso quanto mais grave e provável o dano, mas pode ser que a parte mais vulnerável tenha, excepcionalmente, um dever maior de evitar mal-entendidos, como quando ela está em uma posição mais favorável para identificar possíveis fontes de equívocos¹⁶⁶².

A questão sobre quais tipos de erros e enganos invalidam o consentimento é bastante controversa. Como destacado por Roxin, não se pode aplicar as normas de direito civil sobre os vícios do consentimento ao direito penal, uma vez que, naquela seara, as manifestações de vontade viciadas produzem efeitos até serem anuladas¹⁶⁶³. Na Alemanha, segundo o entendimento majoritário, somente os *erros referidos ao bem jurídico* invalidam o consentimento. Nessa concepção, os erros que recaem sobre a identidade de pessoas (por exemplo, quanto à identidade do médico que realizará a cirurgia) e sobre as circunstâncias que motivam o consentimento não conduzem à invalidade (por exemplo, quanto ao pagamento de contraprestação pela prática de ato sexual). Contudo, Roxin reconhece algumas exceções a essa regra geral, como o *erro quanto à finalidade altruística* do ato consentido (por exemplo, a vítima é levada a acreditar que seu sangue está sendo retirado para doação) e o *erro quanto à existência de situação análoga ao estado de necessidade* (por exemplo, a vítima aceita se submeter a uma cirurgia que acredita erroneamente ter finalidade terapêutica)¹⁶⁶⁴. Há um paralelo entre a corrente alemã predominante e a separação tradicionalmente feita pela

¹⁶⁶² FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 272-273.

¹⁶⁶³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, p. 554.

¹⁶⁶⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, p. 554 e ss..

Common Law, analisada mais adiante, entre fraude no fato (*fraud in the factum*) e fraude no incentivo (*fraud in the inducement*)¹⁶⁶⁵.

A filosofia moral anglo-americana diferencia, primeiramente, *erros de fato*, como o erro sobre as relações de causa e efeito ou de meio e fim, e *erros de valor*, como quando alguém falha ao definir ou ponderar as próprias preferências¹⁶⁶⁶. Por exemplo, o indivíduo que atravessa uma ponte sem saber que ela tá prestes a desabar atua em erro de fato. Já aquele que conhece o risco de desabamento, mas decide atravessar a ponte por avaliar erroneamente que valeria a pena correr o risco de sofrer dano para não se atrasar para um compromisso, comete um erro de valoração. Diversamente dos erros factuais, *os erros de valor não tornam a escolha menos do que suficientemente voluntária*. Assim, quando alguém se equivoca em relação à valoração de fatos corretamente apreendidos, pode-se dizer que agiu de forma insensata ou não razoável, mas não que agiu involuntariamente¹⁶⁶⁷.

O *erro de fato*, por seu turno, pode autorizar a intervenção na liberdade individual a fim de evitar o dano, ainda que ocorra por culpa exclusiva daquele cujo bem-estar está em jogo, seja por desatenção, preguiça ou teimosia. Haverá erro factual por culpa própria, por exemplo, se o transeunte insistir em prosseguir na travessia por não acreditar quando outra pessoa lhe avisa que a ponte está desabando. Afinal, nessa hipótese, a conduta não é simplesmente insensata, mas também menos do que suficientemente voluntária¹⁶⁶⁸. De outra parte, caso o transeunte, embora compreenda e confie no aviso, esteja disposto a assumir o risco de que a ponte venha a desabar durante a travessia, intervir nessa decisão violaria sua autonomia, pois a ponderação de custos e benefícios, ainda que criticável, reflete os seus valores pessoais.

Todavia, é possível questionar se os indivíduos não teriam também o *direito de cometer determinados erros factuais*, para além dos erros de valoração. Nessa linha, Arneson

¹⁶⁶⁵ DUBBER, Markus; HÖRNLE, Tatjana. *Criminal Law: a Comparative Approach*, p. 470.

¹⁶⁶⁶ Nesse ponto, para fins de simplificação, o termo “erro” compreende tanto ao erro quanto ao engano; tanto a ignorância quanto o equívoco. É preciso alertar, todavia, que as noções de erro de fato e erro de valor não se confundem com as de erro de fato e erro de direito, que foram tradicionalmente transferidas do direito romano para a teoria do erro do direito penal de matriz romano-germânica. O erro de valoração ao qual nos referimos não é o erro quanto à valoração jurídica do fato e sim quanto à hierarquização pelo indivíduo das próprias preferências subjetivas, a qual se considera equivocada do ponto de vista de um modelo objetivo de racionalidade.

¹⁶⁶⁷ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 128-129.

¹⁶⁶⁸ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 130.

sustenta que os erros de fato só invalidam o consentimento quando o indivíduo não tem a oportunidade de evitar o erro (por exemplo, quando o transeunte não vê a placa alertando que a ponte está prestes a desabar, mas não quando ele vê a placa e não acredita que a ponte esteja realmente desabando)¹⁶⁶⁹. Já Feinberg entende que os erros factuais também invalidam o consentimento quando o indivíduo resiste em corrigir o erro, desde que haja evidências robustas que permitam afirmar com probabilidade próxima da certeza de que ele está realmente equivocado¹⁶⁷⁰. Contudo, o filósofo reconhece que, nos casos em que há controvérsia ou dúvida razoável, o indivíduo tem direito de decidir conforme sua opinião divergente, bastando que tenha tido acesso aos dados disponíveis, ainda que provenientes de estudos inconclusivos.

Ademais, a nosso ver, o *direito individual a cometer determinados erros também deve ser respeitado quando o erro factual é reflexo do erro de valoração*¹⁶⁷¹. É o caso, por exemplo, da decisão por fazer uso de alguma droga por entender que ela não é tão prejudicial à saúde ou por se submeter a determinado tratamento médico acreditando que ele teria efeito curativo, mesmo após ter acesso à informação cientificamente confiável que contrarie suas crenças. Afinal, tais equívocos, ainda que factuais, refletem os valores pessoais do indivíduo que faz a escolha arriscada. No entanto, conforme pontuado por Feinberg, a ausência extrema e não usual de razoabilidade da escolha constitui um indício de que a decisão pode não decorrer de valores pessoais genuínos e sim da presença de algum fator que comprometa a competência individual. De todo modo, a intromissão em escolhas referidas ao próprio bem-estar, nesses casos, demanda que a gravidade e probabilidade do dano sejam consideráveis, bem como que existam outras evidências que lancem suspeitas sobre a capacidade para além de ser a escolha desarrazoada¹⁶⁷².

¹⁶⁶⁹ ARNESON, Richard J. Mill versus Paternalism. *Ethics*, v. 90, n. 4, 1980, p. 474.

¹⁶⁷⁰ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 131-132.

¹⁶⁷¹ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 313: "When the mistaken belief is stubbornly persisted in, however, it may be because of a 'voluntary character trait' (...). If we think of this trait as central to the person's identity, essential to 'the way he is,' then we might not downgrade quite so substantially the voluntariness of the response it produces, for better or worse".

¹⁶⁷² FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 133: "But a choice may be so extremely and unusually unreasonable that we might reasonably suspect that it stems at least in part, not from odd values genuinely held, nor from simply factual mistakes, but rather from deeper psychological impairment. (...) It would be circular to argue that the choice must be a symptom of an illness, and that the illness in turn renders the choice nonvoluntary. We must have other evidence of incapacitation to break the circle."

Por outro lado, os erros factuais que não refletem erros de valoração só são capazes de reduzir a voluntariedade para aquém do mínimo quando recaem sobre *atos relevantes*, tais como o caráter ou magnitude do risco, a disponibilidade de meios alternativos e menos arriscados para alcançar o mesmo fim e a extensão em que as informações disponibilizadas estão completas. Além disso, segundo Feinberg, a conclusão sobre se o consentimento viciado pelo erro de fato é menos do que suficientemente voluntário para ser válido depende de uma série de circunstâncias concretas: a influência efetiva da informação equivocada na decisão final, o contexto de vida em que a decisão é tomada (por exemplo, relações sexuais, intervenções médicas ou transações comerciais), as normas gerais que regem as práticas sociais quando o acordo se dá no âmbito de competições etc.¹⁶⁷³.

Observa-se que o mesmo erro factual que torna uma ação autorreferida menos do que suficientemente voluntária pode não afastar a responsabilidade penal daquele que pratica uma ação referida aos interesses de outras pessoas. Isso porque a voluntariedade exigida para a validade do consentimento é sempre maior do que o mínimo de voluntariedade exigido para a responsabilização do agente por conduta que afeta interesses alheios. Logo, por exemplo, aquele que atira em outra pessoa com arma de fogo, acreditando que estava descarregada, pratica conduta voluntária, ainda que não haja dolo em relação ao resultado. Já aquele que, na mesma condição, utiliza a arma com a intenção de simular um jogo de roleta russa, expondo a perigo de dano unicamente a própria integridade física, age involuntariamente, sendo legítimo intervir para impedir a autolesão¹⁶⁷⁴.

De maior importância prática para o direito penal é a questão da validade do consentimento obtido mediante fraude¹⁶⁷⁵. Feinberg diferencia a fraude quanto àquilo que se consente em si mesmo (*fraude no fato*) e a fraude quanto àquilo que incentiva o consentimento (*fraude no incentivo ou na indução*)¹⁶⁷⁶. Há fraude no fato (*fraud in the factum*), por exemplo, quando R assina documento transferindo para S a propriedade de bem imóvel, acreditando estar assinando apenas um recibo; e fraude no incentivo (*fraud in the inducement*) quando R assina o mesmo documento, sabendo do que se trata, mas na ilusão de

¹⁶⁷³ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 280.

¹⁶⁷⁴ SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 142.

¹⁶⁷⁵ Apesar do enfoque na fraude, observa-se que as conclusões sobre a validade ou invalidade do consentimento, aqui aduzidas, também podem ser estendidas aos casos em que há erro e não engano, embora não se possa dizer o mesmo quanto à solução jurídica referente à punição da conduta.

¹⁶⁷⁶ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 291.

que S, em contrapartida, lhe pagará determinada quantia em dinheiro. De forma semelhante ao constatado em relação à jurisprudência alemã, as Cortes anglo-saxãs costumam reconhecer a invalidade do consentimento apenas quando se trata de fraude no fato e não quando se trata de fraude no incentivo¹⁶⁷⁷. Para Feinberg, ambos os tipos de fraude tendem a invalidar o consentimento, mas há situações específicas em que a escolha continua sendo suficientemente voluntária, a despeito da ocorrência de fraude no incentivo.

A diferenciação entre fraude no fato e fraude no incentivo é especialmente relevante no que toca ao crime de estupro. As Cortes inglesas adotam tradicionalmente o entendimento de que só invalida o consentimento sexual a fraude quanto à *natureza e qualidade do ato* ou quanto à *identidade do parceiro sexual*, mas não a fraude quanto às *consequências do ato*¹⁶⁷⁸. Diante disso, não invalidaria o consentimento, por exemplo, o erro de uma das partes quanto ao fato de que eles se casariam após o ato, de que receberia uma contrapartida financeira ou de que não haveria o contágio de alguma doença sexualmente transmissível¹⁶⁷⁹. A fraude quanto à natureza e qualidade do ato e quanto à identidade de parceiro se inclui na categoria de fraude no fato e a fraude quanto às consequências do ato configura fraude no incentivo. Todavia, essa abordagem nem sempre conduz a soluções plausíveis, pois há hipóteses em que o consentimento no ato sexual, obtido mediante fraude no incentivo, também é menos do que suficientemente voluntário, havendo violação ao direito da parte fraudada à autodeterminação sexual.

¹⁶⁷⁷ RUBINSTEIN, Amnon. The Victim's Consent in Criminal Law, p. 194, nota 14. Segundo Green, a diferença entre fraude no fato e fraude no incentivo não é relevante para os crimes contra a propriedade, uma vez que ambos os tipos de fraude podem invalidar o consentimento: GREEN, Stuart. Consent and the Grammar of Theft Law, p. 112-113, nota 45.

¹⁶⁷⁸ REED, Alan. An Analysis of Fraud Vitiating Consent in Rape Cases. *The Journal of Criminal Law*, v. 59, n. 3, 1995, p. 310-315; STEWART, Hamish. Harms, Wrongs, and Set-Backs in Feinberg's Moral Limits of the Criminal Law. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 5, 2002, p. 63-63. Para Hörnle, a validade do consentimento sexual depende do conhecimento de que se está praticando um ato sexual, que tipo de ato e com quem: HÖRNLE, Tatjana. Violación como Relaciones Sexuales no Consentidas. *Em Letra: Derecho Penal*, n. 10, 2020, p. 212. Segundo a autora, a fraude quanto ao uso de preservativo invalida o consentimento por se referir ao "grau de intervenção física". A nosso ver, o denominado *stealth*, que consiste na retirada do preservativo durante a relação sexual sem o conhecimento da outra pessoa, caracteriza fraude no fato e não apenas no incentivo, pois o engodo altera a própria qualidade do ato sexual (sexo com preservativo/sexo sem preservativo).

¹⁶⁷⁹ Segundo Reed e Smith, as Cortes inglesas entendem não ser possível equiparar a não revelação da condição de portador do vírus HIV a fraude capaz de invalidar o consentimento no ato sexual: REED, Alan; SMITH, Emma. Caveat Amator: Transmission of HIV and the parameters of consent and bad character evidence. In: REED, Alan; BOHLANDER, Michael; WAKE, Nicola; SMITH, Emma (ed.). *Consent. Domestic and Comparative Perspectives*. New York: Routledge, 2017, p. 128-129.

Analiseemos alguns exemplos. Suponha-se que o médico ginecologista T se masturbe enquanto toca a vagina da paciente U, que foi induzida por ele a acreditar estar realizando um exame ginecológico regular. Trata-se de hipótese de *fraude no fato*, já que a paciente não está ciente de que o toque do médico em seu corpo se converteu em ato sexual. De fato, o consentimento no contato físico é menos do que suficientemente voluntário e, por conseguinte, inválido, tendo T praticado um crime de violação sexual mediante fraude contra U¹⁶⁸⁰. Agora, imagine-se que o guru espiritual V convença a fiel seguidora W, que sofre de doença grave e incurável, que ela só se curará da doença caso pratique com ele ato sexual. Nesse caso, há *fraude no incentivo e não no fato*, mas, assim como na hipótese anterior, o consentimento de W também não é suficientemente voluntário para ser eficiente, motivo pelo qual V deve responder pelo mesmo crime que T. Por fim, retomemos o caso do milionário M e da mulher L, mas, dessa vez, suponha-se que M, ao fazer a oferta, não tenha a intenção de cumprir com a sua parte do acordo, tendo dito falsamente para L que pagaria pelo tratamento médico de seu filho apenas para manter com ela relação sexual. Essa terceira hipótese também configura *fraude de incentivo* e, novamente, o consentimento é inválido, sendo o milionário M punível pelo mesmo crime que o médico T e o guru espiritual V.

Entretanto, alterando-se algumas circunstâncias no segundo e terceiro caso, a solução seria distinta. Considere uma variável do segundo caso em que a seguidora W não está doente, mas é convencida pelo guru V a praticar com ele ato sexual a fim de se manter em perfeita saúde; e uma variável do terceiro caso em que o filho de L também não está doente, mas ela é induzida por M a acreditar que, caso pratique ato sexual com o milionário, ele a recompensará com um apartamento de luxo. Nessas hipóteses, diversamente das versões anteriores, é justo dizer que a *fraude de incentivo* não invalida o consentimento. Como explicar essa aparente incoerência? Com efeito, a explicação não pode se fundamentar na magnitude do risco de dano, pois não há diferença, nesse tocante, entre as duas versões apresentadas dos casos.

Segundo Feinberg, as crenças induzidas pela *fraude no incentivo* podem ser hierarquizadas de acordo com a relevância de cada uma dentro do conjunto de razões que induzem o consentimento. Portanto, é necessário investigar se, no caso concreto, a crença

¹⁶⁸⁰ Conferir o art. 215 do Código Penal brasileiro: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém, mediante fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.”

equivocada era a *única condição e em si mesma suficiente para o consentimento*; um *elemento essencial de uma condição suficiente*; uma *condição necessária, mas insuficiente* ou uma *condição desnecessária e insuficiente*¹⁶⁸¹. A nosso ver, nos exemplos originais, a crença equivocada é um elemento essencial de uma condição suficiente para o consentimento sexual, enquanto que, nos exemplos reformulados, a crença equivocada tende a ser uma condição necessária e insuficiente. Como corretamente observado por Tadros, a simples constatação de que, se não fosse o erro, o indivíduo não consentiria no ato não é suficiente para invalidar o consentimento¹⁶⁸². Há que se analisar se o erro constituiu uma condição não só necessária, mas suficiente ou elementar a uma condição suficiente. Ainda que, nas duas variações dos casos, o consentimento sexual seja considerado, em princípio, válido e, por esse motivo, não seja possível punir V e M por crime contra a autodeterminação sexual, subsiste a possibilidade, em tese, de puni-los pelo comportamento fraudulento¹⁶⁸³.

A despeito dessa análise sobre o peso da crença equivocada no processo decisório, verifica-se que a diferença nas soluções também pode ser explicitada em termos mais singelos. Nos casos originais, as propostas do guru espiritual V e do milionário M, além de fraudulentas, exercem considerável *pressão coercitiva* sobre as escolhas de W e L, tendo em vista que a não aceitação da oferta implicaria grave consequência indesejada¹⁶⁸⁴. Aplicando-se os critérios apresentados no tópico anterior, quanto mais verossímil a fraude e mais grave a consequência indesejada, menos voluntário o consentimento. Por outro lado, nas outras duas versões dos casos, a oferta não exerce qualquer pressão coercitiva, já que V e M oferecem a W e L, respectivamente, apenas um prospecto mais atrativo e não a eliminação de um mal

¹⁶⁸¹ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 301. Murphy chega à mesma solução que Feinberg, mas com fundamentação distinta: MURPHY, Jeffrie G. Some ruminations on women, violence, and the criminal law. In: COLEMAN, Jules L.; BUCHANAN, Allen (ed.). *In Harm's Way*. Essays in Honor of Joel Feinberg. Cambridge: Cambridge University Press, 1994, p. 222.

¹⁶⁸² TADROS, Victor. *Wrongs and Crimes*, p. 254.

¹⁶⁸³ No que diz respeito à legislação penal brasileira, a tentativa de incluir tais comportamentos no alcance do crime de estelionato do art. 171 do Código Penal provavelmente não seria bem sucedida, considerando a interpretação predominante que confere às elementares típicas “vantagem ilícita” e “em prejuízo alheio” natureza unicamente patrimonial. Além disso, também não é comum interpretar a elementar “ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência” do crime de constrangimento ilegal do art. 146 do Código Penal de forma a incluir a fraude. Contudo, é plausível defender que uma legislação penal ideal criminalize também como figura subsidiária a conduta de induzir alguém, mediante fraude, a praticar ou deixar de praticar determinadas condutas que a lei não obriga ou não proíbe. Pode-se discutir se, nesse caso, outro princípio da criminalização que não o princípio do dano explicitaria melhor o fundamento da proibição (conferir discussão no tópico 6.3.4 *infra*).

¹⁶⁸⁴ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 302-303.

intolerável. Assim, embora a *fraude no incentivo* sempre reduza a voluntariedade da escolha, só será capaz de reduzir a voluntariedade para aquém do patamar mínimo necessário à validade do consentimento nos dois primeiros casos.

Os casos de fraude quanto à pessoa também demandam atenção especial. De acordo com o entendimento tradicional, erros quanto à identidade da pessoa são erros factuais, mas não os *erros quanto às qualidades da pessoa* (estado civil, profissão etc.)¹⁶⁸⁵. Porém, nem todo erro possivelmente classificado como sendo erro quanto à identidade parece merecer o mesmo tratamento. Vale, novamente, confrontar dois possíveis exemplos de violação sexual mediante fraude. Suponhamos que E ingresse, no meio da noite, no quarto escuro em que I dormia e mantenha com ela relação sexual, sabendo que a mulher consentiria no ato unicamente por acreditar que E era, na verdade, seu marido F. Imaginemos também que O finja ser um famoso astro do rock para convencer N, uma mulher que ele conheceu no bar, a praticar com ele ato sexual. Para Feinberg, no primeiro caso, há *fraude no fato* e, no segundo caso, há *fraude no incentivo*. Isso porque I não sabia estar consentindo em um adultério, enquanto que o fato consentido por N não muda de qualificação pelo fato de O não ser uma celebridade musical. Além disso, para Feinberg, a conduta de E retrocederia interesses de I, diferentemente da conduta de O que apenas frustra um benefício almejado por N¹⁶⁸⁶. Por esses motivos, o filósofo conclui que o consentimento sexual de I é menos do que suficientemente voluntário e o de N é suficientemente voluntário.

Apesar de concordarmos com a conclusão sobre a validade do consentimento, discordamos da análise apresentada por Feinberg a respeito dos exemplos citados. A nosso ver, mesmo que ambos os casos fossem categorizados como hipóteses de fraude no fato ou no incentivo, o erro de I quanto à pessoa de E é *essencial*, enquanto o erro de N quanto a pessoa de O é meramente *acidental*: I acreditava que E era, na realidade, seu marido F, enquanto N sabia que O era exatamente a mesma pessoa que ela havia conhecido no bar, mas estava errada quanto a uma qualidade específica de O. Em face disso, conquanto a crença

¹⁶⁸⁵ Alguns defensores de uma concepção relacional de autonomia defendem solução diversa em casos como o do falso *rockstar* O. Nessa linha, Herring entende que o erro quanto às qualidades de outra pessoa torna o consentimento sexual ineficiente: HERRING, Jonathan. Relational autonomy and consent, p. 33.

¹⁶⁸⁶ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 304-305. Nesse ponto, Feinberg se baseia em Perkins. Criticando a argumentação de Feinberg por recorrer à danosidade do ato para justificar a invalidação do consentimento em uma hipótese e não na outra: STEWART, Hamish. Harms, Wrongs, and Set-Backs in Feinberg's Moral Limits of the Criminal Law, p. 64.

equivocada influencie causalmente tanto a escolha de I quanto a de N, apenas o erro da primeira pode ser considerado causa eficiente do seu consentimento. A conclusão é que apenas I não exercia um controle suficiente sobre a interação sexual e, portanto, teve violada a sua autodeterminação sexual¹⁶⁸⁷. Tendo em vista casos como esses, há quem defenda que o erro sobre a identidade só seja considerado relevante quando a parte equivocada ou enganada acredita erroneamente que a outra parte seja uma pessoa que ela *conhece pessoalmente*¹⁶⁸⁸.

Em suma, nem todo erro ou engano invalida o consentimento, mas *apenas os erros factuais, ficando excluídos os erros de valoração*. Apesar disso, os indivíduos têm o *direito de cometer determinados erros factuais* sem que haja intervenção em sua liberdade: quando há *dúvida razoável* quanto ao fato que se considera que ele está enganado e quando *o erro factual é reflexo de erro de valoração*, desde que, em qualquer caso, o indivíduo tenha acesso às informações disponíveis para tomar sua decisão. Ademais, o erro factual que pode invalidar o consentimento é aquele que recai sobre um *fato relevante para a tomada de decisão*, sendo que a conclusão final sobre a invalidade do consentimento depende das circunstâncias concretas, inclusive do *contexto de vida* em que a decisão é tomada. Em princípio, *tanto a fraude no fato quanto a fraude no incentivo podem tornar o consentimento menos do que suficientemente voluntário*. Contudo, em todo caso, há que se atentar para a relevância de cada crença equivocada no conjunto de razões que condicionam ou induzem o consentimento, de modo que o consentimento só será ineficiente se tiver *a crença equivocada como condição necessária e suficiente ou elemento essencial de uma condição suficiente*. Em relação à fraude no incentivo, essa exigência será atendida, por exemplo, quando o incentivo exercer uma *pressão coercitiva* no processo decisório, consistindo em evitar um dano sério e não apenas obter uma vantagem.

A ausência de erro ou ignorância é, ainda, especialmente importante para a voluntariedade do consentimento quando se trata de intervenções médicas. As relações médico-paciente são, em regra, caracterizadas por um desequilíbrio que justifica a atribuição de deveres especiais a uma das partes, já que o médico detém o acesso às informações relevantes a respeito da intervenção que afeta diretamente o bem-estar do paciente. Nesse

¹⁶⁸⁷ Conferir: TADROS, Victor. *Wrongs and Crimes*, p. 250.

¹⁶⁸⁸ Segundo Ferguson, essa sugestão foi feita pela Comissão encarregada em 2008 de recomendar reformas no direito penal sexual escocês: FERGUSON, Patricia. Reforming Rape and other Sexual Offences. *Edinburgh Law Review*, v. 12, 2008, p. 305.

quadro, um pressuposto essencial do consentimento válido é o cumprimento pelo médico do *dever de esclarecimento para a autodeterminação do paciente*. Por conseguinte, o descumprimento do dever de esclarecimento invalida o consentimento na intervenção médica, permitindo que o médico seja punido pela injustiça praticada contra o paciente, injusto esse constituído pelo desrespeito à autonomia corporal alheia. A exata extensão do dever de esclarecimento depende das especificidades do caso concreto e há grande discussão na literatura sobre os contornos desse dever¹⁶⁸⁹, mas cabe apresentar um breve sumário dos seus aspectos gerais.

O médico deve revelar previamente ao paciente todas as informações que se presume que uma pessoa razoável na mesma posição precisaria para tomar uma decisão embasada sobre o próprio tratamento, em especial aquelas referentes ao diagnóstico, à execução da intervenção médica, aos custos e benefícios do tratamento, às chances de sucesso, aos riscos para a vida e a saúde do paciente e a eventuais alternativas¹⁶⁹⁰. Caso o paciente necessite de informações adicionais, cabe a ele solicitá-las e o médico terá a obrigação de divulgá-las ou admitir desconhecer os dados demandados. Nessa última hipótese, o médico haverá de diligenciar no sentido de reunir as informações complementares que lhe sejam razoavelmente acessíveis e apresentá-las ao paciente. Havendo divergência ou incerteza científica quanto a dado relevante ou solicitado pelo paciente, o médico deverá muni-lo dos elementos básicos necessários à compreensão do objeto da divergência ou da incerteza. Além disso, exige-se que o médico não apenas revele as informações relevantes e solicitadas, mas também as simplifique, interprete e explique o seu significado, de forma a garantir que um paciente leigo possa realmente compreendê-las¹⁶⁹¹. O médico não está autorizado a ocultar informações do

¹⁶⁸⁹ Conferir: SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, p. 273-278; ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, §13, 128b. No âmbito da jurisprudência cível alemã, surgiu, em torno de casos de direito médico, a figura do consentimento hipotético, o qual permite afastar a responsabilidade do médico que deixa de cumprir integralmente com o dever de esclarecimento, quando ficasse constatado que, em um juízo hipotético, o paciente consentiria na intervenção caso houvesse sido devidamente informado (HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito Penal*, p. 165). Contrariamente à aplicação do consentimento hipotético ao direito penal e em favor da restrição do conteúdo do esclarecimento a ser exigido para a validade do consentimento penal, a fim de evitar punições excessivas, e da previsão da necessidade de representação do ofendido como requisito para exercício da ação penal, mesmo nos casos de lesões corporais graves produzidas durante o tratamento médico: SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, p. 311-312.

¹⁶⁹⁰ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 306; SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, p. 251-254.

¹⁶⁹¹ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 309; BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of Biomedical Ethics*. New York: Oxford University Press, 1979, p. 70-80.

paciente sob o pretexto de proteger o seu bem-estar¹⁶⁹², mas o paciente pode livremente renunciar ao esclarecimento, desde que receba o mínimo de informação necessário ao exercício consciente do direito à renúncia¹⁶⁹³.

6.2.3.4 Fatores de redução da voluntariedade: incapacidade

É possível conceber a incapacidade não como uma terceira causa independente de invalidação do consentimento, mas como fator de redução da voluntariedade derivado dos dois anteriores. Isso porque as incapacidades que diminuem ou mesmo anulam a voluntariedade das escolhas são de cunho *cognitivo* ou *volitivo*¹⁶⁹⁴. Assim, em linhas gerais, o incapaz é aquele que não tem condições de compreender os fatos relevantes atinentes à escolha ou de escolher de forma suficientemente livre. As causas de incapacidade podem ter natureza etária, psíquica ou situacional e podem ser permanentes (por exemplo, uma pessoa em coma irreversível) ou provisórias (por exemplo, a imaturidade etária). De forma geral, presume-se que têm capacidade para consentir os indivíduos adultos e mentalmente hígidos, a não ser que esteja presente alguma causa momentânea de incompetência (por exemplo, uma pessoa completamente embriagada ou sob o efeito de substâncias psicotrópicas).

Todavia, não basta a presença de alguma causa de incapacidade para invalidar o consentimento, sendo necessário o comprometimento de habilidades cognitivas e volitivas imprescindíveis a escolhas verdadeiramente autônomas. No caso de incapacidade ou de dúvida quanto à capacidade, o paternalismo suave autoriza a intervenção a fim de resguardar o bem-estar daquele que não decide autonomamente. Ocorre que, assim como a voluntariedade, a capacidade também é graduável. Comumente, os indivíduos ditos incompetentes são capazes de tomar livremente determinadas decisões, mas não outras¹⁶⁹⁵.

¹⁶⁹² FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 308. Como defendido por Siqueira, o que é comumente denominado de *privilegio terapêutico do médico* (isto é, a prerrogativa do médico de, a seu juízo, omitir ou alterar informações “para o próprio bem” do paciente) deve se restringir às hipóteses em que “a revelação de uma informação puder conduzir a um dano efetivo à saúde física ou mental” do paciente (SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, p. 299). Nesses casos, a intervenção médica estará justificada em razão do consentimento presumido.

¹⁶⁹³ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 311.

¹⁶⁹⁴ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 316.

¹⁶⁹⁵ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 318-319.

Logo, a incapacidade parcial e relativa é a regra, enquanto a incapacidade total e absoluta é excepcional.

Pode ser que, não obstante a influência de causa momentânea de redução da capacidade, o indivíduo precise obrigatoriamente fazer uma escolha nessas condições, já que o próprio fator de redução da voluntariedade é que gera diretamente a necessidade de fazer uma escolha imediata. Nessas situações, *permitir uma decisão menos voluntária é melhor do que privar a pessoa de decidir por si mesma*. É o caso da parturiente que desejava realizar um parto natural, mas acaba por solicitar a anestesia quando a dor se torna muito intensa. Com efeito, a dor é tal que impede que a decisão da mulher reflita verdadeiramente os seus valores e preferências, mas a decisão perderia sentido se ela tivesse que aguardar o alívio da dor. Por isso, embora seja legítimo que terceiros (doula, médico, familiares etc.) procurem aconselhar a parturiente em favor de uma decisão mais consentânea com a sua vontade real, a sua decisão por tomar a anestesia deve ser respeitada. Nessas circunstâncias especiais, a escolha da mulher é voluntária dentro do possível¹⁶⁹⁶.

Em outros casos, a despeito da presença de determinado distúrbio mental persistente ser determinante para a decisão que, em geral, reduz o bem-estar individual, o paternalista suave comprometido com uma concepção não idealizada de autonomia deverá zelar pelo respeito à decisão. É o caso de pessoas portadoras de Transtorno de Identidade e Integridade Corporal (TIIC), um raro distúrbio psicológico que leva pessoas fisicamente saudáveis a desenvolverem repulsa por um membro do corpo e a desejarem a sua amputação, a ponto de se automutilarem gravemente. As estatísticas atualmente disponíveis indicam que medicação e psicoterapia se mostram ineficientes no tratamento desse distúrbio, enquanto a efetiva amputação do membro tende a melhorar dramaticamente a qualidade de vida do paciente¹⁶⁹⁷. Por essa razão, alguns especialistas identificam a intervenção cirúrgica para a amputação do membro saudável, nesses casos, como um procedimento terapêutico. Na visão aqui defendida, o parâmetro de voluntariedade deve ser ajustado a tais circunstâncias especiais, de forma que a pessoa não seja considerada, simplesmente em razão do diagnóstico de TIIC, incapaz de decidir livremente pela remoção do membro saudável. Além de rigidamente paternalista, a

¹⁶⁹⁶ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 340-343.

¹⁶⁹⁷ BERGELSON, Vera. *Consent to Harm*, p. 107: “The BIID patients often compare themselves to those suffering from Gender Identity Disorders (“GID”), describing the common experience as “being “stuck in the wrong body.”

posição que nega, de antemão, validade ao consentimento do paciente em tal procedimento cirúrgico está contaminada pela percepção capacitista que vê como necessariamente irracional a opção por viver com uma deficiência física.

O art. 12, §4º, do Decreto nº 6.949/2009, que promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, prevê que os Estados Partes devem assegurar que as medidas dirigidas a salvaguardar o bem-estar de pessoas com deficiência, física ou mental, respeitem a vontade e as preferências dessas pessoas, sejam proporcionais ao grau de intervenção nos seus direitos e interesses, aplicáveis pelo período de tempo mais curto possível e estejam sujeitas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. Portanto, *as pessoas com deficiência mental conservam algum controle sobre a condução da própria vida*¹⁶⁹⁸, sendo que a amplitude desse controle varia conforme o grau de afetação do discernimento em razão do distúrbio psíquico, a gravidade do risco advindo de determinadas escolhas referidas ao próprio bem-estar e o valor dessas escolhas para a autorrealização pessoal do indivíduo.

Diante disso, verifica-se que os pressupostos específicos da competência mínima para a validade de decisões referidas ao próprio bem-estar variam de acordo com a situação concreta. Em todo caso, a capacidade para consentir, nos mais variados contextos de vida, não pode simplesmente ser equiparada à *capacidade civil para a prática de negócios jurídicos* nem à *capacidade de culpabilidade penal*¹⁶⁹⁹. De fato, há causas de redução da capacidade que, ao perturbarem a cognição e o autodomínio individual, podem invalidar o consentimento, ainda que não afastem a culpabilidade penal. É o caso da embriaguez que, mesmo sendo incompleta e voluntária, pode tornar o consentimento menos do que suficientemente voluntário para ser efetivo, mas, tradicionalmente, só isenta de pena aquele que comete crime em estado de embriaguez completa e involuntária¹⁷⁰⁰. Além disso, o patamar de voluntariedade pode ser menos exigente quando a colheita do consentimento é premente e

¹⁶⁹⁸ DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida*, p. 320.

¹⁶⁹⁹ SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, p. 228.

¹⁷⁰⁰ Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal: (...) Embriaguez II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos. § 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. § 2º - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

relevante para os interesses de bem-estar de outras pessoas (por exemplo, o consentimento de motorista completamente embriagado em realizar o teste do bafômetro)¹⁷⁰¹.

Nada impede que, em relação a determinadas escolhas específicas, o legislador estabeleça expressamente critérios para a validade do consentimento, desde que a intromissão na liberdade individual seja proporcional e não exceda os limites do necessário para evitar decisões menos do que suficientemente voluntárias. É o caso de *critérios etários* como o previsto pelo art. 217-A do Código Penal brasileiro, que fixa em 14 anos a idade mínima para a validade do consentimento sexual¹⁷⁰². A nosso ver, a eleição de um patamar etário deve se basear em evidências científicas a respeito da maturidade biopsicológica média de crianças e adolescentes, balizando, ainda, os propósitos de proteger o maior número possível de indivíduos contra escolhas não verdadeiramente autônomas e de assegurar aos presumivelmente imaturos a maior esfera possível de autonomia de fato¹⁷⁰³. Ademais, a idade mínima para a validade do consentimento deve variar conforme o potencial danoso da atividade para o próprio indivíduo e para outras pessoas. Destarte, a idade mínima para consentir na prática sexual deve, em princípio, ser menor do que a idade mínima para dirigir e votar, por exemplo, tendo em vista que essas atividades também afetam interesses alheios¹⁷⁰⁴. Em todo caso, tendo como base o sistema legal brasileiro, demanda-se fundamentação robusta a fim de fixar a idade mínima para consentir em patamar acima dos 18 anos.

Conquanto se possa questionar a eleição pelo legislador brasileiro do patamar etário de 14 anos para o consentimento sexual¹⁷⁰⁵, o recurso à presunção de não voluntariedade, nesse âmbito, é compatível com o paternalismo suave, considerando que: 1) a iniciação sexual

¹⁷⁰¹ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 339-340.

¹⁷⁰² Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. § 2º (VETADO) § 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. § 4º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. § 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

¹⁷⁰³ Assim, o paternalista suave pode concordar, por exemplo, com a idade legal mínima de 18 anos para a doação de órgãos, havendo a possibilidade de autorização judicial para a doação por menores (art. 9º da Lei nº 9.434/1997). Já a idade mínima de 25 anos para consentir na esterilização é uma limitação rigidamente paternalista (art. 10, I, da Lei nº 9.263/1996).

¹⁷⁰⁴ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 327

¹⁷⁰⁵ Conferir: FARIA, Aléxia Alvim Machado; VIANNA, Túlio. Maioridade Sexual: por uma idade de consentimento sexual pautada na tutela de bens jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 118, 2016, p. 15-54.

precoce produz efeitos adversos sobre o desenvolvimento físico e mental saudável de menores¹⁷⁰⁶; 2) há impossibilidade prática de checar, caso a caso, se o adolescente é suficientemente maduro para consentir na experiência sexual e 3) a intervenção na liberdade de escolha da criança ou adolescente é temporária, pois, eventualmente, o menor atingirá o patamar etário mínimo. No entanto, o respeito à autodeterminação sexual exige que a presunção de não voluntariedade do consentimento sexual de adolescente¹⁷⁰⁷ possa ser relativizada em determinadas hipóteses, especialmente quando o parceiro sexual esteja em patamar etário próximo (como ocorre com a *close-in-age exception*, admitida pelo direito penal anglo-americano). Por certo, o risco de exploração do adolescente é maior quando o ato sexual é praticado com adulto consideravelmente mais velho, sendo que, embora a exploração de circunstâncias infelizes de vida *per se* não seja suficiente para invalidar o consentimento (tópico 6.2.3.2 *supra*), a exploração da imaturidade alheia pode reduzir a voluntariedade para aquém do mínimo necessário¹⁷⁰⁸.

Ocasionalmente, o representante legal do incapaz poderá substituí-lo e tomar decisões que, embora repercutam no bem-estar do representado, serão reconhecidas como válidas (*consentimento por representação*). Observa-se, porém, que não há transferência da titularidade dos interesses de bem-estar do representado para o representante, de modo que o consentimento do representante deve ser consentâneo com a *promoção do seu melhor*

¹⁷⁰⁶ Como visto, o parâmetro de voluntariedade deve variar conforme o potencial lesivo do ato no qual se consente. Logo, a maturidade exigida para consentir em atos como beijos e toques em regiões erógenas não pode ser equivalente à exigida para consentir na penetração vaginal ou anal. Ver: FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 331. Entretanto, um critério etário diferenciado para atos sexuais praticados entre pessoas do mesmo sexo, como era o caso da legislação inglesa até o ano 2000, configuraria um forma de discriminação e seria, por conseguinte, inadmissível por violar o direito à igualdade perante a lei.

¹⁷⁰⁷ Conferir o art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990): Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

¹⁷⁰⁸ O potencial danoso e o risco de exploração também justificam que se fixe uma idade legal mínima mais alta para a validade do consentimento quando se trata de atividades como prostituição e pornografia. No caso brasileiro, parece-nos razoável a tradição de fixar em 18 anos a idade mínima para consentir nessas atividades, mas também é recomendável prever algumas exceções em relação à pornografia (por exemplo, fotos de nudez produzidas por adolescentes com consentimento para uso consensual em privado). A legislação inglesa, conforme registram Gillespie e Ost, prevê uma idade de consentimento sexual mais alta em outras duas hipóteses: risco de abuso de confiança e incesto. Ver a análise crítica feita pelos autores: GILLESPIE, Alisdair; OST, Suzanne. The 'Higher' Age of Consent and the Concept of Sexual Exploitation. In: REED, Alan; BOHLANDER, Michael; WAKE, Nicola; SMITH, Emma (ed.). *Consent. Domestic and Comparative Perspectives*. New York: Routledge, 2017, p. 161-176.

*interesse (best interest standard)*¹⁷⁰⁹. Além disso, existem escolhas que não podem ser feitas por outras pessoas em nome do indivíduo incompetente, especialmente quando se trata de *decisões existenciais relativas ao exercício de direitos personalíssimos*. Assim, por exemplo, embora os pais possam consentir validamente na transfusão de sangue por indicação médica para seu filho menor¹⁷¹⁰, entendemos inválido o consentimento de genitores na circuncisão de seus filhos menores exclusivamente por razões religiosas¹⁷¹¹. Por certo, quando se trata de decisões que impactam a vida de crianças, a melhor solução é, sempre que possível, postergar a decisão para quando elas forem suficientemente maduras para decidir por si mesmas¹⁷¹². Não sendo possível postergar a decisão, deve-se assegurar ao incapaz alguma influência sobre a escolha, na medida de suas habilidades cognitivas e volitivas¹⁷¹³.

O *consentimento por representação* não deve ser confundido com o *consentimento presumido*. Havendo impossibilidade fática ou normativa de obter ou aguardar o consentimento de pessoa capaz ou, no caso de pessoa incapaz, de seu representante legal, a ausência do consentimento real pode ser suprida pelo *consentimento presumido*¹⁷¹⁴. No

¹⁷⁰⁹ Um precedente paradigmático de Corte estadunidense a esse respeito é: *In re Quinlan*, 70 N.J. 10, 355 A.2d 647 (NJ 1976), em que os pais de uma paciente em estado vegetativo irreversível conseguiram autorização judicial para remover os aparelhos que a mantinham respirando artificialmente. Para uma análise crítica dessa decisão: BUCHANAN, Allen. *The Limits of Proxy Decision Making*. In: SARTORIUS, Rolf E. (ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983, p. 153-170.

¹⁷¹⁰ A respeito da decisão dos pais por recusar tratamento médico para os filhos, Diekema observa que o *harm principle* fornece um melhor fundamento do que o *best interest standard* para a intervenção estatal nesses casos, uma vez que, entre outras razões, a definição do que é o “melhor interesse” da criança é uma questão controversa e altamente dependente de valores (para os pais que são testemunhas de Jeová e recusam transfusão de sangue para seu filho, a “perda da chance de salvação” não é no melhor interesse da criança) e há uma série de decisões dos pais nas quais a intervenção estatal não seria razoável, embora essas não sejam no melhor interesse das crianças. Ver: DIEKEMA, Douglas S. *Parental Refusals of Medical Treatment: The Harm Principle as Threshold for State Intervention*. *Theoretical Medicine*, n. 25, 2004, p. 249-245. Para a autora, a recusa dos pais ao tratamento médico só não será válida se expor a criança a risco não trivial de dano sério, iminente e evitável (*Ibidem*, p. 253).

¹⁷¹¹ Na mesma linha, os representantes legais de incapazes não podem consentir, por eles, na participação em ato sexual.

¹⁷¹² FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 326. No caso da circuncisão religiosa, é possível que adolescentes já tenham o discernimento necessário para consentir no ato. Em todo caso, o parâmetro de voluntariedade tende a ser mais exigente para a circuncisão feminina do que para a masculina, tendo em vista o caráter mais intrusivo da intervenção. Além disso, é razoável exigir que, em menores de 18 anos, o procedimento seja sempre realizado por médico. Também nos parece correto estabelecer o patamar etário mínimo de 18 anos para os casos em que a circuncisão feminina envolve, por exemplo, a retirada total do clitóris com consequências permanentes para o prazer sexual feminino.

¹⁷¹³ SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, p. 243.

¹⁷¹⁴ O conceito de consentimento presumido, manuseado pela doutrina penal do sistema romano-germânico, aproxima-se do que Feinberg denomina de *dispositional consent*: “Dispositional consent then is not actual consent, and can only be presumed, not known” (FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 173).

mencionado exemplo do transeunte que está a ponto de tentar atravessar uma ponte que está prestes a desabar, caso ele não tenha visto a placa que alertava sobre o risco de desabamento nem ouvido os avisos dados pelo guarda, a intervenção desse último para impedir que o indivíduo prossiga na travessia estará legitimada pelo consentimento presumido. O mesmo vale para o caso de uma vítima de acidente de trânsito que, tendo dado entrada no pronto socorro inconsciente e em estado grave, precisa ser submetida a uma cirurgia de urgência. Nessa hipótese, o médico que realiza a cirurgia, estando ausentes quaisquer indícios de que o paciente se oporia à intervenção, também estará amparado pelo consentimento presumido¹⁷¹⁵.

Segundo Feinberg, são requisitos de validade do consentimento presumido: 1) a impossibilidade de obter ou aguardar o consentimento real; 2) a existência de fortes evidências de que o indivíduo, caso tivesse a oportunidade de expressar sua vontade, consentiria naquela intromissão em seu domínio pessoal e 3) a intromissão precisa ser necessária não apenas para beneficiá-lo, mas para evitar que ele venha a sofrer dano considerável¹⁷¹⁶. Acrescenta-se que o consentimento presumido não deve se basear em um modelo objetivo de decisão racional, mas refletir a *vontade presumida* da pessoa em concreto (*substituted judgment standard*). Daí que, por exemplo, familiares de idoso que se encontra incapacitado de manifestar a própria vontade podem se respaldar em declarações, opiniões e outras manifestações do sujeito, anteriores a sua incapacidade, para recusar tratamento com quimioterapia para câncer incurável, pois ele não desejaria se submeter a tratamento doloroso e com muitos efeitos colaterais apenas para prolongar a vida por poucos meses¹⁷¹⁷.

¹⁷¹⁵ Segundo Siqueira, o consentimento presumido é uma causa autônoma e suprallegal de justificação, diferentemente do consentimento real que é causa de exclusão da tipicidade: SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, p. 313.

¹⁷¹⁶ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 173-174: “Where actual consent can be determined at little cost or delay, mere presumed dispositional consent will not be sufficient to transfer any responsibility to B for A’s act, or to deprive B of his rightful grievance after the fact. But where (i) the evidence of B’s disposition to consent is overwhelmingly strong (much more than a mere guess or a morally risky “presumption”), and (2) A has no opportunity to solicit it from B in the available time, and (3) the envisaged action of A is necessary not merely to secure a benefit for B but to avert a serious loss or harm, then the Volenti maxim can be stretched without strain to protect A from liability to B and to deprive B of any grievance against A.” Hilgendorf e Valerius registram que, no direito penal alemão, o consentimento presumido também é aplicável “quando a ação é realizada diante da falta de interesse do lesado na proteção de seu bem jurídico (p. ex., recolher frutas, em um gramado, que tenham caído em excesso das árvores)” (HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito Penal*, p. 163).

¹⁷¹⁷ O exemplo é inspirado no caso *Superintendent of Belchertown State School v. Saikewicz*, 370 N.E.2d 417 (1977). Nesse precedente, a Corte estadunidense reconheceu que o paciente incapaz tem o mesmo direito à recusa de tratamento que o paciente capaz e que o *substituted judgment standard* é meio para o exercício desse direito.

Logo, o respeito à autonomia pessoal impõe a quem pretende respaldar a sua atuação no consentimento presumido que investigue, dentro do possível, as *preferências subjetivas recentes* do indivíduo a fim averiguar o que ele (ou, tratando-se de incapaz, o seu representante ilegal) escolheria naquela situação¹⁷¹⁸. Não importa que uma maioria estatística de pessoas competentes situadas na mesma posição decidiria em determinado sentido, mas como a pessoa em questão decidiria se tivesse condições de manifestar sua vontade de forma livre e informada¹⁷¹⁹. Também não se deve levar em consideração a utilidade da decisão para terceiros ou para a própria sociedade¹⁷²⁰. Na ausência de evidências confiáveis, diretas ou indiretas, suficientes à aferição da vontade presumida (por exemplo, declarações prévias orais ou escritas, crenças religiosas, projetos de vida, etc.), a estratégia do paternalismo suave admite que a decisão seja tomada conforme um parâmetro objetivo orientado pela ideia de melhor interesse da pessoa (*best interest standard*)¹⁷²¹.

Figura 12 – Sumário sobre os fatores de redução da voluntariedade

Tipos de coação	<i>Coação natural ou circunstancial</i> : pressão coercitiva exercida sobre as escolhas individuais por fatos naturais ou por circunstância fáticas não imputáveis a escolhas voluntárias de outros indivíduos.	Não torna o consentimento menos do que suficientemente voluntário.
	<i>Coação pessoal</i> : pressão coercitiva sobre as escolhas individuais decorrente de condutas voluntárias de outros indivíduos.	Tende a tornar o consentimento menos do que suficientemente voluntário.
	<i>Compulsão</i> : tipo de coação que impede o coagido de fazer escolhas.	Não há consentimento voluntário.
	<i>Coação propriamente dita</i> : tipo de coação que dificulta o acesso do coagido a determinada opção ao aumentar o custo a ser por ele suportado, caso	Tende a tornar o consentimento menos do que suficientemente voluntário.

¹⁷¹⁸ Para Kadish, na ausência de uma manifestação anterior de vontade (p. ex., via diretivas antecipadas de vontade), o parâmetro mais adequado não seria o da vontade presumida e sim o do melhor interesse. Assim, não se deveria investigar como o indivíduo decidiria e sim qual decisão atenderia ao seu melhor interesse. Contudo, para o autor, a investigação sobre o melhor interesse deve levar em conta as preferências subjetivas do indivíduo, pois dificilmente é possível tornar a vida de uma pessoa melhor contrariando os seus desejos e preferências. Conferir: KADISH, Sanford H. Letting patients die: Legal and moral reflections. In: COLEMAN, Jules L.; BUCHANAN, Allen (ed.). *In Harm's Way*. Essays in Honor of Joel Feinberg. Cambridge: Cambridge University Press, 1994, p.309-310. Essa posição se baseia na já criticada tese de que o indivíduo é o melhor guardião do seu próprio bem-estar, a qual desconsidera a diferença que já realizamos entre, de um lado, aquilo que é do interesse do indivíduo e, de outro, aquilo que ele prefere ou deseja.

¹⁷¹⁹ *Superintendent of Belchertown State School v. Saikewicz*, 370 N.E.2d 417 (1977). Ver: LEE, Daniel E. The Saikewicz Decision and Patient Autonomy. *The Linacre Quarterly*, v. 47, n. 1, 1980, p. 64-69.

¹⁷²⁰ KADISH, Sanford H. Letting patients die, p. 308.

¹⁷²¹ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 324.

	decida escolhê-la.		
Requisitos da coação por ameaça	A ameaça apta a invalidar o consentimento deve ser <i>moralmente injustificável</i> (= injusta ou impermissível) e <i>exercer pressão coercitiva</i> .	A pressão coercitiva exercida pela ameaça varia conforme a <i>credibilidade da ameaça</i> , o <i>quão indesejável é a demanda</i> feita pelo coator e o <i>quão indesejável é a consequência ameaçada</i> .	O <i>parâmetro</i> para definir a pressão coercitiva exercida pela ameaça é <i>subjetivo</i> e não objetivo.
Diferenciação entre ameaças e ofertas	Ameaças e ofertas podem ser diferenciadas conforme o <i>teste do padrão estatístico</i> , segundo o qual uma proposta deve ser qualificada como oferta e não ameaça se constituir um <i>desvio bem-vindo em relação ao cenário normalmente esperado</i> , quando se considera as <i>práticas gerais estatisticamente prevalecentes</i> .	Ainda que exerçam pressão coercitiva e reduzam a voluntariedade da escolha, as <i>ofertas podem configurar exploração, mas não coação</i> e, diferentemente das ameaças, <i>não invalidam, por si só, o consentimento</i> , já que <i>ampliam ao invés de limitar as alternativas disponíveis a outra parte</i> , desde que aquele que faz a oferta não tenha contribuído para criar as condições que são por ele, posteriormente, exploradas.	
Tipos de erro/engano	<i>Erro factual</i> : erro quanto às circunstâncias fáticas.	Salvo exceções, tende a tornar o consentimento menos do que suficientemente voluntário, desde que o erro recaia sobre <i>circunstância fática essencial e não accidental</i> .	
	<i>Erro de valor</i> : erro quanto à valoração das circunstâncias fáticas corretamente conhecidas.	Não torna o consentimento menos do que suficientemente voluntário.	
	<i>Fraude no fato</i> : fraude quanto àquilo que se consente.	Tende a tornar o consentimento menos do que suficientemente voluntário, desde que o engano se refira a <i>circunstância fática essencial e não accidental</i> .	
	<i>Fraude no incentivo ou na indução</i> : fraude quanto àquilo que incentiva o consentimento.	Pode tornar o consentimento menos do que suficientemente voluntário, desde que a crença equivocada constitua <i>condição necessária e suficiente ou elemento essencial de uma condição suficiente</i> para o consentimento.	
Tipos de incapacidade	<i>Imaturidade etária</i>	Consentimento por representação	Parâmetro do melhor interesse (<i>best interest standard</i>) combinado com o poder de veto, dentro do cabível.
	<i>Incapacidade psíquica</i>	Consentimento por representação ou, se a pessoa foi competente em algum momento, consentimento presumido.	Parâmetro do melhor interesse (<i>best interest standard</i>), no primeiro caso, e parâmetro da vontade presumida da pessoa em concreto (<i>substituted judgment standard</i>), no segundo.
	<i>Incapacidade situacional</i>	Consentimento presumido ou, se a pessoa, quando competente, houver nomeado um procurador responsável por tomar	Parâmetro da vontade presumida da pessoa em concreto (<i>substituted judgment standard</i>)

		decisões em casos de incompetência, consentimento por representação.	

6.2.4 A estratégia do paternalismo suave na prática

Como exposto anteriormente, o parâmetro de voluntariedade e, por decorrência, os pressupostos específicos de validade do consentimento variam conforme o caso concreto. Diante da complexidade que circunda o consentimento válido, surgem dúvidas sobre como o legislador que pretende seguir a estratégia do paternalismo suave deverá proceder: os requisitos positivos ou negativos do consentimento válido devem constar do tipo penal (por exemplo, a inclusão da violência ou grave ameaça como meios elementares para a prática da conduta)? Pode o tipo penal ser construído a partir da presunção de não voluntariedade do consentimento em determinados danos (por exemplo, o crime de homicídio a pedido)? É admissível que o legislador preveja uma cláusula geral de limitação da validade do consentimento em determinados danos (como a cláusula dos bons costumes nas lesões corporais)? Essas questões devem ser respondidas à luz de cada contexto em que a relevância do consentimento entra em discussão.

6.2.4.1 Propostas liberais para a revisão de tipos penais rigidamente paternalistas

O objetivo desse tópico é analisar algumas hipóteses específicas de criminalização em relação às quais há fortes suspeitas de interferência do paternalismo rígido, buscando indicar como um paternalista suave poderia reformular a descrição da conduta criminosa ou reinterpretá-la. Em verdade, cada grupo de casos mereceria uma tese apartada, de modo que aqui só temos espaço para apresentar alguns direcionamentos gerais voltados à conformação da legislação ao modelo liberal.

Para fins didáticos, propõe-se que o leitor considere os seguintes casos concretos: 1) o médico X aplica injeção letal que causa a morte de seu paciente Y, um rapaz de 25 anos que, tendo ficado tetraplégico, há cinco anos, após acidente automobilístico, não deseja mais viver nessa condição e, por isso, solicita que o médico lhe provoque a morte; 2) Z e W são dois adultos que acabam de se conhecer em razão do fascínio comum por canibalismo e, tendo o primeiro o desejo profundo de se alimentar de carne humana e o segundo o de servir

como alimento para outro ser humano, acordam que Z irá matar W e usar o cadáver para preparar, para si, diversas refeições¹⁷²²; 3) durante relação sexual consentida, V, previamente ajustado com sua esposa U, aperta o pescoço de sua parceira, no momento por ela indicado, por exatos dez segundos, bloqueando a passagem de oxigênio por suas vias respiratórias e causando-lhe hematomas no pescoço, sendo o ato destinado a proporcionar prazer sexual a ambos e 4) desempregada há mais de um ano, P decide trabalhar como prostituta e procura Q para atuar na captação de clientes, sendo Q remunerado com o montante de 10% do valor obtido por P em cada programa.

6.2.4.1.1 Eutanásia, auxílio ao suicídio e homicídio a pedido

Quando se fala em legislação penal paternalista, um dos primeiros exemplos a vir à mente é a criminalização do *auxílio à morte* com consentimento real ou presumido¹⁷²³, em especial o envolvimento de médicos e outros profissionais da saúde na *eutanásia voluntária* e no *suicídio assistido* de pacientes severamente debilitados¹⁷²⁴. No direito penal brasileiro, predomina o entendimento de que tais condutas se amoldam, respectivamente, aos tipos

¹⁷²² Exemplo inspirado pelo caso do “canibal alemão” Armin Meiwes que, em 2001, matou e comeu o cadáver de Bernd Brandes, um homem que ele conhecera em salas de bate-papo *online*. Meiwes era fascinado por canibalismo e anunciava na internet que estava procurando “homem para massacre”, quando encontrou Brandes, que teria fascínio por ter a própria carne comida. Ele foi condenado, inicialmente, à pena de oito anos e seis meses de prisão por homicídio culposo, mas, após a primeira condenação ser derrubada em razão de recurso da condenação, foi condenado à prisão perpétua por homicídio. Para notícia sobre o caso: G1. *Na prisão, canibal alemão dá entrevista e diz ser normal*. 17 de outubro de 2007. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,MUL151546-5602,00-NA+PRISAO+CANIBAL+ALEMAO+DA+ENTREVISTA+E+DIZ+SER+NORMAL.html>. Acesso em: 09/09/2020, às 15:10.

¹⁷²³ Com efeito, além de razões paternalistas, a proibição do auxílio à morte pode também se fundamentar em razões moralistas. As principais razões desse tipo se vinculam à ideia de dignidade humana como valor objetivo (posição já criticada no tópico 6.2.2.4 *supra*) ou à ideia de exploração (analisada no tópico 6.3.3 *infra*). Outras razões moralistas que podem ser levantadas em favor dessa e outras proibições (por exemplo, conservadorismo e perfeccionismo moral) também serão analisadas na sequência (tópico 6.3.1 *infra*).

¹⁷²⁴ Para definições de eutanásia, suicídio assistido, homicídio piedoso, ortotanásia, distanásia, etc., conferir: BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *A Morte como Ela é: Dignidade e Autonomia Individual no Final da Vida*. *Panóptica*, ano 3, n. 19, julho-outubro, 2010, p. 72-75. Para os conceitos de eutanásia ativa/passiva e direta/indireta: DIAS, Jorge de Figueiredo. A “Ajuda Médica à Morte”: Uma Consideração Jurídico-Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 21, n. 100, jan-fev., 2013, p. 19-21.

penais de homicídio por motivo de relevante valor moral (art. 121, §1º, CP)¹⁷²⁵ e de auxílio ao suicídio (art. 122 do CP)¹⁷²⁶.

O exemplo hipotético envolvendo o médico X e o paciente Y, apresentado na introdução deste tópico, corresponde a um caso de *eutanásia ativa direta*¹⁷²⁷. Já uma variação do exemplo na qual, em lugar de aplicar a injeção letal em Y, o médico X se limita a disponibilizar os medicamentos e a orientar o paciente a tomá-los para provocar a própria morte configura hipótese de *suicídio assistido*. Assim, de acordo com o entendimento predominante, as duas figuras são diferenciadas conforme o último e irrevogável ato que leva à morte seja dominado pela própria pessoa que deseja morrer ou por terceiro¹⁷²⁸.

Como regra geral, na maioria dos países do *Common Law* e do *Civil Law*, a lei proíbe a *eutanásia ativa*, mas permite, em alguns casos, a *eutanásia passiva*¹⁷²⁹. Embora o tema seja bastante controvertido, na Alemanha, há posicionamento consideravelmente sólido no sentido de que a legislação não proíbe as seguintes condutas, quando praticadas com consentimento real ou presumido de paciente moribundo: 1) a omissão, por parte de médico

¹⁷²⁵ Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

¹⁷²⁶ Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos. Este tipo penal foi reformado pela Lei nº 13.968/2019.

¹⁷²⁷ Por eutanásia ativa direta, refere-se aos “casos em que, por meio de um comportamento ativo (p. ex., a administração de uma injeção letal), se produz a morte ou se apressa, em maior ou menor medida, a ocorrência da morte”: DIAS, Jorge de Figueiredo. A “Ajuda Médica à Morte”: Uma Consideração Jurídico-Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 21, n. 100, jan-fev., 2013, p. 21. Registra-se que, nesse caso, estamos empregando o termo eutanásia em sentido amplo, uma vez que a eutanásia em sentido estrito dependeria da existência de um processo de morte em curso. Conferir: ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. Trad. Luís Greco e Flávia Siqueira. In: ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia (org.). *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 130.

¹⁷²⁸ ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia, p. 154. O referido critério não deixa de ser controverso em situações limítrofes (ver o caso scophedal discutido por Roxin), o que é problemático para um sistema que pune a eutanásia ativa, mas não o auxílio ao suicídio (como o alemão), bem como para um sistema que pune com penas significativamente mais severas a eutanásia do que o auxílio ao suicídio (como o brasileiro). Todavia, eventuais dificuldades em diferenciar na prática a eutanásia ativa do auxílio ao suicídio não são tão relevantes para um modelo paternalista suave que defenda a impunidade tanto da eutanásia quanto do suicídio assistido quando a decisão pela morte é autônoma (como será aqui defendido).

¹⁷²⁹ OTLOWSKI, Margaret. *Voluntary Euthanasia and the Common Law*. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 54-55. No Brasil, a Resolução nº 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina autoriza a eutanásia passiva ou ortotanásia no caso de “doentes em fase terminal, de enfermidade grave ou incurável”. Conferir: CARVALHO, Gisele Mendes. Por uma interpretação digna do direito à vida, por uma concepção utilitarista da eutanásia. In: ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia (org.). *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 173.

ou outro cuidador, de conduta que prolongaria a vida que se aproxima do fim¹⁷³⁰ (eutanásia passiva ou ortotanásia¹⁷³¹); 2) interrupção técnica de tratamento de paciente moribundo, ainda que mediante comportamento comissivo, como no caso de desligamento de aparelhos de respiração artificial (também considerado como eutanásia passiva ou ortotanásia)¹⁷³² e 3) o uso de terapia anestésica que, embora alivie o sofrimento do paciente em fase terminal, pode vir a abreviar-lhe a vida (eutanásia ativa indireta)¹⁷³³.

É importante destacar que eutanásia passiva não se confunde com a *recusa ao tratamento*, embora, em alguns casos, a recusa possa conduzir indiretamente à morte do enfermo. Afinal, a eutanásia passiva é sempre *direta*, ou seja, tem como objetivo abreviar a vida do paciente¹⁷³⁴. Em países como Estados Unidos e Alemanha, prevalece o entendimento de que o tratamento médico é *prima facie* uma agressão física que, em razão do consentimento do paciente, torna-se uma conduta justificada¹⁷³⁵. Como resultado, tendo o paciente o direito de recusar tratamento, o dever do médico de tratar só surge com o seu consentimento, real ou presumido, na intervenção médica. Por isso, a nosso ver, a recusa não pode ser tratada como um *consentimento em um non facere* para fins de submetê-la

¹⁷³⁰ Isso deve valer tanto para processos de morte considerados “naturais” quanto para aqueles iniciados por atos de suicídio verdadeiramente autônomos. Ver a discussão do caso Wittig na Alemanha: ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia, p. 140-141.

¹⁷³¹ Considerando que estamos utilizando o termo eutanásia em sentido amplo, a ortotanásia seria uma modalidade específica de eutanásia passiva que, em geral, se encontra associada à interrupção de tratamento que prolonga a vida de enfermo incurável em fase terminal ou vegetativa. Como visto em nota anterior (nota nº 1729), o CFM só autoriza a ortotanásia no caso de enfermo em fase terminal, excluindo os pacientes não terminais em estado vegetativo. Ver: CARVALHO, Gisele Mendes. Por uma interpretação digna do direito à vida, por uma concepção utilitarista da eutanásia, p. 172-173.

¹⁷³² Não se enquadra nessa hipótese o caso de paciente que se encontra em estado vegetativo persistente, mas que ainda não está morrendo, podendo sobreviver por meses ou até anos. Apesar disso, Roxin aponta que a jurisprudência alemã mais atual tem reconhecido a existência de diretiva antecipada de vontade (testamento vital) como fundamento para restrições do tratamento de pessoas nessa condição: ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia, p. 147. Registra-se que, conforme entendimento de parte da doutrina, a diretiva antecipada de vontade configura um indício qualificado de consentimento presumido, mas que pode não prevalecer em casos de revogação ou quando existem indícios robustos de que o conteúdo da diretiva deixou de refletir a vontade do paciente. Ver: SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, p. 333-334. Nessa linha, Kadish assevera que a vontade prévia, ainda que formalizada, não tem a mesma força que a vontade contemporânea, podendo haver razões que pesem contra o cumprimento de diretiva antecipada de vontade: KADISH, Sanford H. *Letting patients die*, p. 308.

¹⁷³³ ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia, p. 133.

¹⁷³⁴ CARVALHO, Gisele Mendes. Por uma interpretação digna do direito à vida, por uma concepção utilitarista da eutanásia, p. 172.

¹⁷³⁵ RUBINSTEIN, Amnon. *The Victim's Consent in Criminal Law*, p. 215; DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida*, p. 316.

necessariamente aos mesmos pressupostos e limites de validade¹⁷³⁶. Contudo, no Brasil, a questão é ainda mais complexa, havendo forte tendência em se recorrer ao art. 146, §3º, I, do Código Penal para afirmar que o médico estaria autorizado a (ou teria até o o dever legal de) proteger a vida do paciente, mesmo contra a sua vontade¹⁷³⁷.

São várias as propostas no sentido de incluir, na legislação de países do sistema romano-germânico, causas específicas de exclusão da tipicidade, ilicitude ou punibilidade da eutanásia ativa e direta, havendo também quem sugira a introdução, no direito penal anglo-americano, de uma *mercy-killing defense* (defesa do homicídio por piedade)¹⁷³⁸. De modo geral, o afastamento do crime ou da punição dependeria de diversos requisitos, para além do consentimento livre e voluntário, tais como a existência de doença incurável sem prognóstico de melhora, que o enfermo esteja em sofrimento insuportável e não atenuável de outra forma e que ele esteja impossibilitado, por razões físicas ou psicológicas, de se matar pelas próprias mãos¹⁷³⁹.

Tais propostas não necessariamente afastariam o caráter criminoso da conduta do médico X na primeira versão do caso apresentado acima, havendo dúvida se a perda dos movimentos dos braços, tronco e pernas em razão de lesão da medula espinhal seria considerada uma enfermidade incurável e se o sofrimento do paciente Y seria reputado

¹⁷³⁶ Parece-nos que Kadish tem certa razão em destacar que essa diferenciação entre eutanásia e recusa de tratamento vital se sustenta em razões pragmáticas e não morais: KADISH, Sanford H. *Letting patients die*, p. 296. Ou seja, não haveria uma diferença moralmente significativa entre eutanásia, ativa e passiva, e omissão de tratamento vital que justifique tratamento jurídico tão distinto, embora possam existir razões prudenciais. Em todo caso, salienta-se que essa é uma diferenciação tradicionalmente feita pela doutrina e jurisprudência em países como EUA e Alemanha.

¹⁷³⁷ Constrangimento ilegal Art. 146 (...) § 3º Não se compreendem na disposição deste artigo: I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida; (...). Ver críticas a esse posicionamento em: SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, p. 538.

¹⁷³⁸ RACHELS, James. *Euthanasia*. In: REGAN, Tom. *Matters of Life and Death*. New York: Random House, 1978, p. 61-63.

¹⁷³⁹ Para algumas dessas propostas, conferir: DIAS, Jorge de Figueiredo. A “Ajuda Médica à Morte”, p. 37; ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia, p. 161-162. Observa-se que a posição do jurista alemão é de que existem “melhores razões” para manter a punibilidade irrestrita da eutanásia ativa direta: (*Ibidem*, p. 163). Um dos principais argumentos utilizados por Roxin e pela doutrina alemã é o denominado “argumento do limiar de inibição” (*Hemmschwelle-Argument*). Segundo esse argumento, a liberdade de um desejo de morte só pode ser definitivamente comprovada quando o indivíduo superar as inibições naturais que o impedem de cometer o suicídio. Esse argumento, como será defendido mais adiante, não é de todo infundado. Apesar disso, além de não servir a justificar a proibição quando a pessoa que deseja morrer está impossibilitada de tirar a própria vida, tal argumento ignora que o direito à autodeterminação na morte também alcança o direito de escolher como morrer, em especial o direito a obter ajuda especializada para garantir uma morte digna, indolor e livre de erros de execução.

insuportável e não atenuável. Logo, a implantação de tais propostas representaria um avanço em relação à proibição absoluta da eutanásia ativa direta, mas não bastaria para amoldar a legislação penal à estratégia do paternalismo suave. Para o liberal comprometido com o paternalismo suave, só importa que a decisão pela morte seja suficientemente voluntária, não podendo o respeito a uma decisão autorreferida e autônoma depender de contingências como doença incurável, dor ou sofrimento insuportável, indisponibilidade de cuidados paliativos que possam aliviar satisfatoriamente a dor e o sofrimento, reduzida expectativa de vida e incapacidade de retirar a própria vida¹⁷⁴⁰.

O domínio pessoal sobre o qual o indivíduo é soberano inclui decisões existenciais sobre a vida e a morte. Daí que as pessoas têm o direito de *decidir livremente entre viver ou morrer e sobre como viver ou morrer*. Além disso, a ideia de dignidade humana, corretamente compreendida com o direito a não ser submetido, contra sua vontade, a tratamento humilhante ou cruel, exige que aquele que escolhe autonomamente a morte possa obter ajuda especializada para fazê-lo de forma digna, se assim o desejar e se houver profissional disposto a oferecê-la. Com efeito, essa ajuda especializada se mostra importante a garantir uma morte indolor e anular o risco de que uma tentativa frustrada deixe sequelas físicas e psicológicas. De outra parte, tratando-se de pessoa competente, livre e esclarecida, sequer se pode exigir a razoabilidade objetiva das suas razões para preferir a morte, pois basta, para que a escolha seja autônoma, que as razões sejam verdadeiramente suas, isto é, sejam coerentes com seus valores e preferências pessoais¹⁷⁴¹. Ainda que essa escolha aniquile de forma definitiva e irrevogável a autonomia de um hipotético “eu futuro”, ela deverá ser respeitada por estar compreendida pelos limites temporais do domínio soberano do “eu presente”¹⁷⁴².

É cabível estabelecer um *procedimento para a checagem da voluntariedade do consentimento* na eutanásia ativa direta, a fim de evitar decisões não autônomas. Assim, à semelhança do que já é previsto pela legislação em países como Holanda e Bélgica, pode-se exigir, por exemplo, que haja pedido expresso de paciente acima de determinado patamar etário, que seja assegurado ao paciente aconselhamento e período de reflexão, que os

¹⁷⁴⁰ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 351.

¹⁷⁴¹ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 354. Desde que, como já visto, suas razões não sejam tão irracionais a ponto de despertar dúvida quanto à capacidade do indivíduo (por exemplo, uma pessoa que deseja morrer porque acredita que o planeta Terra será invadido por extraterrestres que escravizarão toda a humanidade).

¹⁷⁴² FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 362; HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 184.

pressupostos do consentimento válido sejam constatados por um Comitê de Ética, que a eutanásia ativa direta só seja realizada por médico e que todo o procedimento seja devidamente documentado¹⁷⁴³.

Ademais, o parâmetro de voluntariedade deve ser ajustado às circunstâncias concretas. Por isso, *o parâmetro será, em princípio, mais exigente para a eutanásia ativa direta do que para a eutanásia passiva ou indireta*. No tocante à eutanásia ativa direta, o grau de voluntariedade exigido irá variar conforme a existência ou não de doença incurável; a presença ou não de sofrimento físico ou mental insuportável; o fato de o processo de morte já estar em curso, ser iminente ou longínquo; a expectativa de sobrevivência; a gravidade e o prognóstico de tratamento de doença curável; o caráter invasivo ou não dos tratamentos disponíveis etc. Portanto, o parâmetro de voluntariedade tende a ser menos exigente, por exemplo, nas hipóteses de doença em estágio terminal do que quando a pessoa que solicita o auxílio à morte está clinicamente saudável.

De fato, o consentimento por representação e o consentimento presumido também podem autorizar a eutanásia passiva ou ativa, embora seja possível questionar a admissão do primeiro no âmbito da eutanásia ativa direta. Em todo caso, cumpre ressaltar que, mesmo quando se trata de aplicar o padrão do melhor interesse da pessoa (*best interest standard*), a decisão adequada nem sempre será pró-vida. Atualmente, o entendimento majoritário já é de que a interrupção de tratamentos médicos inúteis que se limitam a prolongar artificialmente a vida sem qualquer propósito terapêutico, sendo também inócuos como paliativos para o sofrimento de pacientes que não podem manifestar a sua vontade, é a postura médica correta, sobretudo na ausência de evidências robustas de que o paciente, caso pudesse manifestar sua vontade, optaria pela obstinação terapêutica (por exemplo, quando esse desejo consta de diretiva antecipada de vontade)¹⁷⁴⁴.

Quanto ao *auxílio ao suicídio*, o modelo de paternalismo suave aqui defendido impõe que a regra seja a não punibilidade da conduta. Por isso, o legislador alemão agiu melhor do que o legislador de países como Brasil, Estados Unidos e Inglaterra ao não prever o crime de auxílio ao suicídio. Tendo em vista que o parâmetro de voluntariedade no caso de suicídio é

¹⁷⁴³ Acreditamos que alguns desses requisitos formais podem ser excepcionados em situações específicas, porém não há como nos aprofundarmos aqui nessa questão.

¹⁷⁴⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. A “Ajuda Médica à Morte”: Uma Consideração Jurídico-Penal, p. 28-29.

consideravelmente menos exigente do que no caso de eutanásia ativa e direta, não há sequer razão para estabelecer um procedimento de checagem da voluntariedade antes do auxílio ao suicídio. De fato, não é legítimo obstaculizar um comportamento acessório quando o principal está – e assim deve permanecer – fora do alcance de controle estatal. Por esse mesmo motivo, também não é cabível restringir a proibição ao *auxílio comercial ao suicídio*, a não ser que se recorra ao princípio da exploração para justificar a proibição da obtenção de vantagem indevida com a atividade (por exemplo, mediante o pagamento de valores que superem custos, despesas e a remuneração normal pelo trabalho)¹⁷⁴⁵. Apesar disso, entendemos que o legislador penal liberal está autorizado a prever, como *figura subsidiária ao homicídio*, o induzimento, instigação ou auxílio material ao suicídio de crianças, adolescentes e adultos absolutamente incompetentes, podendo ser essas pessoas determinadas ou indeterminadas. Iniciada a tentativa de suicídio por indivíduo não autorresponsável, o agente que induziu, instigou ou auxiliou passa a ser punível por homicídio por *autoria mediata*.

A estratégia do paternalismo suave aqui defendida não impede que o legislador penal proíba o *homicídio a pedido* praticado por terceiro que não o profissional autorizado e sem a observância das formalidades para a checagem da validade do consentimento. O paternalista suave se preocupa em impedir que alguém seja morto a seu pedido sem ter tempo suficiente para refletir sobre as suas razões para desejar morrer e se essas razões são compatíveis com seus valores e objetivos de longo prazo¹⁷⁴⁶. No entanto, esse argumento só é capaz de fundamentar intervenções temporárias, especialmente medidas de natureza extrapenal (cível ou administrativa) voltadas a possibilitar ao titular do interesse de bem-estar a oportunidade de reconsiderar sua decisão. Não obstante, a proibição geral do homicídio a pedido pode ser justificada, em princípio, pelo *risco de que o consentimento no dano não seja, nesses casos, verdadeiramente autônomo*.

É relevante para a presente discussão analisar o segundo exemplo previamente apresentado, envolvendo o “canibal” Z e sua vítima W. Por certo, a escolha de W não pode ser considerada como menos do que suficientemente voluntária com base apenas em sua não razoabilidade conforme um padrão objetivo. Contudo, partindo-se da própria preferência subjetiva externada por W, é plausível concluir que sua decisão era manifestamente

¹⁷⁴⁵ ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia, p. 157-158.

¹⁷⁴⁶ HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 170.

desarrazoada frente às preferências e objetivos que ele elegeu para si. Afinal, tendo em vista que W almejava o prazer que imaginava que sentiria ao servir de alimento para outra pessoa, esse desejo só seria realmente satisfeito se ele vivesse para ver a consumação do ato de canibalismo, de forma que uma lesão corporal não fatal seria o meio adequado a alcançar tal fim. Logo, essa *ausência extrema de razoabilidade* da escolha de W, embasada pelos cinco critérios formulados por Feinberg (tópico 6.2.3.1 *supra*), mormente pela gravidade/probabilidade do dano, probabilidade de alcançar o objetivo pessoal e pela necessidade do risco, constitui um *forte indício de irracionalidade*, isto é, de incompetência.

Portanto, há séria *dúvida* quanto à validade do consentimento de W, sendo que o canibal Z poderia chegar a essa mesma conclusão ao analisar diligentemente esse contexto fático. Considerando que, como sustentam os defensores de uma concepção relacional de autonomia, *consentimento não é um sinal verde*, cabe àquele que se beneficia da interação – como é o caso do “canibal” Z e do “senhor de escravos” no exemplo da escravidão voluntária – se assegurar de que a decisão é verdadeiramente autônoma, o que inclui verificar se ela aparenta ser coerente com o próprio sistema de valores dessa pessoa. Na presente hipótese, esse dever é particularmente rigoroso por causa do caráter bastante exigente do parâmetro de voluntariedade, o qual decorre da gravidade e irreversibilidade do dano, bem como de outras circunstâncias concretas (p. ex., o fato de W ser um completo estranho para Z, de ele não ter manifestado um desejo direto pela morte e de, presume-se, ser uma pessoa jovem e saudável).

Pode-se argumentar que o desprezo ou a indiferença do agente em relação à plausibilidade das razões da vítima para solicitar a própria morte fundamenta, por si, o conteúdo de injusto do homicídio a pedido. Todavia, como a não razoabilidade da decisão da vítima, segundo padrões de valoração que lhes são alheios, não serve a afastar o seu caráter autônomo, esse argumento não é capaz de justificar a proibição nos termos do *harm principle* suplementado pelo paternalismo suave. Na verdade, a indiferença ou desprezo pela razoabilidade da escolha da vítima segundo um parâmetro externo constitui um argumento moralista. Por outro lado, a *indiferença, desprezo ou mesmo incúria do agente em relação ao caráter suficientemente voluntário da decisão* constitui, para o paternalista suave, uma razão de caráter político e não apenas moral para censurar a conduta danosa (ver capítulo 5, tópico 5.5.1, *supra*).

Diante de casos assim, é recomendável a criação de um tipo penal análogo ao homicídio a pedido da vítima previsto pela legislação alemã (§ 216 StGB)¹⁷⁴⁷. Esse crime se configura quando o agente pratica o homicídio determinado por pedido expresso e sério da própria pessoa a ser morta. Uma das principais vantagens da introdução desse tipo penal é que, com ele, o legislador diferencia o tratamento jurídico-penal do agente que mata outra pessoa contra sua vontade daquele que mata em razão de um pedido minimamente voluntário da vítima, embora o pedido não preencha determinados pressupostos do consentimento válido¹⁷⁴⁸. Por outro lado, um requisito como o da existência de “pedido sério e expresso”¹⁷⁴⁹, além de mais afinado com a ideia de injusto como violação de direitos e deveres de coexistência extraídos do contrato social, é um critério de diferenciação menos nebuloso do que a componente “impelido por motivo de relevante valor social ou moral” do homicídio denominado comumente de privilegiado (art. 121, §1º, CP). Parte da doutrina alemã compreende o homicídio a pedido como um *crime de perigo abstrato*, orientado a prevenir dano à vida com o consentimento defeituoso da vítima¹⁷⁵⁰. A ideia é que o agente, ao atender a pedido sério e expresso da vítima, sem ter condições fáticas ou normativas de checar previamente os pressupostos de validade do consentimento, cria, com sua conduta, um *risco não permitido de matar a vítima sem que o seu consentimento seja suficientemente voluntário*.

Realmente, em diversos contextos, é justificável o ceticismo em relação à voluntariedade do consentimento, bem como a suspeita de que, ainda que não haja fraude ou

¹⁷⁴⁷ “§216. (1) Se o autor for determinado a realizar o homicídio por pedido expresso e sério de quem foi morto, será imposta pena privativa de liberdade de seis meses a cinco anos”. A legislação penal portuguesa também prevê essa figura típica: DIAS, Jorge de Figueiredo. A “Ajuda Médica à Morte”: Uma Consideração Jurídico-Penal, p. 24. O direito penal anglo-americano, assim como o brasileiro, desconhece um crime autônomo de homicídio a pedido.

¹⁷⁴⁸ Não cabe aqui adentrar em detalhes sobre a diferenciação na prática entre os crimes de homicídio e homicídio a pedido, mas vale salientar que, se o agente se utiliza de violência, grave ameaça ou fraude, se ele tem conhecimento de que a vítima foi constrangida ou enganada por outrem, de que a vítima é absolutamente incompetente ou teve seu discernimento perturbado por qualquer causa, o crime será de homicídio e não de homicídio a pedido, ainda que a vítima tenha expressado verbalmente um pedido.

¹⁷⁴⁹ É possível discutir se “sério” é o melhor adjetivo para qualificar o pedido da vítima e, se sim, como o elemento da seriedade deve ser interpretado. A nosso ver, para que o homicídio a pedido possa ser admitido pelo paternalismo suave, “pedido sério” não pode ser equiparado a pedido suficientemente voluntário. Não obstante, fato é que o pedido de uma criança ou de um psicótico, por exemplo, não é nem sério nem suficientemente voluntário. Todavia, alguns pedidos podem ser sérios sem ser suficientemente voluntários.

¹⁷⁵⁰ HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfrid. „Indirekter“ Paternalismus im Strafrecht – am Beispiel der Tötung auf Verlangen (§216 StGB), p. 77; HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 171.

coação, outras formas mais sutis de manipulação ou persuasão possam ter tornado a escolha menos livre, sobretudo quando o agente tem algo a ganhar com a morte da vítima (por exemplo, quando um neto convence a avó a pedir que ele a mate para poder desfrutar da herança sem precisar arcar com as despesas médicas da idosa)¹⁷⁵¹. Como a gravidade e irreversibilidade do dano demandam que, em geral, o parâmetro de voluntariedade seja extremamente rigoroso no homicídio a pedido, diversos fatores são capazes de reduzir a voluntariedade para alguém do mínimo necessário. Ademais, o fato de que a morte se dá pelas mãos de outra pessoa constitui, em princípio, um indício de não voluntariedade, o que não significa que a escolha de morrer por ação alheia nunca seja autônoma.

Ocorre que tipos penais de perigo abstrato/implícito como o homicídio a pedido da legislação alemã são superinclusivos e, como visto anteriormente, o alcance excessivo da norma geral deverá ser corrigido pelo juiz quando da aplicação aos casos concretos (ver capítulo 4, tópico 4.1.3, *supra*). Com efeito, ainda que a proposta de regulamentação do auxílio médico à morte delineada acima venha a ser acolhida pelo legislador, uma proibição absoluta do homicídio a pedido *informal* não seria compatível com o paternalismo suave. Isso porque o direito à autodeterminação na morte também compreende o direito de escolher como se quer morrer, devendo ser respeitada a vontade daquele que não deseja, por exemplo, expor sua intimidade a terceiros ao ser obrigado a submeter uma decisão existencial ao processo regulamentado de verificação.

Nessa linha, Hirsch e Neumann propõem a descriminalização parcial do homicídio a pedido quando constatados dois pressupostos fáticos cumulativos. Em primeiro lugar, é preciso analisar se o indivíduo que pede para ser morto sofre de um comprometimento sério dos recursos e habilidades normalmente necessários para um mínimo de qualidade de vida. Em segundo lugar, as preferências pessoais desse indivíduo são consideradas a fim de determinar se a vida que a maioria das pessoas teria dificuldade de suportar também é, para ele, intolerável. Segundo os autores, essa proposta tem a vantagem de ir além do limitado rol

¹⁷⁵¹ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 344. Observa-se que, além do *harm principle* suplementado pelo paternalismo suave, o princípio da exploração (tópico 6.3.3, *infra*), analisado mais adiante, também fornece razões extras para a criminalização do homicídio a pedido.

de hipóteses em que a maior parte da literatura alemã está disposta a admitir como exceções à punição irrestrita do homicídio a pedido¹⁷⁵².

A nosso ver, a exceção à punibilidade geral do homicídio a pedido deve ser ainda mais ampla. O modelo de Hirsch/Neumann só atribui relevância às preferências subjetivas do indivíduo se as suas razões para escolher a morte forem validadas por um padrão de racionalidade objetivo. Diversamente, o modelo aqui defendido estabelece que, ainda que a decisão pela morte seja considerada desarrazoada pelo próprio agente e pelo “homem médio”, ela deve ser respeitada desde que seja suficientemente voluntária¹⁷⁵³. Assim, o crime de homicídio a pedido deverá ser afastado, no caso concreto, se um observador objetivo, situado na mesma posição que o agente, no momento da prática da conduta, e conhecendo todas as circunstâncias fáticas relevantes (juízo *ex ante*), concluir que o pedido foi expresso de forma livre e esclarecida por indivíduo com o discernimento necessário. Logo, no caso descrito acima, não será possível punir o “canibal” Z se, a despeito da séria inadequação entre meios e fins indicar um déficit de capacidade, a competência de W houver sido atestada pericialmente por dois médicos na véspera do fato.

Observa-se que o modelo de Hirsch/Neumann e o aqui defendido não conduzem necessariamente às mesmas soluções. Consideremos o caso, mencionado pelos autores, do *ex-rockstar* que, tendo perdido sua fama e fortuna, decide que não quer mais viver e pede a um amigo que o mate. Para Hirsch e Neumann, caso o amigo pratique o homicídio a pedido, ele será punível pelo crime, uma vez que as pessoas, em geral, não entendem que seu padrão de vida está seriamente comprometido pelo simples fato de não ser mais famoso e rico. Partindo-se da estratégia paternalista suave aqui defendida, cabe apenas ao *ex-rockstar* julgar se sua vida é ou não satisfatoriamente boa para continuar a ser vivida, havendo que se respeitar uma escolha autônoma e coerente com os seus valores e objetivos de vida. Para nós, sendo o consentimento do *ex-rockstar* suficientemente voluntário, punir o amigo seria, em princípio,

¹⁷⁵² HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfrid. „Indirekter“ Paternalismus im Strafrecht, p. 91-92. Crítico à posição de Hirsch/Neumann, Pfordten defende que há razões não paternalistas para uma proibição irrestrita do homicídio a pedido, excluindo-se apenas casos de eutanásia em que o desejo de morrer é racionalmente explicado pela existência de doença incurável e sofrimento intenso, desde que não seja possível o suicídio assistido: PFORDTEN, Dietmar von der. Paternalismus und die Tötung auf Verlangen, p. 201.

¹⁷⁵³ Embora, como já ressaltado, a irracionalidade extrema das suas razões possa ser interpretada como um indício de que o consentimento é defeituoso.

tratá-lo injustamente, pois, afastado o caráter injusto do dano, o Estado carece de uma boa razão para submetê-lo à coerção legal.

6.2.4.1.2 *Uso e tráfico de drogas*

O direito penal das drogas é o principal exemplo de paternalismo rígido que combina a coerção legal direta e indireta. Nesse sentido, a legislação brasileira proíbe a posse de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei 11.343/2006)¹⁷⁵⁴, bem como a importação, fabricação, armazenamento, transporte, fornecimento e qualquer atividade ligada à comercialização de drogas (art. 33, *caput* e §1º, da Lei 11.343/2006)¹⁷⁵⁵. Além disso, o induzimento, instigação ou auxílio ao uso de drogas (art. 33, §2º, da Lei 11.343/2006)¹⁷⁵⁶ e o fornecimento de droga sem finalidade comercial (art. 33, §3º, da Lei 11.343/2006)¹⁷⁵⁷ também são criminalizados.

Conforme exposto anteriormente, razões autorreferenciais não podem fundamentar o juízo de desvalor da conduta criminosa, uma vez que os indivíduos não possuem deveres de natureza política em face de si mesmos (vide capítulo 5, tópico 5.5.1, *supra*). Isso significa que meras autolesões e autocolocações em perigo não constituem injustos nos termos do

¹⁷⁵⁴ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer 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.

¹⁷⁵⁵ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas; II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas; III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas; IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

¹⁷⁵⁶ Art. 33. (...) § 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

¹⁷⁵⁷ Art. 33. (...) § 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

princípio do dano e a sua proibição penal, portanto, não atende ao requisito da injustiça. Logo, *a legislação liberal ideal não tem espaço para o paternalismo penal direto*.

A despeito disso, o paternalismo suave é plenamente compatível com a atuação estatal para conscientizar os indivíduos, de forma realista, a respeito dos riscos à saúde física e mental atribuídos por estudos respaldados em evidências científicas ao uso de cada droga, assim como a criação de desincentivos financeiros ao consumo impulsivo por meio de tributação que encareça o acesso do consumidor aos entorpecentes mais nocivos à saúde. Com efeitos, tais medidas buscam promover decisões mais conscientes e responsáveis, respeitando os limites de proporcionalidade entre meios e fins.

Por outro lado, o paternalista suave tem várias razões para se opor ao modelo, vigente no Brasil, Estados Unidos, Alemanha e em vários outros países, de proibição absoluta de condutas acessórias ao consumo de drogas recreativas, uma vez que: 1) proíbe-se tanto a disponibilização de drogas a consumidores autorresponsáveis quanto a consumidores não responsáveis; 2) não se diferencia os pressupostos de punibilidade conforme os riscos para a saúde e o potencial de induzir a dependência química das diferentes drogas; 3) tal sistema carece de coerência interna, tendo em vista que exclui arbitrariamente outras drogas recreativas como álcool e nicotina e 4) ainda que razões rigidamente paternalistas constituíssem boas razões, nunca seriam boas o suficiente para justificar as penas severas atualmente previstas para tais crimes.

É comum buscar justificar a proibição em questão não só em base paternalistas, mas também com o recurso a razões moralistas e ao próprio *harm principle*. Nessa linha, o precedente *Aramah* da Câmara dos Lordes indica que os três principais fundamentos para criminalizar o tráfico de drogas seriam *coibir lucros ilícitos, prevenir crimes conexos ao uso e fornecimento de drogas e proteger a saúde do usuário*¹⁷⁵⁸. O primeiro fundamento se filia ao moralismo penal, tendo em vista que a obtenção de vantagens indevidas é, em geral, moralmente condenável (ver tópicos 6.3.3 e 6.3.4, *infra*). Contudo, esse argumento moralista não fornece uma explicação convincente a respeito do desvalor moral do tráfico de drogas,

¹⁷⁵⁸ *R v Aramah* (1982) 4 Cr. App. R. (S) 407. Ver: ALLDRIDGE, Peter. Dealing with Drug Dealing. In: SIMESTER, A. P.; SMITH, A.T. H. (ed.). *Harm and Culpability*. Oxford: Oxford Press, 1996, p. 242. Segundo Lucas, além desses argumentos, também costuma ser formulado um argumento de perfeccionismo moral pró-criminalização do uso e comércio de drogas: LUCAS, Kyle J. Does the Harm Principle Justify Criminal Drug Status Against Drug Use? *The Hilltop Review*, v. 7, n. 1, 2014, p. 33. Sobre o perfeccionismo moral, ver tópico 6.3.1.1, *infra*.

pois só nos diz que o lucro obtido pelo traficante é ilícito já que a lei proíbe o comércio de drogas, sem esclarecer o motivo pelo qual se deve proibir o fornecimento de um bem de consumo específico com o propósito de atender a uma demanda de mercado. Ademais, observa-se que a lei penal, inclusive a brasileira, considera crime o fornecimento de droga a terceiro ainda que gratuito e sem intuito de lucro.

Todavia, Alldridge apresenta uma versão mais elaborada desse argumento moralista. Segundo o autor, uma vez que o legislador decide por proibir a importação, produção e fornecimento de determinada droga viciante, aquele que toma parte em sua mercantilização ilegal estará explorando o usuário dependente químico¹⁷⁵⁹ (sobre o princípio da exploração, ver tópico 6.3.3, *infra*). Assim, a conduta do agente é injusta porque constitui, na verdade, uma ameaça contra o viciado, pois, caso ele não adquira a droga pelo valor exigido pelos participantes de um mercado que funciona, em razão da ilegalidade, em regime de monopólio, sofrerá com os graves sintomas da abstinência¹⁷⁶⁰. Nessa visão, o desvalor moral do comércio ilegal de drogas não está na relação entre o usuário e a droga, mas na relação entre usuário e comerciante ilegal¹⁷⁶¹. Logo, o conteúdo de injusto do tráfico de drogas se aproximaria do crime de chantagem (a respeito, conferir tópico 6.3.3.2, *infra*).

Além disso, Alldridge sugere que deveriam ser admitidas como causas de exclusão da punição (*complete defence*) ou, pelo menos, como causas de redução da pena as seguintes circunstâncias fáticas: 1) que o agente não obteve lucro com o fornecimento da droga; 2) que a droga não era, ou não se acreditava que fosse, viciante e 3) que a vítima não era, ou não se acreditava que fosse, viciada¹⁷⁶². Quanto aos importadores, fabricantes e outros atores do mercado ilegal que não têm contato direto com os usuários, o autor esclarece que todos esses agentes são cúmplices no injusto praticado pelo comerciante e, se não fosse pelo fato de estarem implicados em um número superior de transações do que cada comerciante, poderiam ser submetidos a penas mais brandas¹⁷⁶³.

¹⁷⁵⁹ ALLDRIDGE, Peter. *Dealing with Drug Dealing*, p. 246.

¹⁷⁶⁰ ALLDRIDGE, Peter. *Dealing with Drug Dealing*, p. 247-248.

¹⁷⁶¹ ALLDRIDGE, Peter. *Dealing with Drug Dealing*, p. 249.

¹⁷⁶² ALLDRIDGE, Peter. *Dealing with Drug Dealing*, p. 250.

¹⁷⁶³ ALLDRIDGE, Peter. *Dealing with Drug Dealing*, p. 252. O autor também recomenda a inclusão na definição da ofensa o objetivo de destinar a droga à comercialização, bem como o conhecimento da probabilidade de ser a droga viciante e de ser vendida a dependentes químicos (*Idem*, p. 253-254).

A fraqueza da perspectiva de Alldridge está, primeiramente, no fato de sua corroboração depender de evidências empíricas, por ele não apresentadas, que demonstrem ser o mercado ilegal monopolizado a ponto de exigir que o consumidor final desembolse pela droga viciante valores muito acima do preço de custo e daquele que seria cobrado por um hipotético mercado legalizado, a despeito da não incidência de tributos sobre toda a atividade econômica ilegal. Em segundo lugar, não se faz necessário recorrer à ideia de exploração para alcançar especificamente a conduta daquele que fornece droga para pessoa com dependência química, uma vez que *o princípio do dano suplementado pelo paternalismo suave permite a intervenção em casos de disponibilização de drogas para pessoas não responsáveis* (o que não significa que a exploração da incapacidade alheia de tomar decisões autônomas não reforce o caráter injusto da conduta). Observa-se que, diferentemente da estratégia paternalista suave, a proposta de Alldridge não elucida os fundamentos da proibição nos casos em que drogas recreativas nocivas à saúde, mas não necessariamente viciantes, são disponibilizadas a pessoas incompetentes por outras razões que não a dependência química atual, como crianças e adolescentes.

O segundo fundamento utilizado no caso *Aramah*, relativo à prevenção de crimes por parte de usuários e traficantes de drogas, lança mão do *harm principle* para justificar a proibição com base em danos remotos. Todavia, esse argumento também não convence porque, em sua maioria, essas condutas criminosas são consequência da própria criminalização do comércio de drogas e não do consumo e disponibilização das drogas no mercado. Conforme explica Schonsheck, sempre que o atendimento a uma demanda de mercado relativamente inelástica é criminalizado, uma “tarifa do crime” (*crime tariff*) é estabelecida a fim de incrementar os lucros daqueles que se arriscam para manter o abastecimento desse mercado¹⁷⁶⁴. Isso significa não só que, em razão da “tarifa do crime”, os preços da *commodity* são elevados e, por isso, alguns consumidores passam a praticar crimes a fim de obter recursos para sustentar o consumo (como furtos, roubos ou mesmo tráfico de drogas), mas também que, para manter em curso a atividade ilegal, aqueles que atuam no fornecimento também tendem a cometer, inclusive de forma organizada, outros crimes

¹⁷⁶⁴ SCHONSHECK, Jonathan. *On Criminalization*, p. 253.

(corrupção, lavagem de dinheiro e até crimes violentos)¹⁷⁶⁵. É conhecida, por exemplo, a relação entre a vigência da Lei Seca nos Estados Unidos e a atuação criminosa de *gangsters* e mafiosos. De fato, o argumento da associação entre drogas e crimes é, na verdade, um argumento pró-descriminalização.

Mesmo nos casos em que crimes podem ser causalmente conectados ao consumo de drogas (por exemplo, a prática de violência doméstica e infrações de trânsito por pessoa sob o efeito de drogas psicotrópicas), a punição daquele que disponibiliza a droga para consumo encontra óbice, como já visto, nos critérios de imputação justa¹⁷⁶⁶ (capítulo 5, tópico 5.4.2.1, *supra*). Em geral, diferentemente de armas de fogo, drogas não são inerentemente perigosas para outras pessoas além do indivíduo que delas faz uso voluntariamente. Por certo, determinadas drogas com valor recreativo ou terapêutico podem ser empregadas em planos delituosos com o fim de causar dano a terceiros inocentes. No entanto, a mera possibilidade de má-utilização de um objeto valioso para o estilo de vida de alguém com outra finalidade que não aquela a que ele se destina, embora constitua uma boa razão para que haja algum controle estatal sobre a disponibilização desse objeto, não é suficiente para justificar uma proibição absoluta. De outra parte, a proibição pode ser legítima em casos específicos, como o de uma eventual droga hipotética que, não possuindo propriedades terapêuticas nem recreativas relevantes, é majoritariamente empregada para dopar mulheres com o propósito de praticar estupros.

Na visão de Wohlers e Went, o direito penal das drogas é pseudopaternalista, uma vez que, como demonstrado pelas legislações de países como Alemanha, Suíça e Holanda, o que está por trás da proibição é o propósito de suprimir determinados estilos de vida¹⁷⁶⁷, bem como o de combater custos econômico-sociais (desocupação, perda de produtividade, demanda por serviços de saúde etc.) e de prevenir distúrbios à paz pública associados ao

¹⁷⁶⁵ Ver: HUSAK, Douglas. For Drug Legalization. In: HUSAK, Douglas; MARNEFF, Peter de. *The Legalization of Drugs. For & Against*. New York: Cambridge UP, 2005, p. 64-71.

¹⁷⁶⁶ Aplicando os critérios de Husak, Lucas examina os danos a terceiros e danos sociais comumente atribuídos ao consumo de drogas e conclui que o *harm principle* não fornece fundamento, nesses casos, para a criminalização: LUCAS, Kyle J. Does the Harm Principle Justify Criminal Drug Status Against Drug Use?, p. 35-41.

¹⁷⁶⁷ WOHLERS, Wolfgang; WENT, Florian. Die pseudo-paternalistische Legitimation strafrechtlicher Normen dargestellt am Beispiel des Betäubungsmittelstrafrechts Deutschlands, der Schweiz und der Niederlande. In: HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfrid; SEELMANN, Kurt (Hrsg.). *Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*. Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 303.

consumo de drogas¹⁷⁶⁸. Para além do fato de ser a relação causal entre o consumo de drogas e tais consequências remotas difícil ou mesmo impossível de provar¹⁷⁶⁹, o liberal também deve repudiar esses fundamentos, de antemão, com base nas máximas de mediação do *harm-offense principle* desenvolvidos pela teoria da criminalização aqui defendida. Assim, o argumento da supressão de estilos de vida indesejados encontra óbice na definição de dano como retrocesso a interesses de bem-estar, no critério da preponderância do interesse pessoal sobre o interesse externo e na barreira deontológica imposta pelo núcleo duro do direito à soberania pessoal ao caráter injusto de condutas que só produzem danos indiretos (capítulo 5, tópicos 5.2.6 e 5.5.2, *supra*). Por seu turno, o argumento dos custos econômico-sociais pode ser afastado com base no requisito do dano consumado ou da proscrição direta (capítulo 5, tópico 5.4.1, *supra*) e o argumento dos riscos para a paz social em razão da máxima do imediatismo ou proximidade da ofensa (tópico 6.1.3.2, *supra*).

O terceiro argumento explicitado no precedente *Aramah*, de que a disponibilização de drogas deve ser criminalizada em razão dos perigos para a saúde do usuário, também não convence o liberal por desconsiderar o caráter geralmente autônomo da escolha da suposta vítima por consumir a droga. Realmente, há casos em que a escolha do usuário será menos do que suficientemente voluntária, mas essa possibilidade não basta para autorizar que a lei penal exclua, de antemão, essa opção para todos os indivíduos, autorresponsáveis ou não. Diferentemente da decisão por adquirir um veículo sem *airbag* ou outro dispositivo de segurança, a escolha por fazer uso recreativo de drogas, em regra, tem *conexão com os valores e o estilo de vida elegidos pelo indivíduo*¹⁷⁷⁰. Ademais, muitas drogas possuem utilidade recreativa e/ou terapêutica e, desde que o consumo seja moderado, sequer expõem a risco relevante o bem-estar dos usuários em geral (por exemplo, maconha e algumas drogas sintéticas). Nesses casos, o parâmetro de voluntariedade tende a não ultrapassar o já fixado para as drogas lícitas, como álcool e tabaco, o que exige que o legislador trate de forma equânime os usuários e fornecedores dessas drogas (por exemplo, criminalizando apenas a disponibilização de tais drogas para crianças e adolescentes).

¹⁷⁶⁸ WOHLERS, Wolfgang; WENT, Florian. Die pseudo-paternalistische Legitimation strafrechtlicher Normen dargestellt am Beispiel des Betäubungsmittelstrafrechts Deutschlands, der Schweiz und der Niederlande, p. 318.

¹⁷⁶⁹ WOHLERS, Wolfgang; WENT, Florian. Die pseudo-paternalistische Legitimation strafrechtlicher Normen dargestellt am Beispiel des Betäubungsmittelstrafrechts Deutschlands, der Schweiz und der Niederlande, p. 298.

¹⁷⁷⁰ Conferir: HUSAK, Douglas. For Drug Legalization, p. 84-91.

Havendo evidências de que determinadas drogas são extremamente nocivas à saúde e têm alto potencial de induzir dependência química (como crack e heroína), a estratégia do paternalismo suave é mais condizente com o estabelecimento de um sistema de licenças administrativas para fornecer e, em alguns casos, consumir essas substâncias, cuja violação pode levar à aplicação de sanções penais. Afinal, se a preocupação é com a saúde do usuário, o legislador paternalista suave deve priorizar a minimização dos riscos não autônomos a partir, por exemplo, do controle de qualidade das substâncias oferecidas ao mercado e, até mesmo, determinando a designação de locais em que usuários possam consumir determinadas drogas de forma supervisionada e com segurança. A nosso ver, a proibição absoluta só será legítima quando uma droga específica for tão nociva e viciante que praticamente nenhum indivíduo competente, devidamente informado, optaria pelo seu uso recreativo. O caso pró-proibição absoluta também será mais robusto caso fique demonstrado, por exemplo, que mesmo o consumo ocasional de tal droga é provável que desencadeie uma reação violenta do usuário contra outras pessoas.

6.2.4.1.3 Lesões corporais em competições (*brigas de rua, esportes de contato, boxe e duelo*)

Conquanto o crime de lesões corporais (art. 129 do CP)¹⁷⁷¹ e outros correlacionados não sejam, em si mesmos, manifestações do paternalismo rígido, a aplicação desses tipos penais a determinados casos concretos, ao desconsiderar os efeitos do consentimento válido do ofendido, conduz a resultados que não podem ser admitidos pelo liberal. Neste tópico, analisaremos exemplos de lesões corporais em razão da participação voluntária em competições, regulamentadas ou não.

O primeiro exemplo importante é o da participação voluntária em *briga ou rixa*¹⁷⁷². De modo geral, as Cortes anglo-americanas argumentam que, nesses casos, o consentimento no risco de lesões não triviais é irrelevante, uma vez que a conduta contraria o interesse da

¹⁷⁷¹ Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano.

¹⁷⁷² Art. 137. Participar de rixa, salvo para separar os contendores: Pena - detenção, de quinze dias a dois meses, ou multa. Para a configuração do crime de rixa, é necessário que, no mínimo, três contendores se envolvam em uma briga generalizada. Logo, se a luta corporal ocorre entre dois polos opostos, um contra um ou mesmo dois contra um, o tipo penal em questão será o de lesões corporais e não o de rixa.

coletividade ao ameaçar a paz e a ordem públicas¹⁷⁷³. Com efeito, o *harm-offense principle* reconhece que há uma boa razão em proibir que as pessoas se agridam mutuamente, ainda que com consentimento, em público. Porém, tais razões desaparecem quando tais brigas e rixas ocorrem em privado ou perante audiência que consente em presenciar tais atos.

Daí que, nas hipóteses em que inexistente perigo de dano não consensual para terceiros ou uma audiência não voluntária incapaz de evitar a ofensa sem séria inconveniência, a intromissão estatal não poderá ser justificada por boas razões de cunho liberal, desde que o fato envolva apenas adultos competentes que se expõem voluntariamente ao perigo de lesão. Portanto, a incidência das normas incriminadoras depende de uma das partes não ser suficientemente livre para escolher participar ou não da contenda (por exemplo, um dos envolvidos foi alvo de agressão injusta da outra parte e estava, na verdade, agindo em legítima defesa), não estar devidamente esclarecida sobre os riscos advindos do ingresso na contenda (por exemplo, durante o que era, inicialmente, uma luta corporal de socos e pontapés, um dos contendores saca uma faca), ter retirado o seu consentimento, implícita ou explicitamente, antes de determinada agressão perpetrada pelo oponente, ou não tem mais capacidade de manifestar sua oposição (por exemplo, um dos rixosos foi nocauteado e está inconsciente).

A postura da jurisprudência anglo-americana em relação à eficiência do consentimento no risco de lesões corporais não triviais é totalmente diferente quando se trata de *competições esportivas regulamentadas*¹⁷⁷⁴. Busca-se justificar essa diferença de tratamento invocando a utilidade social dos esportes, isto é, os benefícios da atividade para o público e geral¹⁷⁷⁵. Apesar disso, parte da doutrina considera ambíguo o posicionamento das Cortes no sentido de considerar ilícita qualquer violência física deliberada cujo propósito é obter um prêmio financeiro (*prize fighting*), mas não esportes de combate como as lutas de boxe. A explicação mais comum para essa aparente contradição é que, tratando-se de competição esportiva regulamentada, a disputa é regida por normas que asseguram aos competidores treinamento e preparação adequada, assistência médica imediata e a intervenção

¹⁷⁷³ BERGELSON, Vera. The Right to Be Hurt, I.2.c; WILSON, William. Consenting to Personal Injury, p. 73-75; DUBBER, Markus; HÖRNLE, Tatjana. *Criminal Law: a Comparative Approach*, p. 461-464. Conferir menção anterior ao precedente *R v. Coney* da Câmara dos Lordes (capítulo 1, tópico 1.5, *supra*).

¹⁷⁷⁴ Especificamente sobre as Cortes britânicas: ANDERSON, Jack. The Right to a Fair Fight: Sporting Lessons on Consensual Harm. *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, v. 16, n. 1, winter, 2014, p. 55-75.

¹⁷⁷⁵ BERGELSON, Vera. The Right to Be Hurt, I.2.d; DUBBER, Markus; HÖRNLE, Tatjana. *Criminal Law: a Comparative Approach*, p. 465.

de juízes durante a disputa a fim de impor a observância às regras de *fair play* e punir eventuais transgressões, de modo que o caráter organizado do evento permite reduzir o risco de dano ao mínimo necessário à manutenção da essência do teste de habilidade e força¹⁷⁷⁶.

De fato, o argumento de que certas competições que só geram perigo de dano para os próprios participantes devem ser proibidas porque não são de interesse da sociedade ou do Estado é incompatível com o liberalismo, pois rejeita a presunção pela liberdade em favor da *visão de que os indivíduos só são livres para fazer aquilo que é socialmente útil*. Na verdade, a exigência de utilidade social para a permissibilidade de uma prática que não impacta injustamente o bem-estar de outras pessoas costuma ser uma ferramenta do conservadorismo moral. Como registra James, historicamente, mesmo esportes populares, como o futebol, foram proibidos no Reino Unido por serem alegadamente inúteis e desonestos, além de associados ao álcool e aos jogos de azar¹⁷⁷⁷.

Da mesma forma, *a exigência de que a competição seja regulamentada para atribuir efeitos ao consentimento é rigidamente paternalista*, já que a regulamentação é apenas um facilitador e não um pressuposto da verificação do caráter autônomo da decisão arriscada. No caso de brigas de rua, a validação do consentimento dependerá da identificação de algum regramento básico, ainda que implícito às circunstâncias fáticas e aos usos e costumes, que permitam delimitar minimamente o âmbito do risco consentido. Todavia, essa estrutura normativa rudimentar da qual se deduz o objeto do consentimento não se confunde com regulamentação. Por certo, *o caráter regulamentado da competição pode ser interpretado como um indício de que os pressupostos e limites do consentimento foram respeitados*, mas não é suficiente para justificar a opção por afastar a intervenção penal apenas quando o consentimento mútuo no risco de lesões corporais se dá em função de competição esportiva regulamentada. Afinal, não haverá necessariamente consentimento válido só porque a competição é regulamentada, assim como o consentimento válido não estará necessariamente ausente só porque a competição ou disputa é irregular. Logo, a presença do consentimento livre e informado deverá ser avaliada em cada caso individual.

¹⁷⁷⁶ COOPER, Simon; JAMES, Mark. Entertainment – The Painful Process of Rethinking Consent. *Criminal Law Review*, n. 3, 2012, p. 192-193: “Alternatively, it is an activity so deeply entrenched in our sporting and cultural heritage that it is an integral part of our social fabric that should be tolerated for the time being”.

¹⁷⁷⁷ JAMES, Mark. Consent. Revisiting the exemption for contact sports. In: REED, Alan; BOHLANDER, Michael; WAKE, Nicola; SMITH, Emma (ed.). *Consent. Domestic and Comparative Perspectives*. New York: Routledge, 2017, p. 179.

Nesse quadro, é oportuno questionar, por exemplo, se atletas que praticam *esportes regulamentados de contato* (como o rúgbi) estão realmente esclarecidos a respeito dos riscos de lesões traumáticas. Tradicionalmente, as Cortes anglo-americanas entendem que, caso um atleta lesione seu oponente em razão da prática de esporte, a conduta será lícita, desde que não tenha havido intenção de causar lesão e que tenham sido observadas as regras do jogo¹⁷⁷⁸. Esse posicionamento, por um lado, ignora a relevância do consentimento e, por outro, é inadequado a esportes de combate como o boxe, nos quais o propósito dos competidores é justamente lesionar seu oponente. A nosso ver, o consentimento informado dos atletas afasta a existência de crime tanto em relação ao *contato corporal inerente ao esporte quanto aos riscos de lesões ordinariamente incidentais*¹⁷⁷⁹. O atleta que lesiona outro competidor poderá ser punido caso produza o resultado mediante conduta que viola normas de segurança aplicáveis ao esporte em específico, ou seja, que ultrapassa os limites do risco permitido pelas regras do jogo¹⁷⁸⁰. Com efeito, a prática de determinadas agressões em desrespeito a essas regras pode ser tolerada quando o dano for trivial, por aplicação da máxima *de minimis* (ver capítulo 5, tópico 5.2.2, *supra*). Porém, se o dano não for trivial, o atleta pode ser responsabilizado criminalmente, desde que haja dolo ou culpa. Observa-se, por conseguinte, que o fato de a competição esportiva ser regulamentada não anula a necessidade de examinar se o risco que se realizou no resultado estava ou não abarcado pelo consentimento válido do ofendido.

Há quem entenda que o legislador tem boas razões para restringir mesmo competições esportivas regulamentadas como as *lutas de boxe*. Nessa linha, Dixon registra que o boxe profissional, em que, diferentemente do boxe amador, não se utilizam protetores de cabeça e se toleram golpes violentos enquanto não soar o gongo, expõe os lutadores a risco de dano cerebral severo e irreversível que, no futuro, impactará sua autonomia intelectual e moral¹⁷⁸¹. Segundo o autor, a decisão da maioria dos indivíduos por ingressar no boxe

¹⁷⁷⁸ JAMES, Mark. Consent. Revisiting the exemption for contact sports, p. 184.

¹⁷⁷⁹ JAMES, Mark. Consent. Revisiting the exemption for contact sports, p. 188.

¹⁷⁸⁰ Na linguagem da teoria alemã da imputação objetiva, a heterocolocação em risco consentida torna o risco permitido e impede que o resultado lesivo seja imputado ao agente. Assim, para fins de imputação, a heterocolocação em risco consentida é equiparada normativamente à autocolocação em risco (SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, p. 218). Sobre o tema, conferir: GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 62-71.

¹⁷⁸¹ DIXON, Nicholas. Boxing, Paternalism, and Legal Moralism. *Social Theory and Practice*, v. 27, n. 2, abril, 2001, p. 324.

profissional como lutadores não é realmente autônoma, uma vez que, em geral, os boxeadores não são devidamente informados sobre a probabilidade e a gravidade do dano cerebral nem sobre as chances reais de alcançar fama e sucesso no esporte. Além disso, aqueles que possuem o dever de informar (promotores de eventos, empresários e treinadores) têm um interesse direto em não revelar informações que possam desencorajar um candidato a futuro campeão a escolher o boxe profissional¹⁷⁸². Entretanto, esse déficit de autonomia poderia ser corrigido, por exemplo, pela instituição de comissões independentes encarregadas de supervisionar o estrito cumprimento do dever de esclarecimento sobre os riscos e as estatísticas de sucesso na profissão. Por isso, Dixon afirma que o argumento de paternalismo suave pela restrição do boxe mais convincente remete ao *caráter coercitivo da oferta* de uma carreira profissional nesse esporte. Isso porque, tendo em vista que a maioria dos boxeadores são pessoas economicamente desfavorecidas, a decisão por praticar um esporte de alto risco decorre mais da necessidade financeira do que dos valores e preferências individuais¹⁷⁸³.

Ocorre que, conforme delineado por Feinberg, as ofertas, diversamente das ameaças, não costumam invalidar o consentimento (ver tópico 6.2.3.2, *supra*). A despeito disso, Dixon destaca que o próprio Feinberg, no já discutido exemplo do “milionário lascivo”, entende que o caráter exploratório do acordo impede que o milionário M, após pagar a despesa médica do filho de L, possa demandar judicialmente indenização financeira, caso a mulher venha a descumprir a promessa de manter com ele relação sexual. Diante disso, estaria justificado, por analogia, banir de uma vez por todas os contratos de boxe profissional para proteger os boxeadores dos danos decorrentes de escolhas não autônomas, já que, diferentemente da mulher no exemplo do “milionário lascivo”, as “bolsas” só são pagas aos boxeadores após as lutas¹⁷⁸⁴. Para o autor, considerando as consequências do dano cerebral para a autonomia futura do boxeador, as mesmas razões para proibir contratos de escravidão voluntária também fundamentam a abolição dos contratos de boxe profissional¹⁷⁸⁵. Nesse quadro, a proposta de Dixon é abolir esse tipo danoso de contrato por meio da eliminação dos golpes contra a cabeça em todas as modalidades de boxe¹⁷⁸⁶.

¹⁷⁸² DIXON, Nicholas. Boxing, Paternalism, and Legal Moralism, p. 325.

¹⁷⁸³ DIXON, Nicholas. Boxing, Paternalism, and Legal Moralism, p. 326.

¹⁷⁸⁴ DIXON, Nicholas. Boxing, Paternalism, and Legal Moralism, p. 330-331.

¹⁷⁸⁵ DIXON, Nicholas. Boxing, Paternalism, and Legal Moralism, p. 335-336.

¹⁷⁸⁶ DIXON, Nicholas. Boxing, Paternalism, and Legal Moralism, p. 342-344.

Não se questiona a magnitude dos riscos de dano cerebral futuro para os boxeadores, sendo o perigo à integridade física, em muitos casos, superior ao do modelo hipotético de briga de rua ou rixa com consentimento livre e informado cujo caráter criminoso deve ser afastado pela estratégia do paternalismo suave. No entanto, Dixon menospreza o *valor pessoal da prática do boxe para o projeto de vida boa do lutador profissional*, ao mesmo tempo em que superestima a influência coercitiva da oferta de trabalho sobre a liberdade de escolha do lutador. De fato, a despeito das desvantagens socioeconômicas, a opção do indivíduo por se tornar um lutador profissional será, em regra, suficientemente voluntária. Ademais, a proibição do boxe profissional retiraria mais uma chance de melhorar as próprias condições financeiras de quem já tem poucas opções de êxito material. Por isso, o foco do legislador liberal deve ser, em lugar de restringir o boxe, coibir a exploração do boxeador por terceiros (por exemplo, exigindo que a remuneração dos lutadores seja condizente com os lucros auferidos com a promoção do evento esportivo). Enfim, a proposta do autor de eliminar os golpes na cabeça levaria à descaracterização do esporte, de modo que a prática resultante seria outra que não o boxe. Destarte, a eliminação absoluta de uma opção de ação autorreferenciada com fundamento apenas no risco de dano cerebral futuro não é compatível com o paternalismo suave.

O último exemplo de participação voluntária em competição arriscada que merece a atenção do paternalista suave é o *duelo*. Como já visto, Feinberg entende que a proibição do duelo está justificada pela ilegitimidade da competição (conferir capítulo 5, tópico 5.2.1, *supra*). Afinal, havendo pressão social para que os indivíduos desafiem ou aceitem desafios para duelos, é impossível assegurar ou confirmar que o consentimento dos contendores é genuinamente voluntário. Por outro lado, o duelo também prejudica indiretamente os interesses de outras pessoas que não os contendores: viúvas e órfãos que precisariam de suporte econômico da sociedade, credores que deixariam de receber o pagamento de dívidas e toda a sociedade que arcaria com a diminuição do respeito pelo valor da vida humana e o aumento da insegurança social¹⁷⁸⁷. Além disso, como as pessoas em geral compartilham o interesse comum por não serem assediadas com desafios para um duelo, o filósofo conclui

¹⁷⁸⁷ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 221-222.

que o princípio do dano fundamenta a criminalização sem necessidade de recorrer a argumentos paternalistas¹⁷⁸⁸.

No entanto, a argumentação de Feinberg apresenta falhas. Em primeiro lugar, os danos remotos invocados pelo autor não atendem aos critérios aqui estabelecidos para limitar a criminalização com fundamento em danos remotos (conferir capítulo 5, *supra*). Conforme já assinalado, eventuais riscos para a integridade física alheia e para a paz ou ordem pública estarão excluídos se a conduta não for praticada em local público ou acessível ao público (tópico 6.1.3, *supra*). No mais, as razões indicadas por Feinberg para desconfiar da voluntariedade da participação no duelo são anacrônicos, uma vez que declinar um desafio a duelar, atualmente, não é mais visto como uma conduta desonrosa e sim sensata. Assim, desafiar outra pessoa para um duelo só poderia provocar a aplicação direta do *harm-offense principle* se o desafio configurar um ato de coação moral (p. ex., o desafiante ameaça que ou o desafiado aceita participar do duelo ou a sua casa será incendiada em retaliação). Nesse caso, independentemente da análise sobre a eficiência do consentimento, a participação no duelo daquele que foi moralmente coagido estará acobertada pela legítima defesa.

Ante ao exposto, o liberal precisará se valer do paternalismo suave para legitimar uma legislação penal contra o duelo. Nossa posição é que uma proibição geral, ainda que não absoluta, do duelo pode ser defendida pela mesma razão que apoiamos a proibição do homicídio a pedido *informal*: o *risco considerável de que tais decisões extremamente arriscadas não sejam verdadeiramente autônomas*. Esse perigo é respaldado tanto pela impossibilidade fática de checar a voluntariedade quanto pela natureza altamente exigente do parâmetro de voluntariedade para participar de um duelo. Contribuem para a rigidez desse parâmetro, o fato de os oponentes estarem assumindo o risco de morte iminente pelas mãos de outra pessoa – e não apenas perigo de dano cerebral futuro como no boxe – e de que nenhum dos oponentes manifesta o desejo de morrer – como ocorre no homicídio a pedido. Outrossim, a decisão por defender a honra em um duelo é, em regra, tão incongruente com os valores e preferências dos indivíduos em geral que há, em princípio, séria dúvida quanto à capacidade e a liberdade de escolha dos contendores. Finalmente, valem aqui as mesmas considerações a respeito da possibilidade de excluir a conduta concreta do alcance da proibição geral, quando

¹⁷⁸⁸ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 19.

afastada faticamente a dúvida quanto ao caráter suficientemente voluntário da heterocolocação em perigo.

6.2.4.1.4 Sadomasoquismo/BDSM

A antijuridicidade de lesões corporais consentidas, infligidas durante *relações sexuais sadomasoquistas*, foi repetidamente afirmada pela jurisprudência inglesa em precedentes como *R v. Donovan* (1932), *R v. Brown* (1994)¹⁷⁸⁹ e *R. v. Emmet* (1999). No mesmo sentido, precedentes das Cortes estadunidenses como *People v. Samuels* (1967), *State v. Collier* (1985) e *State v. Guinn* (2001)¹⁷⁹⁰. De forma geral, a obtenção de prazer sexual não é considerada uma “boa razão” ou “socialmente útil” a fim de excetuar a proibição geral de ofender a integridade corporal alheia, diversamente do que ocorre nos casos de competições esportivas regulamentadas e intervenções médicas terapêuticas¹⁷⁹¹.

O posicionamento das Cortes anglo-americanas em casos de sadomasoquismo contrasta com o entendimento prevalecente de que a conduta não é punível na presença de consentimento devidamente informado no risco de transmissão sexual do vírus HIV¹⁷⁹². Afinal, as lesões eventualmente decorrentes de atividades sadomasoquistas são, em geral, significativamente menos graves do que o contágio de uma doença incurável. Além disso, estudos indicam que o risco de transmissão de doenças em relações sexuais sadomasoquistas é inferior, em razão do foco em outras áreas erógenas do corpo que não a genitália¹⁷⁹³. Supostamente, o fato de ser a transmissão de DST's uma consequência de relações sexuais

¹⁷⁸⁹ Para detalhes desse caso, conferir: capítulo 1, tópico 1.5, *supra*. Segundo Tadros, esse precedente foi alvo de críticas por ter a decisão sido vista como moralista e homofóbica, ainda mais que os envolvidos tomaram todos os cuidados para não causar danos graves e de longo prazo, bem como para reduzir os riscos de transmissão de doenças: TADROS, Victor. *Wrongs and Crimes*, p. 265.

¹⁷⁹⁰ Registra-se que esses casos se afastam do precedente *R. v. Brown* porque, em todos eles, havia uma vítima que reportou o crime e negou ter consentido com os atos.

¹⁷⁹¹ WILSON, William. *Consenting to Personal Injury*, p. 75; BERGELSON, Vera. *The Right to Be Hurt*, I.C.2.

¹⁷⁹² Conferir os precedentes das Cortes inglesas: *R. v. Dica* [2004] EWCA Crim. 1103; [2004] QB 1257; *R. v. Konzani* [2005] EWCA Crim. 706; [2005] 2 Cr App R 14. Sobre o tema: WEAIT, Matthew. *Criminal Law and the Sexual Transmission of HIV: R v Dica*. *The Modern Law Review*, v. 68, n. 1, 2005, p. 121-134. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a transmissão dolosa do vírus HIV configura o crime de lesão corporal grave (art. 129, §2º, II, do CP, quando da lesão corporal resulta enfermidade incurável). Ver: HC 98712, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 05/10/2010, DJe 17/12/2010.

¹⁷⁹³ COWAN, Sharon. *Criminalizing SM: Disavowing the Erotic, Instantiating Violence*. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor (ed.). *The Structures of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 78.

“normais”, diferentemente de lesões corporais, justificaria tratar os acusados em *Dica* como indivíduos autorresponsáveis e os acusados em *Brown* como desviados perigosos¹⁷⁹⁴.

No Brasil, não há nenhum precedente de destaque análogo aos das Cortes anglo-americanas, mas é esperado que os tribunais reajam com certo ceticismo a alegações da defesa de que as lesões imputadas são resultantes de práticas sadomasoquistas consensuais, sobretudo quando o fato imputado configura violência contra a mulher. Todavia, não há posicionamento consolidado quanto aos possíveis efeitos sobre a punibilidade do agente do consentimento genuíno em atos de sadomasoquismo. Nesse quadro, considerando o caráter público incondicionado da ação penal quando a lesão corporal, ainda que leve, configura violência doméstica ou familiar contra a mulher, é provável que, se o exemplo 3 – apresentado acima na introdução deste tópico – fosse julgado pela justiça brasileira, V seria condenado por lesões corporais contra sua esposa U¹⁷⁹⁵.

Por sadomasoquismo, referimo-nos ao conjunto de práticas consensuais, incluídas no conceito de BDSM (bondage/disciplina, dominação/submissão e sadismo/masoquismo), em que parceiros obtêm excitação e prazer sexual ao provocar ou sentir dor física. Embora o ato sadomasoquista possa ser percebido externamente como uma forma de abuso físico e psicológico, o valor pessoalmente extraído desse ato pelos praticantes decorre de sua natureza consensual e mutualmente prazerosa. Enquanto algumas práticas consistem apenas em insinuações ou simulações de imposição de castigos físicos (por exemplo, interpretação de personagens, algemas e palavras obscenas), outras podem produzir lesões corporais (como tapas, chicotadas e queimaduras), mas raramente mais graves do que as que comumente resultam, por exemplo, da prática de determinados esportes de combate. Ainda que haja risco de lesões mais sérias, a prática verdadeiramente sadomasoquista sempre será acompanhada de uma negociação prévia entre os participantes a respeito do objeto específico do consentimento, cabendo àquele cujo bem-estar é exposto a risco – isto é, ao masoquista, podendo os parceiros alternar ou não os papéis de dominador e dominado – o poder de

¹⁷⁹⁴ COWAN, Sharon. *Criminalizing SM: Disavowing the Erotic, Instantiating Violence*, p. 78. Cooper e James asseveram que, embora o tema ainda não tenha sido enfrentado diretamente pelas Cortes estadunidenses, os órgãos de persecução penal tem mostrado tolerância em casos de imposição consensual de sofrimento físico como forma de entretenimento (como ocorre em programas televisivos como *Jackass*); COOPER, Simon; JAMES, Mark. *Entertainment – The Painful Process of Rethinking Consent*, p. 189-192.

¹⁷⁹⁵ Destaca-se que, com a vigência da Lei nº 13.931/2019 que dispôs sobre a notificação compulsória por profissionais de saúde de casos de suspeita de violência contra mulher, é provável que, se a mulher praticante de masoquismo sexual vem a precisar de algum atendimento médico, o caso seja notificado à autoridade policial.

estabelecer os limites e de interromper o ato, inclusive se utilizando de algum código de segurança¹⁷⁹⁶.

Apesar disso, cumpre investigar se, para além do argumento antiliberal da ausência de utilidade social¹⁷⁹⁷, haveria alguma razão compatível com o paternalismo suave apta a justificar a proibição geral de lesões em práticas sadomasoquistas, independentemente da existência de consentimento no dano ou risco. Um primeiro argumento que pode ser levantado é o de que haveria *sérias dúvidas quanto à capacidade daquele que consente em se submeter a atos de sadomasoquismo*, sobretudo uma vez que sadismo e masoquismo são considerados como transtornos sexuais. Ocorre que, tendo em vista que sadomasoquismo compreende um conjunto amplo de práticas mais comuns do que geralmente se imagina, apenas uma minoria dos praticantes de sadomasoquismo pode realmente ser tomada por portadora de distúrbio mental. Atualmente, o diagnóstico de transtorno de sadismo ou masoquismo sexual depende da propensão a atos não consensuais, executados com desprezo pela satisfação e segurança alheias, ou que prejudicam o bem-estar dos envolvidos no longo prazo, o que não é o padrão das práticas de BDSM¹⁷⁹⁸.

O segundo argumento é o da *impossibilidade de confirmar a voluntariedade da participação nos atos sadomasoquista*, especialmente quando mulheres ocupam a posição de dominadas. Com base na obra de MacKinnon, é comum que feministas radicais aleguem que o consentimento feminino na dominação está viciado pela pressão coercitiva exercida pela cultura patriarcal que, aproveitando-se da desigualdade de gênero, obriga as mulheres a

¹⁷⁹⁶ SHERMAN, Jeffrey G. Love Speech: The Social Utility of Pornography. Chicago-Kent College of Law, mar., 1995, p. 700-701.

¹⁷⁹⁷ Não vamos tratar aqui do argumento de que as práticas sadomasoquistas violam a dignidade humana, uma vez que a dignidade humana como limite à autonomia já foi discutida acima (ver tópico 6.2.2.4, supra). Registra-se que, mesmo entre os que defendem a existência desse limite, não há consenso quanto à sua aplicação ao presente caso. Nessa linha, Dan-Cohen entende que espancamentos em práticas sadomasoquistas não necessariamente desrespeitam a vítima (DAN-COHEN, Meir. Basic Values and the Victim's State of Mind. California Law Review, v. 88, n. 3, 2000, p. 770); enquanto Duff sustenta que as práticas dos acusados em R v. Brown desumanizaram e degradaram os participantes (DUFF, R. A. Harms and Wrongs. Buffalo Criminal Law Review, v. 5, n. 1, 2001, p. 41-43).

¹⁷⁹⁸ EGAN, Kelly. Morality-Based Legislation is Alive and Well: Why the Law Permits Consent to Body Modification but not Sadomasochistic Sex. *Albany Law Review*, v. 70, n. 4, 2007, p. 1637-1638. Conferir: BROWN, George. Sexual Masochism Disorder. *MSD Manual Professional Version*. Disponível em: <https://www.msmanuals.com/professional/psychiatric-disorders/sexuality-gender-dysphoria-and-paraphilias/sexual-masochism-disorder>. Acesso em: 17/09/2020, às 15:00.

internalizar papéis sexuais associados à submissão e ao masoquismo¹⁷⁹⁹. Contudo, como já assinalado anteriormente, esse tipo de coação aludido pelas feministas radicais constitui o que Feinberg denomina de coação circunstancial, a qual deve ser diferenciada da coação pessoal justamente por não ser capaz, por si só, de reduzir a voluntariedade para alguém do mínimo necessário (tópico 6.2.3.2, *supra*). Afinal, admitir o pressuposto de que mulheres nunca podem consentir validamente em práticas sadomasoquistas conduziria ao paternalismo rígido e violaria seriamente a autodeterminação sexual das mulheres.

É possível reformular esse segundo argumento de forma a reconhecer que, conquanto mulheres possam consentir validamente em participar do ato na posição de masoquista, *a lei penal não tem condições de diferenciar os atos que verdadeiramente promovem o prazer sexual dos envolvidos daqueles que configuram abuso*. Diante disso, todas as práticas sadomasoquistas deveriam ser tratadas como violência não consensual a fim de proteger o maior número de vítimas¹⁸⁰⁰. No mesmo sentido, argumenta-se que a solução contrária permitiria que casos de violência doméstica fossem facilmente confundidos com sadomasoquismo¹⁸⁰¹, bem como aumentaria a impunidade em casos de estupro, já que o acusado poderia se defender alegando que a violência era consensual¹⁸⁰².

Por mais eloquente que essa argumentação pragmática possa parecer, ela também não tem força suficiente para persuadir o liberal a transigir com um valor tão primordial como a autonomia pessoal. Em primeiro lugar, Cowan esclarece que, diversamente da postura da maioria em *Brown* e das feministas radicais, as práticas sadomasoquistas devem ser vistas primariamente como sexo e não como violência¹⁸⁰³. Isso significa que aquilo que é percebido externamente como violência não pode ser dissociado de seu significado erótico, sendo contraintuitivo descrever como abuso ou violência a dor que, nesse contexto, é mutuamente desejada pelos parceiros sexuais. Se sadomasoquismo é sexo e não violência, é imperioso reconhecer que *a prática ocupa porção especialmente sensível do domínio pessoal sobre o qual os indivíduos exercem sua soberania*. Daí que a exclusão pelo Estado de escolhas

¹⁷⁹⁹ MACKINNON, Catharine. *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 142 e Ch. 7.

¹⁸⁰⁰ HANNA, Cheryl. Sex is Not a Sport: Consent and Violence in Criminal Law. *Boston College Law Review*, v. 42, n. 2, 2001, p. 288.

¹⁸⁰¹ WILSON, William. Consenting to Personal Injury, p. 78-79.

¹⁸⁰² FERGUSON, Patricia. Reforming Rape and other Sexual Offences, p. 307.

¹⁸⁰³ COWAN, Sharon. Criminalizing SM: Disavowing the Erotic, Instantiating Violence, p. 67-68.

pessoais tão valiosas constitui violação intolerável da autonomia, redundando na imposição de padrões externos sobre o que é ou não comportamento sexual aceitável.

Em segundo lugar, como observa Bergelson, se a possibilidade de ocorrência de abuso em determinada prática fosse suficiente para justificar a sua proibição, *qualquer penetração sexual poderia ser proibida com base no risco de estupro*¹⁸⁰⁴. A função da lei penal, nesse âmbito, é exatamente separar os atos não consensuais dos consensuais, protegendo aqueles que não consentem em experiências de sadomasoquismo da mesma forma que já protege aqueles que não consentem em qualquer outro contato sexual. A interação sexual sadomasoquista tem a vantagem de possuir comumente uma dinâmica especial que facilita a sua diferenciação de verdadeiros atos de violência. Conforme ressaltado pela comunidade de praticantes de sadomasoquismo, a atividade é essencialmente consensual e segura¹⁸⁰⁵, tendo desenvolvido uma cultura própria que a torna, em geral, menos suscetível a abusos do que as práticas sexuais “regulares”¹⁸⁰⁶. Por exemplo, raramente as práticas sexuais não sadomasoquistas são precedidas de negociação de limites, manifestação expressa de consentimento e disponibilização de meios inequívocos de revogação do consentimento.

Conquanto não haja regulamentação formal, o sadomasoquismo incorporou, ao longo do tempo, regras próprias de segurança, as quais estabelecem, por exemplo, a *prévia negociação do objeto específico do consentimento* e a *definição dos limites pela parte masoquista* por diversos meios, tais como o uso de *códigos de segurança*¹⁸⁰⁷. No exemplo apresentado anteriormente, os parceiros V e U ajustaram o momento em que o sufocamento ocorreria (quando U desse o comando) e o tempo de duração do ato (dez segundos), de modo a proporcionar-lhes a experiência erótica por eles desejada sem expor U a riscos que ela não está disposta a assumir. Logo, consentimento não é mera formalidade nas práticas sadomasoquistas, mas inerente à relação de confiança recíproca que antecede a prática e

¹⁸⁰⁴ BERGELSON, Vera. *The Right to Be Hurt*, p. 188.

¹⁸⁰⁵ Essa compreensão é sintetizada pelo lema dos praticantes “seguro, são e consensual” (*safe, sane and consensual*). Para os praticantes de sadomasoquismo: “consent is not merely the absence of ‘no’, but a far more qualitative conversation that involves negotiation, the sharing of fantasies and the setting of limits” (HANNA, Cheryl. *Sex is Not a Sport: Consent and Violence in Criminal Law*, p. 247).

¹⁸⁰⁶ EGAN, Kelly. *Morality-Based Legislation is Alive and Well*, p. 1618.

¹⁸⁰⁷ Outro procedimento de segurança utilizado por muitos praticantes é o alarme silencioso (*silente alarm*). Esse procedimento consiste em informar uma pessoa de confiança sobre o local, o período e a pessoa com quem os atos sadomasoquistas serão praticados. Caso o praticante não acione seu contato de segurança para confirmar que está tudo bem dentro de determinado período de tempo, o contato deverá acionar a polícia. Ver: EGAN, Kelly. *Morality-Based Legislation is Alive and Well*, p. 1617.

possibilita a satisfação sexual mútua. Diante disso, os praticantes argumentam que a criminalização, além de injusta com os adeptos à prática responsável, desrespeita a sua cidadania ao contribuir para a difusão da ideia equivocada de que sadomasoquistas são transgressores imorais¹⁸⁰⁸.

Segundo os praticantes, modalidades extremas de sadomasoquismo são minoritárias. Nessas hipóteses, o parâmetro de voluntariedade tende a ser mais exigente, o que não significa que o consentimento não poderá ser suficientemente voluntário e, por conseguinte, válido para afastar o conteúdo de injusto da conduta. Assim, a princípio, o praticante de sadomasoquismo, adulto, competente, livre e devidamente informado, pode consentir validamente mesmo em atos que criam perigo não insignificante de lesão corporal grave ou mesmo de morte. Por óbvio, o agente que exceder, culposa ou dolosamente, os limites do risco consentido estará sujeito à responsabilização penal. Como o rigor com os requisitos de validade do consentimento aumenta conforme a magnitude do risco, é razoável partir de uma *presunção de não voluntariedade nos casos de probabilidade qualificada de dano para a vida*, considerando que a morte de um dos envolvidos é manifestamente incoerente com os próprios fins buscados pelos participantes¹⁸⁰⁹.

A nosso ver, exigir que os praticantes que pretendem realizar atos mais arriscados de sadomasoquismo se submetam a procedimentos para a checagem dos pressupostos do consentimento invadiria demasiadamente a privacidade dessas pessoas. Todavia, seria recomendável que os próprios praticantes organizassem formalmente comitês de autorregulação a fim de estabelecer protocolos de segurança a serem observados pelos adeptos do sadomasoquismo, inclusive em sua modalidade mais extrema, cuja estrita observância funcionaria como bússola para a identificação da presença dos pressupostos do consentimento válido.

¹⁸⁰⁸ PA, M. Beyond the Pleasure Principle: The Criminalisation of Consensual Sadomasochistic Sex. *Texas Journal of Women and the Law*, 2001, v. 11, n. 1, p. 61.

¹⁸⁰⁹ Nosso argumento é diferente do utilizado por tribunal alemão, ao analisar caso em que, havendo consentimento da vítima em ato altamente arriscado durante a relação sexual (estrangulamento por, pelo menos, três minutos com um tubo de metal), o agente acabou por produzir a morte de sua parceira, quando entendeu que o consentimento no perigo concreto de morte não pode ser validado por violar a cláusula dos bons costumes: DUBBER, Markus; HÖRNLE, Tatjana. *Criminal Law: a Comparative Approach*, p. 465-468.

6.2.4.1.5 Intervenções médicas “contra os bons costumes” e comércio de órgãos em vida¹⁸¹⁰

As intervenções médicas fornecem um dos principais contextos em que os diferentes sistemas jurídicos atribuem excepcionalmente ao consentimento o poder de afastar o caráter criminoso ou a punibilidade de atos que, em princípio, seriam enquadrados como lesões corporais¹⁸¹¹. Essa abordagem, longe de estar inspirada pelo respeito à autonomia individual, parte de considerações de beneficência, isto é, da constatação de que intervenções médicas terapêuticas, em última instância, promovem o bem-estar individual. Portanto, nenhum paternalista rígido se oporia, nessas hipóteses, à eficiência do consentimento. Apesar disso, a doutrina penal brasileira sustenta, até hoje, que o que legitima tais intervenções não é o consentimento do paciente e sim o exercício de um suposto direito profissional do médico de curar¹⁸¹², o que leva à conclusão – intolerável para o liberal – de que seria permitido submeter pacientes a terapias curativas sem o seu consentimento real ou presumido.

A questão sobre a validade do consentimento se torna mais controversa, para a perspectiva tradicional, quando se trata de intervenções médicas não indicadas e consentidas. De forma geral, são consideradas lícitas as cirurgias estéticas eletivas (por exemplo, cirurgias de implantes mamários de silicone) e outras modificações corporais (*body modifications*) que produzem determinadas mutilações no corpo (desde tatuagens e *piercings* até a bifurcação da língua e implantes de chifres)¹⁸¹³. Por outro lado, prevalece o entendimento de que a amputação de membros saudáveis não pode ser objeto do consentimento válido, mesmo no caso de portadores de Transtorno de Integridade e Identidade Corporal (TIIC), em que há evidências científicas no sentido de que a retirada do membro pode sim desempenhar função terapêutica¹⁸¹⁴. A disposição de órgão, tecidos e partes do corpo para fins de transplante, por sua vez, só é autorizada em circunstâncias específicas, havendo forte consenso em torno da vedação à comercialização.

¹⁸¹⁰ Parte da exposição aqui realizada já aparece em: BADARÓ, Tatiana. Comercializar órgãos transplantáveis ofende bens jurídicos?, p. 325-346.

¹⁸¹¹ WILSON, William. Consenting to Personal Injury, p. 80-82; COOPER, Simon; JAMES, Mark. Entertainment – The Painful Process of Rethinking Consent, p. 192.

¹⁸¹² De forma crítica: SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, p. 131-148.

¹⁸¹³ EGAN, Kelly. Morality-Based Legislation is Alive and Well, p. 1627-1628; COOPER, Simon; JAMES, Mark. Entertainment – The Painful Process of Rethinking Consent, p. 193.

¹⁸¹⁴ BERGELSON, Vera. Consent to Harm, p. 107.

À luz da legislação brasileira, é possível argumentar que determinadas intervenções médicas não indicadas e consentidas seriam ilegais por força do artigo 13 do Código Civil que dispõe que: “[s]alvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. Os dois limites estipulados por tal dispositivo (diminuição permanente da integridade física e bons costumes) ignoram a voluntariedade do ato de disposição e são, por isso, rigidamente paternalistas. A *cláusula dos bons costumes* merece especial rechaço da perspectiva liberal, uma vez que se trata de limitação genérica e indeterminada ao exercício da autodeterminação corporal, funcionando como porta de entrada para que razões moralistas antiliberais sejam agregadas às de paternalismo rígido. No passado, a conduta de médico que realizou, com consentimento da paciente, cirurgia de transgenitalização ou redesignação sexual foi criminalizada com base justamente no fundamento de que a intervenção médica contrariava a ordem pública e os bons costumes¹⁸¹⁵.

O mencionado dispositivo da lei civil excepciona o ato de disposição corporal para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial. A Lei nº 9.434/1997 autoriza a doação de órgão duplo, cuja retirada não ameaça a vida do doador nem comprometa gravemente suas aptidões vitais e saúde mental ou cause mutilação ou deformação inaceitável, para fins de transplante, em favor de parente consanguíneo até o quarto grau ou, com autorização judicial, de qualquer pessoa, quando o doador, civilmente capaz, manifestar seu consentimento específico preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, sendo a intervenção médica comprovadamente indispensável ao tratamento terapêutico do receptor e *desde que o ato de disposição seja a título gratuito* (art. 9º, *caput*, §3º e 4º). A mesma lei criminaliza a remoção de órgão em desacordo com essas disposições (art. 14)¹⁸¹⁶, a compra ou

¹⁸¹⁵ Conferir: SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*, p. 398-411.

¹⁸¹⁶ Art. 14. Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei: Pena - reclusão, de dois a seis anos, e multa, de 100 a 360 dias-multa. § 1.º Se o crime é cometido mediante paga ou promessa de recompensa ou por outro motivo torpe: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 100 a 150 dias-multa. § 2.º Se o crime é praticado em pessoa viva, e resulta para o ofendido: I - incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; II - perigo de vida; III - debilidade permanente de membro, sentido ou função; IV - aceleração de parto: Pena - reclusão, de três a dez anos, e multa, de 100 a 200 dias-multa § 3.º Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta para o ofendido: I - Incapacidade para o trabalho; II - Enfermidade incurável ; III - perda ou inutilização de membro, sentido ou função; IV - deformidade permanente; V - aborto: Pena - reclusão, de quatro a doze anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa. § 4.º Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta morte: Pena - reclusão, de oito a vinte anos, e multa de 200 a 360 dias-multa.

venda de órgãos (art. 15)¹⁸¹⁷, a realização de transplante de órgão obtido em desacordo com a lei (art. 16)¹⁸¹⁸ e o recolhimento, transporte, guarda ou distribuição de órgão obtido em desacordo com a lei (art. 17)¹⁸¹⁹.

Neste tópico, vamos nos concentrar no requisito da gratuidade para a licitude do ato de disposição em vida de órgão para fins de transplantes¹⁸²⁰. De fato, a própria Constituição brasileira veda a comercialização de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento (art. 199, §4º, da CRFB). Além disso, o Brasil é signatário da Declaração de Istambul de 2008 que dispõe como princípio que “[c]omo a comercialização de órgãos tem como alvo doadores empobrecidos e, por qualquer outro motivo, vulneráveis, ela leva, inexoravelmente, à inequidade e à injustiça e deve ser proibida”¹⁸²¹. Porém, há que se questionar: a proibição absoluta da comercialização de órgãos duplos transplantáveis é compatível com o *harm principle* suplementado pelo paternalismo suave?

O paternalista rígido já enfrenta, de entrada, a dificuldade em justificar a proibição geral do comércio de órgãos decorrente da própria permissibilidade da doação gratuita de órgãos para transplantes realizada nos termos da lei. Afinal, em princípio, não há diferença entre os riscos advindos da *disposição gratuita* e os existentes no caso de *disposição onerosa* de órgão humano que justifique, por si só, permitir o primeiro e proibir o segundo¹⁸²². Diante disso, o paternalista pode argumentar que a proibição se justifica porque o comércio ilegal

¹⁸¹⁷ Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação.

¹⁸¹⁸ Art. 16. Realizar transplante ou enxerto utilizando tecidos, órgãos ou partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei: Pena - reclusão, de um a seis anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa.

¹⁸¹⁹ Art. 17. Recolher, transportar, guardar ou distribuir partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei: Pena - reclusão, de seis meses a dois anos, e multa, de 100 a 250 dias-multa.

¹⁸²⁰ O recorte visa apenas a facilitar as reflexões e não significa que as conclusões desta breve investigação não possam ser estendidas a outros casos, como o de comércio de células, tecidos e órgãos para fins de pesquisa científica ou de reprodução. Mais adiante, trataremos também do comércio de órgãos *post mortem* (tópico 6.3.3.1, *infra*). Para uma crítica à criminalização da comercialização de óvulos para inseminação artificial: HÖRNLE, Tatjana. Paternalismus in der Medizin – am Beispiel der Eizellenspende in der Reproduktionsmedizin. In: In: HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfrid; SEELMANN, Kurt (Hrsg.). *Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*. Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 111-128.

¹⁸²¹ No original: “Because transplant commercialism targets impoverished and otherwise vulnerable donors, it leads inexorably to inequity and injustice and should be prohibited.”

¹⁸²² A remoção de um rim, por exemplo, já é realizada com risco mínimo para a saúde do doador: CAMERON, J. Stewart; HOFFENBERG, Raymond. The Ethics of Organ Transplantation Reconsidered: Paid Organ Donation and the Use of Executed Prisoners as Donors. *Kidney International*, v. 55, 1999, p. 727.

submete fornecedor e receptor a condições sanitárias precárias e inseguras, já que o mercado de órgãos funciona de forma irregular e clandestina, às margens do sistema médico-hospitalar estruturado. Ocorre que, na prática, os perigos para a vida, saúde e integridade corporal dos fornecedores e receptores de órgãos transplantáveis só são superiores nos casos de disposição onerosa em razão do caráter ilegal da atividade. Logo, a venda de órgãos não é, em si mesma, mais perigosa do que a doação de órgãos. Além disso, ainda que ilegal, a atividade pode ocorrer em condições médicas adequadas e conforme a *lex artis*, como demonstram casos em que o comércio de órgão se utiliza da rede de saúde oficial¹⁸²³. Mesmo nas hipóteses em que tais condições estão ausentes, há a possibilidade de que as supostas vítimas tenham consentido validamente nos riscos decorrentes do procedimento inseguro.

Por outro lado, dizer que a proibição do comércio de órgão protege o bem-estar do receptor do órgão transplantado é uma afirmação, no mínimo, problemática, tendo em vista que, por exemplo, o transplante de rim pode significar uma sobrevida ou mesmo a cura para o paciente transplantado. No mais, a legislação penal brasileira aplicável ao transplante ilegal, ao punir também os fornecedores e os receptores finais de órgãos transplantáveis, merece as mesmas críticas feitas anteriormente ao paternalismo penal direto. Conquanto a doutrina proponha soluções para excluir ou reduzir a pena de fornecedores/receptores a partir da aplicação de institutos como o estado de necessidade exculpante, fato é que suas condutas são consideradas, pelo entendimento majoritário, típicas e ilícitas¹⁸²⁴.

Outra opção para o paternalista é argumentar que a oferta de contrapartida financeira torna inválido o consentimento daquele que tem removido um órgão transplantável. Alega-se que a aquisição do órgão se dá em contexto de *exploração e aproveitamento do infortúnio* em que se encontra o fornecedor. Para essa visão, em razão da condição de pobreza do fornecedor

¹⁸²³ Vide o caso Rosenbaum nos Estados Unidos: *United States of America v. Levy Izhak Rosenbaum a/k/a "Isaac Rosenbaum"*. Denúncia disponível em: <https://www.justice.gov/archive/usao/nj/Press/files/pdf/2011/Rosenbaum,%20Levy%20Izhak%20Information.pdf>. Acesso em 20/09/2020, às 12:15.

¹⁸²⁴ Na Alemanha, a criminalização alcança o fornecedor e o destinatário do órgão, mas a legislação permite que o julgador reduza ou isente de pena. O art. 156 do CP espanhol exclui a punição daquele que vende o próprio órgão, pois, conforme a descrição contida no tipo penal, o órgão deve ser alheio. A Convenção do Conselho Europeu contra o Tráfico de Órgãos, inclusive, permite que os Estados signatários optem por não penalizar o doador e o receptor e determina que, mesmo que se opte por punir, a pena deve ser justa e proporcional. No Brasil, os tipos penais previstos pela Lei nº 9.434/97 não excluem a punição de fornecedores/receptores. Em relação aos fornecedores, propõem-se a aplicação, por analogia *in bonam partem*, do perdão judicial previsto no art. 121, §5º, do Código Penal.

do órgão, estariam afastadas a capacidade ou competência para consentir e/ou a voluntariedade do consentimento¹⁸²⁵. Contudo, não há razão plausível para incluir entre os pressupostos do consentimento válido – ao lado de requisitos como competência, voluntariedade e informação – a ausência de grave necessidade econômica. Como já afirmado, a pressão coercitiva gerada pela situação de necessidade financeira não pode ser equiparada à coação propriamente dita. Nas situações-padrão, a promessa de pagamento de contrapartida financeira configura oferta e não ameaça, não reduzindo a voluntariedade do consentimento na remoção do órgão para aquém do patamar mínimo (tópico 6.2.3.2, *supra*)¹⁸²⁶. Por isso, negar validade ao consentimento sempre que o vendedor de órgão próprio se encontrar em uma situação financeiramente desafortunada não é uma intervenção compatível com o paternalismo suave, pois restringiria ainda mais o seu já limitado número de alternativas disponíveis¹⁸²⁷.

Em defesa da proibição do comércio de órgãos, é possível recorrer, ainda, a um argumento moralista e não mais paternalista, alegando que *a atividade explora injustamente a vulnerabilidade econômica do fornecedor*, mesmo que o seu consentimento seja suficientemente voluntário¹⁸²⁸. Certamente, conforme será demonstrado na sequência, não basta que um comportamento seja praticado somente em razão de um incentivo financeiro

¹⁸²⁵ HUGHES, P. M. Constraint, Consent, and Well-Being in Human Kidney Sales. *Journal of Medicine and Philosophy*, n. 34, 2009, p. 606.

¹⁸²⁶ No mesmo sentido: RICHARDS, Janet Radcliffe. Consent with Inducements: The Case of Body Parts and Services. In: MILLER, Franklin G.; WERTHEIMER, Alan (ed.). *The Ethics of Consent*. Theory and Practice. New York: Oxford University Press, 2010, p. 292.

¹⁸²⁷ TAYLOR, James Stacey. Autonomy and Organ Sales, Revisited. *Journal of Medicine and Philosophy*, n. 34, 2009, p. 644.

¹⁸²⁸ Além do argumento da exploração, outros argumentos moralistas podem ser opostos à permissibilidade do comércio de órgãos. É o caso do argumento da corrosão moral formulado por Sandel. De acordo com esse argumento, a lógica mercadológica de estabelecer preços para todas as coisas que têm valor para o ser humano possui uma tendência moralmente corrosiva, a qual se torna insuportável quando atinge bens da vida que não devem ser mercantilizados, como seria o caso de órgãos humanos. Ver: SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra*. Os limites morais do mercado. Trad. Clóvis Marques. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 95. Essa argumentação também não pode ser acolhida pelo liberal, na medida em que pretende restringir a autodeterminação corporal sem qualquer suporte em razões, consequencialistas ou deontológicas, referidas aos interesses ou direitos de outras pessoas. Além disso, mesmo um moralista haverá de concordar que remunerar uma atividade socialmente valorosa não é suficiente, por si só, para depurar essa mesma atividade de todo o seu valor moral de altruísmo. Com efeito, todos os profissionais envolvidos no procedimento de transplante de órgãos doados (médicos, enfermeiros, empresas que prestam serviço no transporte e acondicionamento do órgão etc.) são recompensados financeiramente pelo seu trabalho e, nem por isso, a sua atuação é tida como moralmente corrompida. Por que, então, seria imoral apenas a conduta daquele que percebe remuneração pelo oferecimento do próprio órgão? Nesse sentido: ERIN, Charles A; HARRIS, John. An Ethical Market in Human Organs. *Journal of Medical Ethics*, n. 29, 2003, p. 137.

para afirmar que aquele que dele se beneficia está incorrendo em exploração injusta (tópico 6.3.3 *infra*). Na verdade, a possibilidade realista de exploração é um argumento em favor da regulamentação a fim de estabelecer condições para a proteção de potenciais fornecedores de órgãos, como a garantia de uma compensação financeira justa e proporcional e a previsão de meios para coibir o aliciamento predatório de fornecedores vulneráveis¹⁸²⁹. Assim, a ideia de exploração não é capaz de justificar uma proibição absoluta do comércio de órgãos, servindo a fundamentar apenas a criminalização, por exemplo, da conduta do intermediário que obtém altos lucros com a atividade à custa de benefício financeiro pífio para aquele que tem o órgão removido. Porém, respaldada por essa razão de moralismo estrito e não mais apenas pelo paternalismo, a descrição da conduta criminosa teria de ser reestruturada de forma análoga ao *crime de usura* e não mais, como hoje, em paralelo ao tráfico de drogas¹⁸³⁰.

O paternalista suave poderia tentar argumentar que, embora a decisão por alienar órgão próprio possa ser realmente autônoma, não é possível distinguir, na prática, as situações em que o consentimento é livre e informado daquelas em que falta requisito à validade do consentimento, sobretudo porque o comércio de órgãos envolve, em muitos casos, o emprego de violência, grave ameaça e fraude contra o fornecedor do órgão¹⁸³¹. Entretanto, a rigorosa apuração dos pressupostos de validade do consentimento informado do paciente é exigida antes de qualquer intervenção médico-cirúrgica não indicada, de modo que, mesmo no caso de doação gratuita de órgãos, há que se averiguar, no caso concreto, a voluntariedade da decisão do doador, que pode, por exemplo, estar sofrendo pressão indevida de familiares para realizar a doação¹⁸³². Logo, o propósito de prevenir decisões não autônomas poderia, por

¹⁸²⁹ COHEN, I. Glenn. Transplant Tourism: The Ethics and Regulation of International Markets for Organs. *Journal of Law, Medicine & Ethics*, spring, 2013, p. 275.

¹⁸³⁰ GUTMANN, Thomas. *Für ein neues Transplantationsgesetz. Eine Bestandsaufnahme des Novellierungsbedarfs im Recht der Transplantationsmedizin*. Heidelberg: Springer, 2006, p. 106 e 112; SCHROTH, Ulrich. Das Paternalismusproblem am Beispiel der Nierenlebendspende, p. 217.

¹⁸³¹ MALMQVIST, Erik. Are Bans on Kidney Sales Unjustifiably Paternalistic? *Bioethics*, v. 28, n. 3, 2014, p. 114.

¹⁸³² Na Alemanha, a voluntariedade da doação de órgãos em vida deve ser apurada por uma comissão de ética interdisciplinar, especialmente designada, e formada por um médico, um psicólogo e um advogado (WAGNER, Elke; FATEH-MOGHADAM, Bijan. Freiwilligkeit als Verfahren: zum Verhältnis von Lebendorganspende, medizinischer Praxis und Recht. In: REHBERG, Karl-Siegbert. *Die Natur der Gesellschaft: Verhandlungen des 33. Kongresses der Deutschen Gesellschaft für Soziologie in Kassel*. Frankfurt am Main: Campus Verl, 2008, p. 1116). Para críticas à atuação dessa comissão, por entender que elas interferem demasiadamente no processo de tomada de decisão do pretendo doador: FATEH-MOGHADAM, Bijan; GUTMANN, Thomas. Governing [through] Autonomy, p. 395.

exemplo, legitimar a criminalização da *propaganda ostensiva da oferta de dinheiro em troca de órgãos*, mas não a proibição absoluta do comércio de órgãos.

Por outro lado, o liberal poderia afirmar, a fim de justificar sua postura contra o comércio de órgãos, que a pressão exercida pela oferta de contrapartida financeira promove decisões não verdadeiramente autônomas ao encorajar os indivíduos a negligenciar suas preferências de longo prazo em favor de preferências de curto prazo. No entanto, respeitar a autonomia significa também reconhecer o *monopólio do indivíduo sobre a hierarquização dessas preferências conforme os seus próprios valores*. Por isso, a estratégia paternalista suave deve se limitar a favorecer as condições que propiciam escolhas mais responsáveis, sem obstruir, de antemão, opções valiosas para o projeto de vida individual. Nesse sentido, é admissível que a lei, por exemplo, fixe uma idade mínima para consentir na venda de órgão, bem como estipule, se possível, um período mínimo de reflexão antes da intervenção cirúrgica.

Por fim, há que se investigar a possibilidade de invocar danos remotos para justificar a criminalização em bases liberais. Nessa linha, parte dos defensores da proibição alega que a legalização do comércio de órgão *reduziria a oferta de órgãos disponíveis para transplantes*, uma vez que anularia o incentivo às doações altruístas¹⁸³³. Além disso, segundo essa visão, o comércio de órgão prejudica o funcionamento do sistema nacional de transplante, na medida em que gera *desigualdade no acesso a órgãos transplantáveis*¹⁸³⁴. O problema dessa argumentação é que, em primeiro lugar, ela carece de evidências no sentido de que a comercialização de órgãos pode diminuir o volume de doações. Essa suposição não é plausível porque, em geral, aquele que vende um órgão próprio sequer consideraria doá-lo a um desconhecido e, por outro lado, a comercialização pode, na verdade, reduzir a demanda por órgãos ao retirar, em menor tempo, pessoas da lista de espera¹⁸³⁵. A realidade é que, em

¹⁸³³ A principal referência para esse argumento é a obra de Titmuss: TITMUSS, Richard. *The Gift Relationship: From Human Blood to Social Policy*. New York: Vintage Books, 1971.

¹⁸³⁴ Por todos: CASABONA, Carlos María Romeo. El Convenio del Consejo de Europa contra el tráfico de órganos humanos: principios y bienes jurídicos penalmente protegidos. *Revista de Derecho Penal*, n. 1, 2015, p. 338 e 349.

¹⁸³⁵ Nessa linha, Bergelson aponta que a legalização do comércio de órgãos também pode ser defendida em bases utilitaristas e não apenas a partir do direito à autonomia: “In contrast, many advocate legalization of organ sale, because donation does not produce nearly enough needed organs. There is a sound argument that the setback to sellers’ health may be balanced by benefits purchased with the proceeds of the sale, and that the sellers’ dignity will not suffer more than in the currently legal sale of blood, sperm, or ova. At the same time, the benefit of

todo o mundo, o sistema de doações altruístas é incapaz de suprir a crescente demanda por órgãos transplantáveis, mostrando-se desarrazoada a resistência em pensar a legalização do comércio de órgãos como uma alternativa.

Em todo caso, o esforço de justificar a proibição absoluta do comércio de órgãos transplantáveis com fundamento em danos remotos encontra uma barreira deontológica intransponível no direito do fornecedor de órgão próprio à *autodeterminação corporal*. Conforme ressaltado, as fronteiras do domínio sobre o qual o indivíduo exerce a sua soberania devem contemplar, no mínimo, o seu próprio corpo. Afinal, não há como negar que indivíduos competentes têm direito a vender seus próprios órgãos, da mesma forma que vendem outros bens valiosos como a sua força de trabalho e o seu tempo¹⁸³⁶. De outra parte, se ninguém pode ser obrigado a doar órgãos transplantáveis visando a aumentar a oferta, também não se pode obrigar alguém a não vender a fim de que se alcance o mesmo objetivo. Portanto, o exercício da autodeterminação corporal, consubstanciado pelo consentimento livre, informado e específico, proporciona uma razão determinante para afastar o caráter injusto das condutas, para fins de aplicação do princípio do dano, tanto daquele que vende o próprio órgão para transplante quanto do destinatário final do órgão e dos intermediários que possibilitam a transação.

6.2.4.1.6 Prostituição e exploração sexual

O direito penal sexual é uma das principais instâncias de manifestação do paternalismo legal, embora as razões paternalistas nas quais se baseiam a intervenção penal se apresentem geralmente associadas a razões moralistas¹⁸³⁷. No que toca à exploração sexual, a

saved human lives would add dignity to the transaction and, on balance, produce more good than evil.” (BERGELSON, Vera. *The Right to Be Hurt*, II.D.1).

¹⁸³⁶ SAVULESCU, J. Is the Sale of Body Parts Wrong? *Journal of Medical Ethics*, n. 29, 2003, 138-139.

¹⁸³⁷ Em 2011, o Supremo Tribunal Federal declarou que, no crime de manter casa de prostituição (art. 229 do Código penal), os bens jurídicos protegidos em benefício de toda a coletividade são a moralidade sexual e os bons costumes, valores de “elevada importância” que devem ser resguardados pelo direito penal. Ver: HC 104467, Rel. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 08/02/2011, DJe 09/03/2011. Essa decisão respaldou o juízo de censura da conduta exclusivamente na violação de padrões particulares sobre quais comportamentos sexuais são ou não apropriados, isto é, em padrões de comportamento que não espelham deveres fundamentados pela moralidade crítica e, por conseguinte, passíveis de serem universalizados sem que isso configure desrespeito à autonomia moral dos indivíduos e ao ideal de neutralidade estatal. Mesmo que, com a edição da Lei nº 12.015/2009 que alterou o nome do título do Código Penal referente aos crimes sexuais, o foco da jurisprudência

legislação penal brasileira contrasta com a dos países do *Common Law* por não criminalizar a conduta de quem, com habitualidade, comercializa o próprio corpo para fins de satisfação da lascívia de pessoas indeterminadas nem daquele que solicita ou utiliza desses serviços, desde que sejam prestados por pessoa maior de 18 anos (art. 218-B, §2º, I do CP)¹⁸³⁸. Porém, são punidas as condutas que gravitam em torno da prostituição de adultos capazes, como as de quem induz outrem a satisfazer a lascívia alheia (art. 227 do CP)¹⁸³⁹, quem induz ou atrai alguém à prostituição ou facilita a prostituição alheia (art. 228 do CP)¹⁸⁴⁰, quem mantém estabelecimento em que ocorre exploração sexual (art. 229 do CP)¹⁸⁴¹ e quem participa dos lucros advindos da prostituição alheia ou se faz sustentar, no todo ou em parte, por quem exerce a atividade (art. 230 do CP)¹⁸⁴².

tenha migrado da noção de moralidade e bons costumes para a de dignidade sexual, a ideia de dignidade não pode ser entendida em sentido perfeccionista, ou seja, como um padrão objetivo a respeito de quais escolhas pessoais relativas ao exercício da liberdade sexual são ou não dignas. Ver: GRECO, Luís. Casa de Prostituição (Art. 229 do CP) e Direito Penal Liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 19, n. 92, 2011, p. 431-457. Como visto acima, o conceito liberal de dignidade humana não pode ser compreendido em oposição ao respeito à autonomia pessoal.

¹⁸³⁸ “Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos. § 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa. § 2º Incorre nas mesmas penas: I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo; II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no caput deste artigo. § 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.” Observa-se que quem pratica qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos ou pessoa que não tem o necessário discernimento para consentir no ato é punível nos termos do art. 217-A do Código Penal.

¹⁸³⁹ Art. 227. Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem: Pena - reclusão, de um a três anos. § 1º Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda: Pena - reclusão, de dois a cinco anos. § 2º - Se o crime é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude: Pena - reclusão, de dois a oito anos, além da pena correspondente à violência. § 3º - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

¹⁸⁴⁰ Art. 228. Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. § 1º Se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. § 2º - Se o crime, é cometido com emprego de violência, grave ameaça ou fraude: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, além da pena correspondente à violência. § 3º - Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

¹⁸⁴¹ Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente: Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa.

¹⁸⁴² Art. 230 - Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. § 1º Se a vítima é menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos ou se o crime é cometido por ascendente, padrasto,

Com exceção da modalidade delituosa de impedir ou dificultar que alguém abandone a prostituição (art. 228 do CP), esses dispositivos penais alcançam a conduta daquele que *auxilia a decisão suficientemente voluntária de pessoas competentes por exercer a prostituição*. Nota-se que o emprego de violência, grave ameaça ou fraude apenas qualifica o crime, não sendo expressamente exigido que o exercício da prostituição não seja autônomo. Daí que, no quarto exemplo apresentado anteriormente na introdução deste tópico, Q teria praticado os crimes de favorecimento à prostituição (art. 228 do CP) e rufianismo (art. 230 do CP). Porém, a punição de Q dificilmente pode ser justificada do ponto de vista liberal.

Na visão de Munro e Scoular, o que se denominou de *colapso do harm principle* pode ter efeitos positivos, na medida em que permite que a lei penal interfira não apenas a fim de prevenir danos, mas também para reprimir a *exploração da vulnerabilidade alheia*¹⁸⁴³. Sem embargo, já se demonstrou repetidamente que a versão paternalista do argumento da exploração não pode ser acolhida pelo paternalismo suave por menoscar decisões autorreferidas suficientemente voluntárias¹⁸⁴⁴. Por outro lado, os crimes de lenocínio previstos pela legislação brasileira (mediação para servir a lascívia alheia, favorecimento da prostituição, casa de prostituição e rufianismo) não podem ser justificados igualmente com base na versão moralista do argumento da exploração (vide tópico 6.3.3 *infra*), tendo em vista que a obtenção de vantagem indevida à custa do trabalho da prostituta também não constitui elementar típica, sendo que o intuito de lucro conduz apenas à cumulação da pena de multa.

madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou por quem assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância: Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. § 2º Se o crime é cometido mediante violência, grave ameaça, fraude ou outro meio que impeça ou dificulte a livre manifestação da vontade da vítima: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, sem prejuízo da pena correspondente à violência.

¹⁸⁴³ MUNRO, Vanessa; SCoulAR, Jane. Harm, Vulnerability, and Citizenship – Constitutional Concerns in the Criminalization of Contemporary Sex Work. In: DUFF, R.A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S.E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor (eds.). *The Constitution of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 51.

¹⁸⁴⁴ A partir de uma teoria que compreende a satisfação sexual como uma *commodity* e o estupro como uma modalidade de crime contra a propriedade, Dripps argumenta que não há razão para acreditar que a troca de satisfação sexual por satisfação sexual, ou por afeição e segurança, seja mais simétrica do que a troca de satisfação sexual por dinheiro. Além disso, também não haveria razão para acreditar que a mulher está em uma posição mais vulnerável em trocas que envolvem satisfação sexual do que em qualquer outro tipo de barganha (p. ex., na negociação por salários). Ver: DRIPPS, Donald A. Beyond Rape: An Essay on the Difference between the Presence of Force and the Absence of Consent. *Columbia Law Review*, v. 92, n. 7, 1992, p. 1790-1791. Apesar de ser elucidativa em relação a esses pontos, a teoria de Dripps pode ser criticada por enfatizar apenas uma das dimensões da autonomia sexual, esquecendo que, para além do “valor de uso”, o corpo e a sexualidade humana também possuem um “valor de identificação”: HÖRNLE, Tatjana. Violación como Relaciones Sexuales no Consentidas, p. 203.

Além disso, mesmo um paternalista rígido enfrenta dificuldades em justificar o uso da coerção legal para banir a prostituição e/ou o favorecimento à prostituição alheia¹⁸⁴⁵. Como destacado por Richards, não há evidências claras no sentido de que tal atividade deteriore a qualidade de vida daqueles que a exercem mais do que outras ocupações lícitas, especialmente as mais facilmente acessadas por pessoas economicamente desfavorecidas e sem educação formal¹⁸⁴⁶. Com efeito, a ausência de regulamentação da prostituição e a criminalização do auxílio à atividade concorrem para o incremento da vulnerabilidade e da marginalização social das prostitutas.

Sob outra perspectiva, feministas radicais como Mackinnon reputam conceitualmente impossível haver consentimento genuíno das mulheres na prostituição, de modo que *toda prostituição seria involuntária* e, por conseguinte, equiparada ao estupro¹⁸⁴⁷. Como já dito, essa posição desrespeita o direito à autonomia por tratar as mulheres como absolutamente incapazes de consentir validamente em determinadas práticas sexuais, independentemente da verificação concreta dos pressupostos de validade do consentimento. De fato, tal presunção de não voluntariedade não pode ser admitida pelo paternalista suave comprometido com a defesa de uma concepção não idealizada de soberania pessoal, devendo o legislador liberal zelar pela liberdade possível de escolha em assuntos referentes ao projeto individual de vida boa, o que inclui a eleição dos meios, entre os disponíveis, para prover o próprio sustento.

Já Dempsey sustenta que criminalizar a solicitação e utilização de serviços de prostituição é compatível com o paternalismo suave. Isso porque o cliente, com a sua conduta, produziria o *risco de manter relação sexual com mulher que fora submetida, contra a sua*

¹⁸⁴⁵ Marneffe procura defender a restrição da prostituição com argumentos paternalistas, aduzindo que as prostitutas sofrem danos psicológicos, mas reconhece que outras ocupações laborais podem ter impactos semelhantes sobre a saúde mental dos indivíduos: “This work is commonly experienced as humiliating and abusive, and results in lasting feelings of worthlessness, shame, and self-hatred. This kind of work is also highly stressful, so stressful that some researchers report that it results in a posttraumatic stress disorder similar to that found in combat veterans. This stress is created partly by the constant risk of violence and verbal abuse, but also by the fact that this kind of work demands an exhausting kind of emotional pretense. (...) doing this kind of work makes it difficult for sex workers to enjoy sex (with women as well as men) and to form stable, trusting, mutually supportive and respectful intimate relationships, both while they are working and well into the future once they have stopped.” (MARNEFFE, Peter de. *Liberalism and Prostitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 13).

¹⁸⁴⁶ RICHARDS, A. J. Commercial Sex and the Rights of the Person: A Moral Argument for the Decriminalization of Prostitution. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, n. 5, may, 1979, p. 1266.

¹⁸⁴⁷ MACKINNON, Catharine. Prostitution and Civil Rights. *Michigan Journal of Gender and Law*, v. 1, n. 1, 1993, p. 27-29.

*vontade, à exploração sexual*¹⁸⁴⁸. O crime seria, portanto, de perigo abstrato, sendo a conduta do cliente perigosa *ex ante* porque ele pratica ato sexual com a prostituta sem ter condições de verificar a validade do seu consentimento, averiguando, por exemplo, se a mulher foi ou não coagida por cafetões a se prostituir. Em suma, o mesmo fundamento utilizado para justificar a proibição geral do homicídio a pedido informal e do duelo serviria de base para a criminalização da conduta daquele que solicita ou se utiliza de serviços de prostituição.

Em nossa opinião, o legislador liberal não deve acolher a proposta de criminalizar a conduta do cliente da prostituta nos mesmos moldes em que se admitiu a proibição geral do homicídio a pedido e do duelo. Em primeiro lugar, parece-nos que o risco de que a mulher tenha sido coagida a se prostituir decorre primordialmente do caráter não regulamentado da profissão e não da atividade em si mesma. Além disso, diversamente da morte, a prática de ato sexual não é, em geral, inerentemente danosa, a não ser em hipóteses excepcionais como quando o ato é praticado com crianças, as quais não possuem o desenvolvimento físico-mental necessário. Ainda que se concorde com a afirmação de Marneffe de que a prostituição pode, no longo prazo, produzir danos psicológicos para aqueles que exercem essa atividade¹⁸⁴⁹, esse dano não pode ser equiparado em gravidade e iminência à morte resultante do homicídio a pedido ou do duelo.

De outra parte, diferentemente da decisão por duelar e por pedir a outra pessoa que retire a sua vida sem motivo racional, a decisão por exercer a prostituição não é, em regra, manifestamente desarrazoada a ponto de permitir que o legislador presuma a não voluntariedade do ato. No mais, a proibição da solicitação e utilização de serviço de prostituição restringe demasiadamente a autonomia de prostitutas e clientes ao destruir uma opção de ação infungível, pessoalmente valiosa para alguns, e para a qual não há alternativa prontamente disponível e idônea à persecução dos mesmos objetivos (aos duelantes, por exemplo, a legislação penal ideal deixaria a opção de reafirmar a própria honra em um combate violento, mas não fatal). Por fim, a persecução penal da prostituição, decorrente da criminalização da conduta do cliente, tende a invadir a privacidade sexual dos envolvidos de forma não comparável à proibição geral do homicídio a pedido informal e do duelo.

¹⁸⁴⁸ DEMPSEY, M. Madden. Rethinking Wolfenden: Prostitute-Use, Criminal Law, and Remote Harm. *Criminal Law Review*, junho, 2005, p. 450.

¹⁸⁴⁹ MARNEFFE, Peter de. *Liberalism and Prostitution*, p. 13. Ver nota nº 1845 *supra*.

Pelo exposto, os crimes de auxílio à prostituição de pessoas maiores e capazes, constante do Código Penal brasileiro, merecem ser reformulados a fim de limitar o uso da coerção legal aos casos em que a vítima é submetida à exploração sexual, mediante violência, ameaça, fraude ou qualquer outro meio que reduza a sua resistência, bem como quando o agente dificulta ou impede que a vítima abandone voluntariamente a atividade¹⁸⁵⁰. Ocorrendo o efetivo exercício da prostituição pela vítima, o agente seria punível, ainda, por crime de estupro (art. 213 do CP) ou violação sexual mediante fraude (art. 215 do CP), o mesmo valendo para o cliente que pratica ato sexual com a prostituta, sabendo ou desconfiando ter ela sido submetida à prostituição contra a sua vontade. Pode haver, ainda, uma boa razão para proibir a obtenção por quem auxilia a prostituição alheia de participação na renda advinda da atividade da prostituta em percentual discrepante com a contribuição a ela prestada ou de lucros que excedam desarrazoadamente o proveito econômico auferido pela profissional, nos termos do princípio da exploração (tópico 6.3.3 *infra*).

6.2.4.2 Máximas de mediação que orientam a estratégia do paternalismo suave

Com base em Feinberg, reconhecemos que a decisão autônoma por expor o próprio bem-estar a determinado risco pode eventualmente ser tão rara e improvável que é possível inferir, com respaldo em evidências empíricas, que o consentimento dificilmente seria manifestado se não em razão de ignorância, coação ou incompetência. Nesses casos, a estratégia do paternalismo suave autoriza o legislador penal a, partindo de uma presunção de não voluntariedade, estabelecer proibições gerais que, por sua vez, estarão fundamentadas pelo princípio do dano.

Segundo Feinberg, a fim de lidar com as situações excepcionais em que a presunção de não voluntariedade venha a ser elidida pelo consentimento suficientemente voluntário, o paternalista suave pode optar por uma das seguintes alternativas: 1) sustentar proibições absolutas (*blanket prohibition*) com base no argumento de que as poucas injustiças resultantes serão consideravelmente menos numerosas do que as que decorreriam da inexistência da

¹⁸⁵⁰ Críticos à legislação brasileira por equiparar o favorecimento ou aproveitamento da prostituição voluntária a conduta daquele que submete alguém, contra a sua vontade, à exploração sexual: GRECO, Luís. Casa de Prostituição (Art. 229 do CP) e Direito Penal Liberal, p. 431-457; MARGOTTI, Alessandra. *Direito à Prostituição: Legalização e regulamentação do lenocínio no Brasil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 215.

proibição (*blanket permission*) e da criação de sistema, dispendioso e falível, de testagem casuística da voluntariedade; 2) sustentar as proibições absolutas, mas designar comitês específicos com atribuições para rever *a posteriori* acusações ou condenações, quando provocados a examinar circunstâncias excepcionais indicativas do caráter genuinamente autônomo da decisão; 3) estabelecer procedimentos destinados a constatar a presença concreta dos pressupostos de validade do consentimento e conceder *a priori* licenças para a prática da conduta e 4) abolir ou suspender proibições gerais após intensa conscientização a respeito dos riscos ou, dependendo do caso, procedimentos obrigatórios de aconselhamento e aplicação de exames para atestar a competência informacional¹⁸⁵¹.

Feinberg pontua que, por questões práticas, o legislador está inclinado a escolher sempre a primeira opção. O próprio filósofo opta por essa via ao lidar com os exemplos do duelo e do contrato de escravidão. Além disso, uma série de proibições penais que, a princípio, aparentam ter motivação rigidamente paternalista poderia ser acomodada, nesses termos, pela estratégia do paternalismo suave. Todavia, essa primeira alternativa é criticável por atribuir a considerações utilitaristas, relativas à minimização de danos não genuinamente consensuais pelo menor custo, preponderância em relação ao direito à soberania pessoal. Diante disso, defendemos que legislador liberal que endossa o *harm principle*, orientado pela máxima *volenti non fit injuria* e suplementado pelo paternalismo suave, mova-se pelas demais opções indicadas, embora o rol acima apresentado não seja exaustivo.

No entanto, a estratégia aqui defendida não deixa de ser paternalista por ser suave. Por isso, o seu emprego pelo legislador deve observar determinados limites ou estará sujeito a legitimar intervenções mais severas do que as admitidas por algumas formas mais ponderadas de paternalismo rígido. Conforme exposto anteriormente, um primeiro limite ao uso da coerção penal com base em razões paternalistas é a *inadmissibilidade do paternalismo penal direto frente ao requisito da injustiça*, uma vez que deveres morais em face de si mesmo não podem fundamentar o conteúdo de injusto para fins de aplicação do princípio do dano. O segundo limite, também já introduzido, dispõe que o paternalismo penal indireto só será admissível, preliminarmente, quando o *paternalismo extrapenal direto também estiver justificado* pelo legítimo propósito de prevenir *harm to self* não autônomo.

¹⁸⁵¹ Essas ideias estão sistematizadas em: FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 174.

Além disso, Fateh-Moghadam e Gutmann afirmam que o legislador adepto do paternalismo suave tem a missão de formular *modelos legais que permitam, sempre que possível, que a pessoa cujo bem-estar está em jogo tome a decisão final*¹⁸⁵². Daí que, por exemplo, soluções procedimentais são preferíveis a proibições materiais absolutas. Limites objetivos à liberdade de disposição dos próprios interesses só devem ser admitidos, no máximo, quando houver a combinação entre fortes indicações de deficiência no processo de tomada de decisão e ameaça de dano irreversível a interesses especialmente importantes. As proibições gerais, por sua vez, são justificáveis apenas quando previstas exceções e procedimentos aptos a lidar com casos individuais em que déficits de autonomia podem ser excluídos.

A nosso ver, o legislador deve reservar as proibições gerais apoiadas na presunção de não voluntariedade para as situações em que há *impossibilidade ou séria dificuldade fática ou normativa de constatar a validade do consentimento em cada caso concreto*. Assim, a estratégia do paternalista suave é consentânea, em primeiro lugar, com a previsão de *crimes de perigo comum e abstrato/implícito que excluem, de antemão, opções futuras potencialmente danosas para o próprio bem-estar* (é o caso, já mencionado, da legislação penal voltada à proteção de consumidores)¹⁸⁵³. Em segundo lugar, o paternalista suave também pode optar por incluir expressamente na lei *limites objetivos e específicos, materiais ou procedimentais, à validade do consentimento*, desde que esses limites mantenham conexão com os fatores que podem reduzir a voluntariedade para aquém do mínimo (coaçoão, informação deficiente ou incompetência). É o que ocorre nas hipóteses em que a lei fixa uma idade mínima para a validade do consentimento de adolescentes em atos sexuais. Por fim, as *proibições gerais de perigo individual* também são admissíveis quando, tendo em vista a magnitude do risco, a irreversibilidade do dano e outras circunstâncias especiais indicativas de possível déficit de autonomia, há sérias dúvidas quanto ao atendimento, para a validade do consentimento, de parâmetro de voluntariedade especialmente exigente (é o caso do duelo e do homicídio a pedido informal). Conforme explicitado anteriormente, o caráter

¹⁸⁵² FATEH-MOGHADAM, Bijan; GUTMANN, Thomas. Governing [through] Autonomy, p. 393.

¹⁸⁵³ Como já dito, essa hipótese é menos problemática por geralmente também se sustentar parcialmente em boas razões não paternalistas (ver tópico 6.2.1.2 *supra*), mas isso não exige o legislador de observar os limites e balizas aqui indicados.

superinclusivo dessas proibições permitirá que o aplicador restrinja, em alguns casos concretos, o alcance da norma incriminadora, em respeito ao requisito da injustiça.

Para além desses limites, cumpre estipular algumas diretrizes gerais a serem observadas pelo legislador. Observa-se que, em sede de controle de constitucionalidade da legislação suavemente paternalista, deve ser assinalada ao legislador maior discricionariedade no balizamento dos aspectos relevantes, inclusive por imposição do princípio da separação de poderes. É possível extrair da discussão realizada no tópico anterior sobre a aplicação da estratégia do paternalismo suave a crimes em espécie que a adequação da legislação suavemente paternalista à filosofia liberal dependerá do balizamento de circunstâncias como as seguintes: 1) se existem evidências convincentes no sentido de que, em regra, as escolhas perigosas e autorreferidas não são totalmente voluntárias; 2) se a intervenção paternalista invade decisões existenciais, que estão no cerne do domínio pessoal, ou somente escolhas situadas em áreas mais periféricas; 3) se a opção arriscada excluída de antemão é, em geral, valiosa para o projeto de vida boa dos indivíduos que podem vir a arriscar o próprio bem-estar ao elegê-la; 4) se a opção excluída de antemão é, em geral, valiosa para outras pessoas, que não aquela cujo bem-estar está em jogo, ou socialmente útil; 5) se o risco é razoável em face dos valores das pessoas que, em geral, decidem por assumi-lo; 6) se a legislação pode atingir colateralmente valores como intimidade, privacidade, liberdade de expressão, liberdade religiosa e livre iniciativa econômica; 7) se existem outros meios, disponíveis àqueles de quem a opção de ação autorreferida é subtraída, aptos a alcançar o mesmo fim por eles geralmente almejado; 8) se a subtração da opção de ação autorreferida é parcial ou total, provisória ou definitiva e 9) se o legislador utiliza o mínimo de coerção necessária a prevenir decisões não autônomas, havendo relação de adequação e proporcionalidade estrita entre meios e fins (por exemplo, se as penas cominadas não extravasam a magnitude do risco e o desvalor moral da conduta).

Figura 13 – Sumário sobre os critérios que orientam a estratégia de paternalismo suave

<i>Legislação penal suavemente paternalista</i>	Crimes de perigo comum e abstrato/implícito que excluem, de antemão, opções futuras potencialmente danosas para o próprio bem-estar.
	Limites legais objetivos, materiais ou procedimentais, à validade do consentimento, especificamente relacionados a algum dos fatores aptos a reduzir a voluntariedade para aquém do mínimo.

	Proibições gerais de perigo individual.
<i>Limites e requisitos gerais das hipóteses de paternalismo penal suave</i>	O paternalismo penal direto é sempre inaceitável e o paternalismo penal indireto só é admissível nos casos em que o paternalismo extrapenal direto for justificável pelo propósito de evitar danos não autônomos.
	O legislador deve sempre optar pela intervenção que assegura àquele cujo bem-estar é diretamente afetado o maior poder de decisão: soluções procedimentais são preferíveis aos limites materiais que são preferíveis às proibições gerais.
	Os limites e proibições de caráter geral devem ser reservados aos casos em que há impossibilidade ou séria dificuldade fática ou normativa de constatar a validade do consentimento em cada caso concreto.
<i>Critérios específicos para a criação de proibições gerais baseadas na presunção de não voluntariedade</i>	Parâmetro de voluntariedade especialmente exigente em razão da gravidade e irreversibilidade do dano.
	Circunstâncias que indicam a possível presença de fatores que reduzem a voluntariedade da escolha.
	Possibilidade de excepcionar a proibição em casos concretos em que déficits de autonomia podem ser excluídos.
<i>Circunstâncias a serem ponderadas pelo legislador para evitar excessos</i>	Se há evidências de que a escolha raramente é feita de forma autônoma.
	Se a intervenção invade decisões existenciais.
	Se a opção excluída é valiosa para o projeto de vida boa dos indivíduos que podem vir a elegê-la.
	Se a opção excluída é valiosa para outras pessoas ou socialmente útil.
	Se o risco é razoável em face dos valores daqueles que geralmente decidem assumi-lo.
	Se a intervenção atinge colateralmente valores como intimidade, privacidade, liberdade de expressão, liberdade religiosa e livre iniciativa econômica.
	Se existem outros meios aptos a substituir a opção excluída.
	Se a exclusão da opção é parcial ou total, provisória ou definitiva.
	Se a restrição imposta é o mínimo necessário a evitar o maior número de decisões não autônomas.

6.3 Moralismo penal

O quarto (e último) princípio da criminalização é introduzido por Feinberg sob a rubrica de moralismo legal ou jurídico, aqui também referido como moralismo penal. Esse é o princípio que fundamenta a proibição de condutas que produzem *males de qualquer espécie* (*evils*), ainda que não causem dano nem ofensa. Tal posição é dita moralista por conceber como um mal qualquer comportamento que viole uma norma moral. Como se verá adiante, não há um único moralismo penal e sim um conglomerado de abordagens variadas.

O liberalismo moderado de Feinberg é compatível com o que Duff identifica como sendo a *tese negativa do moralismo legal*, segundo a qual só podem ser criminalizadas condutas censuráveis por serem moralmente erradas¹⁸⁵⁴. No entanto, a teoria de Feinberg se opõe à denominada *tese positiva do moralismo penal*, obrigatoriamente compartilhada pelas suas diferentes vertentes. Essa tese positiva sustenta que, diferentemente do que os liberais tradicionalmente defendem, a imoralidade de um comportamento constitui, por si só, uma boa razão para proibi-lo.

De forma geral, o moralismo penal rechaça o princípio do dano por entender que o direito penal deve também se ocupar de condutas que identificamos como injustos não danosos (*harmless wrongs*). Ocorre que Feinberg define injusto (*wrong*), para fins de aplicação do *harm principle*, como violação inescusável e injustificável de direitos morais (capítulo 2, tópico 2.2.3, *supra*) e sustenta que toda violação a um direito moral, em alguma medida, retrocede interesses alheios (capítulo 4, tópico 4.2.1, *supra*). Essa compreensão tem duas repercussões relevantes: 1) no glossário feinberguiano, injusto não danoso é um oximoro¹⁸⁵⁵ e 2) todo injusto é um injusto contra alguém, ainda que não necessariamente contra uma pessoa determinada.

Diversamente, o moralismo penal não atrela o conceito de injusto (*wrong*) ao de violação de direitos, utilizando o termo *wrongfulness* como sinônimo de imoralidade¹⁸⁵⁶. Assim, ao falar em injusto, o moralista também tem em mente a violação de deveres morais aos quais não corresponde nenhum direito. Ademais, o caráter injusto da conduta não funciona, para os moralistas, como limite à atividade de criminalização e sim como fundamento para a proibição. Diante disso, o moralismo penal tem potencial para conduzir a decisões legislativas inadmissíveis pelo liberalismo moderado de Feinberg no que diz respeito a condutas alegadamente imorais que não violam direitos alheios, sendo que a criminalização dessas condutas (ou, pelo menos, de algumas delas) é justificada pelo moralista penal puro

¹⁸⁵⁴ DUFF, R. A. Perversions and Subversions of Criminal Law. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S.E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. *The Boundaries of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 90

¹⁸⁵⁵ Há, porém, duas exceções: os casos de *wrongful life* e o exemplo do mau samaritano que deixa de executar uma ação de salvamento quando poderia salvar apenas uma das pessoas em risco. Conferir: capítulo 2, tópico 2.3.2 e 2.3.3, *supra*. Em relação aos casos de *wrongful life*, vimos que Feinberg mudou posteriormente de posição e passou a entender que também se trata de hipótese de dano injusto.

¹⁸⁵⁶ SEHER, Gerhard. Comment on Andreas von Hirsch: The Roles of Harm and Wrongdoing in Criminalisation Theory. *Criminal Law and Philosophy*, v. 8, n. 1, 2014, p. 261.

com base em sua inerente injustiça moral (*moral wrongness*). A área de incidência do moralismo penal é, portanto, mais ampla do que a da teoria de Feinberg.

Os males (*evils*) de que tratam o presente princípio da criminalização são definidos genericamente como qualquer estado de coisas cuja existência é lamentável por tornar pior determinado aspecto da realidade¹⁸⁵⁷. Tais males podem ser divididos em duas categorias¹⁸⁵⁸ (ver figura 14, *infra*). A primeira compreende condutas que tratam injustamente uma vítima que pode demandar um juízo de censura contra o agente (*grievance evils*)¹⁸⁵⁹. Essa categoria inclui, além de danos a interesses¹⁸⁶⁰ e ofensas a sensibilidades alheias, a injusta exploração de outra pessoa (ver tópico 6.3.3 *infra*). A segunda categoria diz respeito a males impessoais, isto é, que não são males contra alguém, carecendo de uma vítima que, em razão do tratamento recebido do agente, possa protestar pela sua reprovação (*non-grievance evils*). Por seu turno, essa última categoria pode ser subdividida em males referidos ao bem-estar (por exemplo, autolesões e danos consensuais) e em males “flutuantes” (*free-floating evils*). Os males considerados “flutuantes” são aqueles cujo desvalor moral não tem qualquer relação com os interesses de bem-estar dos indivíduos (por exemplo, violações de tabus culturais, a extinção de espécies e alguns tipos de exploração).

No quarto volume da obra *The Moral Limits of the Criminal Law (Harmless Wrongdoing)*, Feinberg altera a sua teoria inicial para fazer algumas concessões ao moralismo penal. Segundo a versão revisada de seu liberalismo moderado, o *harm principle* e o *offense principle* são *frequentemente* os únicos princípios a fornecer boas razões para a criminalização de condutas, mas *raramente* o moralismo penal também pode fornecer boas razões para a proibição de males impessoais (*non-grievance evils*)¹⁸⁶¹. Com isso, o filósofo

¹⁸⁵⁷ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 18.

¹⁸⁵⁸ Para uma taxonomia de males, conferir: FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 17-20.

¹⁸⁵⁹ POSTEMA, Gerald. Politics is about the Grievance: Feinberg on the Legal Enforcement of Morals. *Legal Theory*, v. 11, n. 03, 2005, sept., p. 294-295.

¹⁸⁶⁰ Conforme esclarece Feinberg, danos contra interesses coletivos (capítulo 2, tópico 2.3.6, *supra*) se encaixam na categoria de *grievance evils*: “When public harms are committed, we are wronged, and the public grievance is our grievance. I have a grievance as an individual because we have a grievance as a group, and my share of that collective complaint is only fractional.” (FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 33).

¹⁸⁶¹ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, ver conclusão. Essa é uma diferença entre a teoria de Feinberg e a posição de Hirsch/Simester que afirmam que a *wrongfulness* nunca constitui uma razão suficientemente boa para o uso da coerção penal, não admitindo, em nenhuma hipótese, a criminalização de condutas na ausência de dano direto ou remoto: HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A.P. On the Legitimate Objectives of Criminalisation, p. 375-376. Conforme argumenta Hirsch, a opção de Feinberg por delinear um *offense principle* amplo teria como motivação tornar desnecessária qualquer concessão ao moralismo penal: HIRSCH, Andrew von. Injury and

classifica o seu liberalismo como *cauteloso*, distanciando-se do liberalismo *ousado* que pretende endossar princípios que sejam *sempre* os únicos capazes de fornecer boas razões. Essa mudança em relação à posição defendida no primeiro volume da obra (*Harm to Others*) é provocada por dois contraexemplos formulados por defensores do moralismo penal: o problema de *wrongful life* do bebê de Parfit (hipótese de mal sem vítima referido ao bem-estar já discutida no capítulo 2, tópico 2.3.2, *supra*) e a batalha de gladiadores de Kristol (hipótese de mal “flutuante” analisada no tópico 6.3.1.2, *infra*).

Segundo Feinberg, algumas razões fornecidas por determinadas versões do moralismo penal são sempre *razões relevantes*, ainda que, na imensa maioria dos casos, não constituam *boas razões*. Isso porque, em regra, essas razões relevantes não têm peso suficiente para elidir a presunção em favor da liberdade¹⁸⁶². Por outro lado, *as razões paternalistas rígidas não constituem sequer razões relevantes*, uma vez que o direito à soberania pessoal exclui de antemão a possibilidade de essas razões serem admitidas no balanceamento¹⁸⁶³. Para o filósofo, o paternalismo rígido não pode pretender qualquer paridade de tratamento com o moralismo penal, pois as razões moralistas reputadas relevantes são aquelas referidas a males de natureza impessoal que não afetam diretamente o bem-estar do próprio agente nem de ninguém. Logo, o direito à soberania impede que se atribua relevância a razões atinentes à proteção do bem-estar do próprio agente ou de indivíduo que consente validamente na conduta, mas não que pesem na balança razões referidas à proteção de valores em si mesmos.

Em sua maioria, os filósofos liberais críticos ao moralismo penal reconhecem que a lei em geral, notadamente a lei penal, não deve perder de vista a moralidade. Nessa linha, Packer afirmava que a sanção penal há de ser reservada para condutas cujo juízo de imoralidade não seja alvo de dissenso social significativo, contraindo-se o catálogo de crimes ao passo em que as convicções morais forem se alterando¹⁸⁶⁴. Com efeito, a teoria da criminalização que defendemos é uma teoria moral da criminalização e a seleção de boas

Exasperation, p. 713. Apesar disso, essas concessões acabam sendo feitas no quarto volume do tratado *The Moral Limits of the Criminal Law*.

¹⁸⁶² FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 66-67.

¹⁸⁶³ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 6-7.

¹⁸⁶⁴ PACKER, Herbert L. *The Limits of the Criminal Sanction*. Stanford: Stanford University Press, 1968, p. 264. Conferir: DWORKIN, Roger. The Limits of the Criminal Sanction, by Herbert L. Packer. *Indiana Law Journal*, v. 44, n. 3, 1969, p. 493-498.

razões para a proibição penal de condutas é também um procedimento moral, já que pretende fazer ver refletidos na lei penal certos valores e julgamentos morais¹⁸⁶⁵.

Além do mais, os moralistas estritos partem da *premissa de que existem respostas certas quanto a questões morais*, motivo pelo qual o legislador teria o poder-dever de introduzir na lei a sua imagem de uma ordem moral correta¹⁸⁶⁶. Por certo, o liberal não precisa (nem deve) ser um relativista moral ou defender a visão de que o Estado se mantenha neutro em relação a todo e qualquer valor¹⁸⁶⁷. Apesar disso, exige-se do Estado liberal neutralidade em relação aos diferentes projetos de vida boa perseguidos pelos indivíduos¹⁸⁶⁸.

De forma semelhante, Feinberg reconhece a existência de uma moralidade crítica e não convencional, recusando o relativismo moral no que toca ao mínimo ético¹⁸⁶⁹. Logo, o absolutismo moral em relação a determinados valores objetivos é inerente ao liberalismo moderado de Feinberg. Contudo, quando comparado a moralistas estritos como Gerald Dworkin e Michael Moore, Feinberg assume uma postura de neutralidade quando se trata de dizer se determinado comportamento é ou não imoral¹⁸⁷⁰. Segundo Scoccia, Feinberg só consegue sustentar essa postura neutra, coerente com sua metodologia cautelosa, porque o respeito à autonomia pessoal preenche o conteúdo moral de seu liberalismo¹⁸⁷¹. A autonomia

¹⁸⁶⁵ PERŠAK, Nina. *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts*. New York: Springer, 2007, p. 19-20.

¹⁸⁶⁶ MOORE, Michael. *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 645.

¹⁸⁶⁷ SEHER, Gerhard. La Legitimación de Normas Penales Basada en Principios y el Concepto de Bien Jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 87: “El liberalismo también aspira a proteger valores (autonomía individual, libre persecución de intereses legítimos, etc.) Y en este sentido, el liberalismo es una forma de moralismo”.

¹⁸⁶⁸ É assim que Murphy interpreta a defesa da neutralidade no liberalismo de Ronald Dworkin: MURPHY, Jeffrie G. Legal Moralism and Liberalism. *Arizona Law Review*, v. 37, n. 73, 1995, p. 90. Essa mesma ideia também é associada ao liberalismo de Rawls e, como visto acima, também está presente no liberalismo feinberguiano (ver capítulo 2, tópicos 2.1, *supra*).

¹⁸⁶⁹ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 306. Conferir capítulo 2, tópico 2.2.3, *supra*.

¹⁸⁷⁰ Gerald Dworkin e Moore afirmam categoricamente, por exemplo, que a homossexualidade não é imoral: DWORKIN, Gerald. Devlin was Right: Law and the Enforcement of Morality. *William & Mary Law Review*, v. 40, n. 926, 1999, p. 927-946; MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 765.

¹⁸⁷¹ SCOCCIA, Danny. In Defense of “Pure” Legal Moralism. *Criminal Law and Philosophy*, v. 7, n. 3, 2013, p. 527.

é, por conseguinte, o *moral core* da teoria feinberguiana e é essa faceta, em especial, que a separa de formulações do *harm principle* atreladas ao utilitarismo¹⁸⁷².

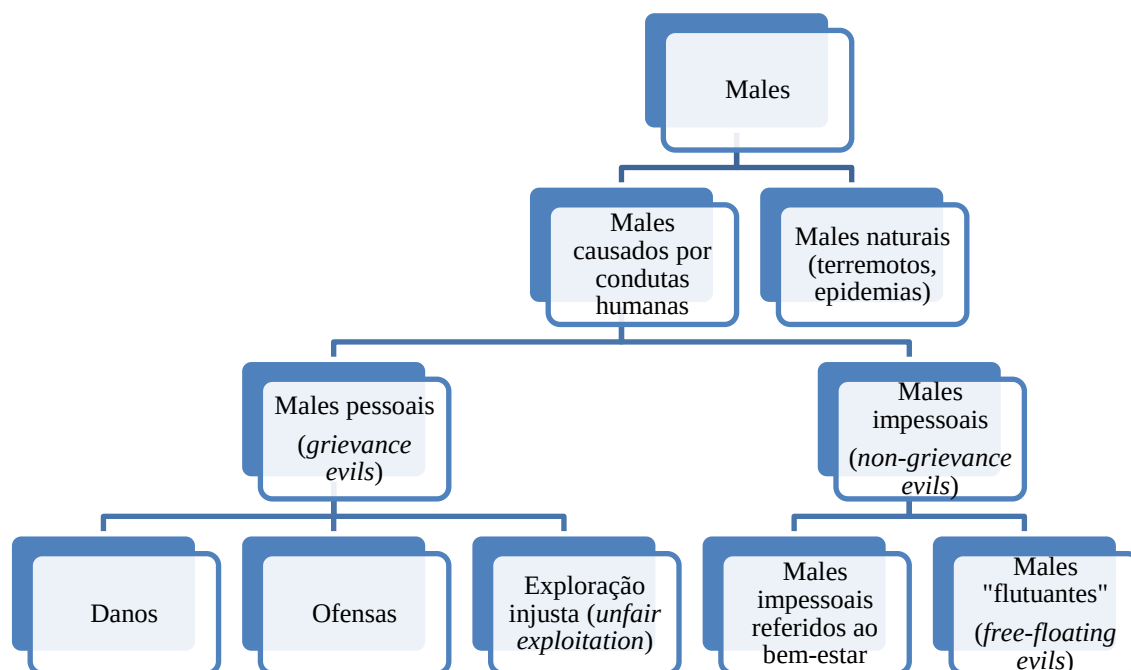
A teoria da criminalização defendida neste trabalho também faz algumas concessões ao moralismo penal estrito, mas não nos mesmos termos do liberalismo cauteloso de Feinberg. Na nossa visão, *a violação de determinados direitos e deveres morais pode constituir uma boa razão para proibir condutas, independentemente dos impactos negativos dessas condutas sobre a vida de outras pessoas*. Como já visto, diferentemente de Feinberg, admitimos a existência de injustos não danosos. Para nós, dizer que os indivíduos possuem um interesse essencial em não serem tratados injustamente é destruir a diferença entre dano e injusto¹⁸⁷³. Além disso, a teoria aqui defendida se afasta do filósofo por não tratar a violação de determinados direitos e deveres simplesmente como uma razão relevante a ser ponderada contra as razões que suportam a presunção em favor da liberdade. Isso porque entendemos que *os princípios da criminalização se destinam precipuamente à filtragem e não ao balanceamento de argumentos em prol da criminalização de condutas*, embora as máximas de mediação demonstrem que, na aplicação dos princípios aos casos concretos, seja inevitável recorrer, em alguma medida, a argumentos de ponderação.

De outra parte, nossa teoria da criminalização também se afasta das abordagens moralistas por limitar o âmbito dos deveres morais que concernem à lei penal aos deveres não meramente morais, exigindo que esses deveres sejam sempre em face de outras pessoas e não deveres impessoais. Ademais, em contraste com os moralistas, sustentamos que o argumento pró-criminalização de natureza deontológica deve, em regra, ser reforçado por um argumento consequencialista, a fim de superar a resistência do liberal com a criminalização de condutas que não necessariamente prejudicam outras pessoas sem o seu consentimento. Os contornos dos princípios que, a nosso ver, fundamentam a criminalização precipuamente no caráter injusto da conduta serão evidenciados por meio do debate a respeito da legitimação moral da proibição penal de condutas como *insider trading*, comércio de órgãos *post-mortem*, exploração de jogos de azar, chantagem, venda de votos, corrupção pública e privada, entre outros.

¹⁸⁷² Recordar-se que, em Mill, se a conduta não produz dano direto, não pode haver sequer censura moral pela sociedade. Como consequência, o paternalismo coercitivo não danoso, que é imoral para Feinberg, não seria imoral para essa concepção.

¹⁸⁷³ De forma semelhante: STANTON-IFE, John. What is the Harm Principle for?, p. 350.

Figura 13 – Taxonomia de males¹⁸⁷⁴



6.3.1 Versões clássicas do moralismo penal

O moralismo penal corresponde a uma grande família de aspirantes a boas razões para a criminalização de condutas, congregando uma miscelânea de posições heterogêneas¹⁸⁷⁵. Nesse quadro, Feinberg se concentra em abordar quatro correntes: 1) conservadorismo moral; 2) moralismo estrito; 3) perfeccionismo moral e 4) princípio da exploração (ver figura 14, *infra*). Este tópico é dedicado à breve exposição das três primeiras. No tópico seguinte, duas versões contemporâneas do moralismo penal estrito serão apresentadas (6.3.2 *infra*) para, mais adiante, analisarmos o princípio da exploração (6.3.3 *infra*).

¹⁸⁷⁴ Gráfico inspirado em: FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 19; SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 145.

¹⁸⁷⁵ POSTEMA, Gerald. Politics is about the Grievance, p. 295-297. Como colocado por Husak: “within some vague parameters, theorists are free to formulate and defend their own thesis and label it legal moralism” (HUSAK, Douglas. What’s Legal about Legal Moralism? *San Diego Law Review*, v. 54, n. 2, 2017, p. 383).

As diferentes concepções podem ser divididas em *moralismo puro e impuro*¹⁸⁷⁶. O moralismo puro pretende proibir condutas imorais por considerá-las um mal em si mesmo, independentemente de eventuais consequências negativas. Por outro lado, o moralismo impuro defende o uso da coerção legal contra desvios morais a fim de prevenir consequências indesejadas. A *tese da desintegração social*, invocada por Devlin para justificar a criminalização de atos sexuais consentidos entre adultos do mesmo sexo praticados em ambientes privados, é um exemplo de moralismo impuro (ver capítulo 1, tópico 1.2, *supra*). Essa visão pode ser confrontada com o moralismo puro de James Fitzjames Stephen, um dos principais críticos à obra de Stuart Mill, que advogava a criminalização desses comportamentos por julgá-los uma “depravação sexual” inerentemente imoral e socialmente intolerável¹⁸⁷⁷.

Também é possível falar em *moralismo penal amplo e estrito*¹⁸⁷⁸. Em sentido amplo, como já definido, o moralismo penal se ocupa de proibir condutas que produzem males de qualquer espécie, especialmente “males flutuantes” como a desintegração social e o desvio de caráter, e pode também ser puro ou impuro conforme pretenda, respectivamente, proibi-los por serem males em si mesmos (como tende a sustentar o conservadorismo moral) ou por provocarem o que alguns moralistas classificam como dano ou ofensa (p. ex., ao converterem uma maioria em minoria, tornarem socialmente adequadas condutas que antes afrontavam as sensibilidades da maioria ou dificultarem os relacionamentos interpessoais). Já o moralismo penal estrito se volta para a proibição de comportamentos inerentemente imorais, sob a perspectiva da moralidade tida como verdadeira e universal. Esse tipo de moralismo é impuro quando busca a proibição desses males em razão de efeitos indesejados indiretamente produzidos (p. ex., sobre aqueles que os observam, deles participam ou são por eles influenciados).

Observa-se que o moralismo estrito impuro é o que mais se aproxima do princípio do dano. Há, inclusive, quem questione a possibilidade de diferenciá-los¹⁸⁷⁹, alegando que as diferenças entre os dois princípios só geram repercussões práticas quando entram em cena

¹⁸⁷⁶ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 8.

¹⁸⁷⁷ STEPHEN, James Fitzjames. *Liberty, Equality, Fraternity*. Cambridge: Cambridge University Press, 1967.

¹⁸⁷⁸ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 9-10; DUFF, R. A. Harms and Wrongs. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 5, n. 1, 2001, p. 14.

¹⁸⁷⁹ Apontando que o *harm principle* também endossa a tutela penal de uma determinada moralidade: TUR, Richard. Paternalism and the Criminal Law. *Journal of Applied Philosophy*, v. 2, n. 2, 1985, p. 173-189.

proibições penais periféricas (por exemplo, incesto, bigamia e adultério). A coincidência parcial entre os âmbitos de aplicação do *harm principle* e do moralismo penal é indelével, tendo em vista que condutas que retrocedem interesses alheios e violam direitos tendem a ser também imorais. Entretanto, essas condutas são proibidas pelo princípio do dano em razão de seus impactos sobre o bem-estar das pessoas e não com o propósito de impor coercitivamente determinada moralidade¹⁸⁸⁰. Como os demais princípios da criminalização, o *harm principle* se destina a definir os contornos da legitimidade moral das normas incriminadoras, mas isso não significa que ele autorize o uso da coerção penal contra males em geral¹⁸⁸¹. Assim, o escopo do princípio do dano é mais modesto do que o do moralismo penal e pode ser razoavelmente separado por ele.

6.3.1.1 Conservadorismo moral, moralismo estrito e perfeccionismo moral

A primeira versão clássica do moralismo penal mencionada por Feinberg é o *conservadorismo moral*. Segundo esse princípio da criminalização, é legítimo recorrer à coerção legal com o fim de prevenir mudanças drásticas ou essenciais no estilo de vida de determinada sociedade¹⁸⁸². Daí que, por exemplo, uma sociedade que se identifica como monogâmica tem uma boa razão para proibir a poligamia. Nota-se que os partidários dessa corrente não estão comprometidos com a preservação de uma moralidade objetiva tomada como “verdadeira” (moral crítica) e sim da moralidade majoritária ou dominante que molda os hábitos e costumes de determinada comunidade (moral positiva).

Como já visto, em seu debate com Hart, Devlin recorre a argumentos típicos do conservadorismo moral em sua versão *impura*: tais mudanças não constituem um mal em si mesmo, mas são malignas porque conduzem à desintegração do tecido social¹⁸⁸³. Por seu

¹⁸⁸⁰ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 12.

¹⁸⁸¹ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 13: “Like the other proposed coercion-legitimizing principles then, the harm principle is, obviously, a kind of moralistic principle, aimed at determining the moral values that may properly be enforced by the morality-shaping apparatus of the criminal law. But it still does not follow that the harm principle permits the criminal law to proscribe any and all kinds of wrongdoing, or any and all kinds of evil.”

¹⁸⁸² FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 39.

¹⁸⁸³ DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*. New York: Oxford University Press, 1975. Contudo, a tese da desintegração social de Devlin também pode ser interpretada como uma forma de moralismo penal estrito impuro, tendo em vista que, em alguns momentos, ele dá a entender que o juízo de imoralidade da conduta não decorreria simplesmente da convenção social, mas do julgamento moral feito por um corpo de indivíduos

turno, o voto dissidente do juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos Antonin Scalia, no precedente *Lawrence vs. Texas*, incorpora o conservadorismo moral *puro* ao sustentar que o Estado possui um interesse legítimo em proscrever condutas que os costumes sociais julgam imorais¹⁸⁸⁴ (ver capítulo 1, tópico 1.4, *supra*).

Ocorre que essa concepção parte da premissa equivocada de que *toda mudança no estilo de vida de uma comunidade é um mal a se lamentar*. Considere-se o ingresso das mulheres no mercado formal de trabalho que, a médio e longo prazo, provocou mudanças profundas na estrutura de diferentes sociedades. Embora essa transformação nos costumes tenha produzido algumas consequências indesejadas (por exemplo, menos tempo de convivência entre mães e filhos e aumento nos índices de divórcio), mesmo um moralista conservador pode não se convencer de que a emancipação econômica feminina é algo moralmente desvalioso. Ainda que sejamos convencidos de que determinada mudança nos costumes constitui um mal moral (por exemplo, a difusão do consumo privado de pornografia violenta ou de pornografia infantil simulada), dois argumentos se opõem à tese do moralismo conservador: o argumento da autonomia e o da democracia.

O *argumento da autonomia* evidencia que, quando não são impostas pela força, as transformações culturais e sociais que configuram meros “males flutuantes” perpassam o exercício da autodeterminação humana no âmbito do domínio da soberania pessoal¹⁸⁸⁵. Por certo, as mudanças drásticas ou essenciais nos modos de vida não impedem, *per se*, que aquele que deseja continuar vivendo conforme o estilo tradicional continue a fazê-lo (é o caso das mulheres que optam de forma livre por se dedicarem exclusivamente ao trabalho doméstico e à criação de filhos). Além disso, não se deve ignorar que essas mudanças também podem significar o aumento da autonomia de fato de muitos indivíduos, ainda que ao custo da devida perda por alguns de determinadas opções de ação inconciliáveis com a autonomia *de jure* de outras pessoas. Pense-se na superação do que se convencionou denominar de “cultura

razoáveis (como um júri). Por outro lado, o argumento de Devlin pode ser encarado, ainda, como uma manifestação do princípio do dano público (*public harm principle*), uma versão iliberal do *harm principle*. Ver: FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 137.

¹⁸⁸⁴ HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización*. Los límites del Derecho penal. Trad. Rocío Lorca Ferreccio. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 198-199 e nota 18.

¹⁸⁸⁵ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 68: “How can I have any personal autonomy if my neighbors can claim a *right* to have me think, feel, and privately behave only in ways they approve?”

do estupro”, expressão que remete ao contexto político e social em que o desrespeito à autodeterminação sexual de mulheres é tolerado e normalizado.

O *argumento da democracia* critica o conservadorismo moral por chancelar a “tirania da maioria”¹⁸⁸⁶, isto é, a imposição de um estilo de vida pela maioria sobre a minoria, impedindo que essa última seja igualmente livre para perseguir, da mesma forma que a primeira, seu ideal de vida boa. É comum que, contra esse argumento, o moralista conservador apresente o *argumento da justiça*, segundo o qual a maioria é tratada injustamente por aquele que, ao praticar ato considerado majoritariamente como imoral, frustra as suas legítimas expectativas quanto ao padrão de comportamentos aceitável. Todavia, esse argumento, além de subverter a ideia de justiça, não resiste ao escrutínio conduzido pelo argumento da democracia. Afinal, a possibilidade de mudança social ou cultural decorre das próprias *regras do jogo democrático*¹⁸⁸⁷, sendo que, em uma democracia, as minorias têm garantida a prerrogativa de tentar influir na formação de uma nova maioria. Tanto as minorias que pretendem se converter em maioria quanto a maioria que deseja preservar a hegemonia de determinado estilo de vida dispõem do mesmo meio para buscar seus objetivos: a *persuasão racional*¹⁸⁸⁸. Nesse regime de livre concorrência de estilos de vida, não seria justo que algum dos concorrentes contasse com o reforço da coerção penal, sobretudo a maioria que, mesmo sem qualquer auxílio do Estado, já está em ampla vantagem¹⁸⁸⁹. Logo, o argumento da justiça milita contra e não a favor do moralismo conservador.

O moralista conservador pode, ainda, recorrer ao *pensamento comunitarista* de autores como Michael Sandel para questionar a preponderância que os liberais atribuem à autonomia pessoal sobre o ideal de comunhão comunitária¹⁸⁹⁰. De fato, Feinberg não nega que, no passado, defensores do liberalismo político incorreram no erro de compreender a sociedade como um mero agregado de átomos isolados¹⁸⁹¹. De maneira diversa, Feinberg

¹⁸⁸⁶ MILL, John Stuart. *On Liberty*, p. 8.

¹⁸⁸⁷ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 70.

¹⁸⁸⁸ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 52-54.

¹⁸⁸⁹ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 66.

¹⁸⁹⁰ Ver: SANDEL, Michael J. *Liberalism and the Limits of Justice*. 2nd edition. Massachusetts: Harvard University Press, 2012. A respeito da crítica do comunitarismo ao liberalismo e a discussão sobre a compatibilidade entre o liberalismo de Feinberg e o pensamento comunitário, conferir nota 264 (capítulo 2, tópico 2.1, *supra*).

¹⁸⁹¹ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 81.

reconhece a natureza social dos indivíduos, a qual se reflete na tendência a se organizarem em comunidades orientadas à promoção, por meio de determinada tradição, de um bem comum. Nesse contexto, o filósofo define a sociedade liberal como um *conjunto de subcomunidades radicalmente diversas unidas entre si pelo respeito mútuo a sua igualdade em liberdade e dignidade*¹⁸⁹². Considerando que o liberalismo é um modelo sobre os limites do poder coercitivo estatal, as suas proposições se limitam a obstar que o Estado imponha ou impeça determinado projeto de bem viver¹⁸⁹³. A partir dessa perspectiva, constata-se que é possível compatibilizar a teoria feinberguiana e os pressupostos do comunitarismo¹⁸⁹⁴.

Na maioria dos casos de conflito aparente entre autonomia pessoal e comunidade, os valores em oposição podem ser satisfatoriamente conciliados, mas, nos poucos casos em que não é possível a conciliação, o liberalismo de Feinberg dá prioridade à autonomia¹⁸⁹⁵. Todavia, registra-se que o critério da preponderância do interesse pessoal sobre o interesse externo anteriormente defendido (ver capítulo 5, tópico 5.2.6, *supra*) não significa preponderância do interesse individual sobre o coletivo. Com efeito, liberdades periféricas e, em situações específicas, mesmo liberdades referidas ao âmbito do domínio pessoal podem ser restringidas em favor da proteção do que definimos como interesses públicos (ver capítulo 2, tópico 2.2.6, *supra*). Assim, por exemplo, é legítimo proibir o proprietário de um imóvel tombado de fazer determinadas alterações na fachada do prédio a fim de preservar o patrimônio histórico, artístico e cultural, ainda que ele não compartilhe com a sociedade o mesmo apreço pela preservação desse patrimônio imaterial.

Diferentemente do conservadorismo moral, o *moralismo penal estrito* atribui à coerção penal a finalidade de proteger a moralidade crítica, racional e correta, independentemente dessa moralidade refletir ou não o modo de vida tradicional de determinada sociedade¹⁸⁹⁶. Nessa linha, Wall sustenta que “há uma presunção a favor da visão de que é uma função apropriada da lei penal impor a moral crítica, incluindo aquela parte da moral crítica que não está diretamente relacionada com a prevenção de danos ou do

¹⁸⁹² FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 87-88. Em suma: “In the liberal vision, a community is a harmony of mutually respectful often radically different individuals” (*Idem*, p. 110).

¹⁸⁹³ SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 181.

¹⁸⁹⁴ SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 182.

¹⁸⁹⁵ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 82.

¹⁸⁹⁶ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 124.

desrespeito aos outros”¹⁸⁹⁷. Além de Wall e do já mencionado James Fitzjames Stephen, o próprio Ronald Dworkin pode ser classificado como moralista legal estrito¹⁸⁹⁸. Contudo, diversamente de Stephen que sustentava a repugnância moral objetiva da conduta como necessária para fundamentar a sua criminalização, Dworkin exige apenas que haja um consenso sincero e genuíno entre os indivíduos quanto à imoralidade inerente de determinado comportamento¹⁸⁹⁹.

Segundo Feinberg, são três as proposições geralmente sustentadas pelo moralismo estrito: 1) autênticos males morais podem ser criminalizados, ainda que sejam “males flutuantes”; 2) alguns dos mais graves males condenados pela moralidade crítica são “males flutuantes” e 3) a proibição de condutas verdadeiramente imorais é um fim em si mesmo, ainda que tais condutas não violem os direitos de ninguém¹⁹⁰⁰. Além disso, como se verá melhor no tópico 6.3.2.1, *infra*, é usual que os moralistas estritos sejam adeptos da *teoria retributivista da pena*.

No mais, os moralistas estritos se caracterizam pelo empenho em formular contraexemplos de “males flutuantes” com força retórica suficiente para constranger o liberal a reconhecer a legitimidade da proibição. A *batalha de gladiadores de Kristol* é o contraexemplo que obteve sucesso em convencer Feinberg a introduzir em sua teoria da criminalização uma exceção ao *harm-offense principle*. Por conseguinte, entre todos os princípios da criminalização que rivalizam com os advogados por Feinberg, o moralismo penal estrito se impõe como o mais desafiador para o seu liberalismo moderado¹⁹⁰¹.

¹⁸⁹⁷ WALL, Steven. Enforcing Morality. *Criminal Law and Philosophy*, v. 7, n. 3, 2013, p. 456. No original: “there is a presumption in favor of the view that it is a proper function of the criminal law to enforce critical morality, including that part of critical morality that is not directly concerned with preventing harm or disrespect to others.” O autor identifica quatro domínios da moralidade crítica: autonomia, bem-estar, caráter e excelência. Enquanto o *harm-offense principle* estão preocupados apenas com os dois primeiros, o moralismo penal também atribui à lei penal a função de promover um bom caráter e restringir ou desencorajar pessoa a praticar atividades que prejudiquem o seu próprio caráter ou o de outras pessoas, bem como de preservar e assegurar respeito a determinados objetos valiosos, mesmo que eles não contribuam para a vida humana (*Ibidem*, p. 457-460).

¹⁸⁹⁸ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 48.

¹⁸⁹⁹ Ver: DWORKIN, Ronald. Lord Devlin and the Enforcement of Morals. *The Yale Law Journal*, v. 75, n. 6, may, 1966, p. 986-1005. Em sentido semelhante: DWORKIN, Gerald. Devlin was Right: Law and the Enforcement of Morality. *William & Mary Law Review*, v. 40, n. 926, 1999, p. 927-946. Embora Feinberg afirme que o moralismo penal estrito puro é relativamente raro e ainda não havia sido desenvolvido sistematicamente por nenhum autor (*Ibidem*, p. 133), veremos mais adiante os esforços empreendidos nesse sentido por Moore (item 6.3.2.1). Juntamente a Wall e Moore, outro defensor contemporâneo do moralismo penal estrito é Scoccia: SCOC CIA, Danny. In Defense of “Pure” Legal Moralism, p. 513-530.

¹⁹⁰⁰ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 125.

¹⁹⁰¹ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 133.

Há defensores do *harm principle*, como Baker, que criticam o moralismo penal estrito com base no argumento da impossibilidade de recorrer a uma moralidade crítica ou verdadeira para fundamentar a criminalização de condutas, sendo incabível alegar que condutas como o exibicionismo sejam objetivamente reprováveis sob a perspectiva da moral crítica e, por isso, *prima facie* passíveis de proibição penal¹⁹⁰². Para o autor, a única forma da teoria da criminalização se esquivar do conservadorismo moral é buscando o fundamento para a criminalização de condutas em noções convencionais de dano. No entanto, esse não é o argumento de Feinberg contra o moralismo penal estrito nem será aqui defendido.

Como já dito, a teoria feinberguiana não questiona a existência de uma moralidade crítica e, diferentemente de Mill, o filósofo americano não nega que o corpo social está autorizado a emitir juízos de censura lastreados no desvalor moral atribuído a condutas individuais, ainda que tais condutas não prejudiquem o bem-estar de outras pessoas nem violem seus direitos¹⁹⁰³. Diante disso, a crítica deste trabalho ao moralismo penal estrito se ampara na constatação de que *nem todo ato genuinamente imoral é da conta da lei penal*. A despeito disso, de forma geral, os moralistas penais insistem em derivar o escopo da criminalização legítima direta e imediatamente do conteúdo de desvalor meramente moral inerente à conduta, o qual é tido a princípio como suficiente para fundamentar a proibição penal¹⁹⁰⁴. Como resultado, deixam de apresentar critérios aptos a identificar as condutas imorais das quais o direito penal deve se ocupar, enfrentando também dificuldades para justificar a criminalização de condutas que não são imorais prévia e independentemente da lei¹⁹⁰⁵. De fato, algum auxílio do *harm-offense principle* será necessário nessa tarefa.

Observa-se que nossa objeção ao moralismo penal estrito, ao contrário da objeção ao conservadorismo/perfeccionismo moral, não é uma objeção de princípio. Isso porque a teoria da criminalização aqui defendida, além de exigir que as condutas danosas ou ofensivas também sejam moralmente erradas segundo a moral crítica, admite a criminalização de condutas com fundamento *prima facie* na sua inerente injustiça (não meramente) moral, presentes determinadas condições. Logo, essa teoria comporta uma versão mais restrita e liberal do moralismo penal estrito. A verdade é que nossa divergência com os moralistas

¹⁹⁰² BAKER, Dennis J. The Impossibility of a Critically Objective Criminal Law, p. 358.

¹⁹⁰³ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 135.

¹⁹⁰⁴ SEHER, Gerhard. Comment on Andreas von Hirsch, p. 261.

¹⁹⁰⁵ Voltaremos a esse ponto no tópico 6.3.2, *infra*.

penais estritos que também se filiam ao liberalismo tem essência metodológica. Trata-se, nas palavras de Duff, de um *desacordo político e não moral*¹⁹⁰⁶.

O terceiro princípio da criminalização deduzido do moralismo penal é o *perfeccionismo moral*, segundo o qual a elevação do caráter moral dos indivíduos é uma boa razão para apoiar determinada proibição penal¹⁹⁰⁷. Esse princípio se diferencia do *harm-offense principle* de Feinberg por buscar, com a proibição de condutas, a produção de benefícios para o agente ou para outras pessoas e não apenas a prevenção de prejuízos. Nesse sentido, o moralismo penal de Kultgen reivindica a concepção aristotélica de fins do Estado para defender o uso da coerção para promover a felicidade dos indivíduos por meio do seu treinamento moral¹⁹⁰⁸. Já Wall defende que a lei penal deve se ocupar não apenas do *bem-estar* dos indivíduos, mas também do seu *bem-viver*, sendo que ter um bom caráter é essencial a merecer o respeito próprio e, por conseguinte, a viver bem¹⁹⁰⁹.

Apesar de não se identificar como um moralista, Murphy afirma que, além do dano e da injustiça, o embaraço ao florescimento humano também pode fundamentar a desaprovação moral de uma conduta, não bastando a mera repulsa para que um comportamento seja moralmente condenado¹⁹¹⁰. Com esteio em Kant, o filósofo contesta a visão de que o consentimento do ofendido é suficiente para anular a existência de uma violação a direitos, especialmente quando há degradação do valor da própria humanidade¹⁹¹¹. Ademais, recusando a pretensão de neutralidade moral comumente atribuída ao *harm principle*, Murphy

¹⁹⁰⁶ DUFF, R. A. *Perversions and Subversions of Criminal Law*, p. 90. Hirsch observa que é improvável que existam argumentos conclusivos (*knock-down arguments*) para se escolher entre uma perspectiva que fundamenta a criminalização exclusivamente no caráter injusto da conduta, vinculada ao moralismo legal, e uma perspectiva que recorre ao injusto combinado com um segundo elemento (por exemplo, o dano ou ofensa). Apesar disso, há razões para se preferir uma abordagem que combina dois elementos. Ver: HIRSCH, Andreas von. Harm and Wrongdoing in Criminalisation Theory. *Criminal Law and Philosophy*, v. 8, n. 1, 2014, p. 247-248.

¹⁹⁰⁷ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 277.

¹⁹⁰⁸ KULTGEN, John. The Justification of Legal Moralism. *Philosophical Topics*, n. 13, v. 2, 1985, p. 126-128.

¹⁹⁰⁹ WALL, Steven. Enforcing Morality, p. 464-465.

¹⁹¹⁰ MURPHY, Jeffrie G. Moral Reasons and the Limitation of Liberty. *William & Mary Law Review*, v. 40, n. 3, 1999, p. 954-955.

¹⁹¹¹ MURPHY, Jeffrie G. Another Look at Legal Moralism. *Ethics*, v. 77, n. 1, 1966, p. 53-54. Observa-se que, neste texto, Murphy critica o moralismo penal, mais especificamente as correntes que defendiam a criminalização de meras imoralidades privadas. Dessa forma, o autor argumenta que a existência de uma vítima que é privada de seus direitos é condição necessária para a criminalização de condutas, aproximando-se, portanto, da posição que viria a ser defendida por Feinberg. Para tanto, Murphy busca amparo nos escritos de Kant e não na obra de Mill, preferindo o primeiro por, não estando comprometido com uma teoria moral utilitarista, deduzir suas conclusões sobre a estrutura da lei da premissa de que a sua função é proteger os direitos dos homens, os quais são naturalmente vulneráveis a ataques (*Idem*, p. 50-51).

afirma que só uma visão perfeccionista preocupada com o bem e a virtude humana pode explicar por qual razão algumas liberdades são fundamentais e outras não (p. ex., porque a liberdade de educar os filhos é fundamental, mas não a de consumir álcool em locais públicos)¹⁹¹². Para o autor, tanto a finalidade retributivista da pena quanto a existência de liberdades fundamentais e não fundamentais demandam que o Estado tome como parte de sua função legítima se preocupar com o vício e a virtude dos indivíduos¹⁹¹³.

O perfeccionismo moral pode se apresentar em duas modalidades distintas: uma associada ao paternalismo e outra ao princípio do dano. A versão paternalista tem como objetivo aprimorar o caráter do indivíduo cuja liberdade é restringida para o seu próprio bem moral, enquanto a segunda versão é motivada pelo fato de que outros indivíduos ou o público em geral se beneficiariam da virtude futura do agente¹⁹¹⁴. Assim, na visão de um perfeccionista moral, o legislador está autorizado a criar leis penais com o propósito de tornar o agente ou o mundo moralmente melhores¹⁹¹⁵. Alvos comuns dos perfeccionistas morais são condutas como o consumo de drogas e de pornografia, mas argumentos desse tipo podem ser invocados também para proibir esportes de combate que envolvam a “inflicção de dor e a causação de lesões a um oponente para satisfazer o prazer da audiência”, como é o caso do boxe¹⁹¹⁶.

A primeira modalidade coincide com uma forma extremada do *paternalismo moral*¹⁹¹⁷ e contra ele podem ser opostas as mesmas objeções (conferir tópico 6.2, *supra*). Em primeiro lugar, não é possível coagir alguém a ser virtuoso, dado que a conduta virtuosa depende fortemente das motivações do agente (p. ex., obrigar alguém a fazer uma doação em dinheiro para uma instituição beneficente desnaturalizaria a essência do ato de caridade, convertendo-o no pagamento de tributos)¹⁹¹⁸. Em segundo lugar, descartada a existência de deveres em face de si mesmo, aquele que falha em desenvolver a própria excelência moral

¹⁹¹² MURPHY, Jeffrie G. *Legal Moralism and Liberalism*, p. 86-87. Nessa visão, perfeccionistas como Raz deveriam abrir mão do *harm principle*.

¹⁹¹³ MURPHY, Jeffrie G. *Legal Moralism and Liberalism*, p. 88.

¹⁹¹⁴ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 311; SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 157.

¹⁹¹⁵ DWORKIN, Gerald. *Moral Paternalism*, p. 308.

¹⁹¹⁶ DIXON, Nicholas. *Boxing, Paternalism, and Legal Moralism*, p. 339.

¹⁹¹⁷ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 285. Destaca-se, como feito por Gerald Dworkin, que essa vertente do perfeccionismo moral não se confunde totalmente com o paternalismo moral, uma vez que é possível que tornar o indivíduo moralmente melhor não seja o melhor para ele: DWORKIN, Gerald. *Moral Paternalism*, p. 319.

¹⁹¹⁸ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 758.

não viola nenhum dever moral e, por consequência, não comete um injusto¹⁹¹⁹. Por derradeiro, se restringir a liberdade de pessoas adultas para proteger o seu próprio bem-estar constitui uma invasão de sua soberania pessoal, não há dúvida de que o uso da coerção legal com o fim de beneficiá-las de qualquer outra maneira também viola a sua autonomia¹⁹²⁰, mais especificamente a sua independência moral¹⁹²¹. O florescimento humano, como já entendia Mill, pressupõe a liberdade de escolha e a excelência moral é tarefa para a educação e não para a lei penal¹⁹²².

Essas mesmas objeções também podem ser feitas contra a *vertente do perfeccionismo penal associada ao harm principle*. Apesar disso, há quem questione se o perfeccionismo moral não estaria por trás da criminalização de condutas como a omissão de socorro e a sonegação fiscal. A lei penal não estaria, nesses casos, punindo a conduta daquele que falha em beneficiar outras pessoas? Como já se argumentou anteriormente, tais proibições penais estão justificadas nos termos do princípio do dano (capítulo 2, tópico 2.3.3 e 2.3.6, *supra*). Afinal, havendo um dever não moralmente moral de contribuir para evitar um dano grave contra interesses básicos de terceiros determinados ou da coletividade, aquele que omite a conduta devida pode ser censurado penalmente por incrementar injustamente o risco de ocorrência desse dano. Com efeito, a adequação da proibição ao *harm principle* torna o perfeccionismo moral redundante, sendo recomendável abandonar o fundamento da criminalização que é incompatível com o respeito à independência moral de indivíduos autônomos¹⁹²³.

Figura 14 – Tipos de moralismo penal

<i>Classificação do moralismo penal</i>	
<i>Puro</i>	A proibição penal de condutas imorais é um fim em si mesmo.
<i>Impuro</i>	A proibição penal de condutas imorais visa a prevenir

¹⁹¹⁹ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 759.

¹⁹²⁰ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 285: “Moreover, since we found reason to doubt (Vol. I, Chap. 2, §1) that a bad moral character necessarily is a harm, one would expect there to be equal reason at least to doubt that an improved moral character is necessarily a benefit.”

¹⁹²¹ Sobre o direito à independência moral, ver: DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 1985, p. 353 e ss.

¹⁹²² FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 294.

¹⁹²³ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 287.

	consequências negativas.
<i>Em sentido amplo</i>	A proibição penal recai sobre condutas reprováveis segundo a moralidade convencional.
<i>Em sentido estrito</i>	A proibição penal recai sobre condutas reprováveis segundo a moralidade crítica.
<i>Versões clássicas do moralismo penal</i>	
<i>Conservadorismo moral</i>	Há uma boa razão em proibir condutas que contrariem o estilo de vida tradicional de uma comunidade.
<i>Moralismo estrito</i>	Há uma boa razão em proibir condutas verdadeiramente imorais.
<i>Perfeccionismo moral</i>	Há uma boa razão em proibir condutas a fim de promover a virtude moral dos seres humanos.
<i>Princípio da exploração</i>	Há uma boa razão em proibir a obtenção de vantagens indevidas.

6.3.1.2 O contraexemplo da batalha de gladiadores de Kristol

A oposição de liberais como Feinberg às diversas correntes do moralismo legal, em especial no que diz respeito à criminalização de males impessoais ou “flutuantes”, é testada por seus adversários a partir de diversos contraexemplos. Nesse quadro, Kristol convida o liberal a refletir sobre os limites à liberdade de expressão ao questionar a visão de que esse direito fundamental tornaria imunes à coerção penal livros, filmes e peças de teatro com conteúdo obsceno, bem como atividades cruéis ou perversas voltadas ao entretenimento de uma audiência¹⁹²⁴. O autor entende que a sociedade não pode ser indiferente aos divertimentos públicos de seus cidadãos e, em determinados casos, as autoridades estatais têm o dever de restringir a livre expressão para coibir criações humanas supostamente artísticas, ainda que envolvam apenas a participação voluntária de adultos competentes.

A tese de Kristol é suportada por três contraexemplos dramáticos: 1) uma peça de teatro em que um ator concorda em cometer suicídio em cena, uma vez que o *script* previa um ato real de autoaniquilação; 2) na mesma peça, atores praticantes de sadomasoquismo aceitam ser submetidos a torturas físicas durante o espetáculo, a fim de obter prazer sexual e 3) em um grande estádio, são realizadas batalhas de gladiadores similares às aquelas que ocorriam no Coliseu na Roma Antiga, sendo que competidores e audiência participam voluntariamente do

¹⁹²⁴ KRISTOL, Irving. Pornography, Obscenity and The Case for Censorship. *The New York Times*, 28 de março de 1971. Disponível em: <https://www.nytimes.com/1971/03/28/archives/pornography-obscenity-and-the-case-for-censorship-pornography.html>. Acesso em: 09/07/2020, às 11:30.

evento¹⁹²⁵. Considerando essas hipóteses, Kristol argumenta que a principal razão para abolir as três atividades é que elas *brutalizam* e *corrompem* os cidadãos que se reúnem para testemunhar tais espetáculos como forma de entretenimento¹⁹²⁶.

A *batalha de gladiadores* se consagrou como um dos contraexemplos à crítica liberal ao moralismo penal mais debatido entre os filósofos anglo-americanos. Alguns elementos podem ser acrescentados à descrição do exemplo para torná-lo ainda mais polêmico. Suponha-se que os promotores do evento tenham oferecido um prêmio de 20 milhões de dólares para o vencedor e de 10 milhões de dólares para os herdeiros do perdedor, sendo que o valor total dos prêmios acrescido dos custos de organização seja equivalente à renda obtida com a venda de ingressos a preços exorbitantes. Os “gladiadores” são adultos, capazes e não estão em situação de necessidade financeira, tendo consentido livremente em participar da competição depois de informados de todos os aspectos relevantes a respeito dos riscos a que estariam sendo expostos. Além disso, a iniciativa de se tornar um “gladiador” partiu totalmente daqueles que se inscreveram para participar, não tendo o produtor convidado ativamente qualquer participante. A participação dos competidores é motivada pelo prêmio em dinheiro, mas também pela adrenalina advinda do combate público e a glória de ser coroado como o melhor “gladiador” contemporâneo. A batalha é regida por regras claras orientadas a garantir respeito à autonomia dos “gladiadores” e assegurar que a competição seja justa. Os árbitros da batalha foram eficientemente treinados para agir em favor desses dois propósitos. As pessoas que assistem ao espetáculo também são adultos, capazes e foram previamente informadas de cada detalhe que poderia vir a ser por elas presenciado. A venda de ingressos para o evento foi divulgada ao público com discrição e parcimônia. Câmeras fotográficas, filmadoras e celulares eram proibidos no local, impedindo que qualquer imagem do evento saísse do local.

Segundo Feinberg, os liberais podem responder de três maneiras à provocação de Kristol. Em primeiro lugar, não basta que a participação dos “gladiadores” seja voluntária, mas é necessário que ela seja *suficientemente voluntária*¹⁹²⁷. Considerando que há risco grave e irreparável para a vida dos competidores e que eles, apesar de estarem dispostos a assumir

¹⁹²⁵ KRISTOL, Irving. Pornography, Obscenity and The Case for Censorship.

¹⁹²⁶ Considerando esse argumento, Kristol pode ser classificado como um perfeccionista moral.

¹⁹²⁷ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 129-130.

esse risco, são pessoas jovens, saudáveis e que não desejam realmente a morte, o nível de voluntariedade exigido seria extremamente alto. Como consequência, os produtores haveriam de observar procedimentos formais bastante exigentes a fim de se desincumbirem do ônus de demonstrar que os competidores atingem o nível de voluntariedade exigido. Apesar disso, Feinberg reconhece a possibilidade de que os “gladiadores” do exemplo de Kristol consintam validamente em participar da competição.

Assim, nos termos da máxima *volenti* (capítulo 5, tópico 5.2.1, *supra*), o consentimento válido dos “gladiadores” afasta a possibilidade de o *harm principle* fundamentar a criminalização das condutas daqueles que concorrem para a ocorrência da batalha, em razão dos danos causados aos competidores. Considerando que os membros da audiência optaram voluntariamente por presenciar a batalha, inclusive pagando por ingressos caríssimos, e que eles podem abandonar o estádio, a qualquer momento, sem sério inconveniente, a máxima *volenti* também impede que se recorra ao *offense principle* (tópico 6.1.2, *supra*). Como a publicidade do evento foi discreta e não houve divulgação das cenas brutais ocorridas no estádio, não há que se falar em afronta às sensibilidades de terceiros, pesando em favor da permissibilidade, ainda, o valor pessoal da liberdade de expressão e a razoável evitabilidade de eventual ofensa (tópico 6.1.2, *supra*). Por fim, tendo em vista que os produtores não obtiveram lucro com o evento, que os competidores não estavam em situação de urgência financeira e que foram remunerados de maneira justa, fica excluída ou, ao menos, enfraquecida a tese de ocorrência de exploração de vulnerabilidade alheia em proveito próprio (ver tópico 6.3.3, *infra*).

Uma segunda estratégia disponível ao liberal é recorrer a *danos remotos* contra os interesses de outras pessoas que não os “gladiadores” e a audiência. Essa abordagem é socorrida pelo argumento de que espetáculos como a “batalha de gladiadores” podem insensibilizar os seus expectadores em relação ao sofrimento humano e, como resultado, produzir o risco de que algum deles venha a reproduzir atos de violência contra outras pessoas. Feinberg observa que corromper o caráter moral de alguém não constitui um dano contra os seus interesses¹⁹²⁸, mas pode, em alguns casos, torná-lo uma ameaça para outras

¹⁹²⁸ FEINBERG, Joel. *Harm to Others*, p. 68.

pessoas¹⁹²⁹. Tal estratégia nos remete à questão dos danos por agregação (capítulo 5, tópico 5.3.1, *supra*) e, mais especificamente, aos danos por imitação (tópico 5.3.3 *supra*). Como já visto, argumentos desse tipo são colocados em xeque por considerações a respeito da dificuldade de imputação justa dos danos (tópico 5.4.2). Com efeito, a não ser que a batalha de gladiadores configure, em si mesma, uma forma de incitação da audiência à prática de atos de violência injusta, o critério do envolvimento normativo não permitirá que se recorra ao *harm principle* para fundamentar a proibição do evento.

Diante disso, o liberal seria obrigado a reconhecer que os males relacionados à batalha de gladiadores de Kristol só podem ser classificados como flutuantes. Sem dúvida, o fato de milhares de espectadores se divertirem com um massacre brutal e de competidores serem financeiramente recompensados por tirar a vida uns dos outros é algo lamentável do ponto de vista moral. Logo, os moralistas estritos têm razão em pontuar que o mundo seria um lugar melhor sem batalhas de gladiadores, ainda que aparentemente ninguém possa reclamar estar sendo tratado injustamente por aqueles que promovem, participam ou financiam essa atividade¹⁹³⁰.

Nesse cenário, Feinberg opta por uma terceira estratégia. O filósofo reconhece que, em casos extremos como a batalha de Kristol, os “males flutuantes” são suficientemente graves para elidir, em caráter excepcional, a presunção em favor da liberdade. Isso significa que, nesse caso, o desvalor moral da conduta pode constituir não apenas uma razão relevante, mas uma *boa razão decisiva* para a proibição da conduta¹⁹³¹. Contudo, na visão do filósofo, os danos remotos por imitação indicados pela segunda estratégia acrescentam maior peso às razões relevantes de natureza estritamente moralista. Com isso, a imoralidade da batalha não

¹⁹²⁹ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 131-132. Defensores da permissibilidade da batalha de gladiadores poderiam também discutir a possibilidade de se demonstrar empiricamente a existência de nexo causal, argumentando que pessoas que pagam ingressos caríssimos para assistir a uma batalha de gladiadores já estão brutalizadas e que o evento apenas garantiria um espaço para liberação do instinto de violência. Feinberg demonstra ceticismo em relação a um argumento desse tipo: FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 132-133. De qualquer modo, a tese de que a audiência do evento poderia ser corrompida moralmente ao ponto de expor outras pessoas a perigo de dano é uma suposição empírica que talvez não seja possível respaldar em evidências científicas, tendo em vista que, como pontuado por Gerald Dworkin, as pessoas tendem a ser capazes de compartimentalizar as suas atitudes de forma a distinguir entre matar voluntários por lucro e matar sem consentimento: DWORKIN, Gerald. *Harm and the Volenti Principle*, p. 315.

¹⁹³⁰ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 130.

¹⁹³¹ POSTEMA, Gerald. *Politics is about the Grievance*, p. 316.

parece mais tão flutuante assim aos olhos de Feinberg¹⁹³², aproximando-se mais de males sem vítima (*non-grievance evils*) referidos ao bem-estar.

Contrariamente a Feinberg, outros autores defendem que a proibição da batalha de gladiadores descrita por Kristol pode ser justificada sem recorrer ao moralismo legal. Segundo Arneson, os combates até a morte “devem ser banidos em qualquer sociedade decente”¹⁹³³. Para o autor, a forte e inevitável reação emocional daqueles que “não se desligaram de toda e qualquer preocupação pessoal pela qualidade de vida em sua comunidade” demonstra que, caso as batalhas ao estilo dos gladiadores romanos fossem liberalizadas, os cidadãos sofreriam um dano, consistente na frustração de preferências intensas e estáveis, pelo simples fato de saber que vivem em uma comunidade que tolera a espetacularização da carnificina¹⁹³⁴. Entretanto, a argumentação de Arneson não pode ser admitida pela nossa teoria da criminalização, uma vez que o critério da preponderância do interesse pessoal sobre o interesse externo impede que se fale em dano no sentido empregado pelo *harm principle* (capítulo 5, tópico 5.2.6, *supra*), bem como a vedação à criminalização de meras ofensas profundas impede que se recorra ao *offense principle* (tópico 6.1.1, *supra*).

Outro argumento utilizado por Arneson é o de que os membros da comunidade têm uma boa razão para banir tais espetáculos como uma forma de *autopaternalismo*, isto é, como um meio de evitar que eles próprios venham a considerar aceitável ou valiosa a participação como espectadores ou mesmo competidores em eventos tão repulsivos¹⁹³⁵. Ocorre que, além de ser questionável a existência de um interesse relativo ao bem-estar por não se tornar uma pessoa moralmente pior, é improvável que se possa convencer um liberal de que os indivíduos possuem um dever não meramente moral de não contribuir para que outras pessoas se tornem menos virtuosas. Daí que a tese do autopaternalismo encontra um obstáculo insuperável em nossa formulação do requisito da injustiça.

Por sua vez, Postema critica a abordagem de Feinberg, argumentando que a proibição das batalhas de gladiadores deve ser justificada em função do mal feito aos gladiadores e não de um mal moral alheio aos interesses e direitos fundamentais dessas

¹⁹³² FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 130.

¹⁹³³ ARNESON, Richard J. *Liberalism, Freedom, and Community*. Ethics. The University of Chicago Press, v. 100, n. 2, jan., 1990, p. 373.

¹⁹³⁴ ARNESON, Richard J. *Liberalism, Freedom, and Community*, p. 374.

¹⁹³⁵ ARNESON, Richard J. *Liberalism, Freedom, and Community*, p. 375.

pessoas¹⁹³⁶. Para o autor, o consentimento do gladiador, ainda que perfeitamente voluntário, não tem o poder de liberar todos aqueles que financiam, organizam e participam do evento da responsabilidade pelo tratamento desumanizante e degradante ao qual o competidor é submetido¹⁹³⁷. Assim, o poder moral do consentimento não seria ilimitado e a máxima *volenti* não possuiria o alcance que Feinberg tenta lhe atribuir. Na visão de Postema, Feinberg estaria confundindo consentimento e autonomia, quando, na verdade, limitar o consentimento de adultos competentes não é o mesmo que restringir a sua autonomia, sendo certo que a melhor forma de promover valores como autonomia e dignidade pode ser por meio de limites à validade do consentimento livre. Todavia, a posição de Postema nada mais é do que uma expressão do argumento de que o respeito à dignidade humana limita a eficiência do consentimento, argumento esse do qual já discordamos anteriormente¹⁹³⁸ (ver tópico 6.2.2.4, *supra*).

A nosso ver, a repulsa com a qual as pessoas em geral, inclusive liberais, reagem à batalha de gladiadores pode até constituir uma boa razão para condenar moralmente todos aqueles que contribuem com o evento, mas não constitui uma boa razão de natureza política para fundamentar uma proibição legal¹⁹³⁹. Uma boa razão não meramente moral só pode ser fornecida pela desconfiança em relação ao caráter genuinamente autônomo da decisão por participar da competição na condição de gladiador. Portanto, a proibição geral da batalha até a morte de gladiadores é compatível com o *harm principle* suplementado pelo paternalismo suave, podendo ser justificada pela presunção de não voluntariedade, na mesma linha do que foi aqui sustentado em relação à criminalização do homicídio a pedido e do duelo (conferir tópico 6.2.4, *supra*).

Como pontuado pelo próprio Feinberg, tendo em vista a magnitude do risco e a irreversibilidade do dano, o consentimento do gladiador haveria de atender a um parâmetro de

¹⁹³⁶ POSTEMA, Gerald. *Politics is about the Grievance*, p. 316.

¹⁹³⁷ POSTEMA, Gerald. *Politics is about the Grievance*, p. 317.

¹⁹³⁸ Na mesma linha de Postema, Duff argumenta que a criminalização das batalhas de gladiadores se legitima pela desumanização e degradação que os gladiadores impõem uns aos outros (DUFF, R. A. *Harms and Wrongs*, p. 39). Contudo, o autor não vê o mesmo teor de desumanização e degradação no caso do duelo, indicando que o que torna a batalha de gladiadores desumanizante e degradante é a exploração comercial dessas batalhas. Duff chega a reconhecer que, por essa perspectiva, o próprio boxe profissional seria um “caso limítrofe”. Nota-se que, na versão do contraexemplo da batalha de gladiadores apresentada acima, os promotores e organizadores não obtém lucro com o evento, apenas os gladiadores, vencedor e vencidos, são financeiramente recompensados.

¹⁹³⁹ GEORGE, Robert P. *Moralistic Liberalism and Legal Moralism*. *Michigan Law Review*, v. 88, n. 6, 1990, p. 1425.

voluntariedade especialmente exigente para operar todo o seu poder normativo. Além disso, há sérias dificuldades práticas de se constatar a presença dos pressupostos de validade do consentimento emitido em cada caso concreto. Por outro lado, há meios alternativos aptos a alcançar o mesmo fim almejado por todos aqueles que podem vir a valorizar pessoalmente a permissibilidade de batalhas de gladiadores. Daí que, por exemplo, o combate não precisa ser até a morte, mas apenas até que um dos competidores tenha estabelecido a sua superioridade sobre o outro. Por certo, nesse modelo, o evento continuaria atrativo para o público e lucrativo para os promotores e participantes¹⁹⁴⁰. Diante disso, Feinberg destaca que eventual insistência dos gladiadores por um combate letal se mostraria excessivamente desarrazoada e, por conseguinte, poderia ser considerada um indício de não voluntariedade¹⁹⁴¹. No mais, nesse novo formato, danos não consensuais poderiam ser evitados por medidas menos intrusivas, como a exigência de que um juiz imparcial assegure a observância de regras de segurança pelas partes e que qualquer dos competidos possa revogar, em qualquer momento, o seu consentimento.

6.3.2 *Um moralismo penal liberal?*

Para a tradição romano-germânica, introduzir argumentos morais na discussão jurídico-penal é cometer um sacrilégio¹⁹⁴². O uso das expressões “injusto moral” e “desvalor moral” tende a ser visto com desconfiança, pois predomina a visão de que conceitos como “injusto” e “desvalor” devem ser concebidos em sentido técnico-jurídico. Daí que, em geral, a palavra “moral” só aparece em textos jurídico-penais do *Civil Law* para reafirmar a separação entre direito e moral e destacar que meras imoralidades não merecem ser criminalizadas¹⁹⁴³.

¹⁹⁴⁰ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 330.

¹⁹⁴¹ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 331.

¹⁹⁴² Um exemplo do rechaço da doutrina alemã ao uso da moral no discurso jurídico pode ser encontrado em Hörnle: HÖRNLE, Tatjana. “Rights of Others” in *Criminalisation Theory*. In: SIMESTER, AP; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid. *Liberal Criminal Theory*. Essays for Andreas von Hirsch. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014, p. 176-178. Crítico a essa postura da doutrina alemã: STRATENWERTH, Günter. Zur Legitimation von „Verhaltensdelikten”, p. 157-159.

¹⁹⁴³ BARBERÁ, Gabriel Pérez. El ilícito Material del Delito Tributario. En torno a la legitimidad de la criminalización de incumplimientos fiscales. In: ROBIGLIO, Carolina (dir.). *Institutos de Derecho Penal Tributario*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2017, p. 74.

Por seu turno, a literatura penal anglo-americana não demonstra o mesmo desconforto. Pelo contrário, o próprio Feinberg deixa expresso que a sua obra se dedica a investigar os *limites morais* do direito penal. Como já dito, o liberalismo de Feinberg não é amoral, já que compreende valores éticos como liberdade, tolerância e justiça¹⁹⁴⁴. Para ele, não há dúvida de que *a lei penal deve estar em sintonia com a moralidade*, ainda que nem tudo do que a moral se ocupa seja também da conta da lei. Ademais, é justamente por aceitarem a tese positivista de separação entre direito e moral que os filósofos liberais como Feinberg se propõem a criticar o primeiro a partir de um ponto de vista normativo externo a ele, no caso a moral¹⁹⁴⁵.

Conforme visto, Feinberg não formula um conceito geral de liberalismo, limitando-se a definir o que entende por liberalismo (extremo ou moderado e ousado ou cauteloso) conforme as boas razões admitidas pela teoria da criminalização. Essa forma de representar o liberalismo penal torna impossível falar em moralismo legal liberal. Todavia, a posição de Feinberg merece críticas. Afinal, ser liberal é incorporar uma ideia sobre o valor da liberdade, não sendo possível associar o liberalismo, de antemão, a esse ou aquele princípio da criminalização¹⁹⁴⁶. Por certo, a compatibilidade entre um princípio da criminalização e o liberalismo há de ser demonstrada e não tomada como ponto de partida.

De fato, existem autores que se identificam como liberais e, ainda assim, defendem uma versão do moralismo penal. Na sequência, veremos que essa posição é prestigiada por filósofos do calibre de Michael Moore e Antony Duff. As teorias defendidas por esses autores demonstram que o moralismo legal se revigorou, nos últimos anos, ao passo em que cresceram as críticas ao monopólio do princípio do dano.

6.3.2.1 O princípio do injusto moral de Moore

A teoria da legislação de Michael Moore, principal defensor contemporâneo do moralismo legal, é, ao mesmo tempo, uma teoria moral e política sobre os objetivos que

¹⁹⁴⁴ SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*, p. 147.

¹⁹⁴⁵ BARBERÁ, Gabriel Pérez. El ilícito Material del Delito Tributario, p. 74-75. Stratenwerth destaca que, para os iluministas, parte da legitimidade das normas legais decorre do fato de elas se destinarem a tutelar um mínimo moral comum: STRATENWERTH, Günter. Zur Legitimation von „Verhaltensdelikten”, p. 158.

¹⁹⁴⁶ HIRSCH, Andrew von. Injury and Exasperation, p. 714, nota 28.

podem ou não motivar o legislador, sobre a natureza das normas morais que tornam uma conduta injusta e sobre os limites da legislação moralmente legítima¹⁹⁴⁷. Essa teoria é composta por um único princípio da criminalização: o princípio do injusto moral (*moral wrong principle*). Segundo esse princípio, *o legislador não só pode como deve proibir todas as condutas imorais*¹⁹⁴⁸ justamente porque essas condutas são moralmente erradas¹⁹⁴⁹. Tal princípio fornece tanto um fundamento positivo quanto um limite negativo para a atividade de criminalização: o legislador tem uma boa razão para proibir injustos morais e somente está autorizado a proibir condutas que constituam injustos morais¹⁹⁵⁰.

Assim, as proibições penais devem se restringir a condutas que a moralidade já obriga os indivíduos a não praticá-las. Como os deveres morais não proíbem apenas que os indivíduos causem injustificadamente dano e ofensa, mas também que eles pratiquem “males de toda espécie”, o legislador está, em princípio, autorizado a proibir condutas que não produzem efeitos adversos para outras pessoas¹⁹⁵¹. Isso inclui o que Feinberg denomina de “males flutuantes”, uma vez que Moore, aderindo a uma corrente popular na ética, entende que *existem deveres morais cuja observância não é devida a ninguém* (p. ex., o dever de não torturar animais e de preservar o meio ambiente)¹⁹⁵². Além disso, como pontuado pelo filósofo, a moralidade impõe aos indivíduos o dever de não praticar determinadas condutas, ainda quando praticá-las beneficie outras pessoas.

O princípio do dano retira o seu apelo intuitivo do fato de serem as obrigações morais mais incisivas exatamente aquelas que proíbem os indivíduos de causar dano grave a outras pessoas. Porém, a verdade é que as *nossas obrigações morais vão muito além do dever de não causar dano*¹⁹⁵³. Ademais, o caráter danoso da conduta só constitui uma boa razão para proibi-la porque, em regra, causar dano a outras pessoas é moralmente errado¹⁹⁵⁴. Logo, na visão de Moore, o princípio do dano é um mero “representante imperfeito” (*imperfect*

¹⁹⁴⁷ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 639-640.

¹⁹⁴⁸ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 662. O moralismo legal de Moore está conectado tanto a sua teoria da pena quanto a sua teoria da ação. Especificamente sobre essa última, conferir: MOORE, Michael S. *Act and Crime: The Philosophy of Action and its Implications for the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 1993.

¹⁹⁴⁹ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 754.

¹⁹⁵⁰ MOORE, Michael S. Legal Moralism Revisited. *San Diego Law Review*, v. 54, n. 2, 2017, p. 443.

¹⁹⁵¹ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 649.

¹⁹⁵² MOORE, Michael S. A Tale of Two Theories. *Criminal Justice Ethics*, v. 28, n. 1, 2009, p. 40.

¹⁹⁵³ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 662.

¹⁹⁵⁴ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 753.

proxy) do único verdadeiro limite à liberdade de ação: as obrigações morais¹⁹⁵⁵. A maior plausibilidade do princípio do injusto moral, quando comparado ao *harm principle*, seria demonstrada pela existência de injustos não danosos contra os quais é evidente que deve haver legislação, como é o caso da crueldade contra animais, a mutilação de cadáveres, as ameaças à sobrevivência de espécies e a distorção de fatos históricos. Diante disso, os conservadores morais estariam certos em basear a proibição das condutas na sua imoralidade e não em suas consequências indesejadas, embora tenham se equivocado em atribuir relevância a uma moralidade positiva e acrítica.

A teoria da criminalização de Moore depende e deriva diretamente da *teoria retributivista da pena* defendida pelo filósofo. Para o autor, não é possível propor limites ao poder estatal de criminalizar condutas sem tomar posição quanto às funções da pena¹⁹⁵⁶. Com efeito, o *liberty principle* de Mill é visto como um desdobramento da abordagem utilitarista a respeito da punição. Contudo, Moore critica a opção de Mill por construir sua teoria sobre o uso legítimo da coerção a partir de uma taxonomia dos tipos de ações que podem ser alvo de coerção e não das funções da punição¹⁹⁵⁷, crítica essa que também pode ser estendida a Feinberg¹⁹⁵⁸. Em contraste com a argumentação desenvolvida pelos referidos filósofos, Moore deduz das premissas de que a teoria retributivista demanda que a pena seja imposta a *todos* e *apenas* àqueles que merecem ser punidos¹⁹⁵⁹ e de que só são merecedores de punição aqueles que fizeram algo moralmente errado¹⁹⁶⁰ a conclusão de que o retributivismo conduz necessariamente ao moralismo legal¹⁹⁶¹.

Retributivistas como Moore afirmam que a pena se justifica por razões de justiça, razões essas que impõem, por um lado, o dever de punir todos os culpados, isto é, aqueles que

¹⁹⁵⁵ MOORE, Michael S. *Legal Moralism Revisited*, p. 461.

¹⁹⁵⁶ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 754.

¹⁹⁵⁷ MOORE, Michael S. *Liberty's Constraints on What Should be Made Criminal*. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor (eds.). *Criminalization: The Political Morality of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 189.

¹⁹⁵⁸ A teoria expressiva da pena, desenvolvida por Feinberg, apresenta-se diluída em outros trabalhos do filósofo, não sendo abordada por ele no tratado *The Moral Limits of the Criminal Law*.

¹⁹⁵⁹ MOORE, Michael S. *Liberty's Constraints on What Should be Made Criminal*, p. 191.

¹⁹⁶⁰ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 661.

¹⁹⁶¹ De forma semelhante: BRINK, David O. *Retributivism and Legal Moralism*. *Ratio Juris*, v. 25, n. 4, 2012, p. 496-512.

praticaram culpavelmente um injusto moral e, por outro, a proibição de punir inocentes¹⁹⁶², isto é, aqueles que nada fizeram de moralmente errado. No entanto, o propósito de obter a justiça retributiva é limitado pelo *princípio da legalidade*, que impede que sejam punidos os injustos morais não descritos, ou não descritos de forma coerente, clara e precisa, previamente pela lei¹⁹⁶³. De fato, o princípio da legalidade encontra seu fundamento em valores externos ao retributivismo, tais como o princípio democrático da separação de poderes¹⁹⁶⁴. Tendo em vista que a justiça retributiva exige que todos os injustos sejam punidos, mas que o princípio da legalidade só permite punir aqueles que estão previstos em lei, a teoria da legislação de Moore determina que, *prima facie*, todos os injustos morais devem ser proibidos pela lei penal ou, caso contrário, aqueles que praticam um mal deixariam de receber a punição que merecem¹⁹⁶⁵.

A teoria da legislação de Moore sustenta, ainda, que somente podem ser proibidas condutas que são moralmente injustas previamente à lei. O filósofo se alinha à corrente ocasionalmente qualificada como *anarquista* que entende que *inexiste um dever moral de obedecer à lei*¹⁹⁶⁶. Portanto, a lei não pode converter em injusto moral uma conduta que não é moralmente errada¹⁹⁶⁷. Em razão desse postulado, é comum que se critique o moralismo legal por não ser capaz de fornecer um fundamento de legitimidade para os crimes *mala prohibita*. Moore responde a essas críticas afirmando que, embora não haja um dever moral de obedecer à lei, todos os indivíduos possuem determinadas obrigações públicas¹⁹⁶⁸, como a de resolver

¹⁹⁶² GRECO, Luís. A Ilha de Kant. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (org.). Direito penal como crítica da pena. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 275. O autor analisa o retributivismo de Moore em: *Ibidem*, p. 269-270.

¹⁹⁶³ MOORE, Michael S. A Tale of Two Theories, p. 31. Sobre a “tensão” entre retributivismo e princípio da legalidade, com uma visão um pouco distinta da de Moore: HUSAK, Douglas. What’s Legal about Legal Moralism?, p. 388 e ss.

¹⁹⁶⁴ MOORE, Michael S. A Tale of Two Theories, p. 31. É possível questionar se o retributivismo de Moore é realmente compatível com um dos corolários do princípio da legalidade, especificamente o da irretroatividade da lei penal maligna. Segundo Roxin, esse corolário não encontra seu fundamento no liberalismo político, no princípio democrático da divisão de poderes nem no princípio da culpabilidade, só sendo explicado pela função de prevenção geral negativa da pena: ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, p. 145-146. A resposta de Moore a esses questionamentos é a de que o seu retributivismo é do tipo “sensível”, pois reconhece a existência desses valores não retributivistas e a sua capacidade de limitar a realização da justiça retributiva (MOORE, Michael S. A Tale of Two Theories, p. 45).

¹⁹⁶⁵ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 660-661; MOORE, Michael S. Liberty’s Constraints on What Should be Made Criminal, p. 191.

¹⁹⁶⁶ MOORE, Michael S. A Tale of Two Theories, p. 31-32.

¹⁹⁶⁷ MOORE, Michael S. Liberty’s Constraints on What Should be Made Criminal, p. 192.

¹⁹⁶⁸ MOORE, Michael S. Liberty’s Constraints on What Should be Made Criminal, p. 196.

problemas de coordenação, motivo pelo qual aquele que desrespeita, por exemplo, uma regra de preferência no trânsito e cria o risco de vir a colidir com outro veículo pratica um injusto moral¹⁹⁶⁹.

Não obstante a adesão ao moralismo legal, Moore busca demonstrar o perfil liberal da sua teoria da criminalização ao endossar a *presunção pela liberdade* formulada por Feinberg. Para Moore, há sempre uma razão relevante para não apoiar o exercício da coerção legal contra comportamentos humanos, qual seja, o fato de que toda coerção reduz, em maior ou menor medida, a liberdade de ação do coagido¹⁹⁷⁰. A fim de elidir a presunção em favor da liberdade, não basta a mera racionalidade da lei penal, entendendo-se por meramente racional a lei que possui uma finalidade positiva inteligível, independentemente do valor moral dessa finalidade. É necessário que o comportamento proibido seja não apenas imoral, mas seriamente imoral para contrabalançar o peso dessa presunção. Daí que a punição de imoralidades de menor gravidade, como a quebra de promessa a um amigo e a infidelidade marital, não compensam o sacrifício da liberdade de ação¹⁹⁷¹.

O moralismo jurídico liberal de Moore atribui duas dimensões ao direito à liberdade. Em primeiro lugar, há o *direito de todos os cidadãos de não terem as suas condutas reguladas pelo governo pelas razões erradas*¹⁹⁷². Esse direito é denominado pelo autor de derivado, por derivar do dever básico do legislador de só legislar pelas razões corretas. De acordo com o princípio do injusto moral, esse direito derivado à liberdade se traduz no direito em não ter a própria conduta regulada por outras razões que não a de coibir condutas imorais. Assim, por exemplo, os motociclistas não possuem o direito a não serem obrigados a usar capacetes, mas têm o direito de não serem obrigados a utilizá-los para a sua própria segurança¹⁹⁷³. Com efeito, a teoria de Moore não admite que o legislador recorra a *razões paternalistas*, tendo em vista que, para um retributivista, o agente deve ser punido porque

¹⁹⁶⁹ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 760-761. Observa-se que, nesse caso, o desvalor moral da conduta depende das suas possíveis consequências danosas.

¹⁹⁷⁰ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 749. A presunção da liberdade é apoiada por quatro valores: liberdade positiva (fim para o qual a liberdade negativa é um meio); a autonomia Kantiana (habilidade de agir pelo motivo correto); a autonomia Milliana (valor inerente às escolhas humanas livres de coação) e a preferência humana universal por tomar decisões livres de coação. Ver: MOORE, Michael S. *A Tale of Two Theories*, p. 32.

¹⁹⁷¹ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 750.

¹⁹⁷² MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 751; MOORE, Michael S. *Liberty's Constraints on What Should be Made Criminal*, p. 194-195.

¹⁹⁷³ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 753.

merece e não porque a punição é o melhor para ele¹⁹⁷⁴. Sem embargo, esse direito derivado não imuniza nenhuma esfera de ação perante a coerção estatal, conquanto impeça que qualquer conduta seja proibida simplesmente por causar dano a alguém ou por ofender as sensibilidades alheias¹⁹⁷⁵.

Em segundo lugar, além do direito derivado à liberdade, há o *direito a não ser submetido à coerção estatal, ainda que moralmente motivada, quando o comportamento proibido não é verdadeiramente imoral*¹⁹⁷⁶. Esse direito protege os indivíduos contra avaliações equivocadas, seja pelo legislador ou pela sociedade, a respeito da imoralidade das condutas. Nesse sentido, no caso do motociclista, não é suficiente que o legislador imponha o uso do capacete com o fim de evitar injustos morais, sendo necessário que o não uso de capacete constitua um injusto moral.

O retributivismo de Moore não é insensível a certa dose de *cálculo utilitarista*¹⁹⁷⁷. Os efeitos preventivos da lei penal também participam da justificação do seu moralismo legal e são considerados, pelo autor, um benefício a ser contrabalançado contra custos do sistema penal. Apesar disso, é a retribuição do mal e não a prevenção de males que constitui a principal razão para a criminalização de condutas. Por isso, *a lei penal não pode proibir condutas que não são imorais a pretexto de prevenir imoralidades*¹⁹⁷⁸.

A teoria da criminalização de Moore, assim como a de Duff, tende a não ser concebida tradicionalmente como liberal por compreender a imoralidade da conduta como uma razão suficiente, ainda que não definitiva, para a sua criminalização¹⁹⁷⁹. Não obstante, Moore afirma que o seu moralismo legal retributivista é “liberal no resultado” (*liberal-in-outcome*), ainda que não seja “liberal na forma” (*liberal-in-form*), em razão de quatro limites,

¹⁹⁷⁴ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 748.

¹⁹⁷⁵ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 761-762.

¹⁹⁷⁶ MOORE, Michael S. Liberty's Constraints on What Should be Made Criminal, p. 195.

¹⁹⁷⁷ MOORE, Michael S. A Tale of Two Theories, p. 43: “Only a monomaniacal retributivist would urge that we must achieve retributive justice, no matter what the cost. A sensible retributivist admits that there are many good things to achieve with our comparatively scarce public resources, of which retributive justice is only one. Often we will sacrifice retributive justice to the attainment of these other good things”.

¹⁹⁷⁸ DUFF, R. A., Legal Moralism and Public Wrongs. In: FERZAN, Kimberly Kessler; MORSE, Stephen J. (ed.). *Legal, Moral, and Metaphysical Truths. The Philosophy of Michael S. Moore*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 96-97. Essa é a diferença entre o moralismo legal de Duff e Moore e o *moralismo legal instrumental* de Edwards, para o qual há uma boa razão para proibir uma conduta quando tal proibição irá provavelmente prevenir injustos morais: EDWARDS, James. An Instrumental Legal Moralism. In: GARDNER, John; GREEN, Leslie; LEITER, Brian (ed.). *Oxford Studies in Philosophy of Law*. V. 3. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 157-158.

¹⁹⁷⁹ EDWARDS, James. An Instrumental Legal Moralism, p. 159.

internos e externos, a sua teoria da legislação¹⁹⁸⁰. O primeiro e mais importante limite é justamente a exigência de que a conduta seja imoral.

Ocorre que Moore tem uma percepção sobre a moralidade significativamente distinta da sustentada por moralistas convencionais. O autor pontua que é um insulto à moralidade acreditar que ela se preocupa, por exemplo, com questões relativas à adequação da vida sexual das pessoas a determinadas convenções sociais¹⁹⁸¹. Ademais, por entender que os *indivíduos não possuem obrigações morais em face de si mesmos*, Moore afasta a imoralidade de condutas como o uso de drogas e o suicídio¹⁹⁸². Por outro lado, o filósofo também rejeita a existência de um dever moral de ser virtuoso, de forma que, *sendo o injusto moral uma violação de dever e não mera ausência de virtude*, o paternalismo e o perfeccionismo moral também são incompatíveis com esta vertente do moralismo legal¹⁹⁸³.

O segundo limite estabelece que, tendo em vista as restrições epistêmicas no campo da moral, havendo desacordo razoável quanto à imoralidade de determinada conduta (p. ex., o incesto), não se deve proibi-la¹⁹⁸⁴. De acordo com o *realismo moral* defendido por Moore, acreditar que existem respostas corretas a questões sobre moralidade não é o mesmo que dizer que nós saberemos com certeza a resposta a essas perguntas¹⁹⁸⁵. Afinal, da mesma forma que podemos estar certos sobre o conteúdo de nossas obrigações morais, também podemos estar errados¹⁹⁸⁶. Destarte, a dúvida deve ser resolvida em favor do florescimento dos diversos estilos de vida.

O terceiro limite é externo e decorre da presunção em favor da liberdade. O *retributivismo sensível* de Moore reconhece que o bem diminuto que advém de punir injustos morais de menor gravidade pode ser superado pelo bem alcançado por não punir esses

¹⁹⁸⁰ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 661.

¹⁹⁸¹ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 765: “I think that it trivializes morality to think that it obligates us about what organ we insert into what orifice of what gender of what species”. Na definição de Garvey: “Moore’s moralism is not Lord Devlin’s. Far from it. For starters Moore has no patience for a state that polices the bedroom in search of vice. As Moore understands it, morality has nothing at all to say about what consenting adults do behind closed doors. The bedroom is, so far as consenting adults are concerned, a moral free-zone. Morality claims a far more limited jurisdiction for Moore than it did for Devlin.” (GARVEY, Stephen P. *Was Ellen Wronged? Criminal Law and Philosophy*, v. 7, 2013, p. 193). Segundo o autor, “Moore gives us a criminal law whose mind is with Devlin but whose heart is with Mill” (*Ibidem*, p. 194).

¹⁹⁸² MOORE, Michael S. *A Tale of Two Theories*, p. 32.

¹⁹⁸³ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 756; MOORE, Michael S. *Liberty’s Constraints on What Should be Made Criminal*, p. 195; MOORE, Michael S. *Legal Moralism Revisited*, p. 455.

¹⁹⁸⁴ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 662; MOORE, Michael S. *A Tale of Two Theories*, p. 32.

¹⁹⁸⁵ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 663.

¹⁹⁸⁶ MOORE, Michael S. *A Tale of Two Theories*, p. 32.

injustos¹⁹⁸⁷. Em casos desse tipo, além dos custos diretos em perda de liberdade de ação, os custos indiretos de se realizar a justa retribuição, como o risco de corrupção de agentes do Estado e de discriminação por parte das agências punitivas, tendem a pender a balança para o lado da presunção da liberdade¹⁹⁸⁸. Diante disso, a teoria da criminalização de Moore desaconselha a proibição de muitas das condutas que as teorias liberais clássicas também buscam evitar a criminalização, como é o caso de imoralidades privadas, consensuais e sem vítimas, que continuariam a ser praticadas a despeito da ameaça de punição¹⁹⁸⁹. No mais, diversamente de liberais como Feinberg, Moore se opõe à criminalização da violação de obrigações positivas de prestar auxílio a estranhos em perigo, por entender que esse dever moral é demasiadamente frágil para superar a presunção em favor da liberdade¹⁹⁹⁰. Do mesmo modo, o filósofo desconfia que afrontar desnecessariamente as sensibilidades alheias, ainda que moralmente errado, não é geralmente grave o suficiente para justificar o uso da coerção penal¹⁹⁹¹.

Finalmente, o quarto e último limite ao alcance permitido do retributivismo corresponde ao direito à liberdade fundamentado no valor da autonomia¹⁹⁹². Conforme esse limite externo, *os indivíduos têm o direito de cometer determinados injustos morais*¹⁹⁹³ que envolvem decisões cruciais de vida (*self-defining choices*)¹⁹⁹⁴, mesmo injustos morais graves, como parece ser o caso do aborto¹⁹⁹⁵. Igualmente, a conduta daquele que exige dinheiro de outra pessoa para não divulgar um fato verdadeiro e desonroso a respeito do seu passado é seriamente imoral, mas o direito à liberdade de expressão triunfa sobre essa boa razão para

¹⁹⁸⁷ MOORE, Michael S. *Liberty's Constraints on What Should be Made Criminal*, p. 200.

¹⁹⁸⁸ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 664; MOORE, Michael S. *Liberty's Constraints on What Should be Made Criminal*, p. 188.

¹⁹⁸⁹ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 665.

¹⁹⁹⁰ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 756.

¹⁹⁹¹ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 762.

¹⁹⁹² MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 665. Nesse ponto, Moore compreende a autonomia em sentido milliano e não kantiano: "Here too it is more important that one choose freely than that one choose rightly, even when 'choosing rightly' is a high stakes matter, morally speaking" (MOORE, Michael S. *Liberty's Constraints on What Should be Made Criminal*, p. 205).

¹⁹⁹³ MOORE, Michael S. *A Tale of Two Theories*, p. 33.

¹⁹⁹⁴ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 773. Nota-se que Moore delimita o âmbito do domínio pessoal de forma mais restrita do que Feinberg, compreendendo apenas as decisões existenciais. Para Feinberg, e também para nós, os limites do domínio pessoal sobre o qual o indivíduo é soberano são dados pelos interesses e direitos de outras pessoas.

¹⁹⁹⁵ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 765; MOORE, Michael S. *A Tale of Two Theories*, p. 33; MOORE, Michael S. *Liberty's Constraints on What Should be Made Criminal*, p. 204.

criminalizá-la¹⁹⁹⁶. Nesses casos, o Estado não estaria moralmente autorizado a coagir os indivíduos a cumprirem com o seu dever moral. Como ressalta Moore, a liberdade só vale a pena se tivermos o direito de praticarmos determinados injustos morais sem sofrermos qualquer interferência. Se nossa liberdade termina onde começam nossas obrigações, então não temos realmente nenhuma liberdade¹⁹⁹⁷.

De fato, Moore reconhece que o seu *moral wrong principle* não diverge tanto do *wrongful harm principle* de Feinberg, já que esse último exige que, além de danosa, a conduta proibida também constitua um injusto moral¹⁹⁹⁸. Por seu turno, Moore acaba por se opor à criminalização da maioria dos injustos não danosos ao defender o que Brink descreve como sendo um retributivismo e *legalismo moral fraco* e não forte. Isso porque o moralismo legal liberal se limita a postular a existência de uma razão *pro tanto* para proibir e punir todos os injustos morais, a qual pode ser superada por outros tipos de razões¹⁹⁹⁹.

Com efeito, a versão feinberguiana do princípio do dano vai ao encontro da teoria mista ou híbrida da pena²⁰⁰⁰ defendida não só por ele²⁰⁰¹, mas por vários apoiadores do princípio do dano, como Husak, Hirsch e Baker. Daí que endossar a *wrongfulness constraint* não compromete ninguém com a teoria retributivista da pena²⁰⁰², sendo razoável entender que o merecimento de pena é condição (e mesmo medida) da punição e recusar a visão de que a

¹⁹⁹⁶ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 764; MOORE, Michael S. *Liberty's Constraints on What Should be Made Criminal*, p. 205.

¹⁹⁹⁷ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 766. Também defendendo um direito a cometer injustos: WALDRON, Jeremy. *A Right to Do Wrong*. *Ethics*, v. 92, n. 1, Special Issue on Rights (Oct., 1981), p. 21. Para Waldron, ter um direito moral e não legal de fazer algo não significa que esse algo deve ser feito, motivo pelo qual pode haver um direito moral de praticar um injusto.

¹⁹⁹⁸ MOORE, Michael S. *Liberty's Constraints on What Should be Made Criminal*, p. 194. Quanto a Mill, Moore afirma que há certo consenso de que o filósofo confundiu *harm* e *wrong*, ou seja, ele disse que só são censuráveis condutas que produzem danos, mas deveria ter dito que só podem ser censuráveis condutas injustas: MOORE, Michael S. *A Tale of Two Theories*, p. 28.

¹⁹⁹⁹ BRINK, David O. *Retributivism and Legal Moralism*, p. 507.

²⁰⁰⁰ MOORE, Michael S. *Legal Moralism Revisited*, p. 443. No sentido de que há tensão entre o liberalismo atrelado ao *harm principle* e o retributivismo: MURPHY, Jeffrie G. *Legal Moralism and Liberalism*, p. 78; TOMLIN, Patrick. *Retributivists! The Harm Principle is not for you!* *Ethics*, v. 124, n. 2, 2014, p. 272-298.

²⁰⁰¹ A posição de Feinberg por uma teoria mista ou híbrida da pena está explícita em: FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 213. Como já dito, o filósofo também defende uma teoria expressiva da pena, mas não atribui função educativa à sanção penal (FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 305).

²⁰⁰² Packer, por exemplo, foi um utilitarista e defensor da função preventiva da pena que defendia que a criminalização recaísse apenas sobre condutas imorais: DWORKIN, Roger. *The Limits of the Criminal Sanction*, by Herbert L. Packer. *Indiana Law Journal*, v. 44, n. 3, 1969, p. 493-498. De forma semelhante, Verde afirma que, por um lado, o compromisso com o requisito da incorreção moral não atrai o compromisso com a teoria retributiva da pena e, por outro, o compromisso com o princípio do dano não implica o compromisso com teorias utilitaristas da pena: VERDE, Alejandra. *Receptación, no Encubrimiento. Un Delito contra el Mercado Formal*. *En Letra: Derecho penal*, ano VI, n. 10, 2020, p. 86-87.

imoralidade da conduta, por si só, é uma boa razão para proibi-la criminalmente. Além disso, na mesma linha de Hart, Feinberg argumenta que teorias como a de Moore que deduzem a teoria da criminalização da teoria da pena confundem duas questões distintas: a questão sobre *o que proibir* e a questão sobre *por que punir*²⁰⁰³. Ainda assim, Feinberg pondera que há certa tensão entre o moralismo penal estrito e o retributivismo, afinal não fica claro o que exatamente há de ser retribuído quando o crime não impacta negativamente a vida de ninguém²⁰⁰⁴.

Por outra perspectiva, Greco observa que, embora as questões sobre o que proibir e por que punir sejam tecnicamente distintas, deve haver uma coerência entre as respostas oferecidas a cada uma delas²⁰⁰⁵. Entretanto, parece-nos que essa busca por coerência pode levar a um raciocínio cíclico que deduz a teoria da criminalização da teoria da pena, ao mesmo tempo em que fundamenta a teoria da pena em argumentos de teoria da criminalização. O próprio Greco afirma que o retributivismo é um corolário do princípio de que a pena se justifica independente de um ganho que, por sua vez, leva à punição de condutas independentemente de dano, de forma que romper com o retributivismo é o preço que se paga para não abrir mão da ideia de que não há crime sem dano²⁰⁰⁶. Por isso, a nosso ver, *o fundamento da teoria da criminalização deve ser buscado fora da teoria de justificação da pena*, mais especificamente em uma teoria sobre os fins e os limites do Estado à luz do liberalismo político.

A versão do *harm principle* defendida neste trabalho, responsivo em vez de preventivo e delimitado internamente pelo requisito da injustiça, pode ser suportada tanto por retributivistas quanto por adeptos de uma teoria híbrida ou mista e, até mesmo, por um agnóstico em relação à pena. Em nossa concepção, a teoria da criminalização é uma teoria sobre as boas razões para o Estado proibir um comportamento sob ameaça de pena, sendo que

²⁰⁰³ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 145-146.

²⁰⁰⁴ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 158. De forma diversa: SCOCCIA, Danny. In *Defense of "Pure" Legal Moralism*, p. 524.

²⁰⁰⁵ GRECO, Luís. *A Ilha de Kant*, p. 278. Segundo Harcourt, são quatro os posicionamentos possíveis a respeito da relação entre teoria da criminalização e teoria da pena: 1) não há relação entre elas; 2) há coincidência entre as duas teorias; 3) a teoria da criminalização deriva da teoria da pena e 4) a teoria da criminalização precede e dita a teoria da pena. De acordo com o autor, Feinberg adota o quarto posicionamento. Ver: HARCOURT, Bernard E. Joel Feinberg on Crime and Punishment: Exploring the Relationship Between *The Moral Limits of the Criminal Law* and *The Expressive Function of Punishment*. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 5, n. 1, 2001, p. 149-159.

²⁰⁰⁶ GRECO, Luís. *A Ilha de Kant*, p. 278.

tais razões só são satisfatoriamente boas quando a conduta tende a impactar negativamente a vida de outras pessoas. A vantagem dessa posição em relação ao moralismo legal, mesmo um de perfil liberal como o de Moore, decorre da sua afinidade com a função do direito penal e a própria razão de ser do monopólio da violência pelo Estado de garantir a coexistência pacífica e igualmente livre entre os indivíduos²⁰⁰⁷.

Outro ponto forte da teoria aqui proposta é a sua capacidade de conduzir a soluções plausíveis e compatíveis com nossas intuições morais, permitindo a criminalização de injustos não danosos com os quais a teoria de Feinberg tinha dificuldade de lidar, bem como da omissão de socorro por maus samaritanos e de determinadas condutas ofensivas às sensibilidades alheias. Ademais, nossa teoria também é mais adequada à justificação de crimes *mala prohibita*²⁰⁰⁸, uma vez que a lei claramente desempenha um papel na constituição do caráter injusto de condutas, em princípio, moralmente neutras (p. ex., o uso de informação privilegiado no mercado de capitais), bem como de condutas seriamente imorais que, na ausência de regulação pela lei, estariam situadas na zona cinzenta entre o que constitui ou não legítimo exercício de um direito (p. ex., a divulgação de fato verdadeiro e desonroso sobre o passado de uma pessoa que ainda busca reconstruir a própria vida).

O caráter político das instituições estatais, inclusive as jurídicas, não se coaduna com uma teoria da criminalização que parte da ideia de que o legislador está, em princípio, obrigado e autorizado a proibir todas as violações a deveres morais pré-políticos²⁰⁰⁹. Diferentemente das comunidades morais e religiosas, uma comunidade política deve direcionar o seu juízo de censura exclusivamente contra condutas que violam direitos de outras pessoas ou deveres não meramente morais em face da coletividade. Ainda que o moralismo liberal de Moore tome por base uma moralidade crítica e não convencional, tal

²⁰⁰⁷ De modo semelhante: “Justifying penal laws and their enforcement with the state’s monopoly on violence is a different matter from justifying censure by civil society or by a moral community. (...) the tasks for the criminal law should be kept narrow, to the core of protecting individuals where they are most vulnerable against attacks by others.” (HÖRNLE, Tatjana. “Rights of Others” in *Criminalisation Theory*, p. 180).

²⁰⁰⁸ De forma crítica à solução de Moore para os crimes *mala prohibita*: FINKELSTEIN, Claire. Positivism and the Notion of an Offense. *California Law Review*, v. 88, n. 2, mar., 2000, p. 373-374.

²⁰⁰⁹ DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. Introduction: The Boundaries of the Criminal Law. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. *The Boundaries of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 21: “we should not begin our theorizing about the criminal law in this pre-legal, pre-institutional, even pre-political, way, with a general category of moral wrongs: that we must instead begin with the political and the institutional, if we are to understand the criminal law and its proper or legitimate scope”.

teoria assume como *prima facie* criminalizáveis imoralidades que claramente não são da conta da lei penal, como meras mentiras, quebras de promessas e adultério²⁰¹⁰. Assim, mesmo um moralismo legal de perfil liberal falha por não se dedicar à elaboração de uma teoria política e não apenas moral da criminalização.

Ressalta-se que, conquanto um moralista como Moore possa ser considerado liberal por valorizar a autonomia e a liberdade de ação, ele não é um liberal no sentido rawlsiano do termo, uma vez que ele não está comprometido com o *ideal de neutralidade estatal*, ou seja, a ideia de que existem bens que o Estado liberal não pode promover e males que ele não pode se ocupar de prevenir²⁰¹¹. Realmente, Moore dirige críticas a liberais como Mill, Rawls e Ronald Dworkin por excluírem, de antemão, a pertinência de julgamentos morais a respeito de condutas referidas à esfera privada ou íntima das pessoas para a decisão sobre a correção das instituições políticas que com elas lidam²⁰¹². Todavia, o preço que os moralistas liberais pagam por essa falta de compromisso com a neutralidade é a obrigação de considerar seriamente, no debate sobre o conteúdo das proibições penais, argumentos no sentido de que condutas como o consumo de pornografia não merecem a mesma proteção que outras liberdades por refletirem um estilo de vida degenerado e corrupto²⁰¹³.

A ausência desse elemento de neutralidade contribui para a dificuldade do moralismo legal de Moore em diferenciar satisfatoriamente a violação de um dever moral, sobretudo um dever impessoal, da mera falha em ser virtuoso. O próprio filósofo reconhece que distinguir o que ele denomina de *deveres deônticos* dos ditos *deveres aretaicos* demanda uma verdadeira da teoria da justiça²⁰¹⁴. Por exemplo, um indivíduo plenamente saudável que nega doar um rim a seu irmão compatível que precisa de um transplante para sobreviver viola um dever moral ou apenas age de forma não virtuosa? Moore tenta estabelecer uma diferença qualitativa entre esses dois tipos de deveres em função do sentimento de culpa gerado pela

²⁰¹⁰ Crítico à tese defendida por Moore de que o legislador tem um dever *pro tanto* de proibir mesmo injustos morais triviais: TADROS, Victor. *Wrongs and Crimes*, p. 118.

²⁰¹¹ TADROS, Victor. *Wrongness and Criminalization*. In: MARMOR, Andrei (ed.). *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. New York: Routledge, 2012, p. 163. Sobre o conflito entre neutralidade e moralismo legal: BRINK, David O. *Retributivism and Legal Moralism*, p. 509. Murphy distingue o liberalismo neutro de Dworkin (*Dworkinian neutral liberalism*) do liberalismo perfeccionista de Raz (*Razian perfectionist liberalism*) e afirma que Moore é provavelmente mais bem interpretado como um liberal do último grupo: MURPHY, Jeffrie G. *Legal Moralism and Liberalism*, p. 84.

²⁰¹² MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 659.

²⁰¹³ MURPHY, Jeffrie G. *Legal Moralism and Liberalism*, p. 86.

²⁰¹⁴ MOORE, Michael S. *Legal Moralism Revisited*, p. 460.

violação de cada um deles²⁰¹⁵, critério esse que também se apresenta como um corpo estranho no contexto de uma teoria política.

Além disso, tentar identificar as obrigações morais e, por conseguinte, os injustos morais que interessam ao direito penal sem considerar o potencial danoso, ainda que remoto, das condutas moralmente censuráveis é o mesmo que navegar em mar aberto sem uma bússola. Com efeito, mentiras inofensivas e indiferentes à lei penal se diferenciam, por exemplo, de calúnias ou notícias falsas a respeito do processo eleitoral, em boa parte, em razão das possíveis repercussões de longo prazo das duas últimas para a vida das pessoas. Tanto é assim que Moore, ao negar a existência de um dever moral de não fumar em privado, recorre ao fato de a conduta não causar danos a outras pessoas²⁰¹⁶. Várias outras condutas agredem nosso senso moral em razão de seus possíveis efeitos danosos²⁰¹⁷. A despeito disso, conquanto argumente persuasivamente que a moralidade crítica, em geral, não está preocupada com a vida sexual das pessoas, o filósofo omite o fato de que a intromissão da comunidade civil nesses assuntos íntimos passa a ser legítima no momento em que os interesses básicos de outra pessoa correm o risco de serem afetados sem o seu consentimento voluntário.

Nesse quadro, ao justificar a presença de um injusto moral, o filósofo se baseia unicamente nas intuições e reações emocionais das pessoas face à imoralidade da conduta. Porém, não há como o liberal dormir tranquilo com uma teoria da criminalização que parte de um juízo de desvalor de bases tão incertas, ainda mais considerando que essas intuições e reações tendem a variar com o tempo²⁰¹⁸. De fato, a teoria de Moore pode até conduzir à conclusão de que novas biotecnologias como clonagem humana e pesquisa científica com embriões *in vitro* são imorais, mas pouco nos diz sobre quais obrigações morais seriam violadas concretamente por essas condutas. Afinal, o conteúdo específico de desvalor moral de uma conduta costuma variar conforme o tipo de consequência negativa que a ela normalmente se conecta.

²⁰¹⁵ MOORE, Michael S. Legal Moralism Revisited, p. 461.

²⁰¹⁶ MOORE, Michael. *Placing Blame*, p. 760.

²⁰¹⁷ FINKELSTEIN, Claire. Positivism and the Notion of an Offense, p. 376.

²⁰¹⁸ FARMER, Lindsay. Criminal Wrongs in Historical Perspective. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. *The Boundaries of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 237.

Por outro lado, a teoria da criminalização de Moore se limita a fornecer um argumento de conveniência para hipóteses em que os “liberais clássicos” se propõem a articular um argumento de princípio contra a criminalização da conduta (p. ex., no caso do adultério). Mesmo quando o filósofo adota o direito à autonomia como um limite externo apto a restringir o escopo da criminalização legítima, a sua teoria permite que condutas que formam o cerne duro de liberdades fundamentais (p. ex., o suicídio) sejam mantidas como *prima facie* passíveis de proibição e, por decorrência, censuradas como moralmente injustas pelas instituições políticas.

No mesmo sentido da crítica já apresentada aos princípios da soberania de Ripstein e da autonomia de Dubber, não é possível definir de forma segura os contornos do direito à autonomia pessoal sem ter em vista o risco de dano aos interesses básicos de outras pessoas (p. ex., o consumo privado de pornografia infantil não pode ser imunizado pelo direito à privacidade exatamente por violar os direitos à imagem e dignidade da criança sexualmente abusada e expor indiretamente a perigo os interesses de uma pluralidade de crianças indeterminadas). Como resultado, Moore acaba por optar pela estratégia, criticada por Feinberg, de restringir o domínio sobre o qual o indivíduo é soberano àquelas decisões essenciais ao projeto de vida boa que ele elegeu para si (vide tópico 6.2.2.2, *supra*). Em razão dessas debilidades, não há garantia de que as liberdades que os “liberais clássicos” se esforçam por assegurar sobreviverão intactas ao moralismo liberal de Moore.

6.3.2.2 O princípio do injusto público de Duff

O filósofo Antony Duff compartilha com Moore o que denomina de tese positiva do moralismo legal, segundo a qual a principal razão (se não a única) para criminalizar uma conduta é o seu conteúdo de injustiça moral²⁰¹⁹. No entanto, o autor ressalta que o direito penal só se destina a fazer valer a porção da moralidade referente às nossas obrigações

²⁰¹⁹ DUFF, R. A., *Legal Moralism and Public Wrongs*, p. 96-97. Mesmo os filósofos que recusam o moralismo legal concordam com a sua tese negativa, como é o caso de Feinberg, Husak e Hirsch/Simester. Duff explica que tais autores sustentam que apenas condutas injustas podem ser proibidas, mas que o fundamento positivo de criminalização de condutas se encontra em outros aspectos da conduta, como o fato de ela produzir dano ou perigo de dano: DUFF, R. A. *Towards a Modest Legal Moralism. Criminal Law and Philosophy*, v. 8, 2012, p. 218. Essa diferença entre uma tese positiva e outra negativa do moralismo legal se reflete na diferença entre retributivismo positivo e negativo.

morais. Além disso, Duff concorda com Moore que, em muitos dos casos em que os liberais clássicos são avessos à intromissão da lei penal, a conduta não é realmente imoral. Em outros, os moralistas liberais sustentam que a conduta não deverá ser criminalizada, a despeito de sua imoralidade, porque o peso de valores não retributivos supera o valor da retribuição.

Não obstante, há diferenças relevantes entre as suas concepções. Duff registra que a justiça retributiva pode, em princípio, ser realizada por outros meios que não a pena estatal (p. ex., a vingança privada)²⁰²⁰. É verdade que o Estado está em melhor posição de garantir que apenas culpados sejam punidos e que todos os culpados sejam punidos na exata medida da injustiça cometida. Todavia, ao insistir que o legislador penal pode e deve punir todos os injustos morais, o retributivismo de Moore produz uma versão expansiva do moralismo legal²⁰²¹. Essa versão expansiva é, além de ambiciosa²⁰²², implausível, pois há uma série de injustos morais cuja criminalização pelo legislador de um determinado país seria absurdo sugerir (p. ex., injustos morais praticados no âmbito das relações familiares e de amizade ou por nacionais de outro país no exterior).

Com efeito, a teoria de Moore pode conduzir à proibição penal de imoralidades com as quais o direito penal doméstico não deveria se ocupar, desde que o desvalor da conduta seja razoavelmente grave, os custos de proibi-la não superem os benefícios e a sua proibição não viole o direito do agente de fazer escolhas cruciais de vida. Por outro lado, mesmo nos casos em que o moralismo liberal de Moore afastaria a proibição do injusto moral com base na presunção em favor da liberdade ou no direito fundamental à autonomia, Duff ressalta que o legislador não tem nem mesmo uma razão *prima facie* para criminalizar a conduta em questão²⁰²³. Além disso, o autor também critica Feinberg por conceder demais ao moralismo legal, na medida em que admite haver uma razão relevante, ainda que não uma boa razão, em proibir qualquer imoralidade, independente de ser ou não o tipo de imoralidade à qual o Estado tem uma pretensão legítima de responder²⁰²⁴.

²⁰²⁰ DUFF, R. A., *Legal Moralism and Public Wrongs*, p. 98. No mesmo sentido: HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización*, p. 299-300.

²⁰²¹ DUFF, R. A., *Legal Moralism and Public Wrongs*, p. 98-99.

²⁰²² Duff se refere ao moralismo legal de Moore como ambicioso e o seu próprio como modesto: DUFF, R. A. *Towards a Modest Legal Moralism*, p. 222.

²⁰²³ DUFF, R. A. *Answering for Crime*, p. 48.

²⁰²⁴ DUFF, R. A. *Harms and Wrongs*, p. 37.

Para Duff, tanto Moore quanto Feinberg falham ao não reconhecer a existência de duas categorias distintas de injustos morais: os injustos privados e os públicos²⁰²⁵. Os injustos privados (*private wrongs*) são condutas genuinamente imorais que o legislador não tem uma boa razão para criminalizar. Juntamente com Sandra Marshall, Duff desenvolveu a ideia de que os contornos exatos do escopo legítimo da legislação penal coincidem com o âmbito dos injustos públicos (*public wrongs*). Apesar de aderir ao princípio do dano, Husak acolhe a visão de que, como a pena é imposta em nome do Estado, só podem ser criminalizadas condutas injustas quando for apropriado que elas sejam tratadas como de interesse público²⁰²⁶. Porém, como definir substancialmente os injustos públicos de modo a destacá-los com clareza dos injustos privados?

Duff rechaça a visão tradicional de que injustos públicos são aqueles que afetam toda a sociedade e não apenas as suas vítimas diretas, como é o caso dos injustos privados. Afinal, os injustos devem ser criminalizados em razão do mal que causam aos indivíduos concretos cujas vidas são diretamente impactadas pela conduta. Apesar disso, os injustos públicos podem ser definidos como sendo aqueles que concernem à *res publica* pelo fato de afrontarem valores que as vítimas individuais compartilham com toda a comunidade²⁰²⁷. Considerando que as comunidades ostentam valores cuja preservação não é tarefa do direito penal (p. ex., os valores de civilidade e urbanidade)²⁰²⁸, a determinação dos assuntos de relevância pública deve partir dos valores centrais ao que a comunidade compreende como sendo a sua identidade²⁰²⁹.

Observa-se que Moore critica a ideia de separar os injustos morais em públicos e privados justamente pela dificuldade em se determinar o conteúdo desses conceitos²⁰³⁰.

²⁰²⁵ DUFF, R. A., *Legal Moralism and Public Wrongs*, p. 100.

²⁰²⁶ HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización*, p. 213. Para o autor: “una mejor forma de trazar la esquiua barrera entre los ilícitos públicos y privados en un determinado tempo y lugar es tratando de determinar si la víctima particular o la comunidade deberían controlar la decisión de denunciar y controlar la tramitación de la denuncia”. Cético em relação à capacidade da separação entre público/privado em colocar barreiras ao moralismo penal: STRATENWERTH, Günter. *Zur Legitimation von „Verhaltensdelikten”*, p. 158.

²⁰²⁷ DUFF, R. A. *Answering for Crime*, p. 141.; MARSHALL, S.E.; DUFF, R.A. *Criminalization and Sharing Wrongs*. In: ROBINSON, Paul H.; GARVEY, Stephen P.; FERZAN, Kimberly Kessler (ed.). *Criminal Law Conversations*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 237. Sobre a ideia de que as vítimas compartilham o injusto com a comunidade, ver as críticas de Wallerstein e Dempsey, bem como as respostas dos autores, no mesmo volume da referida obra coletiva.

²⁰²⁸ DUFF, R. A., *Legal Moralism and Public Wrongs*, p. 100-101.

²⁰²⁹ MARSHALL, S.E.; DUFF, R.A. *Criminalization and Sharing Wrongs*, p. 237.

²⁰³⁰ MOORE, Michael S. *A Tale of Two Theories*, p. 40-41.

Contudo, Duff argumenta que, para a sua teoria da criminalização, *public wrong* é uma *noção procedimental e não substancial*²⁰³¹. Assim, a função desse conceito seria indicar o tipo de pergunta que o legislador penal deve fazer antes de criminalizar uma conduta (“essa conduta pode ser considerada um injusto público?”) e não fornecer uma resposta definitiva a essa pergunta. Isso porque, como dito, a resposta a ser dada irá variar segundo os valores que refletem a compreensão dos membros de uma comunidade sobre o que a define politicamente.

Segundo Duff, em vez de, primeiro, identificar os injustos morais para, em seguida, questionar quais desses injustos são públicos, devemos partir da ideia de *esfera pública*²⁰³². Inicialmente, é evidente que não é possível separar injustos públicos e injustos privados em função do local em que a conduta é praticada. Por certo, condutas praticadas em ambientes privados podem ser de interesse público (como é o caso da violência doméstica) e condutas praticadas em público podem ser de interesse exclusivamente privado (p. ex., andar pelas ruas com determinada cor de cabelo)²⁰³³. Em Duff, o conceito de esfera pública remete à ideia de que existe um âmbito específico da vida cívica com relevância para a empreitada coletiva pela constituição de uma comunidade organizada.

A fim de definir os contornos dessa esfera pública, será necessário articular uma teoria política²⁰³⁴ capaz de responder a perguntas como: quais são os objetivos e aspirações da comunidade política? Quais são os seus valores estruturantes? Quais aspectos da vida dos seus membros compõem a *res publica*? De fato, a Constituição de um país já fornece elementos para subsidiar as respostas a tais questionamentos. Depois de definida a esfera pública, os injustos morais por ela compreendidos poderão ser qualificados como públicos. Por tais injustos, os indivíduos devem prestar contas ao Estado e a seus concidadãos, enquanto pelos injustos privados somente devem explicações às pessoas diretamente envolvidas. Afinal, ninguém está legitimado a reagir ao injusto privado cometido por alguém

²⁰³¹ DUFF, R. A., *Legal Moralism and Public Wrongs*, p. 102.

²⁰³² DUFF, R. A., *Legal Moralism and Public Wrongs*, p. 103-104; DUFF, R. A. *Towards a Modest Legal Moralism*, p. 223.

²⁰³³ DUFF, R. A. *Answering for Crime*, p. 50. A dicotomia público/privado é comumente criticada por autoras feministas por constituir “um método de replicar a dominação masculina e priorizar valores masculinos” que perpetua a contínua relutância da lei penal em “adentrar a casa e o quarto” das famílias, quando necessário a proteger mulheres contra a violência física e sexual: STIMPSON, Claire. *A Feminist Analysis of the Harm Principle. The Financial element in Fraud. Alternative Law Journal*, v. 38, n. 2, 2013, p. 104.

²⁰³⁴ DUFF, R. A., *Legal Moralism and Public Wrongs*, p. 105.

pelo simples fato de participar da mesma *empreitada cívica pela constituição de uma comunidade política* que ele.

Na visão do autor, o processo de criação de um código penal é análogo ao de criação de um código de ética profissional²⁰³⁵. Da mesma forma que um código de ética médica (ou advocatícia, universitária etc.) não tem qualquer autoridade sobre determinados aspectos da vida de um médico (ou advogado, professor, estudante etc.) que não se relacionam a sua atividade profissional ou sobre qualquer aspecto da vida de não médicos (ou não advogados, professores, estudantes etc.), um código penal também não tem autoridade sobre as condutas de seus cidadãos que não se relacionam ao seu papel cívico na esfera pública nem de indivíduos que não são membros da comunidade política²⁰³⁶.

Portanto, o princípio do injusto público de Duff dispõe que devem ser criminalizadas condutas *se e porque* elas são moralmente injustas e merecem uma resposta pública e formal apropriada. Os injustos públicos compreendem desde comportamentos *mala in se*, cujo juízo de injustiça tem autonomia em relação à proibição legal, até comportamentos *mala prohibita*, que não são injustos independentemente da lei, pois seu desvalor decorre da violação de normas regulamentares que servem ou pretendem servir ao bem-comum, mas o são previamente à lei penal²⁰³⁷. O filósofo explica que, para que esse princípio fosse equivalente ao princípio do injusto moral de Moore, seria necessário partir de uma *concepção iliberal de esfera pública própria dos Estados totalitários*, de acordo com a qual inexistia uma esfera privada que, por princípio, não é da conta da comunidade política²⁰³⁸.

Ressalta-se que o princípio do injusto público de Duff não diz, nem pretende dizer, como deve ser caracterizada a esfera pública e, por conseguinte, qual deve ser o conteúdo do código penal elaborado a partir dessa definição. O autor esclarece que essa questão deverá ser objeto de um amplo debate público e não há qualquer garantia de que o resultado dessa

²⁰³⁵ DUFF, R. A., Legal Moralism and Public Wrongs, p. 106-107.

²⁰³⁶ DUFF, R. A. *Answering for Crime*, p. 50: “We are not only citizens: we are parents, workers and colleagues in this or that job, friends, neighbours, members of a range of other associations, many of which may be more important and central to our lives than is our citizenship; our civic responsibilities often impinge only lightly, if at all, on these other dimensions of our lives.”

²⁰³⁷ DUFF, R. A. Towards a Modest Legal Moralism, p. 219. Assim, para Duff, a lei cria obrigações morais, mas não a lei penal: GARVEY, Stephen P. Was Ellen Wronged?, p. 188. Para críticas à forma como a teoria de Duff lida com os crimes *mala prohibita*: GREEN, Stuart P. Legal Moralism, Overinclusive Offenses, and the Problem of Wrongfulness Conflation. *Criminal Law and Philosophy*, v. 14, n. 3, 2020, p. 417-430.

²⁰³⁸ DUFF, R. A., Legal Moralism and Public Wrongs, p. 107.

deliberação terá perfil liberal²⁰³⁹. De fato, muitos países incluem a orientação sexual de seus cidadãos em sua definição de *res publica*. Com efeito, esses são os mesmos países que consideram, por exemplo, a homossexualidade um injusto moral grave. Por certo, tanto Moore quanto Duff argumentariam com o legislador desses países que não há uma boa razão para criminalizar a homossexualidade. O primeiro diria que a conduta não é verdadeiramente imoral, enquanto o segundo sustentaria que sequer é necessário discutir moralidade, tendo em vista que a prática é estranha à esfera pública. Infelizmente, dificilmente algum deles teria sucesso em persuadir tal legislador.

Crítico à proposta de Duff, Moore afirma que, assim como ocorre com a diferenciação extraída da teoria de Feinberg entre *grievance wrongs* e *non-grievance wrongs*, a diferença entre injusto público e privado é meramente quantitativa e não qualitativa²⁰⁴⁰. Por isso, a tese duffiniana segundo a qual a lei penal deve se limitar a punir injustos públicos, em última instância, equivaleria à tese mooriana de que somente injustos morais graves são capazes de elidir a presunção pela liberdade. Nesse ponto, discordamos de Moore e nos aproximamos de Duff. Em primeiro lugar, a diferença que existe, por exemplo, entre o dever de fidelidade entre marido e mulher e o dever de lealdade do funcionário público em face da administração estatal é de tipo e não apenas de grau. Em segundo lugar, injustos privados podem ser moralmente mais censuráveis do que injustos públicos: p. ex., nossas intuições indicam que é mais imoral mentir para um amigo que confia cegamente em nossa honestidade do que mentir para um fiscal da Receita Federal que não tem nenhuma inclinação a simplesmente acreditar em nossa palavra. Apesar disso, não se discute que apenas no segundo caso será possível falar em injusto pelo qual o indivíduo pode ser chamado a responder perante toda a sociedade.

Autores como Tadros criticam o fato de *não ser o princípio do injusto público de Duff verdadeiramente um princípio da criminalização*, mas um princípio sobre quais condutas merecem a atenção do Estado. Isso porque tal teoria não permitiria identificar as condutas que devem ser proibidas pela lei penal e não apenas pela lei civil ou administrativa²⁰⁴¹. Assim, por

²⁰³⁹ DUFF, R. A., *Legal Moralism and Public Wrongs*, p. 108-109.

²⁰⁴⁰ A Tale of Two Theories, p. 40; MOORE, Michael S. *Liberty's Constraints on What Should be Made Criminal*, p. 198-200.

²⁰⁴¹ TADROS, Victor. *Wrongness and Criminalization*, p. 159.

exemplo, se o adultério não é assunto do Estado, a conduta não pode ser tratada como crime nem como ilícito civil ou administrativo²⁰⁴².

Já Dempsey afirma que *o conceito de injusto público em Duff é circular*, tendo em vista que ele define como sendo público o injusto que é da conta do Estado, ao mesmo tempo em que diz que os injustos que são da conta do Estado são aqueles que possuem caráter público e não apenas privado²⁰⁴³. Na visão da autora, uma melhor abordagem seria, em lugar de definir como “públicos” os injustos que interessam à lei penal, focar nos injustos que provavelmente desencadeariam atos de vingança privada ou castigos informais, caso o Estado não reagisse a eles com a ameaça de pena²⁰⁴⁴. Além disso, há uma série de injustos que merecem a atenção da lei penal, mesmo quando não violam valores e interesses genuinamente compartilhados nem ofendem os termos pelos quais a comunidade se autodefine, como ocorre em relação a práticas toleradas em muitas sociedades, cujas próprias vítimas não costumam demandar a intervenção do Estado (p. ex., racismo e violência contra a mulher)²⁰⁴⁵. Nesses casos, o Estado deve punir a conduta não para reafirmar os valores comuns e sim para transformá-los.

Nota-se que a noção de injusto público em Duff guarda certa afinidade com o conceito de injusto desenvolvido neste trabalho (vide capítulo 5, tópico 5.5, *supra*). De fato, o filósofo tem razão em pontuar que os deveres que interessam à lei penal são aqueles atribuídos aos indivíduos na condição de cidadãos responsáveis de uma comunidade política e não apenas de agentes morais²⁰⁴⁶. Todavia, há diferenças importantes entre as duas concepções. A teoria de Duff se baseia na premissa comunitarista de que *o Estado é fundado a partir de uma comunidade definida por uma identidade baseada em valores e ideais comuns*. Essa perspectiva, além de conflitar com o propósito liberal de neutralidade estatal, não é condizente com sociedades democráticas complexas e diversas como as atuais. Daí que, caso a comunidade se identifique como uma unidade estruturada a partir do casamento

²⁰⁴² TADROS, Victor. Criminalization and Regulation. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S.E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. *The Boundaries of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 166.

²⁰⁴³ DEMPSEY, Michelle. Public Wrongs and the ‘Criminal Law’s Business’: When Victims Won’t Share. In: CRUFT, Rowan; KRAMER, Matthew H.; REIFF, Mark R. (eds.). *Crime, Punishment, and Responsibility: The Jurisprudence of Antony Duff*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 255.

²⁰⁴⁴ DEMPSEY, Michelle. Public Wrongs and the ‘Criminal Law’s Business’, p. 265.

²⁰⁴⁵ DEMPSEY, Michelle. Public Wrongs and the ‘Criminal Law’s Business’, p. 268-269.

²⁰⁴⁶ DUFF, R. A. *Answering for Crime*, p. 49.

monogâmico, o princípio do injusto público forneceria uma boa razão para, em princípio, proibir a poligamia. Diante disso, nosso conceito de injusto não meramente moral se aproxima mais de uma *visão contratualista e não comunitarista da sociedade política*, isto é, da ideia de que o Estado é um meio para a realização do objetivo de coexistência livre e pacífica assumido no pacto social e não uma comunidade de valores amplamente compartilhados.

Ademais, Duff questiona a possibilidade de deduzir o conteúdo da lei penal de um único *master principle*, ou mesmo de um grupo de princípios, pois esses seriam sempre super ou subinclusivos, a não ser que, assim como o princípio do injusto público, tais princípios se resignem em fornecer somente limites procedimentais e não substanciais à criminalização²⁰⁴⁷. O autor reconhece que o conceito de injusto público é vago, ou seja, é ralo (*thin*) e não denso (*thick*)²⁰⁴⁸, dependendo de uma concepção normativa de ordem civil, bem como da determinação de quais condutas constituem uma violação injusta dessa ordem²⁰⁴⁹. No entanto, para ele, a vantagem do seu moralismo legal quando comparado a princípios como o princípio do dano não está no fato de oferecer respostas que o segundo não oferece, mas em indicar qual tipo de argumento pode ser utilizado por uma comunidade política ao definir o que constitui a esfera pública e quais atos devem ser considerados como violações da ordem civil²⁰⁵⁰.

Ocorre que a opção por tal princípio puramente procedimental permite que o injusto público seja aquilo que o legislador majoritário diz que é da conta do Estado²⁰⁵¹. Conforme exposto, é impossível evitar certo grau de indefinição do conceito de injusto, motivo pelo qual os princípios da criminalização devem restringir o alcance desse elemento deontológico por meio da sua combinação com um elemento consequencialista, seja esse o retrocesso de interesses de bem-estar (dano), a afronta a sensibilidades alheias (ofensa) ou, como se verá a seguir, a obtenção de uma vantagem indevida (exploração). Afinal, é tarefa da teoria da criminalização esclarecer, ao máximo possível, os fundamentos e limites da criminalização legítima. Com efeito, essa é uma tarefa trabalhosa e difícil, estando, por conseguinte, mais

²⁰⁴⁷ DUFF, R.A. *The Realm of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 262.

²⁰⁴⁸ DUFF, R.A. *The Realm of Criminal Law*, p. 253.

²⁰⁴⁹ DUFF, R.A. *The Realm of Criminal Law*, p. 275.

²⁰⁵⁰ DUFF, R.A. *The Realm of Criminal Law*, p. 274.

²⁰⁵¹ SEHER, Gerhard. Comment on Andreas von Hirsch, p. 6.

suscetível a erros e a críticas. A despeito disso, a abordagem defendida neste trabalho oferece referências mais seguras para a discussão de proibições penais específicas e para o diálogo com o legislador. Embora essa seja uma empreitada arriscada, uma teoria da criminalização fundamentada em múltiplos princípios liberais robustos é, a nosso ver, mais útil e promissora dos que as versões repaginadas do moralismo legal.

6.3.3 O princípio da exploração (*exploitation principle*)

O princípio da exploração (*exploitation principle*) é o princípio da criminalização que autoriza o legislador penal a proibir a obtenção de vantagem indevida, ainda que tal vantagem não seja acompanhada por uma perda injusta para outra pessoa. De acordo com Feinberg, esse princípio incorpora o moralismo penal estrito puro, pois visa a impedir a ocorrência de condutas inerentemente imorais sem apelar para a prevenção de qualquer efeito adverso sobre interesses alheios²⁰⁵². Além disso, trata-se de vertente mais restrita do moralismo penal estrito, uma vez que o princípio em questão só fundamenta a criminalização de um tipo especial de imoralidade: o ganho auferido de forma exploratória.

6.3.3.1 O que é exploração e o que há de errado em explorar alguém

Em linhas gerais, explorar alguém é usá-lo para a obtenção de uma vantagem injusta²⁰⁵³. Ocorre que o conceito de exploração costuma ser invocado sem que se esclareça quais condições tornam injusta a obtenção de uma vantagem. O resultado é que o uso excessivo e equivocado do termo fez com que a exploração se tornasse uma categoria que serve a preencher retoricamente o vazio conceitual produzido por intuições pré-analíticas quanto ao desvalor moral de determinadas interações humanas²⁰⁵⁴.

Há ampla divergência entre os filósofos quanto aos fundamentos da injustiça moral da exploração. Uma primeira corrente afirma que a exploração é injusta porque constitui uma

²⁰⁵² FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 213.

²⁰⁵³ WERTHEIMER, Alan. Exploitation. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2008). Disponível em: <https://stanford.library.sydney.edu.au/archives/fall2008/entries/exploitation/>. Acesso em: 09/10/2020, às 12:40.

²⁰⁵⁴ HILL, John Lawrence. Exploitation, p. 699.

forma de coação²⁰⁵⁵, outra alega que a exploração é degradante para a vítima por tratá-la como um meio e não como um fim²⁰⁵⁶ e uma terceira entende que o seu caráter injusto advém do uso em proveito próprio da vulnerabilidade de outra pessoa²⁰⁵⁷. Todavia, todas essas correntes falham em explicar o que há de errado com alguma conduta em relação a qual há, em princípio, certo consenso teórico de que ela deve ser considerada uma hipótese de exploração injusta.

Nesse sentido, Mayer observa que nenhuma das três correntes é capaz de fundamentar o desvalor moral nos casos de *exploração por um free rider*²⁰⁵⁸. O autor cita o seguinte exemplo: Azul e Verde estão em um bote salva-vidas e, para evitar que ele afunde, é necessário que alguém tire água do bote por vinte minutos a cada hora. Azul se recusa a ajudar Verde nessa tarefa, motivo pelo qual esse último acaba tendo que fazer sozinho todo o esforço necessário a evitar o naufrágio. Nesse quadro, Azul é um explorador *free rider* por se beneficiar da atividade de Verde sem com ele colaborar. Apesar disso, não parece correto dizer que Azul coage Verde, trata-o de forma degradante ou se aproveita de alguma vulnerabilidade especial do outro ocupante do bote. Afinal, Azul não faz nenhuma ameaça nem oferta degradante, apenas se recusa a ajudar; Verde prefere contar com o auxílio de Azul, mas não necessita dele para se proteger e ambos estão igualmente vulneráveis em razão do risco de que o bote afunde²⁰⁵⁹.

²⁰⁵⁵ BUCHANAN, Allen. Exploitation, Alienation, and Injustice. *Canadian Journal of Philosophy*, v. IX, n. 1, march, 1979, p. 138; SCHWARTZ, Justin. What's Wrong with Exploitation? *Noûs*, v. 29, 1995, p. 159.

²⁰⁵⁶ SAMPLE, Ruth. *Exploitation: What it is and Why it's Wrong*. Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 2003, p. 57.

²⁰⁵⁷ GOODIN, Robert E. Exploiting a Situation and Exploiting a Person. In: REEVE, Andrew (ed.). *Modern Theories of Exploitation*. London: Sage, 1987, p. 167. A posição de Wood se situa entre a segunda e a terceira corrente: WOOD, Allen. Exploitation. *Social Philosophy and Policy*, v. 12, n. 2, p. 150-151.

²⁰⁵⁸ MAYER, Robert. What's Wrong with Exploitation? *Journal of Applied Philosophy*, v. 24, n. 2, 2007, p. 138-139. *Free rider* é um termo da economia utilizado para se referir a alguém que se beneficia de recursos, bens ou serviços sem pagar o custo do benefício.

²⁰⁵⁹ Ainda segundo Mayer, a ideia de que Azul falha em tratar Verde com reciprocidade (defendida, por exemplo, por Warren) é mais promissora em explicar a injustiça da exploração pelo *free rider*, mas também não dá conta de outras hipóteses de exploração justa (por exemplo, o traficante de drogas que explora o usuário dependente químico). Ver: MAYER, Robert. What's Wrong with Exploitation?, p. 139. Sobre essa quarta compreensão do desvalor moral na exploração, conferir: WARREN, Paul. Self-Ownership, Reciprocity, and Exploitation, or Why Marxists shouldn't be Afraid of Robert Nozick. *Canadian Journal of Philosophy*, v. 24, n. 1, 1994, p. 33-56. Arneson também critica a proposta de conceituar exploração como violação a uma norma de justa reciprocidade, argumentando que essa é uma definição puramente formal: ARNESON, Richard. Exploitation and Outcome. *Politics, Philosophy & Economics*, v. 12, n. 4, 2013, p. 396-398.

O termo “exploração” está historicamente associado à *teoria marxista*. Na visão de Marx, o trabalhador que não tem acesso direto aos meios de produção está *obrigado* a vender sua força de trabalho. Porém, a contribuição desse trabalhador para a produção de riquezas sempre supera o necessário à manutenção da força de trabalho e à remuneração do capitalista pelo uso dos meios de produção. Daí que o capitalista se aproveita da alienação do trabalhador em relação ao processo produtivo para se apropriar dessa riqueza excedente e, dessa forma, auferir lucro. Portanto, trabalhadores assalariados seriam tão explorados quanto servos ou escravos, uma vez que, em razão da propriedade privada sobre os meios de produção, o trabalho no sistema capitalista não é verdadeiramente livre nem inteiramente remunerado²⁰⁶⁰.

O conceito marxista de exploração também não se mostra útil aos debates de filosofia moral que guarnecem a teoria da criminalização. Em primeiro lugar, a ideia de exploração em Marx inclui a *coação* como elemento essencial e, como já visto, pode haver exploração sem coação²⁰⁶¹. Em segundo lugar, a teoria marxista se ocupa da *exploração sistêmica ou estrutural* e não do conteúdo de injusto moral presente em determinadas relações intersubjetivas²⁰⁶². Além disso, a exploração que interessa aos filósofos morais não pode ser reduzida a um construto social e econômico, não obstante a relevância desses dados para a identificação de muitas hipóteses de exploração injusta²⁰⁶³.

Como dito, a exploração produz um ganho considerado indevido. O mais comum é que benefícios sem causa legítima sejam obtidos por meio de comportamentos individuais exploratórios que também prejudicam injustamente os interesses da parte explorada. Assim, em geral, o explorador fará uso de coação, fraude, deslealdade, furto ou se aproveitará da imaturidade ou incompetência do explorado para dele extrair um consentimento que não é suficientemente voluntário. No entanto, há casos de exploração que não podem ser alcançados pelo princípio do dano complementado pelo paternalismo suave, mas que, ainda assim, ofendem o senso moral de um observador objetivo.

²⁰⁶⁰ HOLMSTROM, Nancy. Exploitation. *Canadian Journal of Philosophy*, v. VII, n. 2, June, 1977, p. 355-360. Para outra interpretação e crítica ao conceito marxista de exploração: NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*. New York: Basic Books, 1974, p. 253-262; ARNESON, Richard J. What's Wrong with Exploitation? *Ethics*, v. 91, n. 2, 1981, p. 202-227.

²⁰⁶¹ Kleinig destaca que, como o trabalho que produz a mais-valia é trabalho forçado, o conceito marxista de exploração é incompatível com consentimento autônomo: KLEINIG, John. The Ethics of Consent, p. 110.

²⁰⁶² WOLFF, Jonathan. Marx and Exploitation. *Journal of Ethics*, v. 3, n. 2, 1999, p. 119-120.

²⁰⁶³ HILL, John Lawrence. Exploitation, p. 699.

Segundo Arneson, há dois tipos de exploração: em uma, o explorador se beneficia de um curso causal que também prejudica injustamente o explorado; em outra, o explorador se beneficia de um curso causal que também beneficia o explorado, mas o benefício obtido pelo primeiro é excessivo em comparação com o obtido pelo segundo. Por outro lado, a exploração pode ocorrer durante interação entre duas ou mais pessoas ou pode ser imposta unilateralmente por parte do explorador. Ademais, uma pessoa pode ser explorada por transação na qual ela consentiu, bem como quando a transação ocorre sem a mediação do seu consentimento. Finalmente, há casos de “exploração passiva”, como quando alguém se beneficia da atividade cooperativa de outras pessoas em condições que geram um dever de reciprocidade, mas o explorador dela extrai proveito sem prestar qualquer contribuição²⁰⁶⁴.

Portanto, existem algumas hipóteses de exploração em que os interesses da parte explorada não são retrocedidos e outras em que, embora haja dano, a parte explorada consente validamente no comportamento da parte exploradora. Apesar disso, nossas intuições morais apontam no sentido de que há algo de errado em certas situações em que A utiliza B para obter algum benefício ou obtém um benefício excessivo em comparação com o obtido por B. Por esse motivo, a exploração tende a constituir, em si mesma, um mal moral, já que *explorar alguém é, ao menos em muitos casos, tratá-lo como meio para a persecução do próprio benefício*, o que é, em princípio, moralmente reprovável. Para Feinberg, esses são casos atípicos em que a exploração se enquadra na categoria de mal impessoal ou sem vítima (*non-grievance evil*), pois não há quem possa se queixar de ter sido tratado injustamente, podendo até ser classificada, em alguns contextos, como um mal flutuante (*free-floating evil*)²⁰⁶⁵.

Há, ainda, casos em que a exploração é mutualmente vantajosa para os envolvidos, de forma que o explorado também se beneficia imediatamente da relação. Não obstante, alguns autores sustentam, em oposição à Feinberg, que a exploração sempre causa dano ao explorado, pois *a parte exploradora deixa de beneficiar a parte explorada na exata medida do que seria justo*²⁰⁶⁶. Logo, ainda que não haja um prejuízo absoluto para o explorado,

²⁰⁶⁴ ARNESON, Richard. *Exploitation and Outcome*, p. 394.

²⁰⁶⁵ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 176. Wood concorda que a exploração não é necessariamente danosa, mas, pelo contrário, tipicamente beneficia a parte explorada. Porém, o autor não concorda em classificar a exploração como um “mal flutuante”. Ver: WOOD, Allen. *Exploitation*, p. 149-150. Também no sentido de que a exploração não é um “mal flutuante”: WERTHEIMER, Alan. *Exploitation*, 2008, item 4.

²⁰⁶⁶ MAYER, Robert. *What's Wrong with Exploitation?*, p. 141. Segundo o autor: “*This is the fundamental wrong of exploitation in every case: a failure to benefit others as some norm of fairness requires*” (*Ibidem*,

haveria um *prejuízo relativo imerecido*²⁰⁶⁷. Entretanto, observa-se que esses autores recorrem a um parâmetro normativo para identificar a ocorrência de dano²⁰⁶⁸, enquanto o *harm principle* de Feinberg se orienta pelo parâmetro contrafático (ver capítulo 2, tópico, 2.2.1, *supra*). Por conseguinte, mesmo que se reconheça a existência de um prejuízo relativo, certo é que tal prejuízo não constitui um dano no sentido específico do princípio do dano, tendo em vista que a conduta do explorador não retrocede os interesses do explorado a um estágio pior do que estaria normalmente se a conduta não fosse praticada²⁰⁶⁹.

A exploração de alguém se dá a partir do *uso de suas características pessoais ou de suas circunstâncias de vida por terceiro* que, com isso, obtém algum proveito²⁰⁷⁰. Acontece que é possível explorar as características ou circunstâncias de alguém sem explorá-lo como pessoa²⁰⁷¹. Considere uma variação do contraexemplo da batalha de gladiadores de Kristol em que os organizadores do evento auferem lucros de milhões de dólares com a venda de ingressos e patrocínio, como resultado da exploração da perversidade de espectadores que se divertem com a violência extrema entre pessoas reais e da ganância e do narcisismo dos competidores. Conquanto seja possível reprovar a conduta dos organizadores como imoral, a partir de um juízo de moralidade crítica e não apenas convencional, a escolha voluntária de espectadores e competidores por participar do evento impede que se conclua que esses indivíduos tenham sido pessoalmente explorados pelos organizadores do evento. Em geral, dizemos que a pessoa foi explorada, e não só as suas características ou circunstâncias, quando ela está em uma posição especialmente vulnerável em relação àquele que dela se aproveita. Porém, os casos mais evidentes são aqueles em que o uso que o explorador faz das características ou circunstâncias alheias afeta de tal forma a esfera personalíssima do

itálico no original, p. 142). Diante disso, Mayer identifica três classes de exploração: 1) o explorado não obtém nenhum benefício do explorador (caso dos *free riders*); 2) o explorado não é beneficiado o suficiente (caso de empregadores que exploram seus empregados ao submetê-los a más condições de trabalho e baixos salários) e 3) o benefício obtido pelo explorado não é verdadeiramente um benefício (caso do traficante que vende drogas para viciados).

²⁰⁶⁷ Discordando tanto de Feinberg quanto dos autores que entendem que toda exploração é danosa, Wertheimer afirma que a exploração será danosa, ainda que mutualmente vantajosa, sempre que os custos para a parte explorada excederem os seus benefícios: WERTHEIMER, Alan. *Exploitation*, 2008, item 3.

²⁰⁶⁸ WOLFF, Jonathan. *Marx and Exploitation*, p. 113.

²⁰⁶⁹ Ressalta-se que a “falha em beneficiar outra pessoa como exigido por uma norma de justiça” também não atende ao parâmetro contrafático aplicável ao dano na omissão (conferir capítulo 2, tópico 2.3.3, *supra*).

²⁰⁷⁰ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 177.

²⁰⁷¹ WOLFF, Jonathan. *Marx and Exploitation*, p. 111.

explorado que é impossível explorar tais aspectos sem, ao mesmo tempo, explorar a própria pessoa²⁰⁷².

Como já dito, é importante manter separados os conceitos de exploração e de coação. A coação se caracteriza principalmente pelo impacto negativo sobre os interesses ou direitos do coagido, enquanto a exploração se destaca pelos efeitos positivos produzidos sobre os interesses do explorador, isto é, pelo ganho indevidamente obtido²⁰⁷³. Coatores são executores que criam as condições que afetam adversamente o coagido, enquanto exploradores são oportunistas que se utilizam, em proveito próprio, das circunstâncias do explorado²⁰⁷⁴. Em regra, a coação também envolve exploração, mas é possível imaginar casos de coação não exploratória (o único mencionado por Feinberg é o de uso legal da coação física, como ocorre em uma reintegração judicial de posse com uso da força pelas autoridades policiais). Por outro lado, uma conduta pode ser exploratória e não coercitiva, como quando A se aproveita de característica ou circunstância de B para obter lucro com o consentimento válido de B ou sem a mediação de qualquer escolha de B²⁰⁷⁵. Quando a exploração é coercitiva, a circunstância de que A se aproveita é justamente a impotência de B perante as escolhas de A²⁰⁷⁶.

Nota-se que a exploração não coercitiva pode envolver uma *oferta*, mas nunca uma *ameaça*. Anteriormente, vimos que, embora Feinberg entenda que ofertas “irrecusáveis” podem exercer efeitos coercitivos sobre as decisões humanas, as ofertas se diferenciam das ameaças por não reduzirem a voluntariedade de escolhas para alguém do patamar mínimo (ver tópico 6.2.3.2 *supra*). Afinal, as ofertas ampliam o rol de opções previamente disponíveis a alguém ao criar um curso de ação alternativo, o qual pode ser aceito ou recusado sem que

²⁰⁷² WOOD, Allen. *Exploitation*, p. 146. O exemplo citado pelo autor é o da barriga de aluguel: “When it is said that surrogacy exploits the mother, however, the idea is not only that surrogacy exploits her labor (whether in the birthing sense or in the more general working sense); the point is rather that it exploits her ability to carry and give birth to a child, which is taken to be such an intimate part of what she is that it could not be exploited without also exploiting her.”

²⁰⁷³ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 177.

²⁰⁷⁴ WOLFF, Jonathan. *Marx and Exploitation*, p. 111.

²⁰⁷⁵ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 178.

²⁰⁷⁶ Pela descrição de Peralta, a doutrina alemã trata coação e exploração como sendo categorias excludentes, pois se, por um lado, não é possível coagir com ações permitidas, não seria possível explorar alguém por meio de ações não permitidas: PERALTA, José Milton. *Chantage als Ausbeutung – Über das Unrecht der bedingten Androhung erlaubter Taten. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 124, n. 4, 2012, p. 895. Isso ocorre porque, para os alemães, o conceito de exploração teria como elemento negativo o fato de A não ser o responsável pelas circunstâncias coercitivas em que B se encontra (*Ibidem*, p. 893). Já Feinberg parte de conceitos mais amplos de coação e de exploração. Por isso, o filósofo entende que toda coação ilegal também explora o coagido, embora nem toda exploração também coaja o explorado.

qualquer sanção seja imposta por parte do ofertante. É, por isso, que, na opinião dos autores que negam a existência de “ofertas coercitivas”, meras ofertas nunca poderiam tornar uma escolha menos livre e condutas como a do “milionário lascivo”, analisada acima, devem ser consideradas hipóteses de exploração não coercitiva²⁰⁷⁷.

Toda exploração, seja ou não coercitiva, pode ser descrita da seguinte forma: A obtém alguma vantagem, para si ou para outrem, em sua interação com B ao se aproveitar de característica pessoal ou circunstância de vida de B²⁰⁷⁸. Em princípio, qualquer característica ou circunstância de B (virtudes, vícios, fraquezas humanas, estados de ânimo ou mentais etc.) pode ser explorada, desde que causalmente relevante para o fim perseguido por A²⁰⁷⁹. Assim, pode ser que A explore, em proveito próprio, alguma falha moral de B. É o caso do golpista que enriquece ao explorar a ganância alheia, prometendo lucros vultosos e rápidos para convencer pessoas a ingressarem como investidoras em esquema de pirâmide financeira. É possível, ainda, que A explore uma virtude moral de B, como fazem os *free riders* (também referidos como *freeloaders*) que não cumprem com a sua cota legal de colaboração com o bem-comum, mas se aproveitam da obediência à lei de seus concidadãos para continuar usufruindo de serviços públicos de qualidade. Por fim, A também poderia explorar os infortúnios de B, tais como situações de luto, calamidade pública e de vulnerabilidade econômico-social. Cita-se o exemplo de comerciante que vende seu estoque de álcool 70% por preço hiperinflacionado, durante período de escassez do produto em razão da pandemia de COVID-19.

Observa-se que a parte explorada pode ou não coincidir com a pessoa (ou pessoas) de quem é obtida a vantagem indevida²⁰⁸⁰. Por exemplo, na variação do contraexemplo da batalha dos gladiadores referida acima, os competidores e a audiência são explorados pelos organizadores, mas a vantagem financeira é extraída da audiência e dos patrocinadores. Em alguns casos, a exploração, embora não retroceda interesses nem viole direitos da parte explorada, não chega a constituir uma imoralidade sem vítima por prejudicar injustamente os interesses de outras pessoas. É o caso do candidato A que, ao se aproveitar em sua campanha

²⁰⁷⁷ HILL, John Lawrence. *Exploitation*, p. 660. Segundo Kleinig, em razão do caráter não coercitivo das relações de exploração, é possível que a condenação moral recaia também sobre a parte explorada, tendo em vista a sua “fraqueza de caráter” (KLEINIG, John. *The Ethics of Consent*, p. 111).

²⁰⁷⁸ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 178.

²⁰⁷⁹ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 181-182.

²⁰⁸⁰ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 189.

do caráter preconceituoso de parte do eleitorado para vencer a eleição, retrocede os interesses de seu oponente C e seus eleitores, mas sem causar danos àqueles que foram explorados²⁰⁸¹.

6.3.3.2 Os elementos da exploração injusta

Nem sempre que A se utiliza de B para obter uma vantagem, A estará explorando B. Se B, por exemplo, doa sangue para que A se recupere de uma cirurgia, A está, em certo sentido, utilizando-se do altruísmo de B em proveito próprio, mas não parece correto dizer que B foi explorado por A. De outra parte, ainda que seja correto dizer que um enxadrista “explora” as falhas de seu adversário para aplicar-lhe um xeque-mate, fato é que não se trata do tipo de exploração apto a atrair o juízo de censura moral. Logo, *o termo exploração, no sentido específico empregado pelo princípio da criminalização, deve ser reservado para as hipóteses em que a exploração constitui uma injustiça*. O juízo de injustiça que converte o uso em exploração propriamente dita pode se fundamentar em diferentes razões. Nesse sentido, a exploração pode ser injusta porque a parte explorada foi usada sem seu consentimento ou porque outras circunstâncias relativas à conduta denotam injustiça moral, a despeito do consentimento voluntário do explorado²⁰⁸².

A fim de definir se determinada exploração é injusta com a parte explorada, é necessário examinar três elementos da relação entre explorador (A) e explorado (B). O primeiro elemento é *a natureza do uso que A faz de B*²⁰⁸³. O uso coercitivo ou fraudulento têm grandes chances de ser injusto e, em geral, será também danoso aos interesses de uma vítima que não consente validamente, de forma que a aplicabilidade do *harm principle* torna, em um primeiro momento, desnecessário recorrer ao princípio da exploração²⁰⁸⁴. No entanto, pode ser que A faça uso de formas mais sutis de manipulação que não anulem o caráter suficientemente voluntário do consentimento de B. O suborno, por exemplo, apela para as

²⁰⁸¹ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 208.

²⁰⁸² FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 199-200. Observa-se que o conceito de injusto para o princípio da exploração (*unfair*) se relaciona sem se confundir com o injusto para o *harm principle* (*wrong*), pois, para fins de aplicação do *harm principle*, o consentimento válido do ofendido no dano sempre anula o conteúdo de injusto da conduta associado a esse mesmo dano. Na verdade, o conceito de *unfair* se aproxima mais da ideia de desleal.

²⁰⁸³ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 201.

²⁰⁸⁴ A não ser em hipóteses em que o princípio da exploração explicita melhor os fundamentos da criminalização da conduta, por estarmos convencidos de que há uma boa razão para proibi-la penalmente, ainda que não retroceda injustamente os interesses de outras pessoas. Analisaremos essa possibilidade no tópico 6.3.4, *infra*.

fraquezas da vítima e a induz a se comportar “não contra a sua vontade, mas contra seu ‘melhor juízo’ e sua disposição inicial”²⁰⁸⁵. Assim, em muitos casos, a parte exploradora se aproveita de uma escolha da parte explorada que, não obstante seja autônoma, é influenciada por fatores que reduzem a sua voluntariedade.

Por outro lado, A pode se utilizar de técnicas que, não envolvendo manipulação, tendem a ser consideravelmente menos injustas com B, como é o caso de ofertas honestas feitas de maneira direta ou indireta. A estratégia de recorrer à ideia de exploração para justificar o desvalor moral da batalha de gladiadores de Kristol perde em persuasão, por exemplo, quando os promotores do evento não assediam possíveis candidatos a gladiadores, mas se limitam a divulgar a “oportunidade” de forma discreta e não apelativa, deixando a iniciativa de buscar meios para participar da competição a cargo dos possíveis interessados²⁰⁸⁶. Por derradeiro, há casos em que a natureza da relação entre A e B sequer será injusta, como quando a A apenas aceita uma oferta que parte inesperadamente de B²⁰⁸⁷.

O segundo elemento a ser analisado é *a natureza das características pessoais ou circunstâncias de vida de B das quais A se utiliza em proveito próprio*. A exploração de virtudes (em especial, a obediência à lei, honestidade, solidariedade e responsabilidade), de fraquezas humanas²⁰⁸⁸ ou de infortúnios tende a ser injusta²⁰⁸⁹. Diversamente, excluída a presença de coerção ou fraude, a exploração em proveito próprio de falha moral de outra pessoa não é tão desvalorada quanto a exploração da virtude alheia, sobretudo quando a característica explorada decorre do menosprezo de alguém pelos interesses ou direitos de outras pessoas (é o caso de vícios de caráter como crueldade, desonestidade e preconceito). Da mesma forma, a exploração da boa sorte alheia é menos injusta do que a exploração do infortúnio, o que não significa que aquele que se beneficia da infelicidade alheia sempre comete uma exploração injusta (por exemplo, o médico que cobra quantia não abusiva dos

²⁰⁸⁵ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 201-202: “These techniques do not overpower, nor necessarily deceive by misrepresentation. But they appeal to a weakness in their victim. They bring out his worse rather than his better self, but a real self nevertheless. And they engage that lesser self in persuasion, so that in a sense the victim acts—not against his will—but against his ‘better judgment’ and his initial disposition.”

²⁰⁸⁶ Com efeito, o princípio do dano suplementado pelo paternalismo suave é capaz de fundamentar a proibição do aliciamento ou do recrutamento ativo nessa hipótese, não sendo necessário lançar mão do argumento da exploração.

²⁰⁸⁷ Conferir sumário em: FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 204.

²⁰⁸⁸ Feinberg diferencia as fraquezas humanas por serem universais e inevitáveis, enquanto os vícios de caráter são parte da personalidade individual: FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 216.

²⁰⁸⁹ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 201-202.

familiares de paciente que necessita de cirurgia de urgência que salvará sua vida não pratica exploração injusta). Com efeito, nos casos de exploração de vícios de caráter ou de boa sorte alheia, a injustiça contra a parte explorada costuma ser menos grave e, em algumas situações, pode sequer haver injustiça contra ela.

O terceiro e último elemento é *a forma como os custos e benefícios são distribuídos entre A e B*²⁰⁹⁰. De fato, a exploração não é injusta quando B se beneficia da relação tanto quanto ou mais do que A²⁰⁹¹, mas é injusta quando a exploração de A causa prejuízo a B. Caso B não ganhe nem perca nada, a exploração será mais injusta quanto maior for o proveito obtido por A. Por fim, quando o ganho de A supera o de B, a exploração será mais injusta quanto maior a desproporção entre os dois ganhos. Registra-se que haverá exploração injusta ainda que: 1) A doe todo o seu ganho para a caridade; 2) no longo prazo, A venha a ter mais prejuízo do que benefícios em razão do ato de exploração; 3) B também ganhe algo com a relação, desde que seu ganho seja desproporcionalmente inferior ao de A, quando considerados os custos suportados por cada parte e 4) A tente, posteriormente, compensar essa desigualdade por meio de um aparente ato de generosidade²⁰⁹².

O elemento do *desequilíbrio na distribuição de custos e benefícios* costuma ser apontado como o critério-chave para diferenciar a exploração “inocente” da injusta, mas não é uma unanimidade na literatura sobre o tema. Entre os que atribuem relevância a critério, Peralta afirma que a existência de exploração injusta depende da presença de três elementos positivos. Em primeiro lugar, a parte explorada precisa estar exposta ao que se considera, do ponto de vista objetivo ou subjetivo, como sendo um mal futuro. Em segundo lugar, o explorado só pode se salvar desse mal com a ajuda do explorador ou, no máximo, de um grupo pequeno ou homogêneo de pessoas. Por fim, o explorador deve se aproveitar das circunstâncias coercitivas do explorado e da sua dependência empírica para obter vantagens desproporcionais²⁰⁹³. Daí que a usura seria o crime-símbolo do princípio da exploração. De outra parte, crítico ao posicionamento majoritário que fundamenta o caráter injusto da

²⁰⁹⁰ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 204.

²⁰⁹¹ Nota-se que a intervenção paternalista pode constituir uma violação à autonomia, mas, em geral, não configura exploração injusta, uma vez que, nessas hipóteses, B se beneficia mais do que A (por exemplo, quando A engana B para que ele tome um medicamento que fará bem a sua saúde, pois prefere não ter que se esforçar para explicar a B os benefícios de tomar o medicamento).

²⁰⁹² FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 193.

²⁰⁹³ PERALTA, José Milton. *Chantage als Ausbeutung*, p. 893.

exploração no desequilíbrio entre os ganhos de A e B, Wood sustenta que, em muitos casos, a parte explorada é quem mais tem a ganhar proporcionalmente com a exploração²⁰⁹⁴. Para o autor, é justamente por ter mais a ganhar que uma das partes possui menor poder de barganha e acaba por se deixar explorar de forma perfeitamente voluntária.

A nosso ver, o fato de o explorado se beneficiar mais *subjetivamente* da exploração do que o explorador não significa que inexistam *objetivamente* um desequilíbrio na distribuição dos custos e benefícios. É verdade que, em muitas transações consideradas exploratórias, a parte explorada se beneficia mais do que a parte exploradora quando se compara a situação de cada parte pós-transação e o cenário prévio à transação. Imagine-se o caso em que A solicita a B, uma pessoa cuja vida está exposta a risco grave e iminente, que ela transfira todo o seu dinheiro para a sua conta, a fim de que A desempenhe uma ação de salvamento. Embora B ganhe muito mais do que A, pois a sua vida foi salva, enquanto A só obteve uma vantagem econômica, nossas intuições morais apontam no sentido de que B foi injustamente explorado por A. Por esse motivo, *o desequilíbrio entre a distribuição de custos e benefícios não deve ser apurado com base em um parâmetro puramente contrafactual*, sendo necessário analisar se há um desequilíbrio do ponto de vista normativo, isto é, se a parte explorada foi menos beneficiada do que deveria. Assim, no caso do pedido de dinheiro em troca de realizar uma ação de salvamento, a existência ou não, no caso concreto, de um dever de salvamento é relevante para o juízo sobre a injustiça do ato de exploração²⁰⁹⁵.

Ocorre que a definição de um parâmetro normativo que permita inferir se a parte explorada foi menos beneficiada do que deveria também é uma questão controvertida. Para Wertheimer, ao menos em alguns casos, esse parâmetro é fornecido pelo valor de troca

²⁰⁹⁴ WOOD, Allen. *Exploitation*, p. 148.

²⁰⁹⁵ Conforme já discutido anteriormente, a proposta de A pode vir a ser enquadrada como uma ameaça e não uma oferta. Nesse caso, o conteúdo de injusto da conduta não será dado unicamente pelo caráter exploratório da proposta, mas principalmente por seu caráter coercitivo. Nota-se que os casos de “resgate fácil” (nos quais a ação de salvamento pode ser desempenhada sem risco pessoal e com um mínimo de esforço) não devem ser confundidos com aquelas situações em que uma pessoa precisa necessariamente do auxílio prestado por outrem de forma profissional (por exemplo, um médico ou advogado). Nesses casos, há que se ter em mente que a prestação desse auxílio impõe uma série de custos ao profissional (capacitação e atualização técnica, dedicação ao trabalho, tempo à disposição, assunção de riscos da atuação como profissional liberal etc.). Tais custos, por sua vez, justificam a exigência de uma compensação financeira proporcional à atividade desempenhada. Ver: CHRISTIANO, Thomas. *What is Wrongful Exploitation?* In: SOBEL, David; VALLENTYNE, Peter; WALL, Steven (ed.). *Oxford Studies in Political Philosophy*. Volume 1. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 265-266.

atribuído a um bem ou serviço por um *hipotético mercado perfeitamente competitivo*²⁰⁹⁶. Arneson questiona essa posição, argumentando que uma troca não se torna equânime simplesmente por observar os preços praticados por um mercado perfeitamente competitivo²⁰⁹⁷. No afã de evitar essas críticas, Wertheimer define esse mercado hipotético como sendo aquele em que nenhuma das partes obtém uma vantagem indevida em razão de vulnerabilidade especial ou de defeitos específicos na capacidade de decisão da outra parte²⁰⁹⁸. Contudo, com isso, o autor acaba por reduzir o terceiro elemento da exploração injusta à combinação entre o primeiro e o segundo, tornando despidendo falar em desequilíbrio na distribuição de custos e benefícios.

Já Sample defende que A explora injustamente B sempre que A obtém vantagem em razão de *interação que tem como causa uma injustiça*²⁰⁹⁹. Todavia, essa concepção é contestada, em primeiro lugar, por contraexemplos em que B vem a interagir com A em razão de uma injustiça praticada por C, mas, ainda assim, A não explora B (suponha-se que A é um médico que presta atendimento a B após ele ser esfaqueado por C, sendo razoavelmente remunerado pelo serviço). Além disso, Wertheimer argumenta que *o caráter injusto das condições de fundo* sob as quais as partes interagem não basta, por si só, para tornar essa interação uma exploração injusta²¹⁰⁰ (por exemplo, o fato de B, após ter sofrido um golpe, necessitar desesperadamente de dinheiro para sustentar a si e a sua família não torna automaticamente injusto o seu vínculo empregatício com a empresa de A, mormente se o salário e as condições de trabalho forem adequados).

Por sua vez, inspirado em Kant e Rawls, Wolff propõe que seja considerada injusta uma interação quando ambas as partes, posicionadas *por trás do véu da ignorância*, ou seja, sem saber em qual polo da relação estariam, concordariam que aquele arranjo específico é

²⁰⁹⁶ WERTHEIMER, Alan. *Exploitation*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1996, p. 217.

²⁰⁹⁷ ARNESON, Richard. *Exploitation and Outcome*, p. 403. O autor cita o exemplo do mercado de serviços de faxina em uma grande cidade americana que faz fronteira com o México, no qual há grande oferta de faxineiras mexicanas pobres, sem acesso à educação e trabalho em seu país de origem, e muitos americanos ricos interessados em contratar seus serviços. Arneson pontua que os termos da transação, nesse contexto, não serão necessariamente justos. Também se opondo à posição defendida por Wertheimer: SAMPLE, Ruth. *Exploitation*, p. 25.

²⁰⁹⁸ WERTHEIMER, Alan. *Exploitation*, 1996, p. 232.

²⁰⁹⁹ SAMPLE, Ruth. *Exploitation*, p. 61.

²¹⁰⁰ Ver: WERTHEIMER, Alan. *Exploitation*, 1996, ch. 7. No mesmo sentido: CHRISTIANO, Thomas. What is Wrongful Exploitation?, p. 264.

injusto²¹⁰¹. O autor utiliza a fábula da formiga e da cigarra para ilustrar sua posição: imagine-se que a formiga, que trabalhou durante todo o verão para ter abrigo no inverno, enquanto a cigarra cantava e se divertia, proponha compartilhá-lo com a cigarra, em troca da prestação de serviços nesse mesmo período. Sem saber se seria a formiga ou a cigarra nessa história, qualquer um concordaria que a formiga não pratica exploração injusta, ao menos enquanto o trabalho exigido da cigarra não for degradante nem extenuante. Esse parâmetro normativo, conquanto passível de críticas por seu aspecto estritamente procedimental, tem a vantagem de demonstrar que a existência de exploração injusta depende do contexto fático subjacente e não apenas dos termos da transação (daí que, no caso mencionado, a solução seria distinta se a formiga não tivesse trabalhado durante o verão, mas invadido e se apossado do abrigo construído por terceiro).

Há quem entenda que uma transação que envolve a *troca de um bem considerado incomensurável* sempre constitui uma forma de exploração injusta de uma das partes. Esse seria o caso do comércio de órgãos transplantáveis e do contrato de barriga de aluguel. Segundo essa visão, o corpo humano não pode ser coisificado e tratado como *commodity*, estando na lista de coisas que o dinheiro não deve comprar²¹⁰². Por isso, seria impossível reputar justa qualquer compensação quando a transação tem por objeto um bem que sequer é suscetível à precificação. O problema dessa posição é que, em primeiro lugar, seus defensores não apresentam um critério claro apto a definir o que torna um bem incomensurável. Afinal, por que deve ser permissível que uma pessoa venda seu tempo, força física, criatividade, conselhos etc., mas não que ela seja remunerada por gerar e dar à luz uma criança? Ainda que fosse capaz de sustentar convicentemente a existência de bens incomensuráveis, essa posição não esclarece o que torna injusta a troca voluntária desse tipo de bem²¹⁰³. Em última instância, a alegação de incomensurabilidade se vincula ao juízo de imoralidade em relação ao próprio objeto de barganha, juízo esse que dificilmente pode ser fundamentado em razões aceitáveis do ponto de vista liberal. Além disso, o juízo de desvalor da exploração está atrelado à

²¹⁰¹ WOLFF, Jonathan. Marx and Exploitation, p. 117.

²¹⁰² SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra*, p. 110.

²¹⁰³ WERTHEIMER, Alan. Exploitation, 2008, item 3.

obtenção de uma vantagem indevida e não à imoralidade dos termos da oferta, tendo em vista que uma oferta pode ser imoral sem ser exploratória²¹⁰⁴.

Os elementos apresentados por Feinberg funcionam como indicadores do conteúdo de injustiça da exploração, mas nenhum deles é absolutamente necessário à exploração injusta. Por certo, pode haver exploração sem que haja desequilíbrio na distribuição de custos e benefícios²¹⁰⁵ e pode haver vantagem excessiva sem que haja exploração²¹⁰⁶. Nesse quadro, Christiano afirma que há exploração injusta quando A se beneficia à custa de B, cujo benefício eventualmente obtido fica aquém do que poderia, *violando um dever independente e prévio ao dever de não explorar outra pessoa*²¹⁰⁷. Na visão do autor, todos têm o dever de contribuir com a sua cota-parte para remediar a situação de vulnerabilidade em que se encontram os indivíduos com quem interagem, dever esse que não pode ser evitado simplesmente pela opção por não interagir com esses indivíduos mais vulneráveis²¹⁰⁸.

No âmbito do direito contratual da *Common Law*, a ideia de exploração injusta tem como correspondente a denominada *doctrine of unconscionability*. O próprio Feinberg recorre a essa teoria para fundamentar a inexigibilidade jurídica da contraprestação exigida pela mulher no caso do “milionário lascivo”²¹⁰⁹. Tal teoria preconiza a invalidade de cláusulas contratuais que, sendo extremamente injustas ou absurdamente desfavoráveis à parte com o menor poder de barganha, nenhuma pessoa razoável ou informada as aceitaria de maneira genuinamente voluntária. Tipicamente, as Cortes anglo-americanas consideram inexigível a obrigação atribuída a um dos contratantes quando as falhas do próprio sistema econômico retiraram dele alternativas razoáveis à aceitação do acordo e o processo de negociação foi, em si mesmo, defeituoso²¹¹⁰. Logo, esse modelo se aproxima do instituto da lesão do direito contratual brasileiro, pelo qual é possível anular um negócio jurídico quando uma das partes,

²¹⁰⁴ HILL, John Lawrence. *Exploitation*, p. 681. A venda de bebês, por exemplo, é injusta por violar direitos da criança e não pelo conteúdo exploratório da transação, o qual pode sequer estar presente.

²¹⁰⁵ Costuma-se citar o exemplo do terapeuta que se aproveita da fragilidade psíquica de sua paciente para com ela manter relação sexual consensual.

²¹⁰⁶ É possível citar hipóteses em que a vantagem excessiva obtida por uma das partes decorre da negligência da outra parte e não de exploração (p. ex., uma pessoa adquire uma casa por valor muito acima do de mercado simplesmente por preguiça de negociar ou de procurar outras opções mais em conta).

²¹⁰⁷ CHRISTIANO, Thomas. *What is Wrongful Exploitation?*, p. 262-264; 273.

²¹⁰⁸ CHRISTIANO, Thomas. *What is Wrongful Exploitation?*, p. 268-272.

²¹⁰⁹ FEINBERG, Joel. *Harm to Self*, p. 249-253. Conferir tópico 6.2.3.2, *supra*.

²¹¹⁰ HILL, John Lawrence. *Exploitation*, p. 632.

“sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta”²¹¹¹.

Segundo Hill, a ideia de exploração não pode ser totalmente absorvida pela *doctrine of unconscionability*. Diante disso, ele propõe a adoção de uma teoria autônoma da exploração, a qual classifica como exploratória *a oferta que cria ou se aproveita de uma vulnerabilidade psicológica da outra parte, impactando a sua capacidade de decidir racionalmente*²¹¹². Nessa concepção, a inexigibilidade jurídica de cláusula contratual em razão da exploração não depende da existência de disparidade econômica entre as partes. Por se basear na vulnerabilidade da parte explorada, a tese de Hill, assim como a de Christiano, tem dificuldade em acomodar hipóteses diversas de exploração injusta, sobretudo as que não envolvem uma relação contratual entre as partes (por exemplo, os casos de *free riders*).

Para além da inexigibilidade jurídica de contratos resultantes de ofertas exploratórias, cabe questionar se o legislador liberal poderia proibir a exploração injusta por si mesma, inclusive quando a transação é consensual e mutualmente benéfica. Por um lado, é possível argumentar que a proibição da exploração produziria efeitos negativos para os próprios possíveis explorados, uma vez que uma oferta exploratória pode ser melhor do que oferta nenhuma²¹¹³. Por outro lado, pode-se alegar que proibir a exploração protegeria potenciais explorados que, em geral, teriam melhores chances de obter acordos mais favoráveis²¹¹⁴. Independentemente do posicionamento adotado em relação a essa questão pragmática, a proibição de, pelo menos, algumas formas de exploração injusta não se apresenta *prima facie* inconciliável com uma legislação liberal. Aliás, os liberais tendem a concordar com os moralistas que obter vantagem à custa de outra pessoa é normalmente errado, ou seja, algo que os indivíduos não devem fazer.

²¹¹¹ Seção V Da Lesão. Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. § 1º o Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. § 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

²¹¹² HILL, John Lawrence. *Exploitation*, Part IV, p. 683-684.

²¹¹³ Discutindo a situação aparentemente desconfortável em que a exploração coloca o consequencialismo: ARNESON, Richard. *Exploitation and Outcome*, p. 392-394. Pontuando que, na opinião de pensadores à esquerda do espectro político, os casos de exploração revelam os limites do próprio liberalismo: LINKLATER, Andrew. *The Problem of Harm in World Politics: Theoretical Investigations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 55.

²¹¹⁴ Ver: WERTHEIMER, Alan. *Exploitation*, 1996, ch. 9.

Certamente, exploração injusta é um conceito moral ambíguo e controverso, já que as condições específicas que caracterizam determinada hipótese podem não estar presentes em outras. Apesar disso, entendemos que há espaço, na teoria da criminalização aqui defendida, para uma versão do princípio da exploração. Como já ressaltado, o princípio do dano não tem problemas em cobrir boa parte do campo das explorações injustas, mas há dois grupos de casos que fogem do seu escopo: 1) quando A explora B e afeta adversamente os seus interesses, mas faz isso com o consentimento suficientemente voluntário de B e 2) quando A explora B sem afetar adversamente os seus interesses, tendo B consentido ou não na conduta exploratória²¹¹⁵.

No que diz respeito ao primeiro grupo, o princípio da exploração se apresenta como um recurso alternativo ao paternalismo rígido para proibir condutas que, ainda que não causem dano injusto, entende-se que, por razões de ordem deontológica, tratam a parte explorada injustamente. Nesses casos, a conduta pode não ser injusta *on balance* quando se considera os efeitos produzidos sobre os interesses de B, mas é injusta pela perspectiva do ganho indevidamente percebido por A. Ocorre que admitir o princípio da exploração para justificar a criminalização desse tipo de conduta parece, na verdade, permitir que o paternalismo rígido ingresse na teoria da criminalização pela porta dos fundos, via moralismo penal²¹¹⁶. Ora, o direito à autonomia não deveria funcionar como trunfo tanto contra o paternalismo rígido quanto contra o moralismo?

Com efeito, a criminalização da conduta, nesses casos, parece ser incompatível com a autonomia pessoal, não importando se as razões em apoio da proibição sejam dadas pelo paternalismo rígido ou pelo princípio da exploração. Afinal, a soberania pessoal deveria constituir um limite absoluto à intervenção penal quando a conduta não afeta interesses de outras pessoas que não aquelas que mantêm consensualmente uma relação exploratória. Entretanto, o moralista penal poderia argumentar que o respeito à autonomia impede o uso da coerção legal contra A para proteger o bem-estar de B contra a vontade desse último, mas não

²¹¹⁵ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 211.

²¹¹⁶ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 212.

impede, em princípio, que a lei penal se volte contra A em razão da obtenção de uma vantagem injusta, independentemente dos efeitos da conduta sobre os interesses de B²¹¹⁷.

A nosso ver, a criminalização de condutas com fundamento no princípio da exploração não viola o direito à autonomia, uma vez que o legislador não estaria obstruindo o livre exercício da soberania dentro dos limites do domínio pessoal, mas apenas proibindo que alguém se aproveite de determinadas escolhas autônomas de outrem para obter vantagem indevida. Ademais, tendo o defensor do princípio da exploração razões independentes em prol da proibição, a norma de comportamento por ele apoiada também terá configuração diversa da pretendida pelo paternalista rígido. Assim, por exemplo, o liberal antipaternalista que endossa referido princípio não apoiaria a criminalização absoluta do comércio de órgãos e do favorecimento à prostituição, mas apenas da conduta daquele que se aproveita de alguma vulnerabilidade alheia para obter vantagem abusiva (ver tópicos 6.2.4.1.5 e 6.2.4.1.6, *supra*)²¹¹⁸. Logo, é possível que o liberal que se opõe ao paternalismo rígido acolha, ao lado do *harm-offense principle*, o princípio da exploração para proibir condutas dos grupos 01 e 02, desde que observados determinados pressupostos (ver tópico 6.3.4, *infra*).

6.3.3.3 *Insider traders*, comerciantes de órgãos *post-mortem*, videntes, bicheiros, curandeiros e cambistas: falsos contraexemplos de exploração não danosa?

Para Feinberg, não se faz necessário recorrer a um princípio da exploração independente para fundamentar a proibição de condutas exploratórias cuja reprovação, ao que tudo indica, está sustentada em boas razões morais²¹¹⁹. Daí que, por exemplo, os comportamentos típicos de *free riders* que merecem a atenção do direito penal já seriam alcançados pelo princípio do dano, haja vista o potencial de causar danos por acumulação para interesses coletivos (ver capítulo 5, tópico 5.3.2, *supra*). Considere-se a conduta daquele que utiliza o serviço de transporte público sem pagar o valor devido pela passagem, aproveitando-

²¹¹⁷ De forma semelhante: BOIS-PEDAIN, Antje du. Die Beteiligung na fremder Selbstschädigung als eigenständiger Typus moralisch relevanten Verhaltens, p. 54.

²¹¹⁸ A mesma lógica se aplica aos casos de “barriga de aluguel”, isto é, de gestação de substituição onerosa. A nosso ver, a proibição absoluta da prática carece de respaldo em boas razões, mas é razoável reprimir a conduta, por exemplo, do médico que cobra uma alta quantia dos “pais idealizadores” para encontrar uma “gestante substituta” e realizar o procedimento, remunerando a gestante apenas com um valor ínfimo quando comparado ao lucro líquido por ele obtido.

²¹¹⁹ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 211.

se do fato de que os demais usuários pagam suas passagens e, com isso, mantêm o serviço de transporte em funcionamento. Ainda que tal conduta não produza, por si só, prejuízo efetivo para outrem, certo é que, se for replicada por um número significativo de passageiros, a própria prestação do serviço de transporte público poderia ser comprometida pela falta de recursos para custeá-la, o que prejudicaria toda a sociedade. A despeito disso, parece evidente que a exploração desleal da cooperação alheia integra o conteúdo de injusto da conduta.

Na visão de Feinberg, os demais casos de exploração injusta que não causam danos nem violam direitos constituem, em regra, “males flutuantes” e, por conseguinte, não são suficientemente graves para justificar o uso da coerção penal, bastando exigir do explorador uma reparação econômica. Todavia, é possível extrair das legislações penais vários exemplos de crimes que aparentam ter por fundamento o princípio da exploração e não o princípio do dano, ou seja, parecem proibir a obtenção de vantagens indevidas independentemente de qualquer perda injusta para a vítima. Como a legitimidade de alguns desses crimes sequer é questionada pelos autores liberais, cumpre examinar se a proibição da conduta é compatível com o *harm principle* ou se, não sendo, a melhor solução seria reconhecer a ilegitimidade da criminalização ou endossar também o princípio da exploração.

O primeiro contraexemplo de exploração não danosa debatido pelo filósofo é o crime de *insider trading*²¹²⁰. Com efeito, ao utilizar uma informação confidencial não divulgada ao público para negociar valores mobiliários e, dessa forma, obter vantagem econômica, o *insider* explora em proveito próprio a ignorância dos *outsiders* que com ele transacionam, bem como a honestidade dos demais *insiders* que se eximem de operar no mercado de capitais, mesmo tendo acesso à informação privilegiada. No entanto, não está claro em que

²¹²⁰ No Brasil, o uso indevido de informação privilegiada foi criminalizado pela Lei nº 10.303/2001 que adicionou o art. 27-D à Lei nº 6.385/76: “Art. 27-D. Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.” A Lei nº 13.506/2017 alterou o tipo penal para suprimir a elementar típica “da qual deva manter sigilo”, tornando o crime comum e não mais próprio, podendo ser praticado por qualquer pessoa: “Art. 27-D. Utilizar informação relevante de que tenha conhecimento, ainda não divulgada ao mercado, que seja capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiros, de valores mobiliários: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.”

medida a conduta do *insider* causa dano ou expõe a perigo de dano interesses de outras pessoas²¹²¹.

De fato, o investidor que transaciona com o *insider* age por motivação própria e não induzido por ele, sendo altamente provável que, se não transacionasse com o *insider*, acabaria por negociar o título mobiliário, pelo mesmo valor, com qualquer outra pessoa. Pelo mesmo motivo, o investidor que transacionaria com aquele que transacionou com o *insider* também não necessariamente estará em condição pior do que estaria normalmente se o *insider* não houvesse intervindo²¹²². Por outro lado, em geral, o agente não está obrigado a revelar a informação ao público, podendo até ter, em alguns casos, o dever de preservar sua confidencialidade, razão pela qual a sua conduta não pode ser considerada fraudulenta²¹²³. Da mesma forma, a conduta do *insider* normalmente não causa dano ao patrimônio da companhia emissora do título mobiliário nem tende a prejudicar a sua reputação, ao menos na esmagadora maioria dos casos em que o uso da informação privilegiada sequer chega ao conhecimento do grande público. Ademais, em sua formatação atual na legislação brasileira, o crime de *insider trading* pode ser praticado por indivíduos que não estão vinculados, direta ou indiretamente, à companhia por meio de deveres de lealdade e confiança²¹²⁴.

²¹²¹ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 221: “(...) while it is unfair that other traders, lacking such information, do not similarly gain, and more unfair still that other insiders voluntarily forgo similar gains rather than violate trust, it is not clear in any given single case who is harmed, as opposed to deprived of a gain (...)”. A respeito da controvérsia em relação ao bem jurídico protegido por meio da criminalização do *insider trading*: VERSIANI, Fernanda Valle; BADARÓ BAPTISTA, Tatiana Maria. Novos contornos do *insider trading* no Brasil e a tecnologia como instrumento de combate. In: PARENTONI, Leonardo; GONTIJO, Bruno Miranda; LIMA, Henrique Cunha Souza. *Direito, Tecnologia e Inovação*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 568-571; LUCCHESI, Guilherme Brenner. O objeto de tutela penal no delito de *insider trading*: Uma análise crítica a partir da dogmática penal contemporânea. In: PRADO, Luiz Régis; DOTTE, René Ariel (Org.). *Doutrinas Essenciais – Direito Penal Econômico e da Empresa*. Vol. 02. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 907-931.

²¹²² No sentido de que esse investidor seria “vítima” de fraude perpetrada pelo *insider*: KATZ, Leo. *Blackmail and Other Criminal Bargains*. In: KATZ, Leo. *Ill-Gotten Gains*. Evasion, Blackmail, Fraud, and Kindred Puzzles of the Law. Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p. 178-180.

²¹²³ GREEN, Stuart P. *Lying, Cheating, and Stealing*. A Moral Theory of White-Collar Crime. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 239-240.

²¹²⁴ Segundo Green e Kugler, os precedentes das Cortes estadunidenses se dividem em duas correntes sobre o fundamento de proibição do *insider trading*: uma, mais antiga, que enfoca a injustiça da conduta em relação aos demais investidores e outra, mais atual, que enfatiza a violação de um dever em face da fonte da informação confidencial. Na leitura dos autores, a primeira corrente se baseia em danos indiretos para pessoas indeterminadas e a segunda em danos diretos para a companhia. Veremos que Feinberg se alinha à primeira corrente. Cf.: GREEN, Stuart; KUGLER, Matthew B. When Is it Wrong to Trade Stocks on the Basis of Non-Public Information?: Public Views of the Morality of Insider Trading. *Fordham Urban Law Journal*, v. 39, n. 2, 2011, p. 457. A respeito da discussão sobre os fundamentos da criminalização do *insider trading* no direito penal suíço: STRATENWERTH, Günter. Zur Legitimation von „Verhaltensdelikten”, p. 163.

Sem embargo, há quem argumente que o *insider* coloca em risco o regular funcionamento do mercado de capitais, mais especificamente a sua estabilidade, eficiência e transparência. Além disso, a conduta frustraria a expectativa de igualdade de condições entre os investidores e, com isso, abalaria a confiança por eles depositada nesse mercado. A preservação desses atributos seria necessária a atrair novos investidores para o mercado e evitar que os antigos dele se retirem, permitindo, assim, que o mercado de capitais continue a exercer a função de garantir recursos financeiros aos que empreendem e de possibilitar o aumento mais rápido do patrimônio aos que poupam²¹²⁵. Nessa linha, Feinberg entende que o *harm principle* é suficiente para justificar a criminalização do *insider trading*, não sendo necessário recorrer ao princípio da exploração, uma vez que tolerar que investidores privilegiados *joguem com cartas marcadas* poderia *afastar do jogo* os investidores honestos²¹²⁶.

Portanto, para Feinberg, o fundamento de legitimidade da proibição do *insider trading* é dado pelos danos remotos, mais especificamente por danos por acumulação. A nosso ver, essa abordagem não se mostra adequada, em primeiro lugar, por conceber o mercado de capitais como uma disputa entre investidores, cuja lisura dependeria da paridade de armas entre os competidores. Na verdade, a interação entre investidores, que transitam, na bolsa de valores, pelos papéis de vendedores e compradores, parece se basear mais na *cooperação* do que na *competição*. Em segundo lugar, há significativa controvérsia quanto aos efeitos deletérios do *insider trading* para a eficiência do mercado de capitais, havendo quem sustente que os *insiders*, ao realizarem transações vultosas, contribuem para que os preços dos ativos negociados reflitam um preço mais justo²¹²⁷.

De outra parte, os danos remotos identificados não atendem aos critérios de imputação justa já indicados neste trabalho. Por exemplo, o próprio Feinberg demanda que existam evidências no sentido de que, se permitida, a conduta danosa por acumulação possivelmente será praticada em quantidade suficiente a produzir o dano remoto (vide

²¹²⁵ VERSIANI, Fernanda Valle; BADARÓ BAPTISTA, Tatiana Maria. Novos contornos do *insider trading* no Brasil e a tecnologia como instrumento de combate, p. 568-570.

²¹²⁶ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 222. Nas palavras de Green e Kugler, “people are reluctant to ‘buy in’ to a system that they do not perceive as fair or governed by neutral procedures” (GREEN, Stuart; KUGLER, Matthew B. When Is it Wrong to Trade Stocks on the Basis of Non-Public Information?, p. 454).

²¹²⁷ GREEN, Stuart P. *Lying, Cheating, and Stealing*, p. 236. O autor destaca que os críticos à criminalização do *insider trading* argumentam justamente que o *insider* “telegrafa” informações confiáveis ao mercado (*Ibidem*, p. 239).

capítulo 5, tópico 5.3.2, *supra*). Todavia, as informações relevantes para o mercado não divulgadas ao público são denominadas de privilegiadas justamente por só estarem acessíveis a pouquíssimos investidores em potencial, motivo pelo qual é altamente improvável que o uso indevido de informação privilegiada venha a ser praticado de forma reiterada, chegando ao ponto de perturbar o regular funcionamento do mercado de capitais²¹²⁸.

Para Green, o *insider trading* é injusto por violar uma norma moral que proíbe a trapaça²¹²⁹. Nessa visão, o dever de não utilizar a informação para operar no mercado de capitais não se aplica àquele que obtém a informação fortuitamente, pois não haveria trapaça quando o indivíduo não cria a desvantagem de seu rival, mas apenas a explora²¹³⁰. Contudo, certo é que o uso da informação não deixa de ser injusto nem a vantagem obtida deixa de ser indevida simplesmente em função da forma como o agente obtém a informação privilegiada. Afinal, sabendo da natureza confidencial da informação, o investidor que a ela tem acesso, seja de maneira deliberada ou fortuita, tem, em princípio, o *dever em face dos demais participantes do mercado de capitais de não utilizá-la*, enquanto não divulgada, para operar com valores mobiliários. Apesar disso, a depender do caso concreto, circunstâncias especiais podem afastar o caráter ilícito ou culpável da conduta do *trader* (por exemplo, o agente poderia perder todas as suas economias se não vendesse suas ações naquele momento). Além disso, é possível que, por questões pragmáticas, o legislador opte por não criminalizar a conduta do *insider ocasional*, embora a proibição não seja *prima facie* ilegítima.

Em nossa opinião, Green está correto em dizer que o *insider* comete uma trapaça, mas se equivoca ao entender que apenas o *insider corporativo* trapacearia. O termo trapaça se mostra adequado ao caso do *insider trading*, uma vez que o trapaceiro nem sempre engana outras pessoas, mas quebra, de forma intencional e injustificada, uma *regra justa que rege*

²¹²⁸ Como destacado por Green e Kluger, diferentemente do *insider corporativo*, isto é, o *insider* que tem, em razão do vínculo especial com a companhia, acesso constante a informação privilegiada, os casos de *outsiders* que se tornam *insiders ocasionais* ao ter contato pontual com a informação são raros, sendo improvável que ocorram repetidamente (por exemplo, o caso de terceiro que escuta acidentalmente a conversa entre dois executivos ou do jornalista que obtém informação de uma fonte dentro da companhia). Para os autores, apenas a conduta dos primeiros tem potencial de minar a confiança dos investidores no funcionamento regular do mercado de capitais. Ver: GREEN, Stuart; KUGLER, Matthew B. When Is it Wrong to Trade Stocks on the Basis of Non-Public Information?, p. 464.

²¹²⁹ GREEN, Stuart P. *Lying, Cheating, and Stealing*, p. 241.

²¹³⁰ GREEN, Stuart P. *Lying, Cheating, and Stealing*, p. 242.

atividade cooperativa lícita, com vistas a obter uma vantagem²¹³¹. Por certo, todo aquele que se utiliza de informação relevante não divulgada ao público para negociar no mercado de capitais viola uma regra que visa a evitar desigualdades injustas entre os investidores. Nota-se que não se trata apenas de um dever previsto pela legislação extrapenal²¹³², mas de um dever em face de pessoas indeterminadas fundamentado por boas razões morais. Logo, a criminalização do *insider trading* se fundamenta primariamente na injustiça inerente à conduta do *insider* que, ao fazer uso de informação privilegiada para operar no mercado de capitais, explora a assimetria informacional entre os investidores.

Diferentemente do *investidor qualificado* que, em razão de sua especial capacidade de analisar dados, fazer projeções e traçar estratégias, realiza operações respaldado em *informações diferenciadas*, o *investidor privilegiado* se beneficia do acesso a *informação não divulgada ao público* para, violando as normas que regulamentam o mercado de capitais, negociar valores imobiliários. Para além desse argumento deontológico, a boa razão de ordem consequencialista que justifica a proibição decorre da possibilidade de que o *insider*, por meio da operação injusta, venha a obter uma vantagem considerada indevida e não do alegado dano ou perigo de dano que o *trade* causa ou pode vir a causar a alguém ou à coletividade. Logo, entendemos que o fundamento real de validade da criminalização do *insider trading* é explicitado por alguma variação do princípio da exploração e não pelo princípio do dano. Daí que, de forma semelhante a outros crimes como corrupção pública e enriquecimento sem causa, o crime de *insider trading* estará configurado ainda que a conduta em concreto não seja sequer remotamente lesiva aos interesses de outras pessoas.

O segundo contraexemplo, analisado por Feinberg, é o do *comércio de órgãos e partes do corpo post-mortem* por familiar do falecido²¹³³. Imagine-se que B falece e seu cônjuge A decide comercializar os seus órgãos transplantáveis, embora B, que não deixou disposições de última vontade, nunca tenha lhe autorizado a tomar tal decisão a respeito de seu corpo *post-mortem* nem dado indícios de que autorizaria. Nesse quadro, há quem diga que A estaria explorando em proveito próprio tanto o falecido B quanto as pessoas que adquirem

²¹³¹ BARBERÁ, Gabriel Pérez. *El Ilícito Material del Delito Tributario*, p. 95. Essa definição fornecida por Barberá é retirada do próprio Green.

²¹³² Art. 155, §4º da Lei nº 6.404/1976: “É vedada a utilização de informação relevante ainda não divulgada, por qualquer pessoa que a ela tenha tido acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, no mercado de valores mobiliários.”

²¹³³ Ver artigos 15 a 17 da Lei nº 9.434/1997.

um órgão transplantável necessário para fins de tratamento médico. De acordo com Feinberg, a proibição de condutas como a de A é compatível com o princípio do dano, tendo em vista que o propósito de médicos e familiares de obter lucro com o comércio de órgãos *post-mortem* poderia aumentar a incidência de mortes evitáveis entre pessoas enfermas ou hospitalizadas²¹³⁴.

O problema dessa perspectiva é que, novamente, Feinberg tenta garantir o monopólio do *harm principle* apelando para danos indiretos – desta vez, danos por agregação – que não atendem aos critérios para a criminalização de condutas com base em danos remotos, inclusive às exigências de imputação justa. Entendemos que, não tendo havido oposição prévia do falecido e na ausência de indícios razoáveis de que ele se opunha à prática, o comércio de órgãos *post-mortem* não constitui um injusto moral²¹³⁵. Por outro lado, caso a comercialização contrarie a vontade expressa ou presumida do falecido, haverá a *violação a um direito referido à autonomia pessoal que sobrevive à morte de seu titular*²¹³⁶. Como esse direito do falecido é violado sem que seus interesses sejam retrocedidos (conferir capítulo 2, tópico 2.3.1, *supra*, para nossa posição sobre a inexistência de danos contra os mortos), estaremos diante de um caso de injusto não danoso e, por conseguinte, o *harm principle* não será aplicável. Apesar disso, como se verá adiante, a teoria da criminalização aqui defendida

²¹³⁴ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 222.

²¹³⁵ É possível argumentar que, na ausência de consentimento expresso, deve-se presumir o dissenso, pois a comercialização do cadáver ou de partes dele é incompatível, em princípio, com o direito à dignidade humana, já que um símbolo merecedor de reverência como o cadáver estaria sendo coisificado e tratado como mercadoria. Embora concordemos que algumas utilizações (comerciais ou não) do cadáver sem o consentimento expresso em vida ou presumido da pessoa que morreu realmente viole a sua autonomia e dignidade, não acreditamos que seja o caso da comercialização de órgãos para fins de transplante. Uma legislação liberal ideal deveria prever expressamente essa possibilidade, a fim de alertar às pessoas em vida que, na ausência de manifestação de dissenso, seus herdeiros podem vir a comercializar seus órgãos para transplante.

²¹³⁶ No âmbito da doação de órgãos, o art. 4º da Lei nº 9.434/1997, com redação dada pela Lei 10.211/2001, desrespeita essa dimensão da autonomia pessoal ao atribuir preponderância à decisão da família sobre a manifestação de vontade do doador em vida: “Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.” Essa previsão contraria o próprio conteúdo do art. 14 do Código Civil que dispõe: “Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.” Diante disso, o Conselho da Justiça Federal, na IV Jornada de Direito Civil, editou o Enunciado 277: “O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei n. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador”. Sobre o tema: PIMENTEL, Willian; SARSUR, Marcelo; DADALTO, Luciana. Autonomia na doação de órgãos post mortem no Brasil. *Revista Bioética*, v. 26, n. 4, 2018, p. 530-536.

contempla um princípio apto a fundamentar a proibição de condutas que violem esses *direitos sobreviventes*, o princípio da violação à autonomia²¹³⁷ (ver tópico 6.3.4, *infra*).

De outra parte, inexistem boas razões para fundamentar a proibição do comércio de órgãos *post-mortem* quando a conduta não contraria os desejos prévios do indivíduo a respeito da disposição de seu corpo após a morte. Por certo, nenhum direito da pessoa que recebe o órgão transplantável é violado, desde que ela tenha manifestado livremente seu consentimento informado. Não tendo os familiares do falecido o dever de doar o órgão, os interesses de terceiros que aguardam a doação de um órgão também não são retrocedidos, sendo certo que eles podem vir, inclusive, a ser beneficiados pela retirada de outra pessoa da fila de espera. Logo, cabem aqui vários dos argumentos já apresentados no tópico 6.2.4.1.5, *supra*, por ocasião da discussão sobre a legitimidade da proibição do comércio de órgãos em vida.

Quanto à pessoa que adquire o órgão, discute-se se ela estaria sendo explorada pelos familiares do falecido ou se, ao invés, ela é quem estaria os explorando. Nos dois cenários, a verificação da ocorrência de exploração injusta, como visto, passa pela análise concreta dos três elementos indicados por Feinberg: natureza do uso, características e traços explorados e distribuição dos custos e benefícios. Com base nesses elementos, o argumento da exploração também não é capaz de justificar uma proibição absoluta do comércio de órgãos e partes do corpo *post-mortem*, sobretudo considerando que o ônus para a parte que fornece o órgão, nessa hipótese, é significativamente inferior ao de quem vende órgãos em vida. Além de assegurar a segurança do procedimento de transplante, a lei – não necessariamente a lei penal – só poderia interferir para garantir o equilíbrio entre prestação e contraprestação.

O terceiro grupo de contraexemplos de exploração não danosa inclui as atividades de *videntes* (p. ex., cartomantes) e a *exploração de jogos de azar*²¹³⁸ (caça-níqueis, “jogo do

²¹³⁷ É possível discutir, por esse prisma, o desvalor da conduta do herdeiro de um artista famoso que lucra explorando comercialmente a sua obra póstuma, contrariando o desejo do artista, em vida, de que tais obras nunca fossem divulgadas ao público ou, até mesmo, de que fossem disponibilizadas gratuitamente.

²¹³⁸ A exploração de jogos de azar está prevista como contravenção penal pelo art. 50 do Decreto-Lei nº 3.688/1941: “Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele: Pena – prisão simples, de três meses a um ano, e multa, de dois a quinze contos de réis, estendendo-se os efeitos da condenação à perda dos moveis e objetos de decoração do local. § 1º A pena é aumentada de um terço, se existe entre os empregados ou participa do jogo pessoa menor de dezoito anos. § 2º Incorre na pena de multa, de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), quem é encontrado a participar do jogo, ainda que pela internet ou por qualquer outro meio de comunicação, como ponteiro ou apostador. § 3º Consideram-se, jogos de azar: a) o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte; b) as apostas sobre corrida de cavalos fora de hipódromo ou de local onde

bicho” etc.). Certo é que o princípio do dano não pode ser esticado para justificar a proibição dessas condutas sem ceder ao paternalismo penal, tendo em vista que, exceto nos casos de consentimento deficiente, a suposta vítima, de forma suficientemente voluntária, aceita pagar a tarifa cobrada pelo vidente ou assume o risco de sofrer perdas financeiras ao tomar parte em jogo de apostas. Diante disso, é possível tentar recorrer ao princípio da exploração para fundamentar a proibição, argumentando que videntes exploram a credulidade das pessoas e banqueiros de jogos de azar exploram a ganância ou a compulsão alheia, ambos com o propósito de obter lucro. Assim, a proibição estaria mais preocupada com o ganho indevido do que com a perda injusta²¹³⁹. Esse mesmo fundamento poderia ser invocado para justificar o crime de curandeirismo previsto pela lei brasileira, embora o tipo penal do art. 284 do Código Penal tenha sido incluído no capítulo dos crimes contra a saúde pública e não contenha como elemento essencial a obtenção de qualquer vantagem²¹⁴⁰.

Verifica-se que o emprego de qualquer meio fraudulento para obter vantagem à custa da vítima é suficiente para legitimar, nos termos do *harm principle*, a proibição da conduta²¹⁴¹, a qual pode configurar o crime de estelionato²¹⁴², não se fazendo necessária, em princípio, a criação de tipo penal autônomo. No que toca ao curandeiro, o referido princípio também fundamentará a proibição caso a conduta exponha a perigo não consentido de dano o

sejam autorizadas; c) as apostas sobre qualquer outra competição esportiva.” A punição da exploração do denominado “jogo do bicho” está prevista pelo art. 58 da mesma lei: “Art. 58. Explorar ou realizar a loteria denominada jogo do bicho, ou praticar qualquer ato relativo à sua realização ou exploração: Pena – prisão simples, de quatro meses a um ano, e multa, de dois a vinte contos de réis. Parágrafo único. Incorre na pena de multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis, aquele que participa da loteria, visando a obtenção de prêmio, para si ou para terceiro.” Nota-se que a punição do próprio apostador sequer pode ser justificada com base no princípio da exploração, mas apenas por outras vertentes do moralismo penal (como o perfeccionismo moral) e, principalmente, pelo paternalismo rígido.

²¹³⁹ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 226.

²¹⁴⁰ Art. 284. Exercer o curandeirismo: I - prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância; II - usando gestos, palavras ou qualquer outro meio; III - fazendo diagnósticos: Pena - detenção, de seis meses a dois anos. Parágrafo único - Se o crime é praticado mediante remuneração, o agente fica também sujeito à multa.

²¹⁴¹ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 227. Como esclarecido por Feinberg, “no verbal falsehood is ‘inherently’ a lie irrespective of the speaker’s actual beliefs and intentions” (*Ibidem*, p. 228). Portanto, o caráter fraudulento da oferta depende do próprio sistema de crenças do vidente ou curandeiro. Daí que o exemplo do “curandeiro desonesto” se aproxima do sentido normalmente atribuído ao conceito de “charlatão”. Todavia, o art. 283 do Código Penal, que prevê o crime de charlatanismo, não explicita a exigência do elemento fraudulento: “Inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa”.

²¹⁴² Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

consulente ou outras pessoas (por exemplo, quando o curandeiro aconselha uma mãe crédula a substituir o tratamento com quimioterapia do filho menor pela realização de rituais mágicos). Com efeito, nesses casos, eventuais resultados podem vir a ser imputados ao curandeiro, a título de dolo ou culpa, sendo também possível responsabilizá-lo, em razão dos riscos de dano a terceiros e de autolesões não autônomas, com amparo em tipo penal autônomo de perigo concreto/explicito.

Por outro lado, o princípio da exploração pode servir de base para a criminalização da conduta do vidente ou curandeiro que explora a credulidade ou ingenuidade das pessoas para delas extrair vantagem relevante, utilizando métodos de manipulação ou se aproveitando de circunstâncias fáticas que, conquanto não invalidem o consentimento da parte explorada, reduzem a voluntariedade de suas escolhas. No entanto, o mais comum é que a vantagem obtida por videntes e curandeiros seja trivial, motivo pelo qual, quando se considera a distribuição de custos e benefícios entre os polos da transação, a exploração tende a ser menos injusta. Além disso, de modo geral, aquele que solicita os serviços de videntes se orienta mais pela curiosidade e divertimento proporcionados pela experiência do que pela fé cega na capacidade sobrenatural de prever o futuro²¹⁴³. Por fim, a proibição da atividade de cartomantes e curandeiros com fundamento exclusivo no princípio da exploração pode encontrar óbice no direito fundamental à liberdade de crença (art. 5º, VI, CRFB)²¹⁴⁴.

Em relação à exploração de jogos de azar, observa-se que, tendo em vista os elementos da exploração injusta apontados por Feinberg, a conduta daquele que se aproveita de uma falha moral alheia, como a ambição por auferir lucro de forma rápida e sem esforço, não é considerada significativamente injusta. De outra parte, nos casos em que o agente explora o vício patológico de alguém por jogos de azar, é possível justificar a proibição da conduta com fundamento no *harm principle* suplementado pelo paternalismo suave. Apesar disso, nos cenários intermediários em que o banqueiro de jogo de azar usa em benefício próprio de compulsão não patológica do apostador, de modo que a escolha por realizar a aposta ainda é suficientemente voluntária, uma versão liberal do princípio da exploração será

²¹⁴³ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 230: “An adequate statute should recognize somehow the distinction between amusing or entertaining curious customers on the one hand, and seriously predicting the future and inducing reliance on that prediction in a client with serious hopes and expectations, on the other hand.”

²¹⁴⁴ Art. 5º (...) VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

capaz de fundamentar a proibição da conduta, desde que haja considerável prejuízo a interesses de bem-estar do apostador. Assim, o legislador liberal está autorizado a recorrer ao princípio da exploração para criminalizar a obtenção de lucros excessivos à custa da ruína alheia, quando a decisão do apostador, ainda que autônoma, não for perfeitamente voluntária. Na ausência de tais requisitos, a proibição da exploração privada de jogos de azar, a nosso ver, conflitaria com o princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV, e art. 170 da CRFB)²¹⁴⁵.

Outro contraexemplo discutido por Feinberg diz respeito às atividades dos denominados *cambistas*. O art. 41-F da Lei nº 10.671/2003 (Estatuto de Defesa do Torcedor), inserido pela Lei nº 12.299/2010, prevê como crime justamente a conduta de "Vender ingressos de evento esportivo, por preço superior ao estampado no bilhete"²¹⁴⁶. Porém, não está claro quem seria prejudicado quando alguém obtém lucro revendendo os ingressos comprados para um jogo de futebol²¹⁴⁷. Os times de futebol e o eventual beneficiado pela bilheteria não sofrem nenhuma perda econômica, uma vez que os cambistas adquiriram os ingressos pelo preço fixado e não, por exemplo, falsificaram ou furtaram os ingressos. Diante disso, os defensores do princípio da exploração vão dizer que os responsáveis pela promoção do evento esportivo (times, organizadores etc.) são explorados pelos cambistas, já que os segundos teriam obtido lucro parasitando o esforço do primeiro. Ocorre que, ao menos nos casos em que o cambista suporta o ônus de se deslocar até a bilheteria, despende seu tempo aguardando na fila, investe o próprio dinheiro e assume o risco de não encontrar um comprador para, ao final, ser remunerado por uma pequena porcentagem sobre o valor do ingresso, a conduta não parece pontuar alto na escala de injustiça.

A tese de que o cambista, com a sua conduta, prejudica a pessoa para a qual ele revende o ingresso também não se mostra convincente. Afinal, ele oferece ao comprador a oportunidade de adquirir o ingresso sem enfrentar inconvenientes como aguardar horas na fila. Fato é que o comprador dificilmente efetuará a transação com o cambista se não a considerasse vantajosa para si. Ademais, a decisão por adquirir o ingresso do cambista é

²¹⁴⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV - livre concorrência.

²¹⁴⁶ Art. 41-F. Vender ingressos de evento esportivo, por preço superior ao estampado no bilhete: Pena - reclusão de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa.

²¹⁴⁷ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 232.

suficientemente voluntária. Contudo, há quem afirme que, uma vez esgotados os ingressos para um jogo de futebol, o torcedor seria *coagido* a adquiri-lo do cambista por um preço mais alto. Para essa visão, não existiria diferença moral entre a conduta do cambista e, por exemplo, a de P, proprietário da única fonte de água potável em um raio de dois mil km no meio deserto, que demanda dinheiro de Q para lhe servir um copo de água para beber (exemplo citado no tópico 6.2.3.2, *supra*).

Conforme argumentado por Feinberg, a analogia entre os dois casos não é correta, tendo em vista que, diferente da água potável, o ingresso para o jogo de futebol não é um bem de consumo de primeira necessidade²¹⁴⁸. Com efeito, ainda que os desejos e preferências do torcedor venham a ser frustrados, o seu bem-estar básico não será retrocedido simplesmente por não poder adquirir ingressos para o jogo, que já estavam esgotados, pelo mesmo preço vendido pela bilheteria. Como o cambista, diferentemente do dono do poço de água, não tem o dever moral de executar uma ação fácil de resgate, a proposta feita por ele ao torcedor não pode ser classificada como uma ameaça. Ainda que se encaixe na categoria de oferta exploratória, o caráter não essencial do bem faz com que o grau de injustiça da proposta seja mínimo, diferentemente de hipóteses em que, por exemplo, um vendedor se aproveita do monopólio sobre o fornecimento de item imprescindível para cobrar preços exorbitantes dos consumidores²¹⁴⁹.

Por derradeiro, cabe analisar o argumento de que a prática dificulta o acesso dos torcedores em geral aos jogos de futebol, pois, se não fossem os cambistas comprando todas as entradas, mais torcedores conseguiriam ingressos pelo preço normal. Na perspectiva de Sandel, a conduta do cambista é especialmente injusta com aqueles que não têm condições financeiras de pagar mais caro pelo ingresso²¹⁵⁰. Além disso, o próprio promotor do evento também seria tratado injustamente nos casos em que o caráter acessível ou mesmo gratuito dos ingressos era para ele valioso²¹⁵¹. Acontece que esse argumento, conquanto possa ser

²¹⁴⁸ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 233-234.

²¹⁴⁹ Entendendo que condutas como a de cambistas não constituem exploração injusta em razão da ausência de vulnerabilidade da parte explorada: HILL, John Lawrence. *Exploitation*, p. 686.

²¹⁵⁰ SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra*, p. 34.

²¹⁵¹ Sandel cita o exemplo dos espetáculos que, em 2009, Bruce Springsteen realizou em seu estado natal, Nova Jersey. O artista fixou em US\$ 95,00 o preço máximo do ingresso, embora pudesse cobrar muito mais e, ainda assim, ter se apresentado com lotação esgotada. O objetivo de Springsteen era garantir que seus fãs da classe trabalhadora também tivessem a oportunidade de assistir ao espetáculo. Entretanto, os ingressos acabaram sendo

utilizado para justificar a proibição do “*cambismo*” *profissional*, não serve a respaldar a punição do torcedor que, tendo desistido, por qualquer razão, de assistir ao jogo de futebol, revende o ingresso por preço superior ao de bilheteria (conduta essa também alcançada pela literalidade do Art. 41-F do Estatuto de Defesa do Torcedor).

No caso de cambistas profissionais, verifica-se que medidas simples como a limitação do número de ingressos que podem ser adquiridos por cada pessoa na fila são suficientes a evitar que a atividade restrinja o acesso de torcedores ao evento esportivo. Nesse quadro, Feinberg sustenta que não é moralmente aceitável, em bases liberais, proibir definitivamente a atividade de cambistas profissionais²¹⁵². No entanto, a atividade deveria ser regulamentada e submetida à fiscalização, na medida do necessário a prevenir a comercialização de ingressos falsos, a formação de cartéis por cambistas e outras práticas anticoncorrenciais aptas a restringir o acesso do público (ou parte dele) a competições esportivas, espetáculos e outras formas de lazer e entretenimento. A lei penal seria reservada, portanto, a reprimir as atividades de cambistas profissionais que atuassem sem licença ou em desconformidade com a licença concedida.

6.3.3.4 O paradoxo da chantagem

O contraexemplo de exploração injusta não danosa mais debatido pela literatura anglo-americana é certamente o crime de chantagem (*blackmail*). O termo “chantagem” costuma ser empregado para designar situações bastante variadas. A despeito disso, de forma geral, a conduta do chantagista (A) apresenta a mesma estrutura familiar a todos os casos de coação: A ameaça praticar uma determinada conduta comissiva ou omissiva (Y), caso B não atenda a uma determinada demanda (X). Ou seja, se B não X, A então Y. Em princípio, tanto a ameaça quanto a demanda enunciadas pelo chantagista podem ter diferentes naturezas (econômica, sexual, reputacional, afetiva etc.).

revendidos por cambistas por preços muito mais altos. Ver: SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra*, p. 40-42.

²¹⁵² FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 236-237.

Historicamente, o *Common Law* utilizou o termo chantagem como sinônimo de extorsão (*extortion*)²¹⁵³. Contudo, no discurso ordinário, a chantagem se converteu em um tipo particular de coação injusta, envolvendo a *tentativa de obter vantagem econômica por meio da ameaça de revelar informações embaraçosas ou prejudiciais sobre a vítima, falsas ou verdadeiras, para terceiros interessados ou o público em geral*²¹⁵⁴. Assim, tanto a chantagem quanto a extorsão são normalmente classificadas como crimes contra a propriedade, espécies de *theft*²¹⁵⁵. Por muito tempo, a chantagem esteve associada à exigência de dinheiro mediante a ameaça de falsa acusação da prática de crime, principalmente da prática de atos punidos pela lei da época como “pederastia”²¹⁵⁶. A extorsão, diferentemente da chantagem, poderia ser praticada por agentes públicos e não apenas por particulares²¹⁵⁷, abarcando também o que o direito penal brasileiro conhece como concussão (art. 316 CPB)²¹⁵⁸.

Neste tópico, focaremos a análise no que pode ser denominado de *chantagem econômico-informacional*, ou seja, a exigência de dinheiro em troca de não revelar informações²¹⁵⁹. Todos os cinquenta estados norte-americanos proíbem a chantagem econômico-informacional, de forma autônoma ou vinculada aos crimes de extorsão e coação (*coercion*), embora raramente utilizem o termo *blackmail*²¹⁶⁰. Apesar de a legislação dos países do *Common Law* nem sempre traçar uma diferenciação clara entre essas figuras, Green afirma que é possível distinguir chantagem econômico-informacional, extorsão e coação em função da *natureza da ameaça e da demanda*²¹⁶¹. Segundo o autor, a chantagem se diferencia

²¹⁵³ Sobre a história do crime de *blackmail*: ALLDRIDGE, Peter. ‘Attempted Murder of the Soul’: Blackmail, Privacy and Secrets. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, n. 3, 1993, p. 368-387.

²¹⁵⁴ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 241.

²¹⁵⁵ O Código Penal Modelo emprega o termo *theft* em sentido amplo para abarcar todos os crimes que impliquem a privação da vítima de sua propriedade pessoal por qualquer outro meio que não o uso imediato ou ameaça de uso imediato da força física, ou seja, por qualquer outro meio que não aquele elementar ao crime de *robbery* (WESTEN, Peter. *Blackmail: A Crime of Paradox and Irony*. In: ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler (ed.). *The Palgrave Handbook of Applied Ethics*. Palgrave Macmillan, 2019, p. 122).

²¹⁵⁶ ALLDRIDGE, Peter. ‘Attempted Murder of the Soul’, p. 374-377.

²¹⁵⁷ LINDGREN, James. Unraveling the Paradox of Blackmail. *Columbia Law Review*, v. 84, n. 3, apr., 1984, p. 674.

²¹⁵⁸ Art. 316. Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

²¹⁵⁹ Para exemplos de chantagens que não envolvem a exigência de dinheiro em troca da não divulgação de informação: KATZ, Leo. *Blackmail and Other Criminal Bargains*, p. 133-134. Ver discussão em: FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 258-274.

²¹⁶⁰ WESTEN, Peter. *Blackmail*, p. 122.

²¹⁶¹ GREEN, Stuart P. *Theft by Coercion*, p. 555-558.

da extorsão pelo caráter *putativamente lícito* do ato ameaçado (enquanto o chantagista ameaça praticar um ato comunicativo, quem extorque geralmente ameaça praticar alguma violência criminosa). Já a coação, em que o ato ameaçado pode ser lícito ou ilícito, diferencia-se da chantagem e da extorsão pela natureza não econômica da vantagem exigida (por exemplo, o professor que ameaça reprovar a aluna, caso ela não pratique com ele ato sexual).

O direito penal brasileiro, por sua vez, não destina um tipo penal específico à modalidade de chantagem que aqui nos interessa, mas prevê os crimes de extorsão (art. 158 CP)²¹⁶² e constrangimento ilegal (art. 146 CP)²¹⁶³. Com efeito, a configuração de ambos os delitos depende do emprego pelo agente de “grave ameaça”, sendo a referida elementar interpretada pelos tribunais de modo a abarcar outros tipos de ameaça para além do uso de violência física, tais como ameaças de mal financeiro ou patrimonial (p. ex., a de destruir ou não devolver o veículo da vítima²¹⁶⁴), de mal moral (p. ex., a divulgação de fotos e vídeos íntimos da vítima²¹⁶⁵) e até de “mal espiritual” (p. ex., a de usar seus poderes sobrenaturais para garantir que espíritos malignos destruam a vida da vítima²¹⁶⁶). No entanto, várias hipóteses tradicionais de chantagem não podem ser subsumidas aos tipos penais da lei brasileira sem violar o *sentido literal possível* da elementar “grave ameaça”, sobretudo considerando, por um lado, a definição legal de ameaça como um mal injusto (art. 147 do CP)²¹⁶⁷ e a previsão de que inexistente crime quando o fato constitui exercício regular de direito (art. 22, inciso III, segunda parte, do CP).

A literatura anglo-americana discute intensamente o denominado *paradoxo da chantagem*²¹⁶⁸. O paradoxo consiste na aparente legalidade da ameaça feita por muitos

²¹⁶² Art. 158. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

²¹⁶³ Art. 146. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

²¹⁶⁴ STJ, AgRg no AREsp 1735134/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 06/10/2020, DJe 13/10/2020.

²¹⁶⁵ STJ. AgRg no AREsp 1009662/RJ, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 03/04/2018, DJe 09/04/2018.

²¹⁶⁶ STJ, REsp 1299021/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/02/2017, DJe 23/02/2017.

²¹⁶⁷ Art. 147. Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

²¹⁶⁸ Williams teria sido o primeiro a registrar essa discussão: WILLIAMS, Glanville. Blackmail. *Criminal Law Review*, v. 79, 1954, p. 163.

chantagistas, pois eles possuem a faculdade legal de, exercendo sua liberdade de expressão, compartilhar com terceiros interessados uma informação verdadeira e obtida lícitamente, ainda que isso desagrade aquele que prefere que a informação não seja revelada²¹⁶⁹. Considere-se o exemplo mais emblemático de chantagem: A diz a seu amante B que irá contar a sua esposa C que eles tiveram um caso extraconjugal, caso B não lhe pague determinada quantia em dinheiro. Por certo, a lei permite que A procure C diretamente para informá-la que seu cônjuge cometeu um adultério. Além disso, a lei também permite, como regra geral, que A negocie com B a venda de algo que lhe pertence. Como pode, então, a combinação entre um ato que a lei permite e a ameaça de outro ato também permitido ser convertido em um fato ilegal?²¹⁷⁰ Qual seria a diferença moral entre a conduta de A e outras barganhas lícitas na qual uma parte condiciona a entrega de um bem escasso e valioso, a alguém que dele necessita, ao pagamento de determinada tarifa?²¹⁷¹

Não obstante, há quem negue a existência de qualquer paradoxo. Nessa linha, Clark argumenta que, em vários outros casos, dois atos que não são em si mesmos ilícitos se combinam para formar um terceiro ato ilícito²¹⁷². Daí que, por exemplo, ingerir bebida alcoólica até ficar embriagado não constitui, por si só, uma conduta ilícita, assim como conduzir veículo automotor, desde que devidamente habilitado. Apesar disso, não se discute que a lei está correta em tornar ilegal conduzir veículo automotor em estado de embriaguez. Todavia, diversamente do caso da direção sob efeito de álcool, no qual a embriaguez torna o ato de dirigir mais perigoso do que o tolerável, é mais difícil demonstrar, no caso da chantagem, “a conexão entre os componentes que produz essa ‘sinergia normativa’ entre dois certos que criam um errado”²¹⁷³.

²¹⁶⁹ FEINBERG, Joel. The Paradox of Blackmail. *Ratio Juris*, v. 1, n. 1, march, 1988, p. 84.

²¹⁷⁰ LINDGREN, James. Unraveling the Paradox of Blackmail, p. 670-671.

²¹⁷¹ Sobre a semelhança entre chantagem e outras situações de *hard bargaining* cuja permissibilidade não se questiona: PERALTA, José Milton. La (in) conveniencia de criminalizar el chantaje. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 58, n. 1, 2015, p. 360.

²¹⁷² CLARK, Michael. There is no Paradox of Blackmail. *Analysis*, v. 54, n. 1, jan., 1994, p. 55. Também negando a existência de qualquer paradoxo na chantagem: GORDON, Wendy J. Truth and Consequences: The Force of Blackmail's Central Case. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 141, n. 5, 1993, p. 1742-1746.

²¹⁷³ RIVLIN, Ram. Blackmail, Subjectivity and Culpability. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, v. 28, n. 2, July, 2015, p. 401. No original: “Unlike the driving example (drinking makes driving more dangerous), in the blackmail case it is harder to demonstrate the connection between the components that produces this ‘normative synergy’ of two rights that make a wrong”.

Por outro lado, alguns autores enunciam o que seria o *segundo paradoxo da chantagem*. Esse segundo paradoxo decorreria do fato de que, em regra, é permitido que B ofereça dinheiro a sua amante A para determiná-la a não revelar a sua esposa C que eles tiveram um relacionamento amoroso extraconjugal²¹⁷⁴. Nessa variação hipotética, A não pratica chantagem nem qualquer outro ato ilícito ao aceitar dinheiro para guardar o segredo. Logo, A não estaria autorizada a chantagear B, embora B esteja autorizado a suborná-la e ela esteja autorizada a aceitar o suborno. Entretanto, como explicar o fato de que a mera diferença quanto à iniciativa da proposta possa ser decisiva para a sua permissibilidade? Segundo Rivlin, a assimetria entre a chantagem e o suborno evidencia que o juízo de desvalor moral que recai sobre a primeira deriva de outro elemento da transação que não o seu conteúdo, isto é, que não a natureza da prestação ou contraprestação²¹⁷⁵.

Frente a esses paradoxos, põe-se em xeque a capacidade do princípio do dano, ou mesmo de qualquer outro princípio da criminalização de perfil liberal, de fundamentar a criminalização da chantagem. Segundo Feinberg, o moralista legal que endossa o princípio da exploração tem uma resposta pronta para aqueles que alegam que a proibição da chantagem é paradoxal: a combinação entre dois atos permitidos se torna alvo de reprovação moral quando dessa conjunção surge um novo elemento, o *ganho injusto*²¹⁷⁶. Para essa visão, a amante A comete uma exploração injusta ao se aproveitar da infidelidade de B e do seu receio de que a sua esposa descubra a indiscrição para extrair lucro dessa relação sem, em contrapartida, produzir qualquer utilidade. O chantagista seria, portanto, um *parasita improdutivo*.

Nessa linha, Lindgren afirma que, na chantagem, o agente tenta obter vantagem econômica utilizando “*moedas de troca*” (*bargaining chips*) que não lhe pertencem²¹⁷⁷. No exemplo aqui referido, A vende a B a oportunidade de evitar uma briga séria com C, a esposa traída, quando essa prerrogativa, na verdade, pertenceria a essa última. Com isso, o autor

²¹⁷⁴ KATZ, Leo. *Blackmail and Other Criminal Bargains*, p. 169. Sobre o segundo paradoxo da chantagem, conferir: DELONG, Sidney. *Blackmailers, Bribe Takers, and the Second Paradox*. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 141, 1993, p. 1663-1693.

²¹⁷⁵ RIVLIN, Ram. *Blackmail, Subjectivity and Culpability*, p. 401.

²¹⁷⁶ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 239-240. Peralta concorda que a chantagem se aproxima mais de condutas que configuram exploração, como a usura. Isso porque o chantageado se encontra pressionado pelas suas circunstâncias, pois a conduta ameaçada é por ele concebida como um mal; o chantagista é o único que pode impedir esse mal e tem o direito de executar o que ameaça. Contudo, é possível discutir, a depender das circunstâncias fáticas, se a exigência feita pelo chantagista é realmente abusiva, tanto quanto a do usurário que cobra juros acima do de mercado. Ver: PERALTA, José Milton. *Chantage als Ausbeutung*, p. 896.

²¹⁷⁷ LINDGREN, James. *Unraveling the Paradox of Blackmail*, p. 702.

destaca a *estrutura triangular da chantagem econômico-informacional* e o fato de que, nesses casos, há um terceiro que possui legítimo interesse sobre a informação e não tem acesso direto a ela. Essa posição costuma ser criticada, entre outras razões, por não satisfazer à intuição de que a vítima da chantagem é o chantageado (B) e não um terceiro (C), bem como porque nem sempre o destinatário de eventual divulgação tem “direito” a acessar a informação²¹⁷⁸.

Nota-se que o moralista que pretende defender a legitimidade da proibição da chantagem não precisa se restringir a alguma versão do princípio da exploração. Outra possibilidade é recorrer, como faz Fletcher, à ideia de que a chantagem é injusta porque permite que o chantagista submeta o chantageado a uma *relação de dominância e subordinação*²¹⁷⁹. Para o autor, é essa característica que faz com que a chantagem cruze a linha que separa as transações comerciais permissíveis dos injustos criminosos. A essência dessa relação injusta está no poder de o chantageado exigir dinheiro repetitivamente para não divulgar a informação. No entanto, a explicação de Fletcher só se aplica aos casos em que o chantagista pode voltar a pedir mais dinheiro, o que nem sempre ocorre na prática²¹⁸⁰. Além disso, o chantageado poderia ser protegido de demandas repetitivas por meio de um contrato que vinculasse legalmente o chantagista à promessa de silêncio²¹⁸¹. Portanto, essa posição acaba por fornecer um argumento em favor da legalização da chantagem.

No afã de entender em que medida a criminalização da chantagem desafia o *harm principle*, é comum contrapô-la ao crime de extorsão. Afinal, a extorsão envolve a exigência de que a vítima faça algo que ela não tem a obrigação de fazer para evitar que o agente faça o que ele não tem o direito de fazer. Como o fato ameaçado é ilegal, a própria ameaça também o é. Assim, uma vez que os indivíduos têm direito a não serem submetidos à coação ilegal, a ameaça de um mal injusto claramente viola o direito da vítima à liberdade de escolha. Caso ela, por medo, atenda à demanda do agente e, por exemplo, lhe entregue qualquer quantia em

²¹⁷⁸ ALTMAN, Scott. A Patchwork Theory of Blackmail. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 141, n. 5, 1993, p. 1654. PERALTA, José Milton. Chantage als Ausbeutung, p. 891.

²¹⁷⁹ FLETCHER, George P. Blackmail: The Paradigmatic Crime. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 141, n. 5, 1993, p. 1626

²¹⁸⁰ BERMAN, Mitchell N. The Evidentiary Theory of Blackmail: Taking Motives Seriously. *The University of Chicago Law Review*, v. 65, n. 3, 1998, p. 824-825. GREEN, Stuart P. Theft by Coercion, p. 561. O exemplo comumente citado é o do candidato a cargo eletivo que, às vésperas da eleição, é ameaçado com a divulgação de um detalhe sobre a sua vida íntima que pode fazer com que ele perca votos. Uma vez que o candidato é eleito, a ameaça do chantagista deixa de exercer a mesma pressão.

²¹⁸¹ PERALTA, José Milton. Chantage als Ausbeutung, p. 890.

dinheiro, o seu interesse sobre o próprio patrimônio pessoal será retrocedido sem o seu consentimento válido.

Tal raciocínio, porém, não seria aplicável à chantagem. Isso porque a proposta feita pelo chantagista não configuraria uma ameaça e sim uma oferta. Diante disso, *a chantagem ampliaria as alternativas previamente disponíveis ao chantageado* e seria, por conseguinte, bem-vinda. De modo geral, os teóricos afirmam que diferenciar ameaça e oferta exige que se verifique se aquilo que é “oferecido” constitui ou não um benefício, para aquele a quem se dirige a proposta, comparado a determinado patamar. Segundo Lamond, os teóricos se dividem entre três parâmetros para identificar esse patamar: 1) o que deveria ocorrer (parâmetro moral); 2) o que provavelmente ocorreria (parâmetro estatístico) e 3) o que é esperado que ocorresse (parâmetro fenomenológico).

O teste do padrão estatístico de Feinberg, exposto anteriormente, situa-se entre o parâmetro estatístico e o fenomenológico, mas sem deixar de ser permeável a considerações normativas, como se percebe de sua análise do exemplo envolvendo P, o proprietário de fonte de água no deserto (tópico 6.2.3.3, *supra*). Com efeito, a completa exclusão do elemento moral poderia conduzir a conclusões insatisfatórias nos casos em que a prática geral estatisticamente prevalente é não apenas imoral, mas criminosa²¹⁸². Por isso, a eleição de um critério único e infalível para diferenciar ameaças e ofertas nos parece uma tarefa inglória, sendo mais provável que os três parâmetros eventualmente desempenhem algum papel na definição do patamar, aplicável ao caso concreto, para fins de comparação²¹⁸³.

Fato é que, no caso em que a amante A chantageia o adúltero B, B não está nada contente com a situação, pois preferia contar com o silêncio de A sem ter que pagar por isso. Não obstante, dado o mundo como é e as faculdades concedidas pela lei²¹⁸⁴, a oferta de A cria um incentivo à prática de comportamento por ela desejado²¹⁸⁵, sem piorar a situação de B nem negar-lhe uma opção à qual ele tem direito²¹⁸⁶. No entanto, Nozick sustenta que B é sim

²¹⁸² PERALTA, José Milton. Chantage als Ausbeutung, p. 885.

²¹⁸³ LAMOND, Grant. Coercion. Threats, and the Puzzle of Blackmail, p. 225-226. Como registrado por Green, o debate sobre o melhor parâmetro para definir se uma proposta configura ameaça ou oferta reflete um debate mais amplo entre os filósofos sobre se coação é um conceito essencialmente empírico ou também moral: GREEN, Stuart P. Theft by Coercion, p. 567-568.

²¹⁸⁴ PERALTA, José Milton. La (in) conveniencia de criminalizar el chantaje, p. 360.

²¹⁸⁵ GREEN, Stuart P. Theft by Coercion, p. 566.

²¹⁸⁶ BLOCK, Walter. The Crime of Blackmail: A Libertarian Critique. *Criminal Justice Ethics*, v. 18, n. 2, 1999, p. 5.

prejudicado pela conduta de A, tendo em vista que ele estaria melhor se não houvesse sequer interagido com A²¹⁸⁷. Por outro lado, observa-se que a chantagem só expande as opções da vítima nas hipóteses em que era esperado que o chantagista divulgasse a informação, mesmo que não tentasse vender seu silêncio ao chantageado²¹⁸⁸. Assim, se A não tinha um interesse ou razão independente para revelar a C a infidelidade do marido, a sua proposta não melhora a situação de B em relação ao que era provável que ocorresse²¹⁸⁹. Por essa lógica, ao menos do ponto de vista estritamente empírico e não moral, a proposta de A pode ser considerada uma ameaça e não uma oferta, ainda que ela tenha o poder legal de executá-la.

Filósofos e economistas apresentam várias teorias para justificar a proibição da chantagem. Tais teorias costumam ser divididas em *teorias deontológicas* e *teorias consequencialistas*. No primeiro grupo, incluem-se as *teorias revisionistas ou da coação*, as quais negam a existência do paradoxo ao afirmar que o ato ameaçado é sim moralmente impermissível, ainda que não seja legalmente proscrito, e que, portanto, a chantagem é tão injusta quanto a extorsão²¹⁹⁰. Como se verá na sequência, essa é a posição defendida por Feinberg, embora o filósofo entenda que proibir a chantagem continua sendo paradoxal em alguns casos clássicos, como o da amante A e o adúltero B. É possível questionar se essas teorias não estariam fundamentando a criminalização da chantagem na mera – e contestável – imoralidade da revelação da informação prejudicial ao chantageado. Essa é uma questão da qual nos ocuparemos mais adiante.

O grupo das *teorias deontológicas* inclui, ainda, as *teorias subjetivas*. Para essas, o juízo de injustiça que recai sobre a chantagem se fundamenta na *intenção maligna* do chantagista ao executar sua ameaça, uma vez que ele só pretende produzir a consequência

²¹⁸⁷ NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*, p. 85-86.

²¹⁸⁸ RIVLIN, Ram. Blackmail, Subjectivity and Culpability, p. 403.

²¹⁸⁹ Comparar as duas situações hipotéticas discutidas por Shaw: SHAW, James. R. The Morality of Blackmail. *Philosophy & Public Affairs*, v. 40, n. 3, 2012, p. 172-173. Na primeira, a fotógrafa Alva tira uma foto, em local público, em que aparece, no fundo, o carro de Bea no estacionamento de uma loja de má reputação. Alva não tem qualquer interesse em publicar tal foto, mas, sabendo que ela pode causar dano à reputação de Bea e atrapalhar a sua carreira profissional, solicita-lhe dinheiro para não publicá-la. Na segunda hipótese, Alva considera a foto um dos seus melhores trabalhos e está prestes a publicá-la, quando percebe que a sua divulgação pode prejudicar Bea. Diante disso, Alva decide solicitar a Bea uma compensação pelo sacrifício que está disposta a fazer ao não publicar a foto para evitar causar-lhe dano.

²¹⁹⁰ LEVY, Ken. The Solution to the Real Blackmail Paradox: The Common Link Between Blackmail and Other Criminal Threats. *Connecticut Law Review*, v. 39, n. 3, 2007, p. 1084; WESTEN, Peter. Blackmail, p. 137, nota 18; KATZ, Leo. Blackmail and Other Criminal Bargains, p. 159-160. Para Mayer, a chantagem e a extorsão, ao mesmo tempo, coagem e exploram a vítima: MAYER, Robert. What's Wrong with Exploitation?, p. 143.

indesejada pelo chantageado por ser ela indesejada e não por qualquer outra razão independente²¹⁹¹. Tal perspectiva tem por base a controversa *teoria do duplo efeito* (*doctrine of double effect*) que, em uma de suas formulações, sustenta que atos que não diferem em relação às suas características objetivas podem diferir em termos de permissibilidade simplesmente em virtude das intenções do agente²¹⁹². Na concepção de Berman, a proposta do chantagista constitui *evidência suficiente* de que a informação só seria divulgada por *motivo perverso*, o que torna impermissível o ato de divulgação e, por consequência, a ameaça de divulgação²¹⁹³. Logo, diferentemente dos revisionistas, os subjetivistas negam que o ato ameaçado seja impermissível em si mesmo, aduzindo que ele se torna impermissível em razão da presença de determinado estado mental. Na leitura de alguns subjetivistas, a intenção só tornaria a chantagem impermissível pelo fato de já ser a conduta *per se* moralmente problemática, ou seja, a intenção teria força para retirar a conduta das margens do âmbito do permitido e a empurrar de vez para o âmbito do proibido²¹⁹⁴.

Diversas críticas podem ser formuladas contra as teorias subjetivas: 1) o argumento utilizado pela teoria pode, no máximo, explicar por que seria errado que o chantagista executasse a ameaça, uma vez recusada a proposta pelo chantageado, mas não explica o que há de errado no ato de ameaçar; 2) a teoria é circular, tendo em vista que, enquanto a permissibilidade da ameaça depende da permissibilidade do ato ameaçado, o ato ameaçado só será impermissível quando precedido pela ameaça; 3) caso se considere que a ameaça seria, em si mesma, impermissível em função da intenção do agente de executá-la para causar mal, a teoria subjetiva não forneceria um fundamento para a reprovação da conduta quando a ameaça não passasse de um blefe, isto é, quando o agente nem mesmo tivesse a intenção de executá-la; 4) ainda que essas falhas da teoria sejam corrigidas, certo é que, como defendido

²¹⁹¹ LAMOND, Grant. Coercion, Threats, and the Puzzle of Blackmail, p. 236; SHAW, James. R. The Morality of Blackmail, p. 171 (baseando o conteúdo de desvalor moral da chantagem no “desprezo pelos interesses da vítima”); GORDON, Wendy J. Truth and Consequences, p. 1775 (no sentido de que o chantagista causa dano *on balance* de maneira intencional e, portanto, a criminalização da conduta é compatível com o *harm principle*).

²¹⁹² RIVLIN, Ram. Blackmail, Subjectivity and Culpability, p. 408; GORDON, Wendy J. Truth and Consequences, p. 1761-1766. Conferir: HUSAK, Douglas. The Costs to Criminal Theory of Supposing that Intentions are Irrelevant to Permissibility. *Criminal Law and Philosophy*, v. 3, 2009, p. 51-70.

²¹⁹³ BERMAN, Mitchell N. The Evidentiary Theory of Blackmail, p. 844-848.

²¹⁹⁴ RIVLIN, Ram. Blackmail, Subjectivity and Culpability, p. 411. Esse autor separa a sua teoria subjetivista da de Berman por entender que a intenção do agente não afeta a permissibilidade da conduta, mas sim a validade do consentimento da vítima. Anteriormente, já nos posicionamentos de modo contrário à visão de que as motivações do agente são relevantes para a validade do consentimento (tópico 6.2.3, supra).

anteriormente, a intenção do agente pode até acrescentar algo ao conteúdo de injusto da conduta, mas não basta, por si só, para fundamentar o juízo de injustiça (capítulo 5, tópico 5.4.1, *supra*) e 5) como, para a teoria subjetiva, o injusto se esgota na má intenção, a chantagem é concebida como um *mal flutuante* que não viola os direitos de ninguém.

As *teorias consequencialistas*, por seu turno, visam a justificar a proibição da chantagem com base nas possíveis consequências da permissão da conduta. Um primeiro grupo afirma que, se permitida, a chantagem conduziria à prática de outros crimes. Nesse sentido, para Epstein, a possibilidade de obter lucro de forma lícita tornaria a chantagem uma conduta difundida, *passando a ser praticada de forma profissional e organizada* por empresas como a fictícia Chantagem S.A.²¹⁹⁵. Além disso, tendo em vista que muitas das possíveis vítimas das atividades desse tipo de empresa podem não possuir recursos financeiros suficientes para pagar os valores exigidos pelo chantagista, algumas recorreriam à prática de crimes patrimoniais. Já Murphy argumenta que, em primeiro lugar, a chantagem é imoral, pois transforma informações íntimas ou socialmente valiosas em *commodities*²¹⁹⁶. Contudo, não sendo a mera imoralidade razão suficiente para banir a conduta, alguns casos de chantagem devem ser proibidos porque permiti-los estimularia *não utilidades*, mormente invasões de privacidade e o ocultamento de informações de relevância social²¹⁹⁷. Finalmente, autores como Nozick alegam que a chantagem deve ser proibida por ser *ineficiente*, já que, diferentemente de outras transações econômicas, a atividade do chantagista não fornece a outra parte um benefício real²¹⁹⁸.

Várias críticas também são oponíveis às teorias consequencialistas: 1) tais teorias seriam indesejavelmente *subinclusivas*, pois não fornecem um fundamento minimamente convincente para justificar a criminalização nos casos em que a informação comercializada é obtida licitamente, seja porque o agente também participou do fato, o fato lhe foi

²¹⁹⁵ EPSTEIN, Richard A. Blackmail, Inc. *University of Chicago Law Review*, v. 50, 1983, p. 563-565. Há quem conteste essa tese aduzindo que o risco de ser chantageado pode, na verdade, desencorajar a prática de crimes e outros ilícitos. Em contraposição, outros argumentam que permitir a chantagem sobrecarregaria aqueles que praticam atividades inocentes, porém embaraçosos, com o ônus de se proteger de potenciais chantagistas.

²¹⁹⁶ MURPHY, Jeffrie G. Blackmail: a Preliminary Inquiry. *The Monist*, v. 63, n. 2, april, 1980, p. 159-160.

²¹⁹⁷ MURPHY, Jeffrie G. Blackmail, p. 163-166.

²¹⁹⁸ NOZICK, Robert. *Anarchy, State and Utopia*, p. 84-87. Outras versões do argumento da eficiência aparecem em: GINSBURG, Douglas H; SHECHTMAN, Paul. Blackmail: An Economic Analysis of the Law. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 141, n. 5, 1993, p. 1860-1865; POSNER, Richard A. Blackmail, Privacy, and Freedom of Contract. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 141, n. 5, 1993, p. 1820 e ss; SHAVELL, Steven. An Economic Analysis of Threats and their Illegality, p. 1891-1892.

confidenciado por algum dos envolvidos ou foi por ele descoberto fortuitamente, bem como nos casos em que já existe um mercado regular voltado à comercialização da informação (p. ex., no caso de informações sobre a vida íntima de celebridades); 2) mais problemático é o fato de que essas teorias recorrem a danos remotos ou indiretos que não atendem aos requisitos que orientam a aplicação do *harm principle* nem aos critérios de imputação justa, previamente desenvolvidos neste trabalho (vide capítulo 5, *supra*), especialmente porque os efeitos negativos indicados sequer são atribuídos causalmente à conduta proibida, mas à ausência da norma proibitiva; 3) ainda que argumentos econômicos realmente recomendem a criminalização da chantagem, essas teorias carecem de um argumento deontológico capaz de explicitar as razões em favor da proibição em termos de justiça e não apenas de conveniência ou de eficiência²¹⁹⁹ e 4) nessa perspectiva estritamente consequencialista, a vítima da chantagem seria indeterminada ou se confundiria com a própria sociedade, o que abriria espaço para a conclusão implausível de que não só a conduta de A, mas também a conduta de B seria impermissível.

Diante das críticas às teorias deontológicas e consequencialistas, autores como Block, que defendem o que denominam de *libertarianismo*, posicionam-se pela ilegitimidade da criminalização da chantagem. Para Block, a chantagem é um *crime sem vítima*, pois o chantagista só ameaça fazer aquilo que tem direito de fazer e, ao oferecer ao chantageado a oportunidade de comprar o exercício desse direito, concede a esse o benefício de evitar um mal que poderia lhe ser causado legitimamente²²⁰⁰. Nessa visão, a mera obtenção de uma vantagem econômica indevida não é razão suficiente para proibir a conduta. Em face disso, a chantagem econômico-informacional deveria ser tratada da mesma forma que outras hipóteses de *hard bargaining*, nas quais uma das partes se aproveita de seu maior poder de barganha para definir os rumos da negociação, condicionando a sua participação na transação à concessão de determinado benefício financeiro. Por seu turno, Peralta concorda que a chantagem se mostra moralmente repreensível por ser uma espécie de *abuso do direito à liberdade de expressão*, considerando que o reconhecimento desse direito fundamental se

²¹⁹⁹ O próprio Shavell reconhece que: “Although it seems to me that economic analysis supplies a sound justification for the illegality of blackmail, I do not think that it offers an explanation that jurists, lawyers, or legislators generally would find congenial” (SHAVELL, Steven. *An Economic Analysis of Threats and their Illegality*, p. 1093).

²²⁰⁰ BLOCK, Walter. *The Crime of Blackmail*, p. 3-9.

destina a outros fins que não a venda do próprio silêncio àqueles que não desejam ser incomodados pelo exercício desse direito²²⁰¹. Apesar disso, o autor ressalta que limitar esse direito, a fim de evitar tais abusos, representaria um perigo inaceitável em um Estado liberal. Assim, seria melhor tolerar os excessos do que correr o risco de restringir indevidamente a liberdade de expressão.

Como dito, Feinberg se inclina para a teoria revisionista ou da coação. Todavia, o filósofo propõe uma solução diferenciadora para cada grupo de casos de chantagem econômico-informacional. A depender do tipo de ameaça feita pelo chantagista, a chantagem será incluída em uma das quatro categorias a seguir: A) ameaça de expor conduta criminosa da vítima; B) ameaça de expor ao público conduta lícita da vítima, mas que causaria dano a sua reputação; C) ameaça de divulgar ao público fato de domínio público sobre a vítima, ocorrido no passado, cuja divulgação pode prejudicar a sua nova vida; D) ameaça de divulgar comportamento não criminoso da vítima, lícito ou não, para terceiro interessado. A análise aqui desenvolvida parte do pressuposto de que, em todas as hipóteses, a informação é verdadeira e foi obtida lícitamente, pois, caso a informação seja falsa ou tenha sido obtida ilegalmente, a injustiça da divulgação e, por consequência, da ameaça de divulgação poderia ser afirmada sem maiores complicações²²⁰². Além disso, para fins de simplificação, vamos nos concentrar nos casos em que o chantagista ameaça divulgar informação sobre a própria vítima e não a respeito de terceiro²²⁰³. Vejamos o que Feinberg diz sobre cada uma dessas categorias.

A) *Ameaça de expor conduta criminosa da vítima*: suponha-se que A ameace informar às autoridades que B remeteu divisas para o exterior sem declarar à repartição federal competente, caso B não lhe entregue determinada quantia em dinheiro. A conduta que A ameaça comunicar às autoridades configura o crime de evasão de divisas²²⁰⁴. Segundo Feinberg, A não está simplesmente propondo a B deixar de fazer algo que ele tem o direito de fazer em troca de dinheiro, mas está demandando dinheiro para não fazer algo que ele tem o

²²⁰¹ PERALTA, José Milton. *Chantage als Ausbeutung*, p. 904.

²²⁰² Feinberg também analisa esse grupo de casos para afastar, nessas hipóteses, o caráter paradoxal da proibição: FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 256-258.

²²⁰³ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 269-270.

²²⁰⁴ Art. 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/1986. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

*dever de fazer*²²⁰⁵. Afinal, todos os cidadãos têm o *dever cívico* de cooperar com os órgãos de investigação e as instituições de justiça²²⁰⁶. Ainda que a violação desse dever não constitua crime, isso não significa que o legislador não estaria autorizado a sancionar a conduta daquele que, tomando conhecimento da ocorrência de crime ou de sua autoria, deixa injustificadamente de reportar o fato às autoridades²²⁰⁷. Para o autor, a ausência da previsão de crime desse tipo nas legislações modernas se fundamenta em razões pragmáticas e não de princípio²²⁰⁸. Daí que a proibição da chantagem, nessa hipótese, não seria paradoxal e estaria devidamente fundamentada pelo *harm principle*, do mesmo modo que ocorre em crimes como o falso testemunho e a obstrução de justiça.

De fato, conforme exposto previamente, a persecução de interesses públicos ou coletivos, como o referido ao funcionamento do sistema de justiça, impõe aos indivíduos deveres de cooperação mútua cuja violação pode fundamentar o juízo de injustiça (capítulo 5, tópico 5.4.2.2, *supra*). Assim, tanto a conduta de A quanto a de B, caso ele compre o silêncio de A, constituem condutas passíveis de proibição. Ainda que o chantagista seja a própria vítima do crime que ameaça reportar, fato é que os direitos à queixa e à representação criminal, reconhecidos pela legislação processual, existem, por exemplo, para preservar a privacidade da vítima e não para que ela use esse poder legal a fim de obter vantagem financeira. Contudo, parece-nos que o dever cívico da vítima encontra limites quando a própria lei admite a exclusão da punibilidade pela composição civil de danos²²⁰⁹, bem como no âmbito dos delitos contra o patrimônio pessoal. Nesses casos, tendo em vista o princípio da justa distribuição de responsabilidades, não seria razoável exigir o cumprimento do dever cívico em detrimento do legítimo interesse da vítima à reparação dos danos causados pelo crime.

²²⁰⁵ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 241-245.

²²⁰⁶ Pode haver casos em que o ato ameaçado seja, na verdade, imposto por um dever moral não legal, mas não meramente moral, pois deduzido do dever cívico de cooperação ou de solidariedade, o qual é reforçado pelo fato de a não realização do ato produzir um perigo remoto de dano (p. ex., a ameaça de reportar violação de dever por funcionário público ou o fato de estar em curso conduta danosa ilícita, mas não criminalizada).

²²⁰⁷ Nota-se que esse dever cívico de comunicação de crimes pode ser afastado por outro dever não meramente moral, como o dever de confidencialidade atribuído a profissionais como médicos e advogados em face de seus pacientes e clientes. Por exemplo, o advogado que exige dinheiro de um cliente que acaba de lhe confessar a prática de um crime para não informar as autoridades ameaça praticar um ato ilícito e, portanto, não há nada de paradoxal em puni-lo.

²²⁰⁸ FEINBERG, Joel. *The Paradox of Blackmail*, p. 87; WESTEN, Peter. *Blackmail* p. 134-135.

²²⁰⁹ É o caso dos crimes de menor potencial ofensivo e as contravenções penais (art. 74 da Lei 9.099/1995).

B) *Ameaça de expor ao público conduta lícita cuja divulgação causaria dano à reputação da vítima*: suponha-se que A ameace expor B ao ridículo perante os seus colegas de trabalho, caso B não lhe entregue quantia em dinheiro, revelando-lhes que ele possui determinado fetiche sexual incomum e considerado vergonhoso. Nesse caso, tendo em vista que os colegas de trabalho de B e o público em geral não tem qualquer pretensão legítima à informação, não há que se falar que A tenha um *dever cívico* ou mesmo um *dever meramente moral* de divulgar a informação. Na verdade, há boas razões para afirmar que A tenha o *dever moral de não expor a intimidade de B sem justa causa*²²¹⁰. Porém, seria esse dever moral também um dever político-legal, isto é, algo que A deve a B em razão de sua condição de cidadão em uma comunidade política? Ou estaria a divulgação da informação resguardada pelo direito de A à liberdade de expressão?

Por certo, nem toda divulgação de informação verdadeira estará protegida pela liberdade de expressão. É o caso da informação que pode expor alguém a perigo direto de dano injusto (p. ex., se A informa a B o local em que sua esposa C está escondida, sabendo que B pretende matá-la). Pode ser, ainda, que a divulgação de informação esteja fora do âmbito do discurso protegido por violar direitos da personalidade. Nos Estados Unidos, a conduta ameaçada por A não está prevista como crime e, no âmbito do direito privado, a difamação só constitui conduta ilícita quando a declaração difamatória é falsa. Porém, Feinberg pontua que, condutas como a ameaçada por A configuram um ato ilícito (*tort*) de violação de privacidade, desde que a divulgação não seja apenas “privada”, mas se direcione a um “público mais amplo”²²¹¹. Portanto, A não ameaça executar conduta que ele tem o direito de praticar, não sendo paradoxal a proibição de tal chantagem. Considerando que, como visto, a ameaça não precisa ser criminosa para invalidar o consentimento no pagamento da tarifa imposta pelo chantagista (tópico 6.2.3.2, *supra*), bastando que seja *on balance* injusta, o fundamento da criminalização seria dado pelo princípio do dano, da mesma forma que ocorre com o crime de extorsão.

A nosso ver, a solução aos olhos do direito brasileiro é ainda mais simples, uma vez que “a imputação de fato ofensivo à reputação”, seja o fato verdadeiro ou não, configura o

²²¹⁰ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 249-250; FEINBERG, Joel. *The Paradox of Blackmail*, p. 89-92.

²²¹¹ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 250; WESTEN, Peter. *Blackmail*, p. 135-136.

crime de difamação (art. 138 do CP). Além disso, a própria Constituição prevê que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5º, inciso X, CRFB). A inviolabilidade da vida privada da pessoa natural também é assegurada pela lei civil (art. 21 do Código Civil). Destarte, o fato de a divulgação da informação invadir esfera sensível da privacidade de B impede que se fale em legítimo exercício da liberdade de expressão por parte de A. Com efeito, as correções que já são feitas pelos tribunais a respeito da aplicação desses dispositivos legais e constitucionais a situações envolvendo pessoas públicas e, principalmente, informações de interesse público cuja divulgação é permitida, mas não obrigatória, também serão relevantes para a solução dos casos penais em concreto.

C) *Ameaça de divulgar ao público fatos de domínio público sobre o chantageado, ocorridos no passado, cuja revelação pode prejudicar a sua nova vida*: suponha-se que A afirme que, caso B não concorde em lhe pagar determinada quantia, divulgará a toda a cidade que o novo morador B, que ainda está à procura de oportunidade de emprego no local, foi condenado e cumpriu pena de prisão, há dez anos, pela prática de crime de estupro. Essa hipótese se diferencia da anterior porque, aqui, o ato ameaçado não configura violação de privacidade, já que a informação sobre a condenação e a prisão consta de registros públicos. Apesar do caráter público da informação, fato é que, tendo em vista o transcurso do tempo, o acesso a tal informação não mais atende a nenhum interesse coletivo relevante e atual, além de colocar em risco a desejável reintegração social de um egresso do sistema prisional. Diante disso, Feinberg afirma que o único caminho para o liberal que pretende endossar a proibição de condutas como a de A é defender que a própria divulgação da informação deveria ser proibida²²¹². Para o autor, o recurso à “exceção da verdade” (*truth defense*) contra acusações de difamação deveria ser restringido nos casos em que a divulgação da informação não atende razoavelmente a alguma finalidade atual e socialmente relevante. No entanto, o filósofo destaca que, enquanto a lei não for alterada para conferir novos contornos à “exceção da verdade”, a proibição desse tipo de chantagem permanecerá paradoxal.

Transportando a discussão para o direito brasileiro, parece-nos que, mais uma vez, a não exigência de falsidade da informação para a configuração de um ataque ilegal à honra e à

²²¹² FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 254-256; FEINBERG, Joel. *The Paradox of Blackmail*, p. 92-93.

imagem alheia é um obstáculo a menos ao reconhecimento do caráter de injusto não meramente moral do ato ameaçado. Apesar disso, na ausência de excessos de linguagem, a revelação dos antecedentes criminais de outra pessoa pode não configurar um atentado claro a sua reputação, seja passível de punição penal ou de indenização por eventuais danos morais. Nesse cenário, foi ventilado nos tribunais brasileiro o reconhecimento do *direito ao esquecimento* como um de direito da personalidade intrínseco à dignidade humana, apto a limitar o direito à liberdade de expressão, desde que não haja contemporaneidade da informação nem interesse público na sua divulgação. Realmente, o reconhecimento pelo direito privado da ilicitude de eventual ato de divulgação por violação ao direito ao esquecimento seria suficiente para eliminar o paradoxo da chantagem. Todavia, no ano de 2021, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 1010606²²¹³, entendeu que a Constituição brasileira é incompatível com o reconhecimento de um direito ao esquecimento entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos em meios de comunicação, sendo que eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão devem ser analisados casuisticamente com base na legislação penal e civil²²¹⁴. Não temos como discutir aqui essa decisão, mas acreditamos que a criminalização dessa modalidade específica de chantagem poderia ser considerada pela Suprema Corte como a legítima disposição pelo legislador de que se trata de excesso ou abuso no exercício da liberdade de expressão.

D) *Ameaça de divulgar comportamento não criminoso, lícito ou não, para terceiro interessado*: essa é a categoria a qual pertence o exemplo da amante A e o adúltero B, com o qual introduzimos a discussão sobre a legitimidade da criminalização da chantagem. Além desse caso clássico, é possível indicar outras situações, como quando A exige dinheiro de B para não contar a seu filho C que ele foi adotado. Por certo, nessas hipóteses, inexistente qualquer dever cívico de revelar a informação. Em alguns casos, é possível identificar um dever moral de revelá-la. Imagine, por exemplo, se A não fosse amante de B e sim uma amiga

²²¹³ O caso em julgamento tratava de pedido de indenização da família da vítima de um crime, ocorrido há décadas, baseado em alegado direito constitucional ao esquecimento, em razão da transmissão por programa televisivo de reportagem sobre o caso, a qual foi considerada sensacionalista pelos familiares. Em 2014, o STF reconheceu a existência de repercussão geral da matéria: STF, ARE 833248 RG, Rel. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 11/12/2014, publicado em 02/02/2015.

²²¹⁴ Conferir: PORTAL STF. STF conclui que direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=460414&ori=1>. Acesso em 24/04/2021, às 14:55.

íntima de C que viesse a descobrir a infidelidade. Em outros casos, pode ser que A tenha o dever meramente moral de não se intrometer nos assuntos particulares de B, como ocorre no exemplo do filho adotado.

Contudo, nessa hipótese, os deveres de A em face de C ou B não são do tipo que se pode fundamentar nos direitos atribuídos às pessoas em função do contrato político-social, encontrando sua razão de ser, na verdade, em regras de honestidade, decorrentes da relação de amizade, e de discrição impostas pela etiqueta social. Por isso, dizemos que esses deveres são meramente morais²²¹⁵. Por outro lado, em geral, a revelação da informação unicamente ao terceiro interessado não configura violação de privacidade nem agressão ilícita à honra e à imagem do chantageado. Logo, a tendência é que, nessas situações, A seja livre para revelar ou não a informação. Ante a esses elementos, Feinberg conclui que, em tais hipóteses clássicas de chantagem, a proibição da conduta permanece paradoxal e não pode ser justificada com fundamento na *harm principle*.

Embora concordemos com a análise geral feita por Feinberg dos grupos de casos, entendemos que, mesmo nas hipóteses em que a proibição da chantagem não é paradoxal, o princípio do dano nem sempre será o princípio mais adequado a fornecer o fundamento da criminalização. Propõe-se dividir os casos de *chantagem econômico-informacional não paradoxal* em duas espécies: *chantagem-extorsão* e *chantagem-corrupção*. A primeira espécie corresponde aos casos em que o agente ameaça alguém com a divulgação injusta de informação, a qual violaria o direito da vítima à reputação, à imagem ou à privacidade. Nessas situações, a proibição da chantagem estará justificada em razão do dano injusto ao patrimônio da vítima, nos termos do *harm principle* suplementado pelo paternalismo suave, ou exclusivamente no caráter injusto da conduta decorrente da violação ao direito à autodeterminação, como se verá no próximo tópico. Na ausência de um tipo penal específico na legislação brasileira, a conduta pode, em tese, configurar o crime de extorsão do art. 158

²²¹⁵ Diferentemente de Feinberg e da posição aqui defendida, Gorr entende que o simples fato de o ato ameaçado ser obrigatório ou proibido do ponto de vista meramente moral é suficiente para justificar a criminalização da conduta: GORR, Michael. Liberalism and the Paradox of Blackmail. *Philosophy and Public Affairs*, v. 21, 1992, p. 55-57.

do Código Penal, caso se entenda que a ameaça em questão pode ser acomodada pelo sentido literal de grave ameaça²²¹⁶.

Quando o chantagista ameaça praticar conduta que ele tem o dever e não mera faculdade de praticar, ainda que a lei não preveja sanção para a violação a esse dever, o fundamento da criminalização parece estar menos ligado ao princípio do dano do que a uma versão liberal do princípio da exploração. Isso porque, nesses casos, nossas intuições morais indicam que a conduta é censurável por motivos outros que não o dano ao patrimônio do chantageado e a violação a sua liberdade. Certamente, a depender das circunstâncias concretas, esse tipo de chantagem econômico-informacional, que aqui denominamos de chantagem-corrupção, pode ser associado a danos por acumulação ao interesse coletivo pelo regular funcionamento do sistema de justiça. Todavia, entendemos que a proibição da conduta se mostra legítima, ainda que não seja possível atender aos critérios de imputação justa de danos remotos.

A nosso ver, as boas razões determinantes para a criminalização, nessa hipótese, decorrem da tentativa do chantagista de *obter vantagem indevida ao barganhar com “moeda de troca” que não é de sua livre disposição*²²¹⁷, mediante uma conduta que constitui violação ao dever não meramente moral de cooperação mútua. A estrutura do crime de chantagem-corrupção se afasta da extorsão para se aproximar de uma corrupção que hibridiza público e privado, já que a “moeda de troca” é pública, mas a parte corrompida é um particular. No direito penal brasileiro, tal conduta não se amolda ao tipo penal de extorsão, porquanto a

²²¹⁶ Observa-se que o art. 158 se contenta com o intuito de obter vantagem, de modo que a chantagem-extorsão se consuma ainda que o chantagista não chegue a receber a vantagem financeira exigida. Diante disso, tendo em vista a menor gravidade da ameaça feita pelo agente na chantagem-extorsão, a pena cominada pode ser considerada excessiva. Em sentido contrário, Katz argumenta que, quando o acusado obriga a vítima a escolher entre dois males, a gravidade do injusto deve ser julgada pelo que ele realmente fez ou buscou alcançar e não baseado no que ele ameaçou fazer. Assim, o menor caráter injusto do ato ameaçado não impediria que a tentativa de obter vantagem injusta a partir dele constitua um injusto de maior gravidade. Ver: KATZ, Leo. *Blackmail and Other Criminal Bargains*, p. 159-160.

²²¹⁷ Assim, a tese de Lindgren, que parece artificial quando aplicada aos casos em que o chantagista ameaça fazer algo que ele não tem o dever de fazer, ganha pertinência no contexto da chantagem-corrupção. A tese funciona mesmo quando a “moeda de troca” não é necessariamente pública, mas também não é totalmente privada. Imagine-se o caso em que um líder sindical ameaça divulgar aos trabalhadores sindicalizados uma informação que certamente levará à deflagração de uma greve, caso os patrões não aceitem lhe pagar determinada quantia em dinheiro. Nesse caso, o líder sindical exige dinheiro para não fazer algo que ele tem, em face dos trabalhadores, um dever não meramente moral de fazer, dever esse que decorre não só do mandato de representação de interesses coletivos homogêneos que lhe foi outorgado pelos trabalhadores, mas, principalmente, da relação concreta entre o desempenho deste mandato e o exercício do direito constitucional à greve.

ameaça de comunicação verdadeira da ocorrência ou autoria de crime não configura ameaça injusta, nem ao crime de corrupção passiva (art. 317 do CP) ou mesmo de concussão (art. 316 do CP), uma vez que o agente não é funcionário público.

Finalmente, concordamos que o princípio do dano não fundamenta a proibição dos casos “paradoxais” de chantagem econômico-informacional. Como visto acima, é razoável sustentar que a proposta feita pelo chantagista é uma ameaça e não uma oferta. Isso porque, em geral, o agente não revelaria a informação, mesmo que não tivesse a possibilidade de chantagear a vítima, já que ele nem sempre tem um interesse independente na exposição do fato e não seria fácil encontrar outro comprador para a informação, sobretudo sem revelá-la antes²²¹⁸. Entretanto, ainda que se considere que a ameaça seja injusta, porquanto moralmente injustificável quando se considera todas suas circunstâncias, a ameaça pode não ser eficiente e, mesmo que seja, parece-nos que, em muitos casos, não será grave o bastante para reduzir a voluntariedade da decisão do chantageado por pagar os valores demandados pelo chantagista para alguém do patamar mínimo necessário e, por conseguinte, invalidar o consentimento. Por outro lado, o simples fato de o chantagista exigir recompensa financeira por algo que, caso a chantagem não fosse uma opção, seria fornecido gratuitamente não basta para justificar a proibição nos termos de uma versão liberal do princípio da exploração²²¹⁹. Apesar disso, é precipitado concluir que a porta para criminalizar esses casos se encontra definitivamente fechada para o legislador liberal.

A ameaça feita pelo chantagista, mesmo ele tendo o direito de executar a ameaça, é idônea a incutir em seu alvo estados mentais indesejados como apreensão e ansiedade²²²⁰. Por certo, em geral, os sentimentos vivenciados pelo chantageado são perfeitamente razoáveis. Além disso, a conduta do chantagista, a depender das circunstâncias, pode ser considerada uma forma de grave desrespeito e desconsideração pela parte chantageada. Essa característica evidencia a diferença moral entre dizer “me dê dinheiro ou contarei sobre a traição para a sua esposa” e “pare de trair a sua esposa ou contarei tudo pra ela”²²²¹. Assim, a proibição da

²²¹⁸ POSNER, Richard A. *Blackmail, Privacy, and Freedom of Contract*, p. 1822-1823.

²²¹⁹ PERALTA, José Milton. *Chantage als Ausbeutung*, p. 901.

²²²⁰ LEVY, Ken. *The Solution to the Real Blackmail Paradox*, p. 1085-1086 e 1096.

²²²¹ Para alguns autores, a ausência de conexão entre o ato ameaçado e a demanda é o que determina a diferença moral entre esses dois tipos de ameaça: WESTEN, Peter. *Blackmail*, p. 129. Para críticas ao uso desse critério pela doutrina alemã para diferenciar ameaças e ofertas: PERALTA, José Milton. *Chantage als Ausbeutung*, p. 886-888.

chantagem que, para Feinberg, permanece paradoxal pode estar fundamentada pelo princípio da ofensa combinado com o princípio da exploração. Realmente, como visto anteriormente, a abrangência do princípio da ofensa é restringida por uma série de máximas e princípios, inclusive pelo direito à liberdade de expressão. Provavelmente, apenas os casos em que o chantagista assedia o chantageado repetidamente passarão pelos exigentes filtros de aplicação do *offense principle*. Afinal, do direito de divulgar a informação não decorre que o agente tem também o direito de usá-la para torturar alguém psicologicamente a fim de obriga-lo a fazer algo que ele não tem nem mesmo um dever moral de fazer. O resultado é que a ameaça de revelação da informação, em razão de um conteúdo de injustiça especial inexistente no ato de divulgação da informação, não necessariamente estará amparada pelo direito à liberdade de expressão.

6.3.4 Criminalizando injustiças: proibições fundadas no conteúdo de injusto

Até então, afirmamos que o filtro de validade da teoria da criminalização aqui desenvolvida é composto por dois princípios: princípio do dano e princípio da ofensa. Por outro lado, rejeitamos o paternalismo rígido, mas acolhemos como boas razões para a proibição de condutas as fornecidas pelo paternalismo suave. No entanto, em lugar de postular um princípio independente, defendemos que o *harm principle* fosse suplementado por razões próprias do paternalismo suave, no momento da incidência da máxima *volenti non fit injuria* sobre o conteúdo de injusto da conduta.

Além disso, também rechaçamos o moralismo penal, ao menos vertentes como o conservadorismo, o perfeccionismo moral e algumas versões do moralismo estrito. Não obstante, já se deixou entrever a possibilidade de fundamentar a proibição de determinadas condutas em seu conteúdo inerente de injustiça, independentemente de considerações empíricas a respeito de suas possíveis consequências negativas. Neste tópico, trataremos das duas hipóteses em que injustiças não necessariamente danosas nem ofensivas podem ser suficientemente graves para legitimar uma proibição penal: 1) condutas que violam direitos sem prejudicar interesses e 2) explorações injustas não danosas.

6.3.4.1 Criminalizando violações de autonomia

Como visto, Feinberg entende que é impossível violar os direitos morais de alguém sem, em alguma medida, prejudicar seus interesses. Todavia, alguns contraexemplos – como os da violação de domicílio e do estupro “sem dano”, mencionados anteriormente (capítulo 4, tópico 4.2.2, *supra*) – demonstram que nem toda conduta injusta impacta negativamente o bem-estar da pessoa injustiçada.

Imagine-se que, sabendo que F está com enxaqueca, D coloque, dissimuladamente, no copo de água em que bebia F, medicamento para a dor que não possui nenhuma contraindicação nem efeito colateral. F toma a água sem saber que também estaria ingerindo o medicamento, sendo que a forte dor de cabeça desaparece imediatamente por causa da medicação. Com efeito, nesse caso, D beneficiou o interesse de F pelo próprio bem-estar físico sem prejudicar qualquer outro de seus interesses fundamentais. Apesar disso, o liberal comprometido com a defesa da autonomia pessoal haverá de concluir que D tratou F injustamente ao intervir na sua esfera corporal sem a sua autorização. Ao insistir que, em casos assim, existe um injusto danoso, Feinberg permite que o *harm principle* alcance condutas que violam direitos sem produzir dano em sentido descritivo e não normativo. Afinal, nessas hipóteses, os interesses de bem-estar do titular do direito violado, a partir de um parâmetro comparativo contrafactual, não são retrocedidos a um estágio pior do que estariam normalmente se a conduta não fosse praticada. Com isso, aniquila-se a separação entre dano e injusto²²²².

A esta altura, sabemos que o juízo de danosidade tem como referência o bem-estar das outras pessoas e o juízo de injustiça leva em conta os direitos e deveres do agente em face delas. Daí que o elemento da danosidade se ocupa de um tipo específico de razão estritamente consequencialista para não praticar determinada conduta, enquanto o elemento da injustiça se orienta por razões deontológicas que fundamentam o desvalor moral da conduta em si mesma. Logo, a razão consequencialista nos diz o que não podemos causar às pessoas e a razão deontológica elucida como não devemos tratá-las. Por isso, o dano deve ser mantido conceitual e analiticamente independente do injusto²²²³, ainda que argumentos atinentes à lesividade da conduta sejam eventualmente relevantes para a delimitação das razões deontológicas determinantes para não praticá-la.

²²²² DUFF, R.A. *The Realm of Criminal Law*, p. 268.

²²²³ BARBERÁ, Gabriel Pérez. *El Ilícito Material del Delito Tributario*, p. 76 e 102-103.

Tragicamente, o princípio do dano sai enfraquecido da tentativa de Feinberg de preservar a sua vigência em relação aos casos atípicos em que há violação de direitos sem retrocesso de interesses. Isso porque a afeição dos liberais pelo princípio decorre justamente da sua capacidade de conter o ímpeto do legislador de criminalizar condutas, submetendo cada uma das candidatas à criminalização ao duplo filtro de validade: um filtro empírico, responsável pela pré-seleção dos comportamentos efetiva ou potencialmente danosos, e um filtro normativo, encarregado de excluir do âmbito de aplicação das normas incriminadoras as condutas que, embora causalmente conectadas ao dano, não são moralmente censuráveis. Se não for possível distinguir com clareza os conceitos de dano e injusto, o *harm principle* perde parte de seu potencial de definir e limitar as boas razões que legitimam a criação de proibições penais.

Ademais, os referidos contraexemplos de injustos não danosos apontam no sentido de que, mesmo em relação a algumas normas proibitivas cuja compatibilidade *prima facie* com o princípio do dano parece incontestável, o caráter injusto da conduta já é uma boa razão para proibi-la prévia e independente de suas possíveis consequências danosas²²²⁴. É verdade que há algo de artificial nesses contraexemplos, uma vez que situações em que direitos básicos de um indivíduo são violados sem que nenhum de seus interesses essenciais seja prejudicado só parecem possíveis em experimentos laboratoriais altamente controlados. No entanto, certo é que exemplos hipotéticos como o bebê de Parfit, o contrato de escravidão voluntária e a batalha de gladiadores de Kristol, todos discutidos neste trabalho, não deixam de descrever cenários inusitados que podem nunca vir a se materializar na realidade. A despeito disso, não se discute o mérito das conclusões que se pode extrair das reflexões de filosofia moral em torno dessas hipóteses extraordinárias.

Há que se ter em mente que sustentar a legitimidade da escolha do legislador por criminalizar determinados injustos não danosos não é o mesmo que defender a criminalização de meras imoralidades²²²⁵. Isso porque não se postula a proibição de condutas que são simplesmente incorretas em abstrato, mas que, como se verá a seguir, violam o direito de

²²²⁴ SIMESTER, A. P. Enforcing Morality. In: MARMOR, Andrei (ed.). *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. New York: Routledge, 2012, p. 492-493.

²²²⁵ SIMESTER, A. P. Enforcing Morality, p. 493.

alguém a ser tratado como um ser humano igual em liberdade e moralmente responsável²²²⁶. Logo, não se trata de proibir males impessoais (*non-grievance evils*) ou males flutuantes (*free-floating evils*) e sim condutas que violam direitos de outras pessoas. Por certo, o legislador liberal possui opções fora do âmbito de alcance do *harm-offense principle* que não importam em ceder ao que normalmente se associa ao moralismo legal²²²⁷.

A nosso ver, os crimes de que tratam os contraexemplos de injustiças não danosas, que levaram Feinberg a permitir que o conceito de dano fosse fagocitado pelo de injusto, encontram um fundamento de legitimação mais apropriado no que podemos denominar de *princípio da violação à autonomia*. De fato, no mencionado exemplo da ministração clandestina de medicamento para enxaqueca, D cruza injustificadamente as fronteiras do domínio pessoal sobre o qual F é soberano. Essa interpretação da conduta de D é compatível com a forma como o próprio Feinberg compreende a soberania pessoal. Pela perspectiva feinberguiana, o direito à autonomia não se reduz a mero instrumento de proteção de interesses, mas é um trunfo do indivíduo contra a intervenção externa em seu domínio pessoal. Se não fosse assim, a autonomia individual poderia ser desrespeitada sempre que o seu exercício contrariasse os interesses do próprio agente, bem como quando a intervenção externa sobre escolhas autônomas do indivíduo promovesse o seu bem-estar.

Portanto, o princípio da violação à autonomia dispõe que constitui uma boa razão para proibir determinada conduta o fato de que ela viola injustamente direitos inerentes à soberania pessoal, ainda que a conduta não retroceda os interesses do titular do direito ou, até mesmo, que promova os seus interesses²²²⁸. Diversamente dos princípios do dano e da ofensa, o presente princípio toma a injustiça da conduta como um fundamento positivo e não um limite negativo a sua criminalização. Além do direito à autodeterminação corporal violado pela conduta de D, tais injustos não danosos podem atacar também o direito à

²²²⁶ SIMESTER, A. P. *Enforcing Morality*, p. 492.

²²²⁷ HÖRNLE, Tatjana. "Rights of Others" in *Criminalisation Theory*, p. 170.

²²²⁸ Além dos já mencionados princípios da soberania de Ripstein e da autonomia de Dubber (capítulo 4, tópico 4.2.2, *supra*), o princípio aqui elaborado também se aproxima de outras teorias da criminalização como a de Pettit. Para esse autor, o direito penal deve se preocupar com a violação da igual liberdade dos indivíduos de não sofrer dominação: PETTIT, Philip. *Criminalization in Republican Theory*. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor (eds.). *Criminalization: The Political Morality of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 136.

autodeterminação sexual²²²⁹ (como no caso do “estupro sem dano”), à privacidade e intimidade (como no caso da violação de domicílio não danosa), à imagem e intimidade (p. ex., a divulgação de fotos e vídeos íntimos, mesmo sem a identificação da vítima²²³⁰), à igualdade e dignidade (como alguns tipos de discurso de ódio contra grupos identitários vulneráveis), ao tratamento digno (p. ex., a comercialização de crianças para adoção, mesmo quando há melhora nas expectativas futuras da criança), a decidir o que será feito com o seu corpo logo após a morte (p. ex., a disposição de órgãos *post-mortem* contra a vontade real ou presumida da pessoa em vida)²²³¹ e a fazer escolhas livres de qualquer coação ilícita (p. ex., a chantagem-extorsão quando a conduta ameaçada é ilegal, mas não grave o bastante para tornar o pagamento da vantagem econômica menos do que suficientemente voluntário).

A fim de ser alvo de proibição penal, a conduta que invade o domínio da soberania pessoal de outra pessoa não precisa piorar objetivamente as suas expectativas futuras. Apesar disso, o liberal estará mais propenso a superar a presunção pela liberdade se a conduta proibida for do tipo que, em geral, tende a causar dano direto ao bem-estar da vítima, ainda que a conduta especificamente praticada, no caso concreto, não se mostre idônea a produzir qualquer efeito adverso. Por conseguinte, pensadas genericamente e em abstrato pelo legislador, no momento em que ele deve decidir por criminalizá-las ou não, as condutas alcançadas pelo princípio da violação da autonomia podem ser concebidas como potencialmente danosas. Daí que, embora a sua natureza seja essencialmente deontológica, o

²²²⁹ No sentido de que a essência do crime de estupro é a violação do direito à autonomia sexual e não o dano físico ou psicológico eventualmente produzido: HÖRNLE, Tatjana. *Violación como Relaciones Sexuales no Consentidas*, p. 202. Segundo a autora, o crime viola diretamente o aspecto negativo da autonomia sexual (o direito a não ser submetido a atos sexuais contra sua vontade) e indiretamente o aspecto positivo dessa autonomia (o direito a ter uma vida sexual que reflita seus desejos e necessidades individuais). Além disso, a indiferença em relação à autonomia sexual de uma pessoa também é indiferença pela sua dignidade, de modo que uma visão completa sobre o conteúdo de injusto do estupro deve incluir também a ideia de que a conduta, em razão de seu significado social e simbólico identificado pela perspectiva de um observador, humilha a vítima de maneira substancial. Ver: *Ibidem*, p. 202-204.

²²³⁰ FARMER, Lindsay. *Criminal Wrongs in Historical Perspective*, p. 234.

²²³¹ Scoccia se mostra cético em relação ao uso da autonomia para justificar a proibição da profanação de cadáveres, alegando que esse argumento não fornece uma explicação para a proibição nos casos em que a pessoa, em vida, era completamente indiferente ao seu tratamento pós-morte: SCOCCIA, Danny. In *Defense of “Pure” Legal Moralism*, p. 522. No entanto, parece-nos que, independente de quais eram as preferências e desejos da pessoa em vida, o seu direito à soberania pessoal inclui o direito a que o seu corpo, ao menos por um breve período depois da sua morte, não seja tratado com desrespeito a sua humanidade, sem a sua aquiescência em vida.

presente princípio da criminalização também não é totalmente indiferente a um elemento consequencialista²²³².

No mais, a máxima *volenti non fit injuria* também será aplicável ao princípio da violação da autonomia, não havendo que se falar em violação a direitos se a vítima houver emitido seu consentimento suficientemente voluntário para a prática da conduta pelo agente. Além disso, à máxima *de minimis non curat lex* deve ser atribuída a função de impedir a criminalização de condutas que, embora desrespeitem a autonomia de outra pessoa, não são suficientemente injustas ou sérias para justificar a sua criminalização, na ausência de dano ou perigo imediato ao bem-estar da vítima. É o caso daquele que coloca um remédio para azia na bebida de um amigo, sem o conhecimento desse último. O mesmo vale para várias das hipóteses de fraude no incentivo que a jurisprudência e a doutrina argumentam que não invalidam o consentimento, mas que, a nosso ver, apenas não merecem ser criminalizadas por não afetarem seriamente a autonomia alheia.

Finalmente, sobretudo em matéria sexual, o direito à privacidade também pode constituir óbice à proibição penal de algumas condutas (p. ex., determinadas hipóteses de fraude no incentivo em relação a elemento essencial à identidade de um dos envolvidos em ato libidinoso, sobretudo quando as partes tenham estabelecido uma relação íntima de afeto, ainda que se conclua pela ineficiência do consentimento)²²³³. Nos casos específicos em que a conduta possui algum conteúdo comunicativo, especialmente nas situações excepcionais em que o ataque não se dirige contra os direitos de uma vítima determinada, como ocorre em violações à dignidade de pessoas indeterminadas pertencentes a grupos identitários, será necessário balancear o peso das boas razões em favor da proibição com considerações referentes ao direito à liberdade de expressão.

É importante diferenciar o princípio da violação à autonomia de teorias da criminalização como a de Hörnle. Embora reconheça a relevância do sofrimento físico e psicológico imposto pela conduta criminosa à vítima e os impactos futuros para a sua vida, a

²²³² Não estamos seguros, todavia, de que necessariamente todas as condutas cuja criminalização está fundamentada pelo princípio da violação à autonomia precisam ser, em geral, danosas. O contraexemplo que nos desperta essa dúvida é o crime de profanação de cadáver, pois, como visto, os interesses não sobrevivem à morte de seu titular, mas apenas os seus direitos. É possível argumentar que a conduta, em geral, tem potencial de retroceder interesses das pessoas vivas que possuem laços afetivos com o morto, embora esse retrocesso não ocorra em todas as situações. Contudo, não nos parece que tal dano aos interesses de terceiros que não a vítima imediata realmente desempenhe um papel na fundamentação liberal da proibição dessa conduta.

²²³³ De forma semelhante: HIRSCH, Andrew von. *Toleranz als Mediating principle*, p. 105-107.

autora alemã sustenta que o principal ponto de referência do legislador ao criminalizá-la deve ser o ataque aos direitos da vítima no momento do ato²²³⁴. Assim, nessa visão, só devem ser criminalizadas condutas que violam direitos de outros indivíduos²²³⁵. Essa ideia, por um lado, é mais ampla do que o princípio aqui defendido, uma vez que abrange ataques a outros direitos para além do direito à soberania pessoal²²³⁶ (p. ex., agressões em geral ao direito à propriedade, ainda que o domínio personalíssimo do indivíduo não seja invadido²²³⁷). De outra parte, a proposta de Hörnle parece, em um primeiro momento, pretender cobrir todo o terreno pelo qual se move o complexo fenômeno da criminalização legítima.

Para nós, o conceito de violação de direitos é demasiadamente restrito para traduzir todas as proibições penais que o legislador liberal de um Estado democrático está moral e politicamente autorizado a criar. De fato, a própria autora admite que uma abordagem centrada em direitos não é capaz de justificar a criminalização de condutas que afetam verdadeiros interesses coletivos, como a falsificação de moeda e a corrupção pública²²³⁸. Além disso, no afã de oferecer um critério único para identificar os limites materiais das proibições penais, a teoria de Hörnle se aproxima da teoria do bem jurídico ao recorrer a uma linguagem genérica e abstrata que não permite uma descrição fiel da realidade e, por isso, pode facilmente se desconectar dos desafios concretos da coexistência pacífica. Sem embargo, comparada tanto ao *harm-offense principle* quanto à teoria do bem jurídico, a ideia de

²²³⁴ HÖRNLE, Tatjana. “Rights of Others” in *Criminalisation Theory*, p. 176.

²²³⁵ Hirsch/Simester criticam a postura de Hörnle por ficar refém do direito positivo; desviar os direitos individuais de sua função precípua de limitar e não fundamentar o uso do poder estatal e pelo risco de que o apelo a direitos constitucionais para justificar proibições penais venha a encerrar a discussão sobre a sua legitimidade e bloquear a possibilidade de aplicação de máximas de mediação: HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 134-137. Ver também: BOIS-PEDAIN, Antje. The Place of Criminal Law Theory in the Constitutional State. In: SIMESTER, AP; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid. *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014, p. 308. Para a resposta a tais críticas, conferir: HÖRNLE, Tatjana. “Rights of Others” in *Criminalisation Theory*, p. 181-183.

²²³⁶ Duff afirma que teorias da criminalização centradas na ideia de violação de direitos são pouco robustas exatamente por deixar pendentes tanto a questão sobre quais direitos são esses cuja violação faz jus à intervenção do direito penal quanto a questão sobre quais condutas violam esses mesmos direitos: DUFF, R.A. *The Realm of Criminal Law*, p. 263.

²²³⁷ Hörnle reconhece que algumas violações a direitos individuais pertencem a uma categoria especial, em razão do vínculo entre esses direitos e *aquilo que significa ser uma pessoa*: “The more intimate a sphere of liberty is tied to the idea *what it means to be a person*, the more should freedom from others’ intrusions be considered intrinsically valuable” (HÖRNLE, Tatjana. “Rights of Others” in *Criminalisation Theory*, p. 185).

²²³⁸ HÖRNLE, Tatjana. Theories of Criminalization. *Criminal Law and Philosophy*, v. 10, n. 2, 2016, p. 304. Ver crítica a esse aspecto da teoria de Hörnle em: HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A.P. On the Legitimate Objectives of Criminalisation, p. 369.

violação de direitos tem a desvantagem de, por si só, permitir que as condutas criminosas sejam classificadas pela gravidade unicamente em função da importância do direito violado. Enquanto o bem-estar pessoal pode ser mais ou menos retrocedido, os direitos, por seu turno, operam na lógica do tudo ou nada, ou seja, ou um direito foi violado ou não, sendo que a existência de violação não nos informa o nível em que a vítima foi efetivamente afetada.

Por derradeiro, registra-se que o princípio do dano não pode ser totalmente substituído pelo princípio da violação à autonomia²²³⁹. Com efeito, existem direitos que, diferentemente do direito à autonomia, são reconhecidos aos indivíduos por constituírem instrumentos necessários à proteção dos seus interesses gerais. É o caso do direito à propriedade²²⁴⁰. Suponha-se que G adentre um imóvel vazio de propriedade de F, onde antigamente funcionava um estabelecimento comercial, e tira uma soneca no local. Diferentemente da hipótese de invasão de domicílio, na qual é violado o espaço mínimo de intimidade e privacidade necessário à garantia da segurança pessoal, só haverá uma boa razão convincente para punir a conduta de G se ela causar algum prejuízo a F.

Por outro lado, a ideia de violação de um direito não é capaz de expressar o conteúdo de injusto de muitas condutas cuja legitimidade da criminalização não é seriamente questionada. Considere-se o caso do crime de posse ilegal de arma de fogo. Dizer que tal conduta viola simplesmente um alegado direito das pessoas ao controle de armas é uma explicação *ad hoc* e imprecisa. Uma justificação completa da proibição penal, nesse caso, deve considerar a periculosidade da conduta e a violação ao dever de cooperação com metas coletivas, bem como os critérios de imputação justa que delimitam concretamente esse dever. Igualmente, o princípio do dano é indispensável à justificação de crimes ambientais, de omissão de socorro e de perigo comum.

O mesmo pode ser dito sobre o princípio da ofensa. Com efeito, a invasão da intimidade e privacidade alheia, por exemplo, é suficiente para justificar a proibição da

²²³⁹ No sentido de que o *harm principle* deve ser complementado por um princípio da soberania, tendo em vista que “harm and interference with sovereignty provide independent sources of legitimate criminal prohibitions”: TADROS, Victor. Harm, Sovereignty, and Prohibition. *Legal Theory*, v. 17, 2011, p. 65. Conferir: “The idea of harm and the idea of interference with sovereignty are, I suspect, two important sources of moral demand that lack a single foundation. The idea of sovereignty is grounded in the idea that autonomous moral agents are permitted to shape their lives themselves in light of those things that they come to value through the independent exercise of judgment. (...) The idea of harm, in contrast, is grounded in the idea that the lives of agents are capable of going well or badly for them.” (*Ibidem*, p. 64).

²²⁴⁰ SIMESTER, A. P. Enforcing Morality, p. 493.

conduta, independentemente de qualquer especulação sobre os seus efeitos colaterais. Diversamente, a exposição da própria intimidade a outra pessoa sem o seu consentimento só merece a mesma atenção quando acompanhada pelo potencial de provocar determinada reação negativa na audiência e desde que observadas as balizas impostas pelas máximas de mediação aplicáveis ao *offense principle*²²⁴¹. Outro exemplo é dado pelos crimes de desrespeitos aos mortos, como a profanação de cadáveres e sepulturas. O princípio da violação à autonomia só fundamenta a criminalização de ataques graves a determinados direitos da personalidade ocorridos dentro de um período relativamente curto após a morte da vítima, uma vez que a proteção desses direitos sobreviventes não mantém indefinidamente a mesma pujança²²⁴². Portanto, o presente princípio não esvazia o papel dos demais princípios da criminalização.

6.3.4.2 Criminalizando explorações injustas

Como visto, Feinberg rejeita o princípio da exploração por considerá-lo inconciliável com a oposição liberal ao moralismo legal. A despeito disso, o filósofo não contesta a legitimidade de normas incriminadoras que, até então, ventilamos como possivelmente fundamentadas pelo princípio da exploração. Nesses casos, Feinberg entende que a proibição é compatível com o *harm principle*, tendo ele identificado danos remotamente conectados à conduta proibida. Ocorre que tais danos remotos nem sempre atendem aos critérios que postulamos anteriormente como limites à criminalização respaldada em danos que só são reconduzíveis à conduta proibida por meio de uma longa cadeia de contingências causais.

Essa é uma diferença essencial entre a teoria da criminalização de Feinberg e a teoria aqui defendida. O filósofo não elabora critérios rigorosos aptos a funcionar como óbices intransponíveis à aplicação do princípio do dano a condutas intrinsecamente inofensivas, mas que podem ser discursivamente representadas como remotamente danosas, limitando-se a estabelecer máximas voltadas a orientar a ponderação entre os possíveis interesses em conflito. Neste trabalho, optamos por restringir a possibilidade de o legislador penal invocar

²²⁴¹ De forma semelhante: BAKER, Dennis J. *The Sense and Nonsense of Criminalising Transfers of Obscene Material*, p. 155.

²²⁴² Nesse sentido: HÖRNLE, Tatjana. *Criminalizing Behaviour to Protect Human Dignity*, p. 318; HÖRNLE, Tatjana; KREMNITZER, Mordechai. *Human Dignity as a Protected Interest in Criminal Law*, p. 162.

danos remotos, sem eliminá-la, a fim de evitar o colapso do *harm principle*. Nesse escopo, preferimos ir além do *harm-offense principle* e endossar princípios que fundamentam a criminalização de condutas precipuamente em sua injustiça intrínseca, tais como o princípio da exploração.

Além de contribuir para manter o alcance do princípio do dano mais comedido, essa abordagem tem a vantagem de clarificar o que há realmente de errado com essas condutas, aproximando a avaliação do legislador liberal de intuições morais embasadas racionalmente e amplamente compartilhadas pela sociedade. O resultado é que o diálogo sobre as razões que motivam a criminalização de condutas tem o potencial de se tornar mais democrático e inclusivo. Em verdade, deixar de construir uma teoria da criminalização que especifique as diferentes razões que autorizam a proibição de condutas é perder a chance de refletir criticamente sobre se essas razões são suficientemente boas e sobre os limites precisos de cada uma dessas razões.

Como já adiantado, o princípio da exploração possui dois possíveis âmbitos de aplicação que não podem ser alcançados pelo princípio do dano: A) *condutas que afetam adversamente interesses de outras pessoas, mas com o seu consentimento suficientemente voluntário* e B) *condutas que podem não afetar adversamente os interesses de outras pessoas*. Nas duas hipóteses, a aplicação do princípio da exploração depende da combinação entre um elemento consequencialista e outro deontológico. A conduta proibida deve, por um lado, ser capaz de produzir diretamente uma vantagem indevida para o agente, vantagem essa que comumente, mas não necessariamente, terá natureza econômica. Por outro lado, a conduta do agente deve violar deveres não meramente morais. Vejamos cada um desses grupos de casos:

A) *Condutas que afetam adversamente interesses de outras pessoas, mas com seu consentimento suficientemente voluntário*. Esse grupo comporta as situações específicas, já mencionadas, em que o legislador liberal estará excepcionalmente autorizado a proibir a conduta daquele que, por exemplo, obtém vantagem indevida ao adquirir ou intermediar a aquisição de órgão transplantável retirado com consentimento válido, beneficia-se injustamente do exercício da prostituição voluntária de outra pessoa ou extrai lucro excessivo da compulsão não patológica de outra pessoa pelo uso de drogas ou pelos jogos de azar. O princípio da exploração fundamenta a criminalização dessas condutas quando o agente *se aproveita de alguma vulnerabilidade da vítima, advinda de situação coercitiva pela qual o agente não é responsável* (1) para *extrair vantagem excessiva e desproporcional* (2) em

decorrência de uma *escolha menos do que perfeitamente voluntária da vítima* (3) que *afeta negativamente algum de seus interesses de bem-estar* (4).

Diferentemente do paternalista, o defensor do princípio da exploração não pretende proibir a conduta em razão do dano causado a alguém que toma uma decisão suficientemente voluntária, o que configuraria um desrespeito à soberania pessoal. O presente princípio enfoca o fato de o agente obter ou tentar obter vantagem indevida ao explorar uma escolha objetivamente contrária aos interesses da vítima que, embora suficientemente voluntária, é tomada em circunstâncias tais que exercem sobre a vítima uma pressão coercitiva que impede que a escolha seja considerada perfeitamente voluntária. Portanto, não se proíbe a conduta em toda e qualquer situação, mas apenas quando presentes os elementos indicativos de uma exploração injusta. Daí que, de forma geral, a descrição da conduta criminosa terá uma estrutura semelhante ao do *crime de usura*, no qual o agente se aproveita da situação de necessidade econômica grave e urgente de outra pessoa para lhe emprestar dinheiro a juros exorbitantes.

Nesse primeiro grupo de casos, a conduta da parte exploradora é injusta por violar um *dever de solidariedade* que o agente tem em face de seus concidadãos, o qual não impõe, nesses casos, que ele atue altruisticamente para salvá-los de sua condição de penúria ou mesmo corrigir as circunstâncias fáticas que produzem a situação de vulnerabilidade, mas determina que ele não se aproveite desse contexto para, em proveito próprio, deixar de beneficiar ou compensar proporcionalmente a outra parte da relação. Esse dever negativo é um limite razoável ao exercício da liberdade de iniciativa econômica dos indivíduos. Assim, o princípio da exploração alcança determinadas transações que um observador objetivo, situado *por trás do véu da ignorância*²²⁴³, consideraria inerentemente injustas.

Ressalta-se que, nesse grupo de casos, a gravidade da injustiça cometida pela parte exploradora varia conforme os elementos indicados por Feinberg, quais sejam, o uso que o explorador faz do explorado (p. ex., se ele se utiliza de técnicas de manipulação), o traço ou característica que é explorada (p. ex., a situação de necessidade econômica iminente) e o nível de desequilíbrio na distribuição entre os custos e benefícios. Com efeito, o injusto deverá ser razoavelmente grave para justificar a intromissão do direito penal. Além disso, o respeito à

²²⁴³ WOLFF, Jonathan. *Marx and Exploitation*, p. 117.

soberania pessoal da parte explorada constituirá um óbice à aplicação do princípio da exploração naqueles casos em que o desequilíbrio objetivo na distribuição entre custos e benefícios é um elemento essencial do tipo de relação que o explorado deseja autonomamente estabelecer com o explorador (como ocorre no contrato de escravidão voluntária).

B) *Condutas que não necessariamente afetam adversamente os interesses de outras pessoas.* Esse segundo grupo de casos inclui situações em que a transação, além de nem sempre gerar dano ou perigo de dano injusto a interesses alheios, não é necessariamente (ou apenas) injusta com a outra parte, mas constitui um ato de injustiça contra uma pluralidade de pessoas indeterminadas que não participam da transação. Logo, nesses casos, a transação injusta se caracteriza pela natureza triangular, havendo, além de A e B, um terceiro C indeterminado ou de difícil determinação. Aqui são incluídos os exemplos anteriormente referidos do *insider trading* e do que categorizamos como chantagem-corrupção, nos quais o *agente se aproveita de uma vantagem injusta durante uma transação ou usa “moedas de troca” que não lhe pertencem ou não são de sua livre disposição*²²⁴⁴ *para obter um benefício indevido, violando, assim, um dever não meramente moral em face de seus concidadãos.*

Os principais exemplos de aplicação do princípio da exploração a esse segundo grupo de casos envolvem a violação do que se pode identificar, em linhas gerais, como um *dever de probidade pública*. Imagine-se o seguinte caso hipotético: o eleitor A do município de X decide leiloar o seu voto àquele candidato a prefeito municipal que estiver disposto a pagar mais por ele (ver art. 299 do Código Eleitoral²²⁴⁵). De forma análoga ao que se observou nos casos paradoxais de chantagem, A solicita dinheiro para fazer algo que, à primeira vista, ele tem tanto o direito de fazer quanto o de não fazer, uma vez que ele tem a faculdade legal de votar ou não em qualquer dos candidatos. Porém, é verdade que o exercício do direito ao voto não diz respeito apenas ao eleitor, pois a confluência da sua escolha com a de outros votantes impacta as vidas de todos os cidadãos, eleitores ou não. Ademais, esse direito é qualificado como político e não meramente individual, já que, diferentemente dos direitos personalíssimos, não deriva simplesmente da dignidade intrínseca a toda pessoa humana, mas da condição de membro de uma organização política. Daí que há algo de

²²⁴⁴ LINDGREN, James. *Unraveling the Paradox of Blackmail*, p. 702.

²²⁴⁵ Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita: Pena - reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa.

distinto nesse direito que expressa um poder de participar direta ou indiretamente do governo de um Estado.

Pode-se argumentar que a conduta de A deve ser proibida, nos termos do princípio do dano, por afetar indiretamente interesses de todos os cidadãos, como o interesse pela autenticidade da vontade popular manifestada pelo exercício do direito ao sufrágio universal ou pela própria existência de um processo eleitoral no qual os detentores de maior poder econômico não possuem uma vantagem desigual sobre seus concorrentes. Apesar disso, parece-nos que a lei penal está moralmente autorizada a censurar a conduta de A, mesmo quando for possível excluir, de antemão, o risco de que ela venha a interferir no resultado da eleição (p. ex., A teve seus direitos políticos suspensos e está impedido de votar). Isso porque, também nesses casos, A não apenas oferece fazer algo que tem direito de fazer em troca de uma compensação financeira, mas negocia em proveito próprio uma parcela de poder que pertence originalmente a todo o povo soberano e não apenas a ele. Assim, como A compartilha com seus concidadãos o poder de eleger os seus representantes, ele *abusa de um poder concedido para ser exercido em nome do bem-comum, ao negociar um acordo a fim de obter vantagem pessoal, violando seu dever cívico de cooperar para a lisura do processo democrático*. Esse dever de mútua cooperação se fundamenta, em última instância, no ideal de participação igualitária em uma democracia, já que, se a compra e venda de votos fosse permitida, a vontade de alguns eleitores valeria mais do que a de outros²²⁴⁶ e alguns candidatos seriam favorecidos em detrimento de seus concorrentes.

Tal raciocínio se aplica não apenas ao crime de corrupção eleitoral, mas ao tipo geral de *corrupção pública*. De fato, embora seja possível conectar os crimes de corrupção passiva (art. 317 do CP²²⁴⁷) e ativa (art. 333 do CP²²⁴⁸) a danos remotos contra interesses coletivos, alegando que a conduta prejudica a eficiência das funções públicas ou a confiança que a

²²⁴⁶ Nessa linha: SATZ, Debora. *Why Some Things Should not be for Sale: The Moral Limits of Markets*. New York: Oxford University Press, 2012, p. 100.

²²⁴⁷ Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. § 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

²²⁴⁸ Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

coletividade deposita em seu exercício regular²²⁴⁹, o *harm principle* pode, no máximo, fornecer uma explicação incompleta para a questão sobre as razões morais que fundamentam a criminalização da corrupção²²⁵⁰. Afinal, *a existência de um acordo envolvendo a oferta ou solicitação de vantagem privada é um elemento essencial do conceito de corrupção*, tanto que não se considera corrupção a coação de um funcionário público, ainda que tal conduta produza os mesmos efeitos adversos supracitados²²⁵¹.

Por outro lado, não se questiona que o funcionário público merece ser punido pelo crime de corrupção passiva, ainda que, no momento em que ele solicita ou recebe a vantagem em razão do exercício de suas funções, seja cabível excluir qualquer possibilidade de que a imparcialidade de sua atuação seja comprometida pela vantagem (p. ex., minutos depois do crime, o agente é comunicado de que já havia sido exonerado), bem como de que qualquer pessoa venha a tomar conhecimento da transação ilegal²²⁵². Com efeito, nossas intuições morais apontam que a gravidade da injustiça da corrupção é medida de acordo com o tamanho da vantagem indevidamente obtida ou pretendida²²⁵³. Logo, nessa modalidade de corrupção, o *funcionário público, incentivado ou não pelo particular, abusa do poder que lhe foi confiado para ser exercido em benefício do bem-comum, ao negociar um acordo a fim de obter proveito pessoal, violando seu dever de lealdade*²²⁵⁴ no trato da coisa pública. Esse dever de lealdade se fundamenta não exatamente no ideal de que todos os particulares estejam em pé

²²⁴⁹ Sobre os danos associados à corrupção: GREEN, Stuart P. What's Wrong with Bribery. In: n: DUFF, R. A.; GREEN, Stuart P. (ed.). *Defining Crimes: Essays on the Special Part of the Criminal Law*, 2005, p. 152; GREEN, Stuart P. *Lying, Cheating, and Stealing*, p. 202. Conferir também Horder, que fundamenta a criminalização do suborno em uma versão preventiva do *harm principle*, semelhante à defendida por Gardner/Shute para os casos de “estupro sem dano”: HORDER, Jeremy. Bribery as a form of criminal wrongdoing. *Law Quarterly Review*, v. 127, 2010, p. 37-54. Para nossa crítica a essa versão do princípio do dano, ver capítulo 4, item 4.2.2, *supra*.

²²⁵⁰ As críticas aqui apresentadas à inadequação do princípio do dano para explicitar o fundamento de criminalização da corrupção pública são justamente as feitas por Greco/Teixeira à teoria do bem jurídico: GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 27-28.

²²⁵¹ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção, p. 27.

²²⁵² GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção, p. 28. Observa-se que a lei brasileira só dispensa a existência de solicitação ou recebimento de vantagem para a configuração do crime, quando o funcionário público efetivamente corrompido pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem (art. 317, §2º, CP).

²²⁵³ GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção, p. 28.

²²⁵⁴ Para críticas à concepção, dominante na doutrina de língua inglesa, de que a corrupção é injusta por violar um dever de lealdade, conferir: HELLMAN, Deborah. Understanding Bribery. In: ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler (ed.). *The Palgrave Handbook of Applied Ethics*. Palgrave Macmillan, 2019, p. 147-163.

de igualdade em suas interações com os órgãos de governo²²⁵⁵, mas principalmente no ideal de que as atividades dos funcionários públicos sejam orientadas pelo melhor interesse da administração pública e não por interesses privados.

Portanto, é o princípio da exploração, e não o *harm principle*, que identifica as boas razões que motivam o legislador liberal a criminalizar a corrupção pública. Cumpre questionar se o mesmo vale para a corrupção privada ou comercial²²⁵⁶, ou seja, quando a transação injusta ocorre apenas entre particulares e não tem qualquer ponto de contato com a atividade Estatal²²⁵⁷. De fato, há também casos de corrupção privada que possuem a mesma estrutura que descrevemos para a corrupção pública: *A abuse de um poder para obter vantagem pessoal em uma transação com B que viola seu dever de lealdade perante C*. Vejamos um exemplo: B, proprietário da empresa X, oferece a A, gerente de compras da empresa C, uma comissão sobre o valor de todos os equipamentos e insumos que ele venha a adquirir para as atividades da empresa C. A aceita a oferta.

Na corrupção pública e privada, o dever de lealdade pode ser compreendido como o dever de exercer um poder única e exclusivamente no melhor interesse daquele que o concedeu e nunca com o propósito de promover interesses pessoais ou de terceiros²²⁵⁸. Segundo Green, esse dever é violado sempre que o funcionário público ou privado acorda em tomar decisões, relativas ao exercício de suas funções, condicionado pela obtenção de uma vantagem pessoal e não pela promoção do melhor interesse da administração pública ou da

²²⁵⁵ Para uma compreensão do injusto da corrupção nesse sentido: ALLDRIDGE, Peter. Reforming Criminal Law of Corruption. *Criminal Law Forum*, v. 11, n. 3, 2000, p. 287-322. Ver críticas em: RUSCA, Bruno. ¿Por Qué está Mal Aceptar y Ofrecer Subornos? Una Discusión de la Tesis de la Mercantilización del Gobierno. *En Letra: Derecho Penal*, n. 2, 2016, p. 86-104. Como observa Rusca, embora a teoria de Alldridge ajude a explicitar o conteúdo de desvalor moral em casos como a compra e venda de decisões judiciais, ela não explica por que não se considera corrupção quando o funcionário público aceita uma vantagem em benefício do próprio poder público.

²²⁵⁶ A legislação penal brasileira, diferentemente de países como Estados Unidos, Reino Unido e Alemanha, desconhece um tipo penal de corrupção privada. O mais próximo que temos da criminalização da corrupção privada são os crimes de concorrência desleal (art. 195, incisos IX e X, da Lei nº 9.279/1996) e gestão fraudulenta (art. 4º da Lei nº 7.492/1986). Todavia, como esclarece Teixeira, a forma clássica da corrupção ocorre na interação entre empresas de ramos diversos (fornecedora e consumidora) e não entre empresas concorrentes, além de não poder ser limitada ao âmbito das instituições financeiras. Ver: TEIXEIRA, Adriano. Crimes de corrupção: considerações introdutórias sobre o crime de corrupção privada. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza. *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 533-534.

²²⁵⁷ TEIXEIRA, Adriano. Crimes de corrupção, p. 518.

²²⁵⁸ GREEN, Stuart P. What's Wrong with Bribery, p. 160; GREEN, Stuart P. *Lying, Cheating, and Stealing*, p. 203.

empresa privada, respectivamente. Daí que é indiferente à existência de deslealdade na corrupção que a decisão que o funcionário se compromete a tomar seja certa ou errada, desde que ele tenha acordado em tomá-la pelas razões erradas²²⁵⁹. Esse elemento da violação de um dever de lealdade é o que permite diferenciar a corrupção privada de algumas práticas comerciais perfeitamente legítimas²²⁶⁰ (p. ex. se B houvesse oferecido um desconto para a empresa C na compra dos equipamentos e insumos, no lugar de uma “propina” para o empregado A).

Não obstante essa analogia entre o conteúdo de injusto na corrupção pública e na privada, entendemos que existe uma diferença qualitativa entre elas. Em contraste com o dever de lealdade do funcionário público, bem como o dever cívico de cooperação com as instituições de justiça e democráticas, os deveres do empregado em face do empregador têm natureza puramente privada. Além disso, o dever de lealdade do empregado se aproxima de deveres como os de coordenação por ser atribuído justamente com a finalidade de evitar danos ao empregador, mormente ao seu patrimônio. O mesmo vale para os deveres que venham eventualmente a serem impostos em função da regulamentação do “cambismo” profissional, a qual, como dito, teria a função de prevenir danos para aos espectadores de eventos diversos. Daí que tais deveres se fundamentam precipuamente em razões consequencialistas e não deontológicas, enquanto o dever de lealdade do funcionário público se fundamenta em valores não instrumentais como a legitimidade democrática dos atos do poder público e o dever de lealdade dos investidores do mercado de capitais em considerações de igualdade e justiça e não exclusivamente em razões de utilidade.

Diante disso, a nosso ver, o direito penal só deve se ocupar da corrupção privada quando a conduta do empregado expõe o patrimônio do empregador a perigo de dano não trivial²²⁶¹. Isso porque a mera violação do dever de lealdade pelo empregado não é

²²⁵⁹ GREEN, Stuart P. What’s Wrong with Bribery, p. 162.

²²⁶⁰ GRIFFITHS, Kelly. Criminalising Bribery in a Corporate World. *Current Issues in Criminal Justice*, v. 27, n. 3, 2016, p. 256: “When constructing a definition of ‘commercial bribery’, the line between what may be construed as criminal behaviour and as ordinary business practice is unclear. Commercial sector actors are expected to advance their own interests. This is a core element of entrepreneurial capitalism. (...) the criminal law should only intervene where persons entrusted with the management of the interests of others betray those interests to advance their own. This necessarily imports an element of dishonesty, which distinguishes commercial bribery from legitimate business practices.”

²²⁶¹ De forma semelhante, criticando a proposta de fundamentar a criminalização da corrupção privada exclusivamente na violação de um dever de lealdade do empregado: TEIXEIRA, Adriano. Crimes de corrupção, p. 527-528.

suficientemente injusta para, por si só, fundamentar a criminalização da conduta (pensemos na conduta do *maître* de um restaurante que aceita dinheiro de clientes para colocá-los à frente na lista de espera). Logo, a corrupção privada, assim como a atividade irregular do cambista profissional, só poderia ser proibida com fundamento no princípio do dano e não no princípio da exploração. Contudo, certo é que, nessa concepção, a introdução do crime de infidelidade patrimonial ou administração desleal na legislação penal brasileira, a exemplo de países como Alemanha, Espanha e Portugal, tornaria desnecessário um tipo penal de corrupção privada²²⁶².

As reflexões sobre o fundamento de legitimidade da criminalização da corrupção privada também são aplicáveis ao que se denomina de *corrupção no esporte*. Evitar vantagens competitivas injustas é apenas o objetivo secundário das normas antidoping, as quais têm como principal finalidade proteger a saúde dos atletas. Com efeito, defender a criminalização absoluta do doping esportivo em razão dos riscos para a saúde dos atletas é admitir o paternalismo rígido, pois os atletas maiores, capazes e devidamente informados podem escolher autonomamente por utilizar, por exemplo, anabolizantes a fim de melhorar seu desempenho em competições. No entanto, uma vez que as regras de coordenação de determinado esporte proíbem o *doping*, o atleta que participa de competições, tendo feito uso de substâncias proibidas, beneficia-se de uma vantagem desleal, violando deveres de *fair play* em face de seus concorrentes.

Descrito dessa forma, o *doping* esportivo se assemelha bastante ao *insider trading*. Entretanto, como dito, os deveres de lealdade que proíbem o uso de substância e o uso de informação privilegiada se fundamentam em razões de natureza distinta. Ademais, a conduta do *insider* trata injustamente todos os investidores do mercado de capitais, pessoas indeterminadas ou de difícil determinação, enquanto um grupo bem mais seletivo de pessoas pode se considerar injustiçada pelo atleta desonesto. De fato, o injusto cometido pelo atleta é especialmente privado em um sentido que o cometido pelo *insider* não é. Afinal, é esperado e desejável que o Estado emita normas jurídicas que regulem o mercado de capitais, mas não que ele se intrometa nos assuntos internos de competições esportivas. Por isso, concordamos

²²⁶² TEIXEIRA, Adriano. Crimes de corrupção, p. 526.

com Green que trapanças em competições privadas só devem interessar ao direito penal quando acompanhadas de perigo de dano relevante e não consensual a interesses básicos alheios²²⁶³.

Outros casos comumente discutidos sob a rubrica de corrupção privada, mas que não constituem corrupção comercial, merecem atenção especial. O primeiro é o que se denomina de *corrupção na saúde*, que ocorre, em linhas gerais, quando o médico aceita benefícios de empresas farmacêuticas em troca de prescrever determinados medicamentos a seus pacientes. Por certo, desde que o “pacto de injusto” entre as partes importe no desrespeito pelo médico de deveres de esclarecimento em face de pacientes, condutas assim conduzem à violação ao direito à autodeterminação corporal desses últimos, cujo pleno exercício depende do fornecimento de informações pelo médico a respeito da real necessidade do tratamento e das alternativas disponíveis. Logo, o princípio da violação à autonomia é capaz de fundamentar a criminalização de condutas desse tipo. O segundo exemplo é o da *corrupção no jornalismo*, que ocorre quando jornalistas e veículos de imprensa aceitam benefícios financeiros para não divulgar determinada informação ao público. Nesses casos, havendo o acordo de omissão ou deturpação de informação de interesse público pelo jornalista, o retrocesso de interesse essencial à informação de pessoas indeterminadas constitui uma boa razão para a proibição da conduta, nos termos do princípio do dano.

Pelo exposto, nota-se que o princípio da exploração não torna o *harm principle* supérfluo. Em verdade, o dano é um fundamento indispensável da proibição de determinadas condutas, mesmo quando presente a obtenção de uma vantagem indevida (p. ex., no crime de sonegação fiscal). Além disso, nem toda conduta injusta em razão da violação a um dever não meramente moral, respaldo por razões estritamente deontológicas, estará necessariamente associada à obtenção de uma vantagem indevida (p. ex., no crime de falso testemunho). É possível que haja, em algumas situações, certa sobreposição entre os dois princípios, mas haverá casos que só poderão ser abarcados por um ou pelo outro. Assim, por exemplo, o legislador tem boas razões para criminalizar a conduta daquele que oferece dinheiro a testemunha para que ela falte com a verdade em depoimento judicial e favoreça uma das

²²⁶³ GREEN, Stuart P. *Lying, Cheating, and Stealing*, p. 72. O autor defende que o mesmo tratamento deve ser atribuído aos casos de trapança no ambiente acadêmico, tais como a submissão de trabalhos plagiados.

partes do processo (art. 343 do CP)²²⁶⁴ tanto para o princípio do dano quanto para o princípio da exploração. Todavia, a conduta do indivíduo que aceita oferta em dinheiro para atuar como testemunha em processo e prestar depoimento verdadeiro só poderia, em tese, ser alcançada pelo princípio da exploração, embora seja discutível se a testemunha que aceita um “suborno” para “fazer a coisa certa” viola um dever não meramente moral²²⁶⁵.

As condutas proibidas com base no princípio da exploração aqui defendido, a nosso ver, não constituem “males flutuantes”, tendo em vista que configuram atos de injustiça contra outras pessoas. Há, porém, um exemplo de possível aplicação do princípio da exploração em relação ao qual é mais difícil argumentar que outras pessoas foram tratadas injustamente: o caso de atividades econômicas predatórias que expõem espécies naturais à ameaça de extinção²²⁶⁶. Em geral, tais condutas podem ser proibidas com base no *harm principle*, como quando a extinção da espécie coloca em risco o equilíbrio ecológico no qual todos os seres humanos têm um interesse fundamental²²⁶⁷. Ocorre que o desaparecimento de uma espécie natural, é cabível argumentar, nem sempre coloca em risco o delicado equilíbrio ambiental e, por conseguinte, pode não afetar sequer remotamente interesses humanos.

Diante disso, o legislador liberal teria de cogitar a possibilidade de proibir a conduta em razão do desvalor moral que lhe é inerente, mesmo que não seja possível dizer que qualquer pessoa tenha sido tratada injustamente. Para Feinberg, ainda que o uso da coerção penal, nesses casos, consista em manifestação do moralismo legal estrito, não é possível equipará-lo ao conservadorismo moral, pois há evidentemente uma diferença crucial entre dizimar completamente uma espécie natural e permitir que ela desapareça por meio da evolução natural ao longo do tempo²²⁶⁸. Porém, dizer que, nesses casos, ninguém foi tratado

²²⁶⁴ Art. 343. Dar, oferecer ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação: Pena - reclusão, de três a quatro anos, e multa.

²²⁶⁵ Green argumenta que os deveres da testemunha, para além do dever de dizer a verdade, não são suficientemente definidos para afirmar que, nesses casos, ela viola um dever de lealdade à administração da justiça: GREEN, Stuart P. *What's Wrong with Bribery*, p. 163. Registra-se que, caso a testemunha exija dinheiro da parte para prestar depoimento verdadeiro, a sua conduta constituirá uma forma de chantagem-extorsão que pode ser proibida conforme o *harm principle* e o princípio da violação à autonomia.

²²⁶⁶ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 24.

²²⁶⁷ Pode ser que outro interesse humano atual seja afetado: por exemplo, quando a espécie vegetal ameaçada é utilizada em ritos sagrados de comunidades tradicionais.

²²⁶⁸ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*, p. 73: “There is, after all, a morally crucial distinction between ‘destroying’ a species by permitting it to evolve naturally over the centuries into some new and different species, and destroying it by shooting all its members.”

injustamente é aceitar a tese de Moore de que o dever de preservar espécies é um dever ao qual não corresponde nenhum direito. Não vemos necessidade em conceder tanto ao moralismo legal. Por certo, é possível reconhecer que esse pode ser um dever em face dos seres sencientes não humanos (isto é, os animais ameaçados ou cuja subsistência depende da preservação de determinada espécie vegetal) e, principalmente, das gerações futuras (ver capítulo 2, tópicos 2.3.4 e 2.3.5, *supra*).

Por derradeiro, é importante estabelecer alguns critérios a fim de limitar a aplicação do princípio da exploração. Primeiramente, a conduta precisa se dirigir à obtenção direta ou indireta de uma vantagem indevida. Em segundo lugar, a vantagem que o agente pretende obter não pode ser trivial. Em terceiro lugar, assim como se propôs em relação ao *offense principle*, os casos mais promissores de criminalização com fundamento no princípio da exploração serão aqueles em que o tipo de conduta proibida tende geralmente a produzir dano aos interesses de outras pessoas, como visto em relação aos crimes de *insider trading* e corrupção pública²²⁶⁹. Finalmente, da forma semelhante ao que vimos em relação à criminalização de danos remotos, as razões para praticar a conduta deduzidas do núcleo duro de direitos fundamentais triunfam sobre as boas razões para a sua proibição fornecidas pelo princípio da exploração injusta.

6.4 Conclusões parciais

De acordo com a teoria da criminalização aqui defendida, o legislador está moralmente autorizado a criminalizar, em princípio, não apenas condutas injustas que produzem dano ou perigo de dano a interesses alheios, mas também condutas que possuem

²²⁶⁹ Observa-se que, diferentemente do que ocorre com o *harm principle* e demais princípios aqui endossados, os danos que ajudam a elidir a presunção pela liberdade não precisam, no caso do princípio da exploração, manter uma relação clara com o conteúdo de injusto da conduta. É por isso que, a nosso ver, a tese de Verde sobre os fundamentos de criminalização da receptação se enquadra melhor no princípio da exploração do que no princípio do dano. De acordo com a autora, a incorreção moral da receptação decorre da violação ao princípio de que é imoral se aproveitar, ainda que indiretamente, do sofrimento produzido por um crime, para obter uma vantagem econômica. Logo, nessa visão, o receptador viola um dever moral em face da vítima do crime antecedente. Porém, o dano atribuído pela autora à conduta tem como vítima os participantes do mercado formal, na medida em que a receptação frustraria a legítima expectativa de compradores e comerciantes legais de que as operações de compra e venda de produtos se efetuem unicamente nesse mercado formal. VERDE, Alejandra. Receptación, no Encubrimiento, p. 77-86. Não cabe aqui discutir o mérito da tese de Verde, mas parece-nos que essa argumentação se ampara mais no princípio da exploração do que no princípio do dano, já que o sujeito que sofre o alegado dano não é o mesmo que é tratado injustamente.

outros atributos específicos e que não necessariamente causam dano efetivo ou potencial a outras pessoas. Logo, o filtro principiológico, da validade ou da legitimidade comporta, para além do princípio do dano, outros princípios de perfil liberal.

Primeiramente, o *princípio da ofensa* fundamenta a proibição penal de condutas com potencial para incutir diretamente, em outras pessoas, estados mentais e emocionais indesejados, desde que violem o direito não meramente moral das vítimas a serem tratadas com o respeito e a consideração devida em razão de sua condição de indivíduo igual em dignidade e autonomia. Como essas condutas não necessariamente retrocedem interesses de bem-estar e, em geral, o injusto ofensivo possui alguma dimensão comunicativa ou expressiva, a aplicação desse princípio depende da observância a uma série de pressupostos e da aplicação de máximas de mediação mais exigentes do que as previstas para o princípio do dano.

Em segundo lugar, tendo em vista que a soberania pessoal é o *moral core* de nossa visão do liberalismo, a teoria da criminalização aqui defendida não endossa um princípio do paternalismo, mas sustenta que *a aplicação do princípio do dano deve ser suplementada pela estratégia do paternalismo suave*. De acordo com essa estratégia, o consentimento do ofendido não terá o poder normativo de afastar a injustiça da conduta danosa se o consentimento não for suficientemente voluntário (seja em razão de coação, deficiência informacional ou incompetência). Além disso, atendidos certos requisitos e ponderadas circunstâncias específicas, o princípio do dano também alcançará condutas que geram o risco de que outras pessoas façam escolhas não autônomas em prejuízo do próprio bem-estar, desde que haja impossibilidade ou séria dificuldade fática ou normativa de constatar o caráter suficientemente voluntário do consentimento em cada caso concreto.

Por fim, nossa teoria da criminalização rejeita as diferentes vertentes do *moralismo penal*, na medida em que nega que a mera imoralidade da conduta seja uma razão *pro tanto* para convertê-la em crime, não admitindo a criminalização de males que não violam direitos ou deveres correlatos atribuídos aos sujeitos em razão do contrato social que funda a comunidade política. Apesar disso, acolhemos dois princípios que permitem a criminalização de condutas injustas que não causam efetiva ou potencialmente dano nem ofensa. Trata-se do *princípio da violação da autonomia*, que justifica a proibição de condutas que violam direitos inerentes à soberania pessoal, e o *princípio da exploração injusta*, que justifica a proibição de condutas voltadas à obtenção de uma vantagem indevida por meio da violação de deveres não

meramente morais em face de outras pessoas, mormente deveres de solidariedade, cooperação e lealdade.

Figura 15 – Síntese dos princípios da criminalização

Princípio do dano	Fundamenta a criminalização de condutas injustas que causam dano ou perigo de dano.
Princípio da ofensa	Fundamenta a criminalização de condutas injustas que causam ofensa ou perigo de ofensa.
Princípio do dano suplementado pela estratégia do paternalismo suave	Fundamenta a criminalização de condutas que causam dano ou perigo de dano sem o consentimento suficientemente voluntário do ofendido ou em circunstâncias nas quais há dúvida indurimível quanto ao caráter suficientemente voluntário do consentimento do ofendido.
Princípio da violação à autonomia	Fundamenta a criminalização de condutas que violam direitos inerentes à soberania pessoal de outras pessoas.
Princípio da exploração injusta	Fundamenta a criminalização de condutas, voltadas à obtenção de vantagem indevida, que violam deveres não meramente morais em face de outras pessoas.

CONCLUSÕES

1. A filosofia moral e política anglo-saxã não discute a questão sobre os fundamentos e limites da criminalização legítima a partir da teoria do bem jurídico, como a ciência penal do sistema romano-germânico, e sim de princípios que fornecem ao legislador boas razões *pro tanto* para criminalizar condutas. Para muitos filósofos, o único princípio que pode desempenhar essa função em um Estado liberal é o *harm principle* ou princípio do dano, deduzido a partir da obra de Stuart Mill. No entanto, as definições clássicas do princípio apresentam deficiências: Mill não apresentou um conceito preciso de dano e tornou sua aplicação dependente do princípio da utilidade; Hart deixou de aliar o pressuposto empírico do dano ao requisito da incorreção moral e, com isso, admitiu também a criminalização de condutas por razões paternalistas e Raz formulou um conceito perfeccionista de dano que contraria o ideal de neutralidade que está na base do liberalismo.
2. Embora não seja identificado como um liberal, é possível dizer que Devlin também advogou em prol de uma versão utilitarista do *harm principle*, demonstrando, assim, que o princípio pode ser utilizado na defesa de pautas de criminalização contrárias às intuições liberais, principalmente se o alcance de seu pressuposto consequencialista não for contido por uma barreira deontológica. Além disso, a crítica de Devlin ao princípio do dano demonstra que os seus defensores têm o ônus de justificar por que o legislador democrático não está legitimado a criminalizar condutas com base apenas em seu alegado caráter meramente imoral. Esse déficit de fundamentação do princípio fica mais evidente quando se considera que as Cortes constitucionais dos países anglo-americanos, embora façam eventualmente referência implícita à ideia de que o legislador não deve se ocupar de condutas que não afetem a vida de outras pessoas, não reconhecem expressamente o *harm principle* como fundamento e limite material da atividade estatal de criminalização de condutas.
3. A mais influente versão do *harm principle* é fornecida por Feinberg. Segundo o filósofo, em razão da presunção em favor da liberdade, o legislador possui uma obrigação de fundamentar racionalmente as suas decisões por restringir a liberdade individual. Nesse contexto, o princípio do dano se apresenta como um princípio limitador da liberdade que estabelece que o propósito de prevenir danos para outras pessoas que não o agente é uma boa razão moral para criminalizar uma conduta, ainda que outras razões possam, em dadas circunstâncias, superá-la. De acordo com a definição de Feinberg, A causa dano a B quando

retrocede ou frustra os interesses de bem-estar desse último (dano em sentido derivativo ou não normativo), ao mesmo tempo em que também viola os seus direitos morais de forma injustificável ou inescusável (dano em sentido normativo, sinônimo de *wrong*). A verificação da ocorrência de um dano em sentido não normativo depende da aplicação do parâmetro comparativo temporal-contrafactual, pelo qual haverá dano sempre que o ofendido se encontrar, após a prática da conduta, em situação pior em matéria de bem-estar do que estaria normalmente em momento anterior à prática da conduta. Embora os interesses de bem-estar que toda pessoa ou membro de uma coletividade, geralmente, possui sejam a principal referência dessa análise comparativa, eventualmente também pode haver dano contra interesses superiores e contra desejos instrumentais, desde que intimamente associados a interesses de bem-estar.

4. A versão do princípio do dano endossada por este trabalho se diferencia em alguns pontos da teoria feinberguiana. Em primeiro lugar, defendemos uma versão responsiva e não preventiva do princípio do dano, o que significa que o legislador tem uma boa razão para proibir condutas que causam ou tem potencial de causar dano injusto, independentemente da eficiência da proibição em evitar danos. Em segundo lugar, mantemos o conceito de dano em sentido derivativo ou não normativo separado do conceito de injusto (*wrong*), de forma que a aplicação do princípio exige que a conduta que se pretende proibir atenda a dois requisitos independentes, o da danosidade e o da injustiça. Em terceiro lugar, sustentamos que há dano quando o bem-estar imediato da vítima é afetado adversamente, mesmo que não haja impacto negativo para a consecução dos seus projetos de longo prazo. Em quarto lugar, entendemos que basta a existência de dano *pro tanto* para satisfazer o requisito da danosidade, mesmo que a conduta não seja danosa *on balance*.

5. Como consequência dos reparos aqui realizados ao *harm principle* de Feinberg, é possível deduzir algumas conclusões para certos grupos de casos especialmente controversos. Primeiramente, a morte de alguém constitui, em geral, um dano contra seu interesse de bem-estar, mas não pode haver dano contra uma pessoa que já morreu, conquanto seja possível violar seus direitos morais, pois determinados direitos sobrevivem temporariamente à morte de seu titular. Em segundo lugar, ao menos a partir de dado estágio do desenvolvimento cerebral, o feto já passa a ser titular de determinados interesses de bem-estar, atuais e não potenciais, compatíveis com as suas capacidades básicas, os quais podem ser retrocedidos ou frustrados por condutas praticadas mesmo antes da sua concepção, embora nem todo

retrocesso ou frustração constitua também uma violação aos direitos morais do feto. Em situações excepcionais em que qualquer indivíduo preferiria a não existência à existência em condições irreversíveis que impossibilitam uma vida minimamente digna, a própria existência pode ser considerada um dano (exemplos de *wrongful life*), mas, quando a existência, ainda que em condições não ideais, é racionalmente melhor do que a não existência (exemplo do *bebê de Parfit*), não é possível falar em dano, embora, nesse último caso, possa haver uma violação de direitos morais. Em terceiro lugar, o princípio do dano fundamenta a criminalização da omissão de ação de resgate mesmo que o agente não possua um vínculo especial com a pessoa em risco ou com a fonte de perigo, desde que a ação seja necessária a evitar que o terceiro sofra um dano grave não consensual e que o esforço exigido não seja desarrazoado, pois, nesses casos, a omissão também pode ser considerada causa do evento danoso e viola um dever moral de solidariedade e assistência mútua entre os seres humanos. Em quarto lugar, o princípio também é compatível com a criminalização de condutas como a crueldade contra os animais, uma vez que, pelo menos, a maioria dos animais vertebrados possui interesses básicos de bem-estar e determinados direitos morais, aos quais correspondem deveres cuja observância pode ser imposta aos seres humanos com fundamento no contrato social, ainda que os animais não sejam igualmente participantes desse pacto. Em quinto lugar, o princípio fundamenta a criminalização de condutas que podem vir a prejudicar interesses de bem-estar antecipáveis das pessoas que provavelmente existirão no futuro, violando seus direitos, mesmo que essas pessoas não sejam ainda identificáveis. Em sexto lugar, o princípio permite criminalizar condutas que ameaçam frustrar ou retroceder interesses públicos, congruentes ou convergentes, e coletivos, violando deveres de cooperação mútua para o bem-comum.

6. A teoria político-criminal do bem jurídico deve ser substituída por uma teoria moral e política da criminalização que submete a norma incriminadora existente ou imaginada a um procedimento trifásico estruturado a partir dos seguintes filtros: filtro principiológico, filtro da legalidade e filtro pragmático. O filtro principiológico, normativo ou de validade é responsável por verificar a legitimidade material da proibição penal, sendo composto pelos princípios da criminalização que fornecem ao legislador liberal boas razões, ainda que não definitivas, para criminalizar condutas e pelas máximas de mediação fundadas em considerações de liberdade e justiça que orientam a aplicação desses princípios. O segundo filtro é o filtro da legalidade, responsável por verificar a legitimidade formal da proibição

penal, isto é, se a conduta que o legislador está autorizado a proibir pode ser descrita, em abstrato, de forma completa, sucinta, inteligível e não mais extensa do que o necessário. O terceiro filtro é o filtro pragmático, no qual o legislador deverá utilizar de sua prerrogativa de avaliação de dados empíricos para decidir sobre a conveniência e a eficiência da intervenção penal, mas a capacidade da teoria da criminalização de limitar essa decisão final se restringe à indicação de um núcleo duro de proibições que não podem ser afastadas por razões de utilidade.

7. O filtro principiológico, normativo ou da validade, objeto da presente investigação, é composto pelo *harm principle* e outros princípios afinados com a filosofia moral e política de perfil liberal. Mesmo não estando previstos expressamente pela Constituição brasileira, os princípios da criminalização defendidos neste trabalho são compatíveis com valores constitucionais como o princípio republicano (art. 1º, *caput*, da CRFB) e a inviolabilidade do direito à liberdade (art. 5º, *caput* e inciso II, da CRFB), bem como com a exigência democrática de que o poder coercitivo estatal seja exercido racionalmente e não de maneira despótica, arbitrária ou fisiológica. Embora não haja espaço para a teoria do bem jurídico no filtro principiológico de nossa teoria, o conceito de bem jurídico terá, ainda, de desempenhar funções dogmáticas e intrassistemáticas, sendo que as boas razões morais que fundamentam a proibição penal de uma conduta servirão de base para a identificação e definição do bem jurídico ofendido.

8. A crítica criminológica de que o *harm principle* pode ser utilizado de forma abusiva por defensores de pautas de criminalização antiliberais não basta para decretar o colapso do princípio, cabendo à teoria postular requisitos e critérios que restrinjam adequadamente o seu âmbito de aplicação. A mesma resposta pode ser dada aos que criticam o princípio, do ponto de vista dogmático, por permitir a criminalização irrestrita de condutas com base em suas consequências indiretas. A crítica dogmática que se concentra na existência de injustos não danosos que merecem ser criminalizados, mas não podem ser abarcados pelo princípio do dano, não chega a criar constrangimento para teorias da criminalização que, como a nossa, admitem a proibição penal de condutas com base em outros princípios que prescindem de um requisito da danosidade. A crítica que aponta para a existência de leis penais superinclusivas também não é suficiente para justificar o abandono do *harm principle*, pois, não sendo possível evitar que a proibição seja mais ampla do que, inicialmente, permitido pelo princípio, o julgador deverá corrigir os excessos da norma ao aplicá-la ao caso concreto, excluindo do

seu alcance as condutas que não atendam aos pressupostos do princípio do dano. Da mesma forma, a crítica que evidencia a existência de crimes *mala prohibita* não enfraquece a defesa do requisito da injustiça, já que os deveres impostos por normas jurídicas extrapenais podem constituir razões aptas a fundamentar o caráter moralmente injusto das condutas que contrariam esse dever, desde que a norma reguladora esteja fundamentada racionalmente. Por outro lado, os princípios da soberania, da autonomia e da dignidade são criticáveis por pretenderem submeter todo o âmbito da criminalização legítima a um único referencial teórico, não servindo a substituir o princípio do dano porque ignoram a influência que as consequências possíveis e efetivas das condutas humanas exercem em nossos juízos morais sobre a permissibilidade de condutas, especialmente para aqueles juízos que interessam ao pacto social de coexistência igualmente livre e digna.

9. A fim de evitar que o princípio do dano sirva a fundamentar a criminalização de toda e qualquer conduta não perigosa em si mesma, mas passível de ser conectada a um evento danoso por meio de cursos causais não prováveis nem impossíveis, algumas diretrizes devem ser observadas pelo legislador quando da aplicação prática do princípio: 1) a idoneidade da conduta para produzir danos deve estar suportada em evidências empíricas, sendo que, no caso de danos por acumulação, exige-se um prognóstico científico que indique o risco de que a conduta seja replicada em quantidade suficiente para causar o dano; 2) em razão da máxima *de minimus non curat lex*, cuja aplicação é auxiliada pelas máximas de mediação da magnitude e probabilidade do dano e do valor pessoal ou social da conduta, deve ser afastada a criminalização de condutas que produzem dano ou perigo de dano insignificante ou trivial; 3) por força do critério da preponderância dos interesses pessoais sobre os interesses externos, serão excluídos do âmbito dos interesses de bem-estar aqueles incompatíveis com o ideal de neutralidade e com o respeito à soberania pessoal e 4) pelo requisito do dano consumado ou da proscrição direta, o legislador só estará moralmente autorizado a criminalizar a conduta que produz determinado perigo de dano se também for moralmente admissível criminalizar a conduta que, dolosa ou cupavelmente, gera efetiva e diretamente esse mesmo dano.

10. Diferentemente da teoria de Feinberg, nosso conceito de injusto (*wrong*) não inclui a exigência de que a conduta seja danosa ou culposa (embora o juízo de injustiça pressuponha, no mínimo, culpa) ou de que a conduta seja inescusável, bem como não depende essencialmente do balanceamento entre os interesses em conflito. O requisito da injustiça configura um limite deontológico ao pressuposto consequencialista da criminalização

fornecido pelo requisito da danosidade, sem tornar esse último dispensável à justificação da proibição penal. Esse requisito se fundamenta, em primeiro lugar, no direito moral dos indivíduos a não serem constrangidos a não praticar uma conduta moralmente permissível e, em segundo lugar, no direito moral a não serem censurados como criminosos sem terem praticado uma conduta moralmente incorreta. Em nossa teoria, a conduta injusta é aquela que viola direitos alheios ou deveres morais, em face de outras pessoas, validados pela moralidade crítica e não apenas positiva. Esses direitos e deveres não podem ser meramente morais, mas precisam ser também políticos, o que significa que a imposição de sua observância por meio da coerção estatal há de ser justificada com base nos termos do pacto de coexistência livre e pacífica que funda e organiza a sociedade. O caráter injusto da conduta danosa ou perigosa pode ser afastado pelo consentimento do titular do interesse de bem-estar afetado (por aplicação da máxima *volenti non fit injuria*) e pelo exercício de liberdade inerente à esfera inviolável e imponderável do direito à autonomia pessoal, uma vez que o núcleo duro dos direitos fundamentais fornece razões deontológicas determinantes para praticar ou não uma conduta que triunfam sobre razões de ordem diversa.

11. O requisito da injustiça é o principal limite à criminalização de condutas com base em seu potencial de produzir danos remotos ou indiretos, uma vez que o requisito demanda que o conteúdo de injusto dessas condutas sempre tome como base a violação de deveres não meramente morais distintos do dever negativo de não causar danos a outras pessoas. Porém, para além da observância ao requisito geral da injustiça, devem também ser observados os critérios de imputação justa. É necessário que a conduta criminalizada em razão do perigo de dano por agregação ou por imitação implique normativamente a conduta que pode causar diretamente o dano injusto (requisito da implicação normativa), seja ao assisti-la, encorajá-la ou endossá-la. No caso de disponibilização de objetos perigosos, exige-se que o emprego do objeto para causar danos a outras pessoas esteja em conformidade com a finalidade própria desse objeto. Em relação às condutas proibidas em razão do perigo de dano por acumulação, o dever não meramente moral de mútua cooperação entre os cidadãos em benefício dos interesses públicos convergentes e propriamente coletivos deve ser limitado de forma a evitar que o ônus da cooperação recaia de forma excessiva e desproporcional sobre alguns indivíduos (máxima da justa distribuição de responsabilidades).

12. Além do princípio do dano, o filtro principiológico da nossa teoria da criminalização também conta com o princípio da ofensa. De acordo com esse princípio, o legislador tem uma

boa razão para criminalizar condutas idôneas, em si mesmas, a incutir estados mentais e emocionais indesejados em outras pessoas, determinadas ou não. A ofensa não se reduz a uma mera afronta a sentimentos, mas configura um retrocesso ao interesse individual por não ser submetido desnecessariamente a experiências psiquicamente desagradáveis de curta duração. As ofensas se diferenciam dos danos em geral por frustrar um interesse qualificado, segundo a classificação de Feinberg, como desejo instrumental e não como interesse de bem-estar, podendo eventualmente levar ao retrocesso de interesses de bem-estar. Por outro lado, enquanto as consequências danosas não precisam ser vivenciadas de forma consciente pelas vítimas, a ofensa só se consuma quando experienciada diretamente pelo ofendido. Além disso, as condutas ofensivas possuem um conteúdo comunicativo, uma vez que o injusto ofensivo expressa uma grave falta de respeito e consideração pelas outras pessoas. A conduta ofensiva será injusta quando, além de moralmente incorreta do ponto de vista da moralidade crítica, violar direitos alheios ou deveres não meramente morais em face de outras pessoas, inerentes ao direito que todos têm a serem tratados com a consideração e o respeito devidos em razão de sua condição, reconhecida pelo contrato social, de iguais em dignidade e autonomia.

13. A aplicação prática do *offense principle* depende da observância a uma série de pressupostos: 1) o caráter mediato e não imediato da perturbação temporária da tranquilidade alheia; 2) a exigência de que a conduta ofensiva seja passível de ser presenciada pela vítima (exclusão das ofensas exclusivamente profundas); 3) o caráter razoável da reação do ofendido (requisito da razoabilidade); 4) a exigência de que a conduta seja capaz de causar ofensa direta e não apenas indireta (requisito do imediatismo ou proximidade) e 5) o potencial da conduta em abstrato de produzir danos remotos, ainda que esses danos não possam ser imputados de forma justa (máxima da tolerância social). De outra parte, o caráter injusto da conduta pode ser afastado pela aplicação da máxima *volenti non fit injuria*, pela fácil evitabilidade da ofensa e por considerações referentes a direitos fundamentais, como o direito à liberdade de expressão e à privacidade. Dentro desses limites, antes de decidir pela incriminação de uma conduta, o legislador deverá contrabalancear a magnitude da ofensa e o grau de evitabilidade contra o valor pessoal e social da conduta, a disponibilidade de horários e locais alternativos para praticá-la e a possível motivação do agente.

14. O princípio da ofensa fornece ao legislador liberal uma boa razão para criminalizar condutas como o ato obsceno, importunações em público, insultos e ameaças, o uso ostensivo de símbolos de ódio, a profanação pública de cadáveres e símbolos religiosos e a perturbação

de enterro, velório ou cerimônia religiosa. Em alguns casos, é possível que haja sobreposição entre o princípio da ofensa e o princípio do dano ou outro princípio da criminalização (p. ex., ataques à honra e à imagem e incitação ao crime), hipóteses em que o legislador deverá refletir na pena a diferença, por exemplo, entre as condutas meramente ofensivas e aquelas que causam também dano. Porém, há condutas que, embora tradicionalmente relacionadas ao princípio da ofensa, a sua criminalização deve ter como fundamento o princípio do dano (p. ex., produção ou distribuição de pornografia que incita a violência sexual e incitação à violência e à discriminação ilícita contra grupos vulneráveis) ou o princípio da violação à autonomia (p. ex., produção de pornografia e discursos em geral que atacam a dignidade de grupos vulneráveis ao difamá-los).

15. Para a teoria da criminalização aqui defendida, as razões de paternalismo rígido não constituem boas razões para criminalizar condutas, pois fazer uso da coerção penal para restringir escolhas verdadeiramente autônomas que só prejudicam diretamente os interesses do próprio agente viola o seu direito à soberania pessoal, na medida em que interfere na eleição e persecução pelo indivíduo de seu projeto de vida boa ao impor-lhe externamente uma hierarquização dos próprios desejos e preferências subjetivas. O direito à soberania pessoal consiste no direito a se autogovernar dentro de determinado domínio, cujos contornos são definidos pelos princípios limitadores da liberdade moralmente válidos, não podendo ser restringido com base em considerações relativas à preservação da autonomia futura do indivíduo ou ao respeito pela sua própria dignidade humana. Apesar disso, o princípio do dano deve ser complementado pela estratégia do paternalismo suave, a qual permite a criminalização de condutas que causam dano não verdadeiramente autônomo ou que criam o risco de ocorrência de dano não verdadeiramente autônomo. Porém, mesmo com essa complementação, o princípio do dano não é compatível com o paternalismo penal direto, uma vez que o caráter injusto da conduta só pode ser dado pela violação a deveres não meramente morais em face de outras pessoas e não de alegados deveres morais em face de si mesmo.

16. Em razão da máxima *volenti non fit injuria*, o consentimento do ofendido no dano tem o poder moral de afastar o caráter injusto da conduta danosa. Para tanto, o consentimento não precisa ser perfeitamente voluntário, mas deve ser suficientemente voluntário. A conclusão de que o consentimento é menos do que suficientemente voluntário envolve um juízo normativo e não quantitativo, dependendo de ter havido, nas circunstâncias concretas, uma violação do direito do ofendido à autodeterminação. O grau de exigência do parâmetro de voluntariedade

aplicável a determinada escolha arriscada para o próprio bem-estar ou que autoriza terceiro a cruzar as fronteiras do seu domínio pessoal varia conforme a probabilidade e a gravidade do dano, a irreversibilidade do dano e o contexto específico em que a escolha foi feita. A escolha não precisa ser razoável segundo um parâmetro externo e objetivo, mas a não razoabilidade extrema da escolha do ponto de vista dos próprios valores e preferências do indivíduo pode ser considerada um indício de que ela pode não ser realmente autônoma.

17. A coação, o erro e a incapacidade são causas gerais de redução da voluntariedade, mas não basta a presença de uma dessas causas para invalidar o consentimento. A compulsão e a coação pessoal tendem a reduzir a voluntariedade da escolha para aquém do mínimo necessário, mas não a coação natural ou circunstancial. A coação por ameaça só invalida o consentimento se a ameaça for moralmente injustificável e exercer pressão coercitiva em razão de sua credibilidade e gravidade, sendo essas duas últimas avaliadas conforme um parâmetro subjetivo e não objetivo. Diferentemente das ameaças, as ofertas não tornam, por si só, o consentimento menos do que suficientemente voluntário, já que não restringem e sim ampliam o rol de alternativas previamente disponíveis ao seu destinatário. Os erros ou enganos que invalidam o consentimento são do tipo factual, mas um erro factual pode não invalidar o consentimento se recair sobre circunstância fática accidental e não essencial ou for determinado por um erro de valoração, desde que aquele que consente tenha tido acesso a toda a informação relevante disponível. Em princípio, tanto a fraude no fato quanto a fraude no incentivo ou na indução podem invalidar o consentimento, mas, no último caso, apenas se a crença equivocada constituir condição necessária e suficiente ou elemento essencial de uma condição suficiente para o consentimento. A imaturidade etária e a incapacidade psíquica ou situacional do indivíduo também invalidam o seu consentimento se afetarem especificamente as condições intelectuais ou volitivas necessárias a uma escolha satisfatoriamente livre. Nesses casos, a falta do consentimento atual pode ser suprida pelo consentimento por representação ou pelo consentimento presumido, no caso de indivíduos que já foram competentes, sendo que o primeiro deve se orientar pelo melhor interesse do representado e o segundo pela vontade presumida do indivíduo.

18. Aplicando-se a estratégia do paternalismo suave na prática, chegamos à conclusão de que o princípio do dano não fornece ao legislador liberal ideal boas razões para proibir, de modo geral: 1) a eutanásia ativa voluntária ou o auxílio ao suicídio realizados por médico, embora deva estabelecer um procedimento formal de checagem da voluntariedade da decisão; 2) o uso

e o tráfico de drogas, exceto no caso de disponibilização de drogas nocivas à saúde e viciantes para pessoas não autorresponsáveis, podendo estabelecer um sistema de licenças administrativas no caso de drogas altamente nocivas e indutoras de dependência química; 3) heterocolocações em perigo de lesões corporais consentidas ocorridas no âmbito de disputas (lutas, competições esportivas etc.), ainda que não regulamentadas, desde que os envolvidos sejam capazes e estejam informados dos riscos; 4) lesões corporais consentidas praticadas no âmbito de relações sexuais sadomasoquistas ou práticas de BDSM, desde que a partes sejam capazes e que aquela que exerce o papel de dominante atue dentro dos limites do consentimento e do risco permitido definido pela vontade daquela que exerce o papel de dominada; 5) intervenções médicas “contra os bons costumes” ou para fins de comércio voluntário de órgãos, desde que precedidas pelo consentimento livre e informado de paciente capaz e 6) a prostituição e o auxílio ao exercício da prostituição de forma voluntária por pessoa competente.

19. Além de embasar a ineficiência do consentimento não suficientemente voluntário, a estratégia do paternalismo suave permite que, desde que a intervenção paternalista direta pela lei extrapenal seja justificável, haja impossibilidade ou séria dificuldade fática ou normativa de constatar a validade do consentimento em cada caso concreto e tenham sido considerados meios menos severos de intromissão no poder de decisão sobre o próprio bem-estar, o legislador liberal introduza crimes de perigo comum e abstrato/implícito que excluam ou reduzam, de antemão, opções futuras potencialmente danosas para o próprio bem-estar (p. ex., proibir anúncios públicos oferecendo dinheiro em troca da entrega de órgão próprio para transplante); preveja em lei limites objetivos, materiais ou procedimentais, à validade do consentimento, especificamente relacionados a algum dos fatores aptos a reduzir o nível de voluntariedade da decisão para alguém do mínimo (p. ex., idade mínima para a validade do consentimento sexual) e crie proibições gerais de perigo individual (p. ex., proibir o homicídio a pedido informal e o duelo). As proibições gerais de perigo individual são cabíveis nos casos em que o legislador está autorizado a partir de uma presunção de não voluntariedade, tendo em vista a aplicação de parâmetro de voluntariedade especialmente exigente e a presença de circunstâncias indicativas da presença de fatores que reduzem a voluntariedade da escolha. Todavia, tais proibições gerais devem ser excepcionadas nos casos concretos em que um observador objetivo, situado na mesma posição que o agente, no

momento da prática da conduta, e conhecendo todas as circunstâncias fáticas relevantes (*juízo ex ante*), concluir que o consentimento foi suficientemente voluntário.

20. A fim de evitar excessos da estratégia do paternalismo suave, o legislador liberal deverá, ainda, ponderar as seguintes circunstâncias: 1) se existem evidências convincentes no sentido de que, em regra, as escolhas perigosas e autorreferidas não são totalmente voluntárias; 2) se a intervenção paternalista invade decisões existenciais, que estão no cerne do domínio pessoal, ou somente escolhas situadas em áreas mais periféricas; 3) se a opção arriscada excluída de antemão é, em geral, valiosa para o projeto de vida boa dos indivíduos que podem vir a arriscar o próprio bem-estar ao elegê-la; 4) se a opção excluída de antemão é, em geral, valiosa para outras pessoas, que não aquela cujo bem-estar está em jogo, ou socialmente útil; 5) se o risco é razoável em face dos valores das pessoas que, em geral, decidem por assumi-lo; 6) se a legislação pode atingir colateralmente valores como intimidade, privacidade, liberdade de expressão, liberdade religiosa e livre iniciativa econômica; 7) se existem outros meios, disponíveis àqueles de quem a opção de ação autorreferida é subtraída, aptos a alcançar o mesmo fim por eles geralmente almejado; 8) se a subtração da opção de ação autorreferida é parcial ou total, provisória ou definitiva e 9) se o legislador utiliza o mínimo de coerção necessária a prevenir decisões não autônomas, havendo relação de adequação e proporcionalidade estrita entre meios e fins.

21. Em razão do compromisso com o ideal de neutralidade e o respeito à autonomia pessoal, inerente a nossa compreensão de liberalismo, o conservadorismo moral e o perfeccionismo moral não podem ingressar no filtro principiológico de nossa teoria da criminalização. Também não endossamos o moralismo penal estrito de perfil liberal defendido por Moore e Duff. A teoria de Moore falha por partir do pressuposto de que todos os injustos morais interessam, em princípio, ao direito penal, o que não é compatível com a função para a qual o contrato social atribui ao Estado o poder de coerção penal. Em segundo lugar, o conceito de injusto público em Duff não constitui uma referência suficientemente clara e segura para orientar e limitar a atividade legal de incriminação de condutas. Apesar disso, entendemos que o filtro principiológico de uma teoria plausível da criminalização deve também autorizar a proibição penal de determinados injustos morais, mesmo que a conduta não tenha potencial de afetar adversamente os interesses de outras pessoas. No entanto, diferentemente dos moralistas penais estritos, nossa teoria não admite a criminalização de condutas que não violam direitos alheios nem deveres não meramente morais em face de outras pessoas, ou

seja, condutas que se limitam a produzir o que Feinberg classifica como males impessoais ou males flutuantes.

22. Além do *harm-offense principle*, o princípio da violação à autonomia fundamenta a proibição de condutas que violam direitos não meramente morais inerentes à soberania pessoal, como os direitos à autodeterminação corporal e sexual, à privacidade e intimidade e à dignidade, mesmo que a conduta não retroceda os interesses do titular do direito ou até promova o seu bem-estar. Todavia, o fato de determinado tipo de conduta, pensado genericamente e em abstrato pelo legislador, no momento em que ele deve decidir por criminalizá-lo ou não, tender geralmente a causar dano direto ao bem-estar da vítima é mais um argumento que pesa em favor da superação da presunção em favor da liberdade. A aplicação prática deste princípio é limitada pelas máximas *volenti non fit injuria*, *de minimis non curat lex* e, em determinados casos, por considerações relativas à privacidade e à liberdade de expressão.

23. O último princípio que compõe o primeiro filtro da nossa teoria da criminalização é o princípio da exploração injusta. Esse princípio fundamenta a proibição de condutas orientadas à obtenção direta de uma vantagem indevida não trivial para o agente, geralmente de natureza econômica, que violam deveres não meramente morais em face de outras pessoas. São dois os possíveis âmbitos de aplicação do princípio. Primeiramente, pode ser aplicado a condutas que afetam adversamente interesses de outras pessoas, mas com o seu consentimento suficientemente voluntário. Para tanto, é necessário que o agente viole um dever de solidariedade ao se aproveitar de alguma vulnerabilidade da vítima, advinda de situação coercitiva pela qual o agente não é responsável, para extrair vantagem excessiva e desproporcional, em decorrência de uma escolha menos do que perfeitamente voluntária da vítima e que afeta negativamente algum de seus interesses de bem-estar. Nesse primeiro âmbito, estão incluídas as hipóteses em que o agente formula uma oferta que, não obstante seu caráter exploratório e a pressão coercitiva exercida, não invalida o consentimento daquele cujos interesses de bem-estar são colocados em risco (p. ex., a obtenção de lucros excessivos a custa de outras pessoas no comércio de órgãos, no favorecimento da prostituição e na exploração de jogos de azar). Em segundo lugar, o princípio é aplicável à conduta daquele que, sem necessariamente afetar adversamente os interesses de outras pessoas, transaciona se utilizando de uma vantagem injusta ou de “moedas de troca” que não lhe pertencem ou não são de sua livre disposição para obter um benefício indevido, violando deveres não

meramente morais em face de seus concidadãos, notadamente deveres de lealdade, solidariedade e cooperação mútua. Nesse segundo âmbito, estão incluídas condutas como o *insider trading*, a corrupção eleitoral e a corrupção pública, bem como modalidades de chantagem econômico-informacional qualificadas como chantagem-corrupção. Embora o crime de chantagem seja comumente apontado como um dos principais exemplos de aplicação do princípio da exploração injusta, a criminalização da denominada chantagem-extorsão é compatível com o princípio do dano e/ou princípio da violação à autonomia e, no caso em que o indivíduo tem o direito de executar a ameaça, com o princípio da ofensa.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Aparecida Maria. John Stuart Mill: a Luta contra a Opressão. In: FERREIRA, Lier Pires; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladimyr Lombardo (org.). *Curso de Ciência Política*. Grandes autores do pensamento político moderno e contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 291-319.

ALEMANY, Macario. Paternalismo. *Eunomía*. Revista en Cultura de la Legalidad, n. 12, abr.-set., 2017, p. 199-209.

ALEXANDER, Larry. Deontology at the Threshold. *San Diego Law Review*, v. 37, 2000, p. 893-91.

ALEXANDER, Larry. Harm, Offense, and Morality. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v. VII, n. 2, 1994, p. 199-216.

ALEXANDER, Larry. The Moral Magic of Consent II. *Legal Theory*, v. 2, n. 3, 1996, p. 165-174.

ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler. *Crime and Culpability*. A Theory of Criminal Law. New York: Cambridge University Press, 2009.

ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler. Danger: The Ethics of Preemptive Action. *Ohio State Journal of Criminal Law*, v. 9, 2011, p. 637-667.

ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler. Risk and Inchoate Crimes: Retribution or Prevention? *Legal Studies Research Paper Series*. University of San Diego, School of Law. Research Paper nº 11-064, sept., 2011.

ALLDRIDGE, Peter. ‘Attempted Murder of the Soul’: Blackmail, Privacy and Secrets. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, n. 3, 1993, p. 368-387.

ALLDRIDGE, Peter. Dealing with Drug Dealing. In: SIMESTER, A. P.; SMITH, A. T. H. (ed.). *Harm and Culpability*. Oxford: Oxford Press, 1996, p. 239-257.

ALLDRIDGE, Peter. Reforming Criminal Law of Corruption. *Criminal Law Forum*, v. 11, n. 3, 2000, p. 287-322.

ALLDRIDGE, Peter. The Moral Limits of the Crime of Money Laundering. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 5, n. 1, april, 2001, p. 279-319.

ALLISON, Lincoln (ed.). *The Utilitarian Response: The Contemporary Viability of Utilitarian Political Philosophy*. London: Sage, 1990.

ALTMAN, Scott. A Patchwork Theory of Blackmail. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 141, n. 5, 1993, p. 1639-1661.

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. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 10, época 3, jul., 2013, p. 343-378.

AMELUNG, Knut. El Concepto 'Bien Jurídico' en la Teoría de la Protección Penal de Bienes Jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 227-264.

ANDERSON, Jack. The Right to a Fair Fight: Sporting Lessons on Consensual Harm. *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, v. 16, n. 1, winter, 2014, p. 55-75.

ANDERSON, Scott. Coercion. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2017 Edition). Edward N. Zalta (ed.), disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/coercion/>>.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

ANDRADE, Manuel da Costa. Constituição e legitimação do Direito Penal. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 51-62.

ARCHARD, David. Exploited Consent. *Journal of Social Philosophy*, v. 25, n. 3, 1994, p. 92-101.

ARCHARD, David. Freedom not to be Free: The Case of the Slavery Contract in J. S. Mill's on Liberty. *The Philosophical Quarterly*, v. 40, n. 161, oct., 1990, p. 453-465.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 4ª ed. São Paulo: Nova Cultura, 1991.

ARNESON, Richard J. Liberalism, Freedom, and Community. *Ethics*. The University of Chicago Press, v. 100, n. 2, jan., 1990, p. 368-385.

ARNESON, Richard J. Mill versus Paternalism. *Ethics*, v. 90, n. 4, 1980, p. 470-489.

ARNESON, Richard J. Paternalism, Utility, and Fairness. In: DWORKIN, Gerald (ed.). *Mill's On Liberty*. Critical Essays. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1997, p. 83-114.

ARNESON, Richard J. Principle of Fairness and Free-Rider Problems. *Ethics*, v. 92, n. 4, 1982, p. 616-633.

ARNESON, Richard J. What's Wrong with Exploitation? *Ethics*, v. 91, n. 2, 1981, p. 202-227.

ARNESON, Richard. Exploitation and Outcome. *Politics, Philosophy & Economics*, v. 12, n. 4, 2013, p. 392-412.

ARNESON, Richard. Joel Feinberg and the Justification of Hard Paternalism. *Legal Theory*, v. 11, n. 3, 2005, p. 259-280.

ASHWORTH, Andrew. The Unfairness of the Risk-Based Possession Offences. *Criminal Law and Philosophy*, n. 5, 2011, p. 237-257.

ASHWORTH, Andrew; HORDER, Jeremy. *Principles of Criminal Law*. 7ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

ASUA, Luis Jimenez de. *El Delito* - segunda parte. Buenos Aires: Losada, 1961. (Tratado de Derecho Penal, t. 4).

BADARÓ BAPTISTA, Tatiana Maria. Reflexões sobre o bem jurídico na Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005). *Revista Fórum de Ciências Criminais*, ano 2, n. 3, janeiro/junho, 2015, p. 53-72.

BADARÓ, Tatiana. *Bem Jurídico-Penal Supraindividual*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

BADARÓ, Tatiana. Comercializar órgãos transplantáveis ofende bens jurídicos? A crítica de um liberal moderado à criminalização do comércio de órgãos. In: ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia (org.). *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 325-346.

BADARÓ, Tatiana. Crimes de acumulação no direito penal ambiental: Ofensividade e critérios de imputação. In: CARVALHO, Érika Mendes; PRADO, Alessandra Mascarenhas (orgs.). *Repensando a proteção do meio ambiente*. 20 anos de Lei 9.605/98. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 179-200.

BADARÓ, Tatiana. Criminalização do discurso de ódio e liberdade de expressão: uma análise do art. 20 da Lei nº 7.716/89 sob a perspectiva da teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 145, 2018, p. 531-569.

BADARÓ, Tatiana. Reflexões sobre o futuro da teoria do bem jurídico a partir do *harm principle* da filosofia liberal anglo-americana. In: IENNAO, Rodrigo. *Metadogmática penal: cienti(fici)smo, ciência e técnica na teoria do delito*. Estudos em Homenagem à Professora Sheila J. Selim de Sales. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 127-144.

BAKER, Dennis J. Constitutionalizing the Harm Principle. *Criminal Justice Ethics*, v. 27, n. 2, 2008, p. 3-28.

BAKER, Dennis J. Rethinking Consensual Harm-Doing. *University of Western Sidney Law Review*, v. 12, 2008, p. 21-38.

BAKER, Dennis J. The Harm Principle vs. Kantian Criteria for Ensuring Fair, Principled and Just Criminalisation. *Australian Journal of Legal Philosophy*, v. 33, n. 66, 2008, p. 66-99.

BAKER, Dennis J. The Impossibility of a Critically Objective Criminal Law. *McGill Law Journal*, v. 56, n. 2, 2011, p. 349-394.

BAKER, Dennis J. The Moral Limits of Criminalizing Remote Harms. *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, v. 10, n. 3, 2007, p. 370-391.

BAKER, Dennis J. *The Right not to be Criminalized*. Demarcating Criminal Law's Authority. Farnham: Ashgate, 2011.

BAKER, Dennis J. The Sense and Nonsense of Criminalising Transfers of Obscene Material. *Singapore Law Review*, v. 26, 2008, p. 126-155.

BARATTA, Alessandro. Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma Teoria do Bem Jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 5, jan.-mar., 1994, p. 5-24.

BARBERÁ, Gabriel Pérez. El Ilícito Material del Delito Tributario. En torno a la legitimidad de la criminalización de incumplimientos fiscales. In: ROBIGLIO, Carolina (dir.). *Institutos de Derecho Penal Tributario*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2017, p. 69-103.

BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A Morte como Ela é: Dignidade e Autonomia Individual no Final da Vida. *Panóptica*, ano 3, n. 19, julho-outubro, 2010, p. 69-104.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BÉAL, Christophe. Can Paternalism be “Soft”? Paternalism and Criminal Justice. *Raisons Politiques*, v. 4, n. 44, 2011, p. 41-56.

BEAUCHAMP, Tom L. Opposing Views on Animal Experimentation: Do Animals Have Rights? *Ethics & Behavior*, v. 7, n. 2, 1997, p. 113-121.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of Biomedical Ethics*. New York: Oxford University Press, 1979.

BECCARIA, Cesare Bonesana, *marchese di*. *Dos delitos e das penas*. Trad. Marcílio Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BEDAU, Hugo Adam. Feinberg's Liberal Theory of Punishment. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 5, n. 1, april, 2001, p. 103-144.

BENNETT, Jonathan. Two Departures from Consequentialism. *Ethics*, n.100, 1989, p. 54-66.

BERGELSON, Vera. Consent to Harm. *Pace Law Review*, v. 28, n. 4, 2008, p. 101-129.

BERGELSON, Vera. The Right to Be Hurt: Testing the Boundaries of Consent. *George Washington Law Review*, v. 75, n. 2, 2007, p. 165-236.

BERGELSON, Vera. Vice is Nice But Incest is Best: The Problem of a Moral Taboo. *Criminal Law and Philosophy*, v. 7, 2013, p. 43-59.

BERGER, Fred R. Pornography, Sex, and Censorship. *Social Theory and Practice*, v. 4, n. 2, 1977, p. 183-209.

BERMAN, Mitchell N. The Evidentiary Theory of Blackmail: Taking Motives Seriously. *The University of Chicago Law Review*, v. 65, n. 3, 1998, p. 795-878.

BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Leitzig: Wilhelm Engelmann, 1877.

BIRD, Colin. Harm Versus Sovereignty: A Reply to Ripstein. *Philosophy & Public Affairs*, v. 35, n. 2, p. 179-194.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Buenos Aires: B de F – Julio César Faira, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial. Vol. 4. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BLASI, Vincent. Six Conservatives in Search of the First Amendment: The Revealing Case of Nude Dancing. *William & Mary Law Review*, v. 33, n. 3, 1992, p. 611-663.

BLOCK, Walter. The Crime of Blackmail: A Libertarian Critique. *Criminal Justice Ethics*, v. 18, n. 2, 1999, p. 3-10.

BOCK, Stefanie; STARK, Findlay. Preparatory Offences. In: AMBOS, Kai; DUFF, Antony; ROBERTS, Julian; WEIGEND, Thomas (ed.). *Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice*. Anglo-German Dialogues. Volume I. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 54-93.

BOIS-PEDAIN, Antje du. Die Beteiligung na fremder Selbstschädigung als eigenständiger Typus moralisch relevanten Verhaltens – Ein Beitrag zur Strukturanalyse des indirekten Paternalismus. In: HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfrid; SEELMANN, Kurt (Hrsg.). *Paternalismus im Strafrecht*. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten. Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 33-56.

BOIS-PEDAIN, Antje. The Place of Criminal Law Theory in the Constitutional State. In: SIMESTER, AP; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid. *Liberal Criminal Theory*. Essays for Andreas von Hirsch. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014, p. 305-325.

BOIS-PEDAIN, Antje. The Wrongfulness Constraint in Criminalisation. *Criminal Law and Philosophy*, v. 8, n. 1, 2013, p. 149-169.

BORGOGNO, Santiago Truccone. Daño al futuro: ¿Puede el no Comparativismo Resolver el Problema de la No-Identidad? *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, n. 70, 2017, p. 83-96.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, Direito Penal e sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 61, jul.-ago., 2006, p. 44-121.

BRADLEY, Ben. Doing Away with Harm. *Philosophy and Phenomenological Research*, v. 75, n. 2, 2012, p. 390-412.

BRINK, David O. Mill's Liberal Principles and Freedom of Expression. In: TEN, C. L. (ed.). *On Liberty. A Critical Guide*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 40-61.

BRINK, David O. Retributivism and Legal Moralism. *Ratio Juris*, v. 25, n. 4, 2012, p. 496-512.

BRINK, David O. Utilitarian Morality and the Personal Point of View. *Journal of Philosophy*, n. 83, 1986, p. 417-438.

BROOK, Richard. Deontology, Paradox, and Moral Evil. *Social Theory and Practice*, v. 33, n. 3, 2007, p. 431-440.

BROWN, Campbell. Consequentialize This. *Ethics*, n. 121, v. 4, 2011, p. 749-771.

BROWN, D. G. Mill on Liberty and Morality. *Philosophical Review*, n. 81, 1972, p. 133-158.

BROWN, Rebecca L. The Harm Principle and Free Speech. *Southern California Law Review*, v. 89, n. 5, 2016, p. 953-1010.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Revista Direito Público*. Brasília, n. 15, 2007, p. 117-136.

BUCHANAN, Allen. Exploitation, Alienation, and Injustice. *Canadian Journal of Philosophy*, v. IX, n. 1, march, 1979, p. 121-139.

BUCHANAN, Allen. The Limits of Proxy Decision Making. In: SARTORIUS, Rolf E. (ed.). *Paternalism*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1983, p. 153-170.

BURCHARD, Christoph. El Principio de Proporcionalidad en el "Derecho Penal Constitucional", o el Fin de la Teoría del Bien Jurídico Tutelado en Alemania. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (Org.). *Desarrollos Actuales de las Ciencias Criminales en Alemania*. Bogotá: Temis, 2012, p. 29-49.

BURGEES-JACKSON, Keith. Our Millian Constitution: The Supreme Court's Repudiation of Immorality as a Ground of Criminal Punishment. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, v. 12, n. 2, 2014, p. 407-417.

CADOPPI, Alberto. Liberalismo, paternalismo e diritto penale. In: FIANDACA, Giovanni; FRANCOLINI, Giovanni (org.). *Sulla Legittimazione del Diritto Penale: Culture Europeo-Continentale e Anglo-Americana a Confronto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008, p. 83-124.

CAMERON. J. Stewart; HOFFENBERG, Raymond. The Ethics of Organ Transplantation Reconsidered: Paid Organ Donation and the Use of Executed Prisoners as Donors. *Kidney International*, v. 55, 1999, p. 727-732.

CANE, Peter. Taking Law Seriously: Starting Points of the Hart/Devlin Debate. *The Journal of Ethics*, v. 10, n. 1-2, jan., 2006, p. 21-51.

CARVALHO, Gisele Mendes. Por uma interpretação digna do direito à vida, por uma concepção utilitarista da eutanásia. In: ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia (org.). *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 169-192.

CASABONA, Carlos María Romeo. El Convenio del Consejo de Europa contra el tráfico de órganos humanos: principios y bienes jurídicos penalmente protegidos. *Revista de Derecho Penal*, n. 1, 2015, p. 337-357.

CHRISTIANO, Thomas. What is Wrongful Exploitation? In: SOBEL, David; VALLENTYNE, Peter; WALL, Steven (ed.). *Oxford Studies in Political Philosophy*. Volume 1. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 250-275.

CLARK, Michael. There is no Paradox of Blackmail. *Analysis*, v. 54, n. 1, jan., 1994, p. 54-61.

COHEN, Andrew Jason. Psychological Harm and Free Speech on Campus. *Society*, n. 4, 2017, p. 320-325.

COHEN, Carl. Do Animals Have Rights? *Ethics & Behavior*, v. 7, n. 2, 1997, p. 91-102.

COHEN, I. Glenn. Transplant Tourism: The Ethics and Regulation of International Markets for Organs. *Journal of Law, Medicine & Ethics*, spring, 2013, p. 269-285.

COHEN-ALMAGOR, Raphael. Harm Principle, Offense Principle, and the Skokie Affair. *Political Studies*, XLI, 1993, p. 453-470.

CONLY, Sarah. *Against Autonomy*. Justifying Coercive Paternalism. New York: Cambridge University Press, 2013.

COOPER, Simon; JAMES, Mark. Entertainment – The Painful Process of Rethinking Consent. *Criminal Law Review*, n. 3, 2012, p. 188-199.

CORNFORD, Andrew. Indirect Crimes. *Law and Philosophy*, v. 32, n. 4, 2013, p. 485-514.

CORNFORD, Andrew. Rethinking the Wrongness Constraint on Criminalisation. *Law and Philosophy*, v. 36, n. 6, 2017, p. 615-649.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do *harm principle*. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (org.). *Direito penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 133-149.

COSTA, Victor. *Crimes Omissivos Impróprios*. Tipo e Imputação Objetiva. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward. Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, v. 3, n. 11, 2003, p. 23-29.

COWAN, Sharon. Criminalizing SM: Disavowing the Erotic, Instantiating Violence. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor (ed.). *The Structures of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 59-84.

D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e ilícito penal ambiental. In: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal*. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 105-127.

DAN-COHEN, Meir. Basic Values and the Victim's State of Mind. *California Law Review*, v. 88, n. 3, 2000, p. 759-778.

DAN-COHEN, Meir. Defending Dignity. In: DAN-COHEN, Meir. *Harmful Thoughts*. Essays on Law, Self, and Morality. Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 150-171.

DAN-COHEN, Meir. Dignity, Crime, and Punishment: A Kantian Perspective. In: DUBBER, Markus D. (ed.). *Foundational Texts in Modern Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 101-118.

DARWALL, Stephen L. (ed.). *Consequentialism*. Oxford: Blackwell, 2003.

DELONG, Sidney. Blackmailers, Bribe Takers, and the Second Paradox. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 141, 1993, p. 1663-1693.

DEMPSEY, M. Madden. Rethinking Wolfenden: Prostitute-Use, Criminal Law, and Remote Harm. *Criminal Law Review*, junho, 2005, p. 444-455.

DEMPSEY, Michelle Madden. Victimless Conduct and the Volenti Maxim: How Consent Works. *Criminal Law and Philosophy*, v. 7, n. 1, january, 2013, p. 11-27.

DEMPSEY, Michelle. Public Wrongs and the 'Criminal Law's Business': When Victims Won't Share. In: CRUFT, Rowan; KRAMER, Matthew H.; REIFF, Mark R. (eds.). *Crime, Punishment, and Responsibility: The Jurisprudence of Antony Duff*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 254-272.

DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*. Oxford: Oxford University Press, 1965.

DIAS, Augusto Silva. "What if everybody did it?": sobre a (in)capacidade de ressonância do Direito Penal à figura da acumulação. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 13, n. 3, jul.-set., 2003, p. 303-346.

DIAS, Jorge de Figueiredo. A "Ajuda Médica à Morte": Uma Consideração Jurídico-Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 21, n. 100, jan.-fev., 2013, p. 15-39.

DIAS, Jorge de Figueiredo. O "Direito Penal do bem jurídico" como princípio jurídico-constitucional à luz da jurisprudência constitucional portuguesa. In: GRECO, Luis;

MARTINS, Antonio. *Direito Penal como Crítica da Pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 249-261.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIEKEMA, Douglas S. Parental Refusals of Medical Treatment: The Harm Principle as Threshold for State Intervention. *Theoretical Medicine*, n. 25, 2004, p. 243-264.

DIMOCK, Susan. Contractarian Criminal Law Theory and *Mala Prohibita* Offences. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor (eds.). *Criminalization: The Political Morality of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 151-181.

DIMOCK, Susan. The *Malum prohibitum* – *Malum in se* Distinction and the Wrongfulness Constraint on Criminalization. *Dialogue*, v. 55, 2016, p. 9-32.

DIXON, Nicholas. Boxing, Paternalism, and Legal Moralism. *Social Theory and Practice*, v. 27, n. 2, april, 2001, p. 323-344.

DOPPELT, Gerald. The Moral Limits of Feinberg's Liberalism. *Inquiry*, v. 36, n. 3, 1993, p. 255-286.

DRESSLER, Joshua. *Understanding Criminal Law*. 7ª ed. Danvers: Matthew Bender, 2015.

DRIPPS, Donald A. Beyond Rape: An Essay on the Difference between the Presence of Force and the Absence of Consent. *Columbia Law Review*, v. 92, n. 7, 1992, p. 1780-1809.

DRIPPS, Donald A. The Liberal Critique of the Harm Principle. *Criminal Justice Ethics*, v. 17, n. 2, 1998, p. 3-18.

DUBBER, Markus D. Introduction. In: DUBBER, Markus D. (ed.). *Foundational Texts in Modern Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 1-22.

DUBBER, Markus D. Policing Morality: Constitutional Law and the Criminalization of Incest. *University of Toronto Law Journal*. Toronto, v. 61, n. 4, 2011, p. 737-759.

DUBBER, Markus Dirk. Policing Possession: The War on Crime and the End of Criminal Law. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 91, n. 4, 2001, p. 829-996.

DUBBER, Markus Dirk. The Possession Paradigm: The Special Part and the Police Power Model of the Criminal Process. In: DUFF, R. A.; GREEN, Stuart (ed.). *Defining Crimes: Essays on the Special Part of the Criminal Law*, 2005, p. 91-118.

DUBBER, Markus Dirk. Theories of Crime and Punishment in German Criminal Law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 53, 2005, p. 679-708.

DUBBER, Markus Dirk. Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment. *Hastings Law Journal*, v. 55, 2004, p. 509-572.

DUBBER, Markus; HÖRNLE, Tatjana. *Criminal Law: a Comparative Approach*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

DUFF, R. A. *Answering for Crime*. Responsibility and Liability in the Criminal Law. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2007.

DUFF, R. A. Harms and Wrongs. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 5, n. 1, 2001, p. 13-45.

DUFF, R. A. Legal Moralism and Public Wrongs. In: FERZAN, Kimberly Kessler; MORSE, Stephen J. (ed.). *Legal, Moral, and Metaphysical Truths*. The Philosophy of Michael S. Moore. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 95-109.

DUFF, R. A. Perversions and Subversions of Criminal Law. In: DUFF, R.A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S.E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. *The Boundaries of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 88-112.

DUFF, R. A. *The Realm of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2018.

DUFF, R. A. Towards a Modest Legal Moralism. *Criminal Law and Philosophy*, v. 8, 2012, p. 217-235.

DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. Introduction: Towards a Theory of Criminalization? In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor (eds.). *Criminalization: The Political Morality of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 1-53.

DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. Introduction: The Boundaries of the Criminal Law. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. *The Boundaries of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 1-26.

DUFF, R. A.; GREEN, Stuart P. Introduction: The Special Part and its Problems. In: DUFF, R. A.; GREEN, Stuart (ed.). *Defining Crimes: Essays on the Special Part of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 1-20.

DUFF, R. A.; MARSHALL, S. E. "Abstract Endangerment", Two Harm Principles, and Two Routes to Criminalisation. *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, v. 3, n. 2, 2015, p. 131-161.

DUFF, R. A.; MARSHALL, S. E. "Remote Harms" and the Two Harm Principles. In: SIMESTER, AP; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid. *Liberal Criminal Theory*. Essays for Andreas von Hirsch. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014, p. 205-223.

DUFF, R. A.; MARSHALL, S. E. How Offensive Can You Get? In: SIMESTER, A. P.; HIRSCH, Andrew von. *Incivilities: Regulating Offensive Behaviour*. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 57-90.

DWORKIN, Andrea. *Pornography*. Men Possessing Women. New York: Plume, 1989.

DWORKIN, Gerald. Devlin was Right: Law and the Enforcement of Morality. *William & Mary Law Review*, v. 40, n. 926, 1999, p. 927-946.

DWORKIN, Gerald. Harm and the Volenti Principle. *Social Philosophy and Policy*, v. 29, 2012, p. 309-321.

DWORKIN, Gerald. Moral Paternalism. *Law and Philosophy*, v. 24, 2005, p. 305-319.

DWORKIN, Gerald. Paternalism. In: DWORKIN, Gerald (ed.). *Mill's On Liberty*. Critical Essays. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1997, p. 61-82.

DWORKIN, Gerald. Paternalism. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2020 Edition). Edward N. Zalta (ed.), disponível em <<https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/paternalism/>>.

DWORKIN, Gerald. Paternalism: Some Second Thought. In: DWORKIN, Gerald. *The Theory and Practice of Autonomy*. New York: Cambridge University Press, 1988, p. 121-129.

DWORKIN, Roger. The Limits of the Criminal Sanction, by Herbert L. Packer. *Indiana Law Journal*, v. 44, n. 3, 1969, p. 493-498.

DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida*. Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. Lord Devlin and the Enforcement of Morals. *The Yale Law Journal*, v. 75, n. 6, may, 1966, p. 986-1005.

DWORKIN, Ronald. *The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

DYZENHAUS, David. John Stuart Mill and the Harm of Pornography. *Ethics*, v. 102, n. 3, 1992, p. 534-551.

EASTON, Susan. Criminalising the Possession of Extreme Pornography: Sword or Shield? *The Journal of Criminal Law*, v. 75, 2011, p. 391-413.

EDMUNDSON, William A. Comments on Richard Arneson's "Joel Feinberg and the Justification of Hard Paternalism". *Legal Theory*, v. 11, n. 3, 2005, p. 285-291.

EDWARDS, J. R.; SIMESTER, A. P. Wrongfulness and Prohibitions. *Criminal Law and Philosophy*, v. 8, n. 1, 2014, p. 171-186.

EDWARDS, James. An Instrumental Legal Moralism. In: GARDNER, John; GREEN, Leslie; LEITER, Brian (ed.). *Oxford Studies in Philosophy of Law*. V. 3. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 153-188.

EDWARDS, James. Harm Principles. *Legal Theory*, v. 20, n. 4, 2014, p. 253-285.

EDWARDS, James. Master Principles of Criminalisation. *Jurisprudence*, v. 7, n. 1, 2016, p. 138-148.

EDWARDS, James. No Offense. In: ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler (ed.). *The Palgrave Handbook of Applied Ethics*. Palgrave Macmillan, 2019, p. 499-518.

EGAN, Kelly. Morality-Based Legislation is Alive and Well: Why the Law Permits Consent to Body Modification but not Sadomasochistic Sex. *Albany Law Review*, v. 70, n. 4, 2007, p. 1615-1642.

ELLIS, Anthony. Deontology, Incommensurability and the Arbitrary. *Philosophy and Phenomenological Research*, v. 52, n. 4, 1992, p. 855-875.

EPICURO. *Carta sobre a felicidade* (a Meneceu). Trad. e apresent. de Álvaro Lorencini e Enzo Del Carratore. São Paulo: UNESP, 1997.

EPSTEIN, Richard A. Blackmail, Inc. *University of Chicago Law Review*, v. 50, 1983, p. 553-566.

EPSTEIN, Richard A. The Harm Principle – And How It Grew. *The University of Toronto Law Journal*, v. 45, n. 4, 1995, p. 369-417.

ERIN, Charles A; HARRIS, John. An Ethical Market in Human Organs. *Journal of Medical Ethics*, n. 29, 2003, p. 137-138.

ESER, Albin. The principle of “Harm” in the concept of crime: a comparative analysis of the criminally protected interests. *Duquesne University Law Review*, 4, 1966, p. 345-417.

ESTELLITA, Heloisa. A distinção entre ação e omissão no caso dos comportamentos ambivalentes. In: JUNIOR, Miguel Reale; MOURA, Maria Thereza de Assis (Orgs.). *Coleção 80 Anos do Código Penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 97-121.

ESTELLITA, Heloisa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. *Revista Brasileira de Filosofia*. São Paulo, v. LVI, 2007, p. 333-341.

FARIA, Aléxia Alvim Machado; VIANNA, Túlio. Maioridade Sexual: por uma idade de consentimento sexual pautada na tutela de bens jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 118, 2016, p. 15-54.

FARMER, Lindsay. Criminal Wrongs in Historical Perspective. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. *The Boundaries of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 214-237.

FATEH-MOGHADAM, Bijan; GUTMANN, Thomas. Governing [through] Autonomy. The Moral and Legal Limits of “Soft Paternalism”. *Ethical Theory and Moral Practice*, v. 17, 2014, p. 383-397.

FEINBERG, Joel. *Abortion*. In: FEINBERG, Joel. *Freedom and Fulfillment: Philosophical Essays*. Princeton: Princeton University Press, 1994, p. 37-75.

FEINBERG, Joel. Environmental Pollution & the Threshold of Harm. *The Hasting Center Report*, v. 14, n. 3, jun., 1984, p. 27-31.

FEINBERG, Joel. *Freedom and Fulfillment: Philosophical Essays*. Princeton: Princeton University Press, 1994.

FEINBERG, Joel. Harm to Others – A Rejoinder. *Criminal Justice Ethics*, v. 5, n. 1, 1986, p. 16-29.

FEINBERG, Joel. *Harm to Others*. The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 1. New York: Oxford University Press, 1984.

FEINBERG, Joel. *Harm to Self*. The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 3. New York: Oxford University Press, 1986.

FEINBERG, Joel. *Harmless Wrongdoing*. The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 4. New York: Oxford University Press, 1990.

FEINBERG, Joel. In Defence of Moral Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 12, n. 1, jul., 1992, p. 149-169.

FEINBERG, Joel. Legal Paternalism. *Canadian Journal of Philosophy*, v. 1, n. 1, sep., 1971, p. 105-124.

FEINBERG, Joel. *Offense to Others*. The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 2. New York: Oxford University Press, 1985.

FEINBERG, Joel. *Social Philosophy*. Englewood Cliffs: Prentice Hall Press, 1973.

FEINBERG, Joel. Some Puzzles about the Evil of Death. In: FISCHER, John Martin (ed.). *The Metaphysics of Death*. Stanford: Stanford University Press, 1993, p. 305-326.

FEINBERG, Joel. Some Unswept Debris from the Hart-Devlin Debate. *Synthese*, v. 72, n. 2, 1987, p. 249-275.

FEINBERG, Joel. The Expressive Function of Punishment. In: FEINBERG, Joel. *Doing and Deserving*. Essays in the Theory of Responsibility. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1970, p. 95-118.

FEINBERG, Joel. The Mistreatment of Dead Bodies. *The Hastings Center Report*, v. 15, n. 1, 1985, p. 31-37.

FEINBERG, Joel. The Moral and Legal Responsibility of the Bad Samaritan. *Criminal Justice Ethics*, v. 3, n. 1, 1984, p. 56-69.

FEINBERG, Joel. The Nature and Value of Rights. *The Journal of Value Inquiry*, v. 4, 1970, p. 243-260.

FEINBERG, Joel. The Paradox of Blackmail. *Ratio Juris*, v. 1, n. 1, march, 1988, p. 83-95.

FEINBERG, Joel. The Rights of Animals and Unborn Generations. In: BLACKSTONE, William T. (ed.). *Philosophy & Environmental Crisis*. Athena, GA: The University of Georgia Press, 1974, p. 43-68.

FEINBERG, Joel. The Social Importance of Moral Rights. *Philosophical Perspectives*, v. 6, 1992, p. 175-198.

FEINBERG, Joel. Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming. *Social Philosophy & Policy*, v. 4, n. 1, 1986, p. 145-178.

FERGUSON, Pamela R. "Smoke Gets in your Eyes...": The Criminalisation of Smoking in Enclosed Public Places, the Harm Principle and the Limits of the Criminal Sanction. *Legal Studies*, v. 31, n. 2, 2011, p. 259-278.

FERGUSON, Patricia. Reforming Rape and other Sexual Offences. *Edinburgh Law Review*, v. 12, 2008, p. 302-307.

FERRAJOLI, Luigi. El Principio de Lesividade como Garantía Penal. Trad. Diana Restrepo Rodríguez. *Revista Nuevo Foro Penal*, v. 8, n. 79, jul.-dez., 2012, p. 100-114.

FERZAN, Kimberly Kessler. Prevention, Wrongdoing, and the Harm Principles's Breaking Point. *Ohio State Journal of Criminal Law*, v. 10, n. 2, 2013, p. 679-695.

FEUERBACH, Anselm Von. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hegemeier. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FINKELSTEIN, Claire. Is Risk a Harm? *University of Pennsylvania Law Review*, v. 151, 2003, p. 963-1001.

FINKELSTEIN, Claire. Positivism and the Notion of an Offense. *California Law Review*, v. 88, n. 2, mar., 2000, p. 335-394.

FLETCHER, George P. Blackmail: The Paradigmatic Crime. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 141, n. 5, 1993, p. 1617-1638.

FLETCHER, George P. *Rethinking Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2000.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte geral. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FRANCOLINI, Giovanni. Il Dibattito Angloamericano sulla Legittimazione del Diritto Penale: La Parabola del Principio del Danno tra Visione Liberale e Posizione Conservatrice.

In: FIANDACA, Giovanni; FRANCOLINI, Giovanni (org.). *Sulla Legittimazione del Diritto Penale: Culture Europeo-Continentale e Anglo-Americana a Confronto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008, p. 1-27.

FRISCH, Wolfgang. Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 309-341.

FRISCH, Wolfgang. Toleranz als Prinzip der Strafrechtsbegrenzung? In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 83-96.

FRISCH, Wolfgang; PUPPE, Ingeborg; KINKHAUSER, Urs. *El Error en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010.

FULLER, Lon L. Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, fev., 1958, p. 630-672.

GARDNER, John; SHUTE, Stephen. *The Wrongness of Rape*. In: HORDER, Jeremy (ed.). *Oxford Essays in Jurisprudence*. Fourth Series. New York: Oxford University Press, 2002, p. 193-217.

GARVEY, Stephen P. Was Ellen Wronged? *Criminal Law and Philosophy*, v. 7, 2013, p. 185-216.

GEORGE, Robert P. Moralistic Liberalism and Legal Moralism. *Michigan Law Review*, v. 88, n. 6, 1990, p. 1415-1429.

GEORGE, Robert. Social Cohesion and the Legal Enforcement of Morals: A Reconsideration of the Hart-Devlin Debate. *The American Journal of Jurisprudence*, v. 35, n. 1, 1990, p. 15-46.

GILES, Marianne. R v Brown: Consensual Harm and the Public Interest. *The Modern Law Review*, v. 57, 1994, p. 101-111.

GILLESPIE, Alisdair; OST, Suzanne. The 'Higher' Age of Consent and the Concept of Sexual Exploitation. In: REED, Alan; BOHLANDER, Michael; WAKE, Nicola; SMITH, Emma (ed.). *Consent. Domestic and Comparative Perspectives*. New York: Routledge, 2017, p. 161-176.

GINSBURG, Douglas H; SHECHTMAN, Paul. Blackmail: An Economic Analysis of the Law. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 141, n. 5, 1993, p. 1849-1876.

GOODIN, Robert E. Exploiting a Situation and Exploiting a Person. In: REEVE, Andrew (ed.). *Modern Theories of Exploitation*. London: Sage, 1987, p. 166-200.

GOODIN, Robert E. Volenti goes to market. *The Journal of Ethics*, v. 10, 2006, p. 53-74.

GORDON, Wendy J. Truth and Consequences: The Force of Blackmail's Central Case. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 141, n. 5, 1993, p. 1741-1785.

GORR, Michael. Liberalism and the Paradox of Blackmail. *Philosophy and Public Affairs*, v. 21, n. 1, 1992, p. 43-66.

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*, n. 49, abr.-jun., 2004, p. 89-147.

GRECO, Luís. A Crítica de Stuart Mill ao Paternalismo. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 4, n. 7, jul.-dez., 2012, p. 81-92.

GRECO, Luís. A Ilha de Kant. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (org.). *Direito penal como crítica da pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 263-279.

GRECO, Luís. Casa de Prostituição (Art. 229 do CP) e Direito Penal Liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 19, n. 92, 2011, p. 431-457.

GRECO, Luís. Existem critérios para a postulação de bens jurídicos coletivos? *Revista de Concorrência e Regulação*, Lisboa, n. 7/8, ano 2, jul.-dez., 2011, p. 349-373.

GRECO, Luís. Legítima defesa de animales. *Nuevo Foro Penal*, v. 15, n. 92, 2019, p. 27-31.

GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. Trad. Ronan Rocha. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

GRECO, Luís. Proteção de Bens Jurídicos e Crueldade com Animais. *Revista Liberdades*, n. 3, jan.-abr., 2010, p. 47-59.

GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§173 *Strafgesetzbuch*). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 82, 2010, p. 165-185.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GRECO, Luís. Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft. In: BRUNHÖBER, Beatrice; HÖFFLER, Katrin; KASPAR, Johannes; REINBACHER, Tobias; VORMBAUM, Moritz (ed.). *Strafrecht und Verfassung*. Baden-Baden: Nomos, 2013, p. 13-36.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano (Org.). *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 27-28.

GREEN, Leslie. Law, Co-ordination and the Common Good. *Oxford Journal of Legal Studies*, n. 3, v. 3, 1983, p. 299-324.

GREEN, Stuart P. How to Criminalize Incest. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2967280>. (DRAFT, May 11, 2017)

GREEN, Stuart P. Legal Moralism, Overinclusive Offenses, and the Problem of Wrongfulness Conflation. *Criminal Law and Philosophy*, v. 14, n. 3, 2020, p. 417-430.

GREEN, Stuart P. *Lying, Cheating, and Stealing. A Moral Theory of White-Collar Crime*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

GREEN, Stuart P. Lying, Misleading, and Falsely Denying: How Moral Concepts Inform the Law of Perjury, Fraud, and False Statements. *Hasting Law Journal*, v. 53, 2001, p. 157-212.

GREEN, Stuart P. Moral Ambiguity in White Collar Criminal Law. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, v. 18, 2004, p. 501-519.

GREEN, Stuart P. Theft by Coercion: Extortion, Blackmail, and Hard Bargaining. *Washburn Law Journal*, v. 44, n. 3, 2005, p. 553-581.

GREEN, Stuart P. *Thirteen Ways to Steal a Bicycle*. Theft Law in the Information Age. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2012.

GREEN, Stuart P. What's Wrong with Bribery. In: DUFF, R. A.; GREEN, Stuart P. (ed.). *Defining Crimes: Essays on the Special Part of the Criminal Law*, 2005, p. 143-167.

GREEN, Stuart. Consent and the Grammar of Theft Law. *Cardozo Law Review*, v. 28, n. 6, 2007, p. 101-118.

GREEN, Stuart. Why it's a Crime to Tear the Tag Off a Mattress: Overcriminalization and the Moral Contents of Regulatory Offenses. *Emory Law Journal*, v. 46, 1997, p. 1533-1615.

GREEN, Stuart; KUGLER, Matthew B. When Is it Wrong to Trade Stocks on the Basis of Non-Public Information?: Public Views of the Morality of Insider Trading. *Fordham Urban Law Journal*, v. 39, n. 2, 2011, p. 445-484.

GREENAWALT, Kent. Legal Enforcement of Morality. *Journal of Criminal Law and Criminology*. Northwestern University, v. 85, n. 3, winter, 1995, p. 710-725.

GRIFFITHS, Kelly. Criminalising Bribery in a Corporate World. *Current Issues in Criminal Justice*, v. 27, n. 3, 2016, p. 251-268.

GROVER, Dorothy. Posthumous Harm. *The Philosophical Quarterly*, v. 39, n. 156, 1989, p. 334-353.

GÜNTHER, Klaus. GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un “cambio de paradigma” en el derecho penal? In: CASABONA, Carlos María Romeo (Dir.). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000, p. 489-505.

GUTMANN, Thomas. *Für ein neues Transplantationsgesetz*. Eine Bestandsaufnahme des Novellierungsbedarfs im Recht der Transplantationsmedizin. Heidelberg: Springer, 2006.

HAMBURGER, Joseph. *John Stuart Mill on Liberty and Control*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999.

HANCOCK, Jan. Toxic Pollution as a Right to Harm Others: Contradictions in Feinberg's Formulation of the Harm Principle. *Capitalism Nature Socialism*, v. 18, n. 2, June, 2007, p. 91-108.

HANNA, Cheryl. Sex is Not a Sport: Consent and Violence in Criminal Law. *Boston College Law Review*, v. 42, n. 2, 2001, p. 239-290.

HARCOURT, Bernard E. From the Harm Principle to Harm Decisionism: Hart, Feinberg, and the Eclipse of Millian Ambiguity. *The Tocqueville Review*, v. 36, n. 1, 2015, p. 185-211.

HARCOURT, Bernard E. *Illusion of Order*. The False Promise of Broken Windows Policing. Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

HARCOURT, Bernard E. Joel Feinberg on Crime and Punishment: Exploring the Relationship Between *The Moral Limits of the Criminal Law* and *The Expressive Function of Punishment*. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 5, n. 1, 2001, p. 145-172.

HARCOURT, Bernard E. Reflecting on the Subject: A Critique of the Social Influence Conception of Deterrence, the Broken Windows Theory, and Order-Maintenance Policing New York Style. *Michigan Law Review*, v. 97, 1998, p. 291-389.

HARCOURT, Bernard E. The Collapse of the Harm Principle. *The Journal of Criminal Law and Criminology*. Northwestern University, v. 90, n. 1, 1999, p. 109-194.

HARROSH, Shlomit. Identifying Harms. *Bioethics*, v. 26, n. 9, 2012, p. 493-498.

HART JR., Henry M. The Aims of the Criminal Law. *Law and Contemporary Problems*, v. 23, n. 3, 1958, p. 401-441.

HART, H. L. A. *Law, Liberty and Morality*. Stanford: Stanford University Press, 1963.

HART, H. L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, Feb., 1958, p. 593-629.

HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (Org.). *La Teoría del Bien Jurídico*. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 95-104.

HASSEMER, Winfried. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeitsprinzip als Grenze strafrechtlicher Eingriffe. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *Mediating Principles*. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 121-127.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. In: *Doctrina penal, teoría y práctica en las ciencias penales*. Buenos Aires: Depalma, año 12, n. 45-48, 1989, p. 275-285.

HASSEMER, Winfried. The Harm Principle and the Protection of “Legal Goods” (*Rechtsgüterschutz*): a German Perspective. In: SIMESTER, AP; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid. *Liberal Criminal Theory*. Essays for Andreas von Hirsch. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014, p. 187-204.

HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Granada, n. 04-14, 25 julio 2002, p. 1-13.

HEFENDEHL, Roland. El Bien Jurídico como Eje Material de la Norma Penal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del Bien Jurídico*. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 179-196.

HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 87, 2010, p. 103-120.

HELLMAN, Deborah. Understanding Bribery. In: ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler (ed.). *The Palgrave Handbook of Applied Ethics*. Palgrave Macmillan, 2019, p. 147-163.

HERRING, Jonathan. Relational autonomy and consent. In: REED, Alan; BOHLANDER, Michael; WAKE, Nicola; SMITH, Emma (ed.). *Consent*. Domestic and Comparative Perspectives. New York: Routledge, 2017, p. 25-36.

HILGENDORF, Eric; VALERIUS, Brian. *Direito Penal*. Parte Geral. Trad. Orlandino Gleizer. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

HILL, John Lawrence. Exploitation. *Cornell Law Review*, v. 79, n. 3, 1994, p. 631-699.

HIRSCH, Andreas von. Harm and Wrongdoing in Criminalisation Theory. *Criminal Law and Philosophy*, v. 8, n. 1, 2014, p. 245-256.

HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfrid. „Indirekter“ Paternalismus im Strafrecht – am Beispiel der Tötung auf Verlangen (§216 StGB). In: HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfrid; SEELMANN, Kurt (Hrsg.). *Paternalismus im Strafrecht*. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten. Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 71-98.

HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A. P. *Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014.

HIRSCH, Andreas von; SIMESTER, A.P. On the Legitimate Objectives of Criminalisation. *Criminal Law and Philosophy*, v. 10, n. 2, 2016, p. 367-379.

HIRSCH, Andrew von. *Censure and Sanctions*. Oxford: Oxford University Press, 1993.

HIRSCH, Andrew von. El Concepto de Bien Jurídico y el Principio del Daño. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 37-52.

HIRSCH, Andrew von. Extending the Harm Principle: “Remote” Harms und Fair Imputation. In: SIMESTER, A. P.; SMITH, A. T. H. (eds.). *Harm and Culpability*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 259-276.

HIRSCH, Andrew von. Injury and Exasperation: An Examination of Harm to Others and Offense to Others. *Michigan Law Review*, v. 84, n. 4/5, 1986, p. 700-714.

HIRSCH, Andrew von. The Offence Principle in Criminal Law: Affront to Sensibility or Wrongdoing? *King’s Law Journal*, v. 11, n. 1, 2000, p. 78-89.

HIRSCH, Andrew von. Toleranz als Mediating principle. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 97-108.

HIRSCH, Andrew von; JAREBORG, Nils. Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis. *Oxford Journal Legal Studies*, v. 11, n. 01, 1991, p. 01-38.

HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. Einführung: Was sind Mediating principles? In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 13-17.

HIRSCH, Andrew von; SIMESTER, A. P. Penalising Offensive Behaviour: Constitutive and Mediating Principles. In: SIMESTER, A. P.; HIRSCH, Andrew von. *Incivilities: Regulating Offensive Behaviour*. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 115-131.

HIRSCH, Andrew von; SIMESTER, A. P. Rethinking the Offense Principle. *Legal Theory*, v. 8, n. 3, 2002, p. 269-295.

HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del Bien Jurídico y Estructura del Delito. Sobre los Criterios de una Imputación Justa. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 285-308.

HOLTUNG, Nils. The Harm Principle. *Ethical Theory and Moral Practice*, v. 5, n. 4, 2002, p. 357-389.

HORDER, Jeremy. Bribery as a form of criminal wrongdoing. *Law Quarterly Review*, v. 127, 2010, p. 37-54.

HÖRNLE, Tatjana. “Rights of Others” in Criminalisation Theory. In: SIMESTER, AP; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid. *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014, p. 169-185.

HÖRNLE, Tatjana. Consensual Adult Incest: A Sex Offense? *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, v. 17, n. 1, 2014, p. 76-102.

HÖRNLE, Tatjana. Criminalizing Behaviour to Protect Human Dignity. *Criminal Law and Philosophy*, v. 6, n. 3, 2012, p. 307-325.

HÖRNLE, Tatjana. La Protección de Sentimientos en el STGB. In: In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 383-399.

HÖRNLE, Tatjana. Legal Regulation of Offence. In: SIMESTER, A. P.; HIRSCH, Andrew von. *Incivilities: Regulating Offensive Behaviour*. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 133-171.

HÖRNLE, Tatjana. Offensive Behavior and German Penal Law. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 5, n. 1, 2001, p. 255-278.

HÖRNLE, Tatjana. Paternalismus in der Medizin – am Beispiel der Eizellenspende in der Reproduktionsmedizin. In: In: HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfrid; SEELMANN, Kurt (Hrsg.). *Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*. Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 111-128.

HÖRNLE, Tatjana. Subsidiarität als Begrenzungsprinzip – Selbstschutz. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 36-47.

HÖRNLE, Tatjana. Theories of Criminalization. *Criminal Law and Philosophy*, v. 10, n. 2, 2016, p. 301-314.

HÖRNLE, Tatjana. Violación como Relaciones Sexuales no Consentidas. *Em Letra: Derecho Penal*, n. 10, 2020, p. 197-217.

HÖRNLE, Tatjana; KREMNITZER, Mordechai. Human Dignity as a Protected Interest in Criminal Law. *Israel Law Review*, v. 44, 2011, p. 143-167.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HUGHES, P. M. Constraint, Consent, and Well-Being in Human Kidney Sales. *Journal of Medicine and Philosophy*, n. 34, 2009, p. 606-631.

HUMBOLDT, Wilhelm Freiherr von. *The Limits of State Action*. Edited by John Wyon Burrow. Carmel: Liberty Fund, 1993.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Volume VIII. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

HURD, Heidi M. The Moral Magic of Consent. *Legal Theory*, v. 2, n. 2, june, 1996, p. 121-146.

HUSAK, Douglas. Disgust: Metaphysical and Empirical Speculations. In: SIMESTER, A. P.; HIRSCH, Andrew von. *Incivilities: Regulating Offensive Behaviour*. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 91-113.

HUSAK, Douglas. Malum Prohibitum and Retributivism. In: DUFF, R. A.; GREEN, Stuart (ed.). *Defining Crimes: Essays on the Special Part of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 65-90.

HUSAK, Douglas. Paternalism. In: MARMOR, Andrei (ed.). *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. New York: Routledge, 2012, p. 467-480.

HUSAK, Douglas. Polygamy. A Novel Test for a Theory of Criminalization. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor (eds.). *Criminalization: The Political Morality of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 213-231.

HUSAK, Douglas. Reasonable Risk Creation and Overinclusive Legislation. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 1, n. 2, 1998, p. 599-626.

HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización*. Los límites del Derecho penal. Trad. Rocío Lorca Ferreccio. Madrid: Marcial Pons, 2013.

HUSAK, Douglas. The Costs to Criminal Theory of Supposing that Intentions are Irrelevant to Permissibility. *Criminal Law and Philosophy*, v. 3, 2009, p. 51-70.

HUSAK, Douglas. The *De Minimis Defense* to Criminal Liability. In: HUSAK, Douglas. *The Philosophy of Criminal Law: Selected Essays*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 362-389.

HUSAK, Douglas. What's Legal about Legal Moralism? *San Diego Law Review*, v. 54, n. 2, 2017, p. 381-399.

HUSAK, Douglas; MARNEFF, Peter de. *The Legalization of Drugs*. For & Against. New York: Cambridge UP, 2005.

HYAMS, Keith. When Consent Doesn't Work: A Rights-Based Case for Limits to Consent's Capacity to Legitimise. *Journal of Moral Philosophy*, v. 8, 2011, p. 110-138.

IACUB, Marcela. Legal Protection of Animals or Paternalism? *Raisons Politiques*, v. 4, n. 44, 2011, p. 79-95.

JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal*. Teoria do injusto penal e culpabilidade. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JAMES, Mark. Consent. Revisiting the exemption for contact sports. In: REED, Alan; BOHLANDER, Michael; WAKE, Nicola; SMITH, Emma (ed.). *Consent*. Domestic and Comparative Perspectives. New York: Routledge, 2017, p. 177-190.

JAREBORG, Nils. Criminalization as Last Resort (*Ultima Ratio*). *Ohio State Journal of Criminal Law*, v. 2, n. 2, 2005, p. 521-534.

KADISH, Sanford H. Letting patients die: Legal and moral reflections. In: COLEMAN, Jules L.; BUCHANAN, Allen (ed.). *In Harm's Way*. Essays in Honor of Joel Feinberg. Cambridge: Cambridge University Press, 1994, p. 290-323.

KAHLO, Michael. Sobre la Relación entre el Concepto de Bien Jurídico y la Imputación Objetiva en Derecho Penal. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La Teoría del Bien Jurídico*. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 53-68.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Clélia Aparecida Martins, Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis: Vozes, 2013.

KASACHKOFF, Tziporah. Warum es unklug wäre, selbsterniedrigendes Verhalten zu kriminalisieren: Eine Antwort na John Kleinig. In: HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfrid; SEELMANN, Kurt (Hrsg.). *Paternalismus im Strafrecht*. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten. Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 135-144.

KATZ, Leo. Blackmail and Other Criminal Bargains. In: KATZ, Leo. *Ill-Gotten Gains*. Evasion, Blackmail, Fraud, and Kindred Puzzles of the Law. Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p. 133-195.

KELLING, George L.; COLES, Catherine M. *Fixing Broken Windows: Restoring Order and Reducing Crime in Our Communities*. New York: Free Press, 1998.

KERNOHAN, Andrew. Accumulative Harms and the Interpretation of the Harm Principle. *Social Theory and Practice*, v. 19, n. 1, spring, 1993, p. 51-72.

KERNOHAN, Andrew. Neutrality and the Harm Principle. In: KERNOHAN, Andrew. *Liberalism, Equality, and Cultural Oppression*. New York: Cambridge University Press, 1998, p. 71-87.

KLEINIG, John. Crime and the Concept of Harm. *American Philosophical Quarterly*. University of Illinois Press, v. 15, n. 1, jan, 1978, p. 27-36.

KLEINIG, John. Criminally Harming Others. *Criminal Justice Ethics*, v. 5, n. 1, 1986, p. 3-10.

KLEINIG, John. Humiliation, Degradation, and Moral Capacity: A Response to Hörnle and Kremnitzer. *Israel Law Review*, v. 44, n. 1-2, 2011, p. 169-183.

KLEINIG, John. Paternalism and Human Dignity. *Criminal Law and Philosophy*, v. 11, n. 1, 2017, p. 19-36.

KLEINIG, John. *Paternalism*. Manchester: Manchester University Press, 1983.

KLEINIG, John. The Ethics of Consent. *Canadian Journal of Philosophy*, v. 8, 1982, p. 91-118.

KLEINIG, John. The Paternalistic Principle. *Criminal Law and Philosophy*, v. 10, n. 2, 2016, p. 315-327.

KNOWLES, Dudley R. A Reformulation of the Harm Principle. *Political Theory*, v. 6, n. 2, 1978, p. 233-246.

KRISTOL, Irving. Pornography, Obscenity and The Case for Censorship. *The New York Times*, 28 de março de 1971. Disponível em: <https://www.nytimes.com/1971/03/28/archives/pornography-obscenity-and-the-case-for-censorship-pornography.html>.

KUHLEN, Lothar. Rechtsgüter und neuartige Deliktstypen. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 148-156.

KULTGEN, John. The Justification of Legal Moralism. *Philosophical Topics*, n. 13, v. 2, 1985, p. 123-131.

LAGODNY, Otto. El Derecho Penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del Bien Jurídico. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 129-136.

LAGODNY, Otto. Human Dignity and its Impact on German Substantive Criminal Law and Criminal Procedure. *Israel Law Review*, v. 33, n. 3, 1999, p. 575-591.

LAMOND, Grant. Coercion. Threats, and the Puzzle of Blackmail. In: SIMESTER, A. P.; SMITH, A. T. H. (ed.). *Harm and Culpability*. Oxford: Oxford Press, 1996, p. 215-238.

LAUTERWEIN, Carl Constantin. *The Limits of the Criminal Law: a Comparative Analysis of Approaches to Legal Theorizing*. Burlington: Ashgate, 2010.

LAVENBOOK, Barbara Baum. Harming Someone after His Death. *Ethics*, v. 94, n. 3, 1984, p. 407-419.

LEE, Daniel E. The Saikewicz Decision and Patient Autonomy. *The Linacre Quarterly*, v. 47, n. 1, 1980, p. 64-69.

LEQUES, Rossana Brum. *O Consentimento do Ofendido como Excludente do Tipo no Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: LiberArs, 2016.

LERNSTEDT, Claes. The Limits of Criminal Law: A Comparative Analysis of Approaches to Legal Theorizing. By Carl Constatir Lauterwein. Book review. *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, v. 14, n. 4, 2011, p. 666-670.

LEVY, Ken. The Solution to the Real Blackmail Paradox: The Common Link Between Blackmail and Other Criminal Threats. *Connecticut Law Review*, v. 39, n. 3, 2007, p. 1051-1096.

LEWIS, Anthony. *Liberdade para as ideias que odiamos*. Uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana. Trad. Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011.

LINDGREN, James. Unraveling the Paradox of Blackmail. *Columbia Law Review*, v. 84, n. 3, apr., 1984, p. 670-717.

LINHARES, Marcelo Jardim. *Legítima Defesa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

LINKLATER, Andrew. *The Problem of Harm in World Politics: Theoretical Investigations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal alemão*. V. 1. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006.

LLINARES, Fernando Miró. La Criminalización de Conductas “Ofensivas”: A propósito del debate anglosajón sobre los “límites morales” del Derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 17-23, 2015, p. 1-65.

LOEWY, Arnold H. A Dialogue of Hate Speech. *Florida State University Law Review*. Florida, v. 36, n. 1, 2008, p. 67-78.

LUCAS, Kyle J. Does the Harm Principle Justify Criminal Drug Status Against Drug Use?, *The Hilltop Review*, v. 7, n. 1, 2014, p. 33-44.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. O objeto de tutela penal no delito de insider trading: Uma análise crítica a partir da dogmática penal contemporânea. In: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (Org.). *Doutrinas Essenciais – Direito Penal Econômico e da Empresa*. Vol. 02. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 907-931.

LUNA, Erik. The Overcriminalization Phenomenon. *American University Law Review*, v. 54, 2005, p. 703-743.

LYONS, David Lyons. *Forms and Limits of Utilitarianism*. Oxford: Oxford University Press, 1965.

LYONS, David. Liberty and Harm Principle. In: DWORKIN, Gerald (Ed.). *Mill's On Liberty*. Critical Essays. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1997, p. 115-136.

LYONS, David. Rawls Versus Utilitarianism. *The Journal of Philosophy*, v. 69, n. 18, 1972, p. 535-545.

MACINTYRE, Alasdair. *Whose Justice? Which Rationality?* Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1988.

MACKINNON, Catharine. *Only words*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

MACKINNON, Catharine. Prostitution and Civil Rights. *Michigan Journal of Gender and Law*, v. 1, n. 1, 1993, p. 13-31.

MACKINNON, Catharine. *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

MALMQVIST, Erik. Are Bans on Kidney Sales Unjustifiably Paternalistic? *Bioethics*, v. 28, n. 3, 2014, p. 110-118.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. Parte generale. 3. ed. Padova: CEDAM, 2011.

MARGOTTI, Alessandra. *Direito à Prostituição: Legalização e regulamentação do lenocínio no Brasil*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

MARNEFFE, Peter de. *Liberalism and Prostitution*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema jurídico-penal do perigo proibido e do risco permitido*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

MARSHALL, S.E.; DUFF, R.A. Criminalization and Sharing Wrongs. In: ROBINSON, Paul H.; GARVEY, Stephen P.; FERZAN, Kimberly Kessler (ed.). *Criminal Law Conversations*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 229-238.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; LOBATO, José Danilo Tavares; SANTOS, Humberto Souza. *Harm principle* e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 115, v. 23, 2015, p. 255-290.

MAYER, Robert. What's Wrong with Exploitation? *Journal of Applied Philosophy*, v. 24, n. 2, 2007, p. 137-150.

MCGLYNN, Clare; RACKLEY, Erika. Criminalising Extreme Pornography: a Lost Opportunity. *Criminal Law Review*, v. 4, 2009, p. 245-260.

MCGREGOR, Joan. Force, consent, and the reasonable woman. In: COLEMAN, Jules L.; BUCHANAN, Allen (ed.). *In Harm's Way*. Essays in Honor of Joel Feinberg. Cambridge: Cambridge University Press, 1994, p. 231-254.

MEHTA SOOD, Avani; DARLEY, John M. The Plasticity of Harm in the Service of Criminalization Goals. *California Law Review*, v. 100, n. 5, 2012, p. 1313-1358.

MELANDER, Sakari. Criminalization and its Limitations. The Finnish Perspective. *Peking University Law Journal*, v. 5, n. 1, 2017, p. 51-75.

MEYER, Michael J. Kant's Concept of Dignity and Modern Political Thought. *History of European Ideas*, v. 8, n. 3, 1987, p. 319-332.

MEZGER, Edmundo. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Jose Arturo Rodriguez Munoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

MILL, John Stuart. *On Liberty and Other Writings*. Edited by Stefan Collini. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. Portland: The Floating Press, 2009.

MINAHIM, Maria Auxiliadora, O Consentimento do Ofendido em face de Bens Jurídicos Indisponíveis. *Revista de Ciências Jurídicas*, v. 6, n. 1, 2008, p. 217-235.

MINKKINEN, Panu. The “Last Resort”: A Moral and/or Legal Principle? *Oñati Socio-Legal Series*, v. 3, n. 1, 2013, p. 21-30.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. Barcelona, Reppertor, 1998.

MOORE, Michael S. A Tale of Two Theories. *Criminal Justice Ethics*, v. 28, n. 1, 2009, p. 27-48.

MOORE, Michael S. *Act and Crime: The Philosophy of Action and its Implications for the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 1993.

MOORE, Michael S. Legal Moralism Revisited. *San Diego Law Review*, v. 54, n. 2, 2017, p. 441-463.

MOORE, Michael S. Liberty’s Constraints on What Should be Made Criminal. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor (eds.). *Criminalization: The Political Morality of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 182-212.

MOORE, Michael. *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

MUNRO, Vanessa; SCOULAR, Jane. Harm, Vulnerability, and Citizenship – Constitutional Concerns in the Criminalization of Contemporary Sex Work. In: DUFF, R.A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S.E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor (eds.). *The Constitution of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 30-52.

MURMANN, Uwe. ¿Función Crítica del Concepto de Bien Jurídico versus Constitución? In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura; ZULUAGA, John (eds.). *Desarrollos Actuales de las Ciencias Criminales en Alemania*. Segunda y Tercera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Pena Alemana. Serie CEDPAL. V. 1. Göttingen: Göttingen University Press, 2016, p. 95-102.

MURPHY, Jeffrie G. Another Look at Legal Moralism. *Ethics*, v. 77, n. 1, 1966, p. 50-56.

MURPHY, Jeffrie G. Blackmail: a Preliminary Inquiry. *The Monist*, v. 63, n. 2, april, 1980, p. 156-171.

MURPHY, Jeffrie G. Consent, Coercion, and Hard Choices. *Virginia Law Review*, v. 67, n. 1, 1981, p. 79-95.

MURPHY, Jeffrie G. Legal Moralism and Liberalism. *Arizona Law Review*, v. 37, n. 73, 1995, p. 73-93.

MURPHY, Jeffrie G. Moral Reasons and the Limitation of Liberty. *William & Mary Law Review*, v. 40, n. 3, 1999, p. 947-957.

MURPHY, Jeffrie G. Some ruminations on women, violence, and the criminal law. In: COLEMAN, Jules L.; BUCHANAN, Allen (ed.). *In Harm’s Way*. Essays in Honor of Joel Feinberg. Cambridge: Cambridge University Press, 1994, p. 209-230.

NAGEL, Thomas. *The View from Nowhere*. New York: Oxford University Press, 1986.

NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, Constituição e os Limites do Direito Penal. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (Org.). *Direito Penal como Crítica da Pena*. Estudos em Homenagem a Juarez Tavares por seu 70.º Aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 519-532.

NEUMANN, Ulfrid. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als strafbegrenzendes Prinzip. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *Mediating Principles*. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 128-137.

NEUMANN, Ulfrid. Filosofía Moral y Dogmática Jurídico-penal. *En Letra: Derecho Penal*, n. 3, 2016, p. 205-220.

NEUMANN, Ulfrid. Moralische Grenzen des Strafrechts: Zu Joel Feinberg, The Moral Limits of the Criminal Law. *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, v. 72, n. 1, 1986, p. 118-125.

NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*. Volume I. São Paulo: Saraiva, 1959.

NOZICK, Robert. *Anarchy, State, and Utopia*. New York: Basic Books, 1974.

NOZICK, Robert. Coercion. In: MORGENBESSER, Sidney; SUPPES, Patrick; WHITE, Morton (eds.). New York: St., Martin's Press, 1969, p. 440-472.

NUOTIO, Kimmo. Theories of Criminalization and the Limits of Criminal Law: A Legal Cultural Approach. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S.E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. *The Boundaries of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 238-262.

OLIVEIRA, Jorge Menezes. *Harm and Offence in Mill's Conception of Liberty*. University of Oxford, Faculty of Law. Disponível em: <http://www.oxford-jdg.net/2010/09/trinity-term-2004.html>.

OST, Suzanne. Criminalising fabricated images of child pornography: a matter of harm or morality? *Legal Studies*, v. 30, n. 2, 2010, p. 230-256.

OTLOWSKI, Margaret. *Voluntary Euthanasia and the Common Law*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

PA, M. Beyond the Pleasure Principle: The Criminalisation of Consensual Sadomasochistic Sex. *Texas Journal of Women and the Law*, 2001, v. 11, n. 1, p. 51-92.

PACKER, Herbert L. *The Limits of the Criminal Sanction*. Stanford: Stanford University Press, 1968.

PALMER, Tanya. Distinguishing sex from sexual violation. Consent, negotiation and freedom to negotiate. In: REED, Alan; BOHLANDER, Michael; WAKE, Nicola; SMITH,

Emma (ed.). *Consent. Domestic and Comparative Perspectives*. New York: Routledge, 2017, p. 9-24.

PARDINI, Lucas. *Imputação Dolosa do Crime Omissivo Impróprio ao Empresário em Cegueira Deliberada*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

PARFIT, Derek. *Reasons and Persons*. Oxford: Clarendon Press, 1984.

PARTRIDGE, Ernest. Posthumous Interests and Posthumous Respect. *Ethics*, v. 91, 1981, p. 243-264.

PERALTA, José Milton. Chantage als Ausbeutung – Über das Unrecht der bedingten Androhung erlaubter Taten. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 124, n. 4, 2012, p. 881-906.

PERALTA, José Milton. La (in)conveniencia de criminalizar el chantaje. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, v. 58, n. 1, 2015, p. 359-375.

PERRY, Stephen. Harm, History, and Counterfactuals. *San Diego Law Review*, v. 40, 2003, p. 1283-1313.

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

PETERSEN, Thomas Søbirk. Being Worse Off: But in Comparison with What? On the Baseline Problem of Harm and the Harm Principle. *Res Publica*, v. 20, n. 2, 2014, p. 199-214.

PETERSEN, Thomas Søbirk. No Offense! On the Offense Principle and Some New Challenges. *Criminal Law and Philosophy*, v. 10, n. 2, 2016, p. 355-365.

PETTIT, Philip. Criminalization in Republican Theory. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor (eds.). *Criminalization: The Political Morality of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 132-150.

PFORDTEN, Dietmar von der. Paternalismus und die Tötung auf Verlangen. In: HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfrid; SEELMANN, Kurt (Hrsg.). *Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*. Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 193-201.

PIMENTEL, Willian; SARSUR, Marcelo; DADALTO, Luciana. Autonomia na doação de órgãos *post mortem* no Brasil. *Revista Bioética*, v. 26, n. 4, 2018, p. 530-536.

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *La Estructura de la Teoría del Delito en el Ámbito Jurídico del "Common Law"*. Granada: Comares, 2002.

PITCHER, George. The Misfortunes of the Dead. In: FISCHER, John Martin (ed.). *The Metaphysics of Death*. Stanford: Stanford University Press, 1993, p. 159-168.

PLACANI, Adriana. When the Risk of Harm Harms. *Law and Philosophy*, n. 36, 2017, p. 77-100.

POSNER, Richard A. Blackmail, Privacy, and Freedom of Contract. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 141, n. 5, 1993, p. 1817-1947.

POSTEMA, Gerald J. Collective Evils, Harms, and the Law. *Ethics*, v. 97, n. 2, jan., 1987, p. 414-440.

POSTEMA, Gerald. Politics is about the Grievance: Feinberg on the Legal Enforcement of Morals. *Legal Theory*, v. 11, n. 3, 2005, sept., p. 293-323.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Gisele Mendes. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Parte Especial. Vol. II. 15ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

RABELO, Galvão; VIANNA, Túlio. O fundamento constitucional do princípio da lesividade no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 139, 2018, p. 69-108.

RACHELS, James. Euthanasia. In: REGAN, Tom. *Matters of Life and Death*. New York: Random House, 1980, p. 28-66.

RACHELS, James; RACHELS, Stuart. *The Elements of Moral Philosophy*. 7ª ed. New York: McGraw-Hill, 2012.

RAINBOLT, George W. Two Interpretations of Feinberg's Theory of Rights. *Legal Theory*, v. 11, n. 03, 2005, p. 227-236.

RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormozábal. *Lecciones de Derecho Penal*. Parte General. Madrid: Trotta, 2006.

RAMSAY, Peter. Preparation Offences, Security Interests, Political Freedom. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor (ed.). *The Structures of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 203-228.

RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Original Edition. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1971.

RAWLS, John. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.

RAWLS, John. Two Concepts of Rule. *The Philosophical Review*, v. 64, 1995, p. 03-32.

RAZ, Joseph. Autonomy, Toleration, and the Harm Principle. In: MENDUS, Susan (ed.). *Justifying Toleration*. Conceptual and Historical Perspectives. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 156.

RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press, 1986.

REED, Alan. An Analysis of Fraud Vitiating Consent in Rape Cases. *The Journal of Criminal Law*, v. 59, n. 3, 1995, p. 310-315.

REED, Alan; SMITH, Emma. Caveat Amator: Transmission of HIV and the parameters of consent and bad character evidence. In: REED, Alan; BOHLANDER, Michael; WAKE,

Nicola; SMITH, Emma (ed.). *Consent. Domestic and Comparative Perspectives*. New York: Routledge, 2017, p. 120-131.

REES, John C. *John Stuart Mill's On Liberty*. Oxford: Clarendon, 1985.

REGAN, Tom. *Animal Rights, Human Wrongs: An Introduction to Moral Philosophy*. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 2003.

RICHARDS, A. J. Commercial Sex and the Rights of the Person: A Moral Argument for the Decriminalization of Prostitution. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, n. 5, may, 1979, p. 1195-1287.

RICHARDS, Janet Radcliffe. Consent with Inducements: The Case of Body Parts and Services. In: MILLER, Franklin G.; WERTHEIMER, Alan (ed.). *The Ethics of Consent. Theory and Practice*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 281-303.

RILEY, Jonathan. "One Very Simple Principle". *Utilitas*, v. 3, n. 1, 1991, p. 01-35.

RILEY, Jonathan. Is Mill an illiberal utilitarian? *Ethics*, v. 125, n. 3, 2015, p. 781-796.

RILEY, Jonathan. *Mill's On Liberty*. New York: Routledge, 2015. (Routledge Guides to the Great Books).

RIPSTEIN, Arthur. Beyond the Harm Principle. *Philosophy & Public Affairs*, v. 34, n. 3, 2006, p. 215-245.

RIPSTEIN, Arthur. Legal Moralism and the Harm Principle: A Rejoinder. *Philosophy & Public Affairs*, v. 35, n. 2, 2007, p. 195-201.

RIVLIN, Ram. Blackmail, Subjectivity and Culpability. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, v. 28, n. 2, july, 2015, p. 399-424.

ROBERTS, Paul. Penal Offence in Question: Some Reference Points for Interdisciplinary Conversation. In: SIMESTER, A. P.; HIRSCH, Andrew von. *Incivilities: Regulating Offensive Behaviour*. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 1-56.

ROBERTS, Paul. Philosophy, Feinberg, Codification, and Consent: A Progress Report on English Experiences of Criminal Law Reform. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 5, n. 1, 2001, p. 173-253.

ROBINSON. Paul H; DUBBER, Markus D. The American Model Penal Code: a brief overview. *New Criminal Law Review*, v. 10, n. 3, 2007, p. 319-341.

ROCHEFORT, Juan Ignacio Piña. *La Estructura de la Teoría del Delito en el Ámbito Jurídico del "Common Law"*. Granada: Comares, 2002.

ROJAS, Ricardo Manuel. Una visión económica del tema: la protección de los derechos frente al crimen, considerada como un bien público. In: ROJAS, Ricardo Manuel. *Las Contradicciones del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

ROSENFELD, Michel. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. *Revista Pensamiento Constitucional*. Lima, v. 11, n. 11, 2005, p. 153-198.

ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. Trad. Luís Greco e Flávia Siqueira. In: ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia (org.). *Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 129-167.

ROXIN, Claus. *A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROXIN, Claus. Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena. Trad Polaino Navarrete. *Cuadernos de Política Criminal*, n. 46, 1992, p. 169-194.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. O Conceito de Bem Jurídico Crítico ao Legislador em Xeque. Trad. Alaor Leite. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 101, v. 922, ago. 2012, p. 291-322.

ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob a ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: ROXIN, Claus. *Escritos de Direito Penal*. 2. ed. Org. Luís Greco e Fernanda Gama de Miranda Netto. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 31-53.

ROXIN, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I. 4. Auflage. München: C. H. Bech, 2006.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 5. Auflage. Band I. München: C.H. Beck, 2020.

ROXIN, Claus; *Problemas fundamentais de Direito Penal*. 3ª ed. Trad. Ana Paula dos Santos, Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel Figueiredo. Lisboa: Veja, 1998.

RUBINSTEIN, Amnon. The Victim's Consent in Criminal Law: An Essay on the Extent of the Decriminalizing Element of the Crime Concept. In: WISE, Edward M; MUELLER, Gerhard O.W. (eds.). *Studies in Comparative Criminal Law*. Springfield, Illinois: Charles C. Thomas, 1975, p. 189-211.

RUSCA, Bruno. ¿Por Qué está Mal Aceptar y Ofrecer Subornos? Una Discusión de la Tesis de la Mercantilización del Gobierno. *En Letra: Derecho Penal*, n. 2, 2016, p. 86-104.

SADURSKI, Wojciech. *Moral Pluralism and Legal Neutrality*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1990. (Law and Philosophy Library, v. 9)

SADURSKI, Wojciech. Some Ruminations on the Harm Principle. *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, v. 75, n. 4, 1989, p. 459-467.

SADURSKI, Wojciech. Joseph Raz on Liberal Neutrality and the Harm Principle. *Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy*, v. 48, 1989, p. 64-77.

SALES, Sheila Jorge Selim de. Princípio da Efetividade no Direito Penal e a Importância de um Conceito Garantista do Bem Jurídico-Penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 95, v. 848, jun. 2006, p. 416-435.

SAMPLE, Ruth. *Exploitation: What it is and Why it's Wrong*. Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 2003.

SANDEL, Michael J. *Liberalism and the Limits of Justice*. 2nd edition. Massachusetts: Harvard University Press, 2012.

SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra*. Os limites morais do mercado. Trad. Clóvis Marques. 2^a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Humberto Souza. *Ainda vive a teoria do bem jurídico?* Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*. A Nova Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “*hate speech*”. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>.

SATZ, Debora. *Why Some Things Should not be for Sale: The Moral Limits of Markets*. New York: Oxford University Press, 2012.

SAUNDERS, Ben. Reformulating Mill's Harm Principle. *Mind*, v. 125, n. 500, 2016, p. 1005-1032.

SAVULESCU, J. Is the Sale of Body Parts Wrong? *Journal of Medical Ethics*, n. 29, 2003, 138-139.

SCARRE, Geoffrey. *Utilitarianism*. New York: Routledge, 1996.

SCHEFFLER, Samuel. *The Rejection of Consequentialism*. Oxford: Oxford University Press, 1982.

SCHONSHECK, Jonathan. *On Criminalization: an Essay in the Philosophy of Criminal Law*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1994. (Law and Philosophy Library, v. 19)

SCHROTH, Ulrich. Das Paternalismusproblem am Beispiel der Nierenlebensspende. In: HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfrid; SEELMANN, Kurt (Hrsg.). *Paternalismus im Strafrecht*. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten. Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 205-220.

SCHULENBURG, Johanna. Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura de delito e imputación objetiva. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del Bien Jurídico*.

¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 349-362.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito Penal, Racionalidade e Dogmática*. Sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional. Coord. Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del Bien Jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 197-226.

SCHÜNEMANN, Bernd. Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik – von den unverrückbare Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstaat. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *Mediating Principles*. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 18-35.

SCHWARTZ, Justin. What's Wrong with Exploitation? *Noûs*, v. 29, 1995, p. 158-188.

SCHWARTZ, Louis B. Morals Offenses and the Model Penal Code. *Columbia Law Review*, v. 63, n. 4, 1963, p. 669-686.

SCOCCIA, Danny. In Defense of "Pure" Legal Moralism. *Criminal Law and Philosophy*, v. 7, n. 3, 2013, p. 513-530.

SCOCCIA, Danny. In Defense of Hard Paternalism. *Law and Philosophy*, v. 27, n. 4, 2008, p. 351-381.

SEELMANN, Kurt. Menschenwürde als Würde der Gattung – ein Problem des Paternalismus? In: HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfrid; SEELMANN, Kurt (Hrsg.). *Paternalismus im Strafrecht*. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten. Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 241-252.

SEELMANN, Kurt. Verantwortungsstreuung als Strafbegrenzung. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *Mediating Principles*. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 138-147.

SEHER, Gerhard. Comment on Andreas von Hirsch: The Roles of Harm and Wrongdoing in Criminalisation Theory. *Criminal Law and Philosophy*, v. 8, n. 1, 2014, p. 257-264.

SEHER, Gerhard. Kann Strafrecht „subsidiär“ sein? Aporien eines „unbestrittenen“ Rechtsgrundsatzes. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *Mediating Principles*. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 70-82.

SEHER, Gerhard. La Legitimación de Normas Penales Basada en Principios y el Concepto de Bien Jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La Teoría del Bien Jurídico*. ¿Fundamento de Legitimación del Derecho Penal o Juego de Abalorios Dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 69-92.

SEHER, Gerhard. *Liberalismus und Strafe*. Zur Strafrechtsphilosophie von Joel Feinberg. Berlin: Duncker & Humboldt, 2000.

SELEME, Hugo. ¿Deben los filósofos morales aprender de los juristas? *DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 37, 2014, p. 263-280.

SEN, Amartya; WILLIAMS, Bernard (eds.). *Utilitarianism and Beyond*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

SHAFFER-LANDAU, Russ. Liberalism and Paternalism. *Legal Theory*, n. 3, v. 11, 2005, p. 169-191.

SHAVELL, Steven. An Economic Analysis of Threats and their Illegality: Blackmail, Extortion, and Robbery. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 141, n. 5, 1993, p. 1877-1903.

SHAW, James. R. The Morality of Blackmail. *Philosophy & Public Affairs*, v. 40, n. 3, 2012, p. 165-196.

SHAW, William. *Contemporary Ethics: Taking Account of Utilitarianism*. Oxford: Blackwell, 1998.

SHERMAN, Jeffrey G. Love Speech: The Social Utility of Pornography. *Chicago-Kent College of Law*, mar., 1995, p. 661-705.

SHIFFRIN, Seana Valentine. Wrongful Life, Procreative Responsibility, and the Significance of Harm. *Legal Theory*, v. 5, 1999, p. 117-148.

SHOEMAKER, David W. "Dirty Words" and the Offense Principle. *Law and Philosophy*, v. 19, 2000, p. 545-584.

SHUTE, Stephen; HORDER, Jeremy. Thieving and Deceiving: What is the Difference? *Modern Law Review*, v. 56, n. 4, july, 1993, 548-554.

SILVA, Michael da. Libertarian Paternalism and the Harm Principle. *Health Law Review*, v. 22, n. 3, 2014, p. 23-27.

SIMESTER, A P; SULLIVAN, G R. On the Nature and Rationale of Property Offences. In: DUFF, R. A.; GREEN, Stuart (ed.). *Defining Crimes: Essays on the Special Part of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 168-195.

SIMESTER, A. P. Betrachtungen über Moral und Paternalismus. In: HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfrid; SEELMANN, Kurt (Hrsg.). *Paternalismus im Strafrecht*. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten. Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 253-273.

SIMESTER, A. P. Enforcing Morality. In: MARMOR, Andrei (ed.). *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. New York: Routledge, 2012, p. 481-494.

SIMESTER, A. P.; HIRSCH, Andrew von. Remote Harms and Non-constitutive Crimes. *Criminal Justice Ethics*, v. 28, n. 8, may, 2009, p. 89-107.

SIMESTER, A. P.; SMITH, A. T. H. Criminalization and the Role of Theory. In: SIMESTER, A. P.; SMITH, A. T. H. (ed.). *Harm and Culpability*. Oxford: Oxford Press, 1996, p. 1-17.

SIMESTER, A.P.; SPENCER, J.R.; SULLIVAN, G.R.; VIRGO, G.J. *Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine*. Portland: Hart Publishing, 2010.

SIMÕES, Fernando Dias. Vida indevida? As acções por *wrongful life* e a dignidade da vida humana. *Tékhne: Revista de Estudos Politécnicos*, v. VIII, n. 13, 2010, p. 187-203.

SIMPSON, Robert Mark. Dignity, Harm, and Hate Speech. *Law and Philosophy*, v. 32, n.6, 2013, p. 701-728.

SINGER, Peter. *Animal Liberation*. 2. ed. London: Random House, 1995.

SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, Consentimento e Direito Penal da Medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

SIQUEIRA, Flávia; KASECKER, Izabele. Cuidados paliativos e a responsabilidade penal do médico por omissão em casos de suspensão de suporte artificial de vida. In: DADALTO, Luciana (coord.). *Cuidados Paliativos. Aspectos Jurídicos*. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 191-212.

SMART, J.J.C. An Outline of a System of Utilitarian Ethics. In: SMART, J.J.C.; WILLIAMS, Bernard. *Utilitarianism: For and Against*. Cambridge: Cambridge University Press, 1973, p. 03-76.

SMITH, Holly M. Fetal-maternal conflicts. In: COLEMAN, Jules L.; BUCHANAN, Allen (ed.). *In Harm's Way*. Essays in Honor of Joel Feinberg. Cambridge: Cambridge University Press, 1994, p. 324-343.

SMITH, Patricia. Legal Liability and Criminal Omissions. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 5, n. 1, apr., 2001, p. 69-103.

SMITH, Steven D. Is the Harm Principle Illiberal? *The American Journal of Jurisprudence*, v. 51, n. 1, 2006, p. 01-42.

SMITH, Steven D. The Hollowness of the Harm Principle. *University of San Diego Public Law and Legal Theory Research Paper Series*. San Diego, n. 17, set., 2004, p. 01-61.

SOLAVAGIONE, Lucía. La Incorrección Moral como Presupuesto de Legitimidad de la Criminalización. *En letra: derecho Penal*, año V, número 8, 2019, p. 117-153.

SPENA, Alessandro. Harmless Rapes? A False Problem for the Harm Principle. *Diritto & Questioni Pubbliche*, v. 10, 2010, p. 497-524.

STANTON-IFE, John. Horrific Crime. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S. E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. *The Boundaries of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 138-164.

STANTON-IFE, John. *The Limits of Law*. In: ZALTA, Edward N. (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2016 Edition). Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/law-limits/>>.

STANTON-IFE, John. What is the Harm Principle for? *Criminal Law and Philosophy*, v. 10, n. 2, 2016, p. 333.

STEEL, Alex. The Harms and Wrongs of Stealing: The Harm Principle and Dishonesty in Theft. *UNSW Law Journal*, v. 31, n. 3, 2008, p. 712-737.

STEPHEN, James Fitzjames. *Liberty, Equality, Fraternity*. Cambridge: Cambridge University Press, 1967.

STEWART, Hamish. Harms, Wrongs, and Set-Backs in Feinberg's Moral Limits of the Criminal Law. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 5, 2002, p. 47-67.

STEWART, Hamish. The Limits of the Harm Principle. *Criminal Law and Philosophy*, v. 4, n. 1, 2010, p. 17-35.

STIMPSON, Claire. A Feminist Analysis of the Harm Principle. The Financial element in Fraud. *Alternative Law Journal*, v. 38, n. 2, 2013, p. 103-107.

STOCO, Tatiana. *Culpabilidade e medida da pena*. Uma contribuição à teoria da aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal*. Parte general I. El hecho punible. Trad. Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Civitas, 2005.

STRATENWERTH, Günter. La Criminalización en los Delitos contra Bienes Jurídicos Colectivos. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La Teoría del Bien Jurídico*. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 365-372.

STRATENWERTH, Günter. Zur Legitimation von „Verhaltensdelikten“. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *Mediating Principles*. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 157-165.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. The Constitutional Deficiencies of the German *Rechtsgutslehre*. *Oñati Socio-Legal Series*, v. 3, n. 1, 2013, p. 31-41.

SUNSTEIN, Cass R. Pornography and the First Amendment. *Duke Law Journal*, n. 4, 1986, p. 589-627.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Libertarian Paternalism is not an Oxymoron. *University of Chicago Law Review*, v. 70, 2003, p. 1159-1202.

TADROS, Victor. Criminalization and Regulation. In: DUFF, R. A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S.E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor. *The Boundaries of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 163-190.

TADROS, Victor. Harm, Sovereignty, and Prohibition. *Legal Theory*, v. 17, 2011, p. 35-65.

TADROS, Victor. Wrongness and Criminalization. In: MARMOR, Andrei (ed.). *The Routledge Companion to Philosophy of Law*. New York: Routledge, 2012, p. 157-173.

TADROS, Victor. *Wrongs and Crimes*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

TASIOULAS, John. Crimes of Offence. In: SIMESTER, A. P.; HIRSCH, Andrew von. *Incivilities: Regulating Offensive Behaviour*. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 149-171.

TAVARES, Juarez. Bien jurídico y Función en Derecho Penal. Trad. Monica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de Teoria do Delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

TAYLOR, James Stacey. Autonomy and Organ Sales, Revisited. *Journal of Medicine and Philosophy*, n. 34, 2009, p. 632-648.

TAYLOR, James Stacey. *Death, Posthumous Harm, and Bioethics*. New York: Routledge, 2012. (Routledge Annals of Bioethics).

TEIXEIRA, Adriano. As Teorias Retributivas no Pensamento Anglo-Americano Contemporâneo. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, v. 4, 2019, p. 15-57.

TEIXEIRA, Adriano. Crimes de corrupção: considerações introdutórias sobre o crime de corrupção privada. In: LOBATO, José Danilo Tavares; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SANTOS, Humberto Souza. *Comentários ao Direito Penal Econômico Brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 517-536.

TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da Aplicação da Pena*. Fundamentos de uma Determinação Judicial da Pena Proporcional ao Fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TEN, C. L. *Mill on Liberty*. Oxford: Clarendon Press, 1980.

TEN, C. L. Mill on Self-Regarding Actions. In: GOROWITZ, S. (Ed.). *Utilitarianism*. Indianapolis/New York: Bobbs-Merrill Company, 1971.

THOMMEN, Marc. Toleranz & Anti Social Behaviour. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 109-120.

TITMUSS, Richard. *The Gift Relationship: From Human Blood to Social Policy*. New York: Vintage Books, 1971.

TIZNADO, Juan Pablo Zambrano. Tolerancia, Autonomía e Inmoralidades “Inofensivas” o “Sin Víctimas”. *Crítica*. Revista Hispanoamericana de Filosofía, v. 43, n. 128, 2011, p. 81-86.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude Penal e Causas de sua Exclusão*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

TOMLIN, Patrick. Retributivists! The Harm Principle is not for you! *Ethics*, v. 124, n. 2, 2014, p. 272-298.

TUR, Richard. Paternalism and the Criminal Law. *Journal of Applied Philosophy*, v. 2, n. 2, 1985, p. 173-189.

TURNER, Piers Norris. “Harm” and Mill’s Harm Principle. *Ethics*, v. 124, n. 2, 2014, p. 299-326.

VARGAS, José Cirilo de. *Do Tipo Penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VERDE, Alejandra. Receptación, no Encubrimiento. Un Delito contra el Mercado Formal. *En Letra: Derecho penal*, ano VI, n. 10, 2020, p. 54-107.

VERNON, Richard. John Stuart Mill and Pornography: Beyond the Harm Principle. *Ethics*, v. 106, n. 3, apr., 1996, p. 621-632.

VERSIANI, Fernanda Valle; BADARÓ BAPTISTA, Tatiana Maria. Novos contornos do *insider traing* no Brasil e a tecnologia como instrumento de combate. In: PARENTONI, Leonardo; GONTIJO, Bruno Miranda; LIMA, Henrique Cunha Souza. *Direito, Tecnologia e Inovação*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 555-588.

VIANA, Eduardo. *Dolo como compromisso cognitivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law: Os Dois Grandes Sistemas Legais Comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

VOORDE, Jeroen ten. Prohibiting Remote Harms: On Endangerment, Citizenship and Control. *Utrecht Law Review*, v. 10, n. 1, 2014, p. 163-179.

WAGNER, Elke; FATEH-MOGHADAM, Bijan. Freiwilligkeit als Verfahren: zum Verhältnis von Lebendorganspende, medizinischer Praxis und Recht. In: REHBERG, Karl-Siebert. *Die Natur der Gesellschaft: Verhandlungen des 33. Kongresses der Deutschen Gesellschaft für Soziologie in Kassel*. Frankfurt am Main: Campus Verl, 2008, p. 1114-1121.

WALDRON, Jeremy. A Right to Do Wrong. *Ethics*, v. 92, n. 1, 1981, p. 21-39.

WALDRON, Jeremy. Dignity and Defamation: the Visibility of Hate. *2009 Oliver Wendell Holmes Lectures*, v. 123, 2010, p. 1597-1655.

WALDRON, Jeremy. How Law Protects Dignity. *The Cambridge Law Journal*, v. 71, n. 01, march, 2012, p. 200-222.

WALDRON, Jeremy. Mill and the Value of Moral Distress. *Political Studies*, v. XXXV, 1987, p. 410-423.

WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

WALL, Steven. Enforcing Morality. *Criminal Law and Philosophy*, v. 7, n. 3, 2013, p. 455-471.

WALLERSTEIN, Shlomit. Criminalising Remote Harm and the Case of Anti-Democratic Activity. *Cardozo Law Review*, v. 28, n. 6, 2007, p. 2697-2738.

WARREN, Paul. Self-Ownership, Reciprocity, and Exploitation, or Why Marxists shouldn't be Afraid of Robert Nozick. *Canadian Journal of Philosophy*, v. 24, n. 1, 1994, p. 33-56.

WEAIT, Matthew. Criminal Law and the Sexual Transmission of HIV: R v Dica. *The Modern Law Review*, v. 68, n. 1, 2005, p. 121-134.

WECHSLER, Herbert. Codification of Criminal Law in the United States. *Columbia Law Review*. New York, v. 68, n. 8, dec., 1968, p. 1425-1456.

WELLMAN, Christopher Heath. Rights Forfeiture and Mala Prohibita. In: DUFF, R.A.; FARMER, Lindsay; MARSHALL, S.E.; RENZO, Massimo; TADROS, Victor (eds.). *The Constitution of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 77-96.

WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Trad. Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2003.

WERTHEIMER, Alan. *Consent to Sexual Relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

WERTHEIMER, Alan. *Exploitation*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1996.

WERTHEIMER, Alan. Exploitation. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2008). Disponível em: <https://stanford.library.sydney.edu.au/archives/fall2008/entries/exploitation/>.

WERTHEIMER, Alan. What is Consent? And is it Important? *Buffalo Criminal Law Review*, v. 3, n. 2, 2000, p. 557-583.

WESTEN, Peter. Blackmail: A Crime of Paradox and Irony. In: ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler (ed.). *The Palgrave Handbook of Applied Ethics*. Palgrave Macmillan, 2019, p. 119-144.

WESTEN, Peter. *The Logic of Consent*. The Diversity and Deceptiveness of Consent as a Defense to Criminal Conduct. New York: Routledge, 2004.

WESTEN, Peter. The Ontological Problem of 'Risk' and 'Endangerment' in Criminal Law. In: DUFF, R.A.; GREEN, Stuart P. (ed.). *Philosophical Foundations of Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 304-327.

WILLIAMS, Glanville. Blackmail. *Criminal Law Review*, v. 79, 1954.

WILSON, James Q.; KELLING, George L. Broken Windows: The Police and Neighborhood Safety. *The Atlantic Online*, mar., 1982.

WILSON, James. Broken Windows: The Police and Neighborhood Safety. In: WILSON, James. *Thinking about Crime*. New York: Basis Books, 2013, p. 63-77.

WILSON, William. Consenting to Personal Injury. In: REED, Alan; BOHLANDER, Michael; WAKE, Nicola; SMITH, Emma (ed.). *Consent. Domestic and Comparative Perspectives*. New York: Routledge, 2017, p. 68-87.

WOHLERS, Wohlers. Criminal Liability for Offensive Behaviour in Public Spaces. In: SIMESTER, AP; BOIS-PEDAIN, Antje du; NEUMANN, Ulfrid. *Liberal Criminal Theory. Essays for Andreas von Hirsch*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014, p. 247-265.

WOHLERS, Wolfgang. La Fattispecie Penali come Strumento per il Mantenimento di Orientamenti Sociali di Carattere Assiologico? Problemi di Legittimazione da una Prospettiva Europea Continentale e da una Angloamericana. In: FIANDACA, Giovanni; FRANCOLINI, Giovanni (org.). *Sulla Legittimazione del Diritto Penale: Culture Europeo-Continentale e Anglo-Americana a Confronto*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008, p. 125-152.

WOHLERS, Wolfgang. Strafrecht als ultima ratio – tragender Grundsatz eines rechtsstaatlichen Strafrechts oder Prinzip ohne eigenen Aussagegehalt? In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (eds.). *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*. Baden-Baden: Nomos, 2006, p. 54-69.

WOHLERS, Wolfgang; WENT, Florian. Die pseudo-paternalistische Legitimation strafrechtlicher Normen dargestellt am Beispiel des Betäubungsmittelstrafrechts Deutschlands, der Schweiz und der Niederlande. In: HIRSCH, Andreas von; NEUMANN, Ulfrid; SEELMANN, Kurt (Hrsg.). *Paternalismus im Strafrecht. Die Kriminalisierung von selbstschädigendem Verhalten*. Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 289-322.

WOLFF, Jonathan. Marx and Exploitation. *Journal of Ethics*, v. 3, n. 2, 1999, p. 105-120.

WOOD, Allen. Exploitation. *Social Philosophy and Policy*, v. 12, n. 2, p. 136-158.

WRIGHT, R. George. Consenting Adults: The Problem of Enhancing Human Dignity Non-Coercively. *Boston University Law Review*, v. 75, n. 5, 1995, p. 1397-1439.

YAFFE, Gideon. In Defense of Criminal Possession. *Criminal Law and Philosophy*, v. 10, n. 3, 2016, p. 441-471.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZIMMERMAN, David. Coercive Wage Offers. *Philosophy & Public Affairs*, v. 10, n. 2, spring, 1981, p. 121-145.

