http://dx.doi.org/10.36598/dhrd.v3i7.1945

O CONCEITO DE BEM JURÍDICO COMO RELAÇÃO DE DISPONIBILIDADE NO DIREITO PENAL: LIMITES AO PODER PUNITIVO ESTATAL A PARTIR DA AUTONOMIA DA VÍTIMA

Giovanni Vidal Guaragni[1]
Instituto Superior do Litoral do Paraná (ISULPAR)

Fábio André Guaragni[2]
Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA)

Artigo recebido em: 15/09/2020.
Artigo aceito em: 16/12/2020.

Resumo

O texto busca, a partir do diálogo entre o princípio liberal do dano (*harm principle*) e a teoria do bem jurídico – que fornece um conceito mais preciso do objeto de lesão a ser evitada – um fundamento mais sólido à limitação da ingerência penal estatal. Valendo-se de metodologia hipotético-dedutiva, adota-se um conceito de bem jurídico como relação de disponibilidade, abarcando não somente o aspecto objetivo, que costuma ser ressaltado pela doutrina, mas sua relação com o sujeito titular da relação concreta. Ao incorporar a vítima ao bem jurídico, sua autonomia e poder de dispor de uma prerrogativa relacionada ao bem objetivo não mais se colocam de uma perspectiva externa, mas interna e constitutiva do objeto de proteção da norma. Nesse sentido é que a teoria do bem jurídico, aliada ao *harm principle*, constitui um limite à intervenção estatal sobre comportamentos imorais e autolesivos, de um

1 Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) e em Filosofia pela PUC-PR. Professor de Filosofia do Direito do Instituto Superior do Litoral do Paraná (ISULPAR). Assessor no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-3144-4299 / e-mail: giovan.v.g@hotmail.com

2 Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR, com pesquisa pós-doutoral na Università degli Studi di Milano (UNIMI). Professor de Direito Penal Econômico do PPGD do UNICURITIBA. Professor de Direito Penal da Fundação Escola do Ministério Público (FEMPAR) e da Escola da Magistratura Estadual do Paraná (EMAP/CERS). Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7349-3518 / e-mail: guaragni@pr.gov.br

ponto de vista não meramente consequencialista, mas deontológico, demarcado pela autonomia da vítima. O risco proibido e a lesão sancionável, assim, têm por referência o bem jurídico como relação sujeito-objeto, de modo a considerar a autonomia do titular da relação que se supõe ter sido negativamente afetada.

Palavras-chave: consentimento do ofendido; *harm principle*; lesão ao bem jurídico; liberalismo jurídico; princípio da lesividade; titularidade.

THE CONCEPT OF LEGAL GOOD AS A DISPOSABILITY RELATION IN CRIMINAL LAW: LIMITS TO THE STATE PUNITIVE POWER FROM THE VICTIM'S AUTONOMY

Abstract

The text seeks, from the dialogue between the harm principle and the theory of legal good – which provides a more precise concept of the object of injury –, for a solid basis for limiting state interference through criminal law. Using a hypothetical-deductive methodology, it is adopted a concept of legal good as a disposability relation, covering not only the objective aspect, which is usually emphasized by the doctrine, but its relation with the titular subject of the concrete relation. From that, victim's autonomy and power to have a prerogative related to the objective good are no longer placed from an external perspective, but internal and constitutive of the object of protection of the norm. In this sense, the theory of legal good, together with the harm principle, constitutes a limit to the state intervention on immoral and self-injurious behavior, from a point of view not merely consequentialist, but deontological, characterized by the autonomy of the victim. The prohibited risk and the punishable harm or offense, therefore, have to consider the legal good as a subject-object relation, in order to consider the autonomy of the holder of the relation that is supposed to have been negatively affected.

Keywords: *consent of the offended; harm principle; harm to a legal good; legal liberalism; ownership; principle of injury.*

Introdução

A teoria do bem jurídico e seus limites vêm, nos últimos anos, motivando debates doutrinários acalorados na dogmática penal. A imprecisão do conceito, aliada à ampliação da tutela penal sobre bens jurídicos coletivos, têm causado certo alarde por parte de teóricos que, ante qualquer manifestação de expansão do Direito Penal, hasteiam bandeiras em prol da liberdade negativa[3] do cidadão e criticam a utilização do bem jurídico como instrumento de legitimação da atividade legislativa tipificadora.

As tradições filosóficas europeias continentais e anglo-americanas, ademais, têm se aproximado, buscando prestar auxílio mútuo e compatibilizar as teorias do bem jurídico e do *harm principle*, no intuito de construir uma fundamentação mais robusta ao impedimento de intervenções estatais em comportamentos imorais e/ou autolesivos.

O artigo inicia-se pelo estudo do *harm principle* enquanto característica essencial do liberalismo jurídico (seja na vertente radical de John Stuart Mill, seja na moderada de Joel Feinberg[4]), em oposição ao moralismo e ao paternalismo jurídico.

Em seguida, busca-se uma definição adequada do objeto da lesão contra a qual o princípio liberal do dano busca proteger. Após descartar algumas sugestões fornecidas pela doutrina norte-americana, chega-se à conclusão de que a noção de *bem jurídico* é a que melhor se enquadra como objeto de proteção do *harm principle*. Entretanto, uma abordagem breve das críticas recentes dirigidas a esse conceito tradicional do direito penal europeu continental abre alas à proposta trazida no terceiro e último item.

A última seção apresenta o *bem jurídico como relação de disponibilidade* como uma possível resposta às críticas que buscam complementar a teoria do

3 Diretamente relacionado à liberdade de ação, o conceito de liberdade negativa estabelece que "um sujeito é 'livre' na medida em que há certo espaço externo no qual sua atividade pode se realizar sem que haja intervenções de outros sujeitos" (HONNETH, 2016, p. 161, livre tradução do autor). Nesse sentido, "quanto maior a área de não interferência, maior a liberdade" (BERLIN, 1997, p. 195, livre tradução do autor). À liberdade negativa corresponde uma noção de "liberdade de" algo, o que pressupõe a "ausência de qualquer impedimento e de qualquer obstáculo, dado que o obstáculo […] deve indicar uma noção positiva" (SCHOPENHAUER, 2012, p. 23). A liberdade positiva, por sua vez, deriva do "desejo, por parte do indivíduo, de ser seu próprio mestre" (BERLIN, 1997, p. 195, livre tradução do autor), dizendo respeito à qualidade daquele "que se move por ato da própria vontade, não agindo senão em conformidade com essa" (SCHOPENHAUER, 2012, p. 24.). A ausência de resistências externas, aqui, não é suficiente, sendo necessário um agente encarregado de deliberar e guiar suas próprias escolhas. Pode ser resumida pelo papel ativo e responsável que se deve desempenhar (FROMM, 1945, p. 55); pela "atividade espontânea da personalidade total e integrada. A atividade espontânea não é a atividade compulsiva, para a qual o indivíduo é movido por seu isolamento e impotência; não é a atividade do autômato, correspondente à adoção acrítica de padrões sugeridos de fora" (*Ibidem*, p. 217-218); pela possibilidade de depender apenas de si mesmo, não de vontades/discricionariedade externas, aproximando-se da perspectiva da autonomia.

4 A distinção é reconhecida na doutrina e se fundamenta no fato de o primeiro autor restringir as razões legítimas de criminalização ao *harm principle.* O segundo adiciona como legítima a intervenção estatal baseada em um princípio de ofensa (*offense principle*) (PERŠAK, 2007, p. 13). A diferença entre os princípios será abordada adiante.

bem jurídico a partir de fundamentos externos, remetendo, por exemplo, à autonomia do sujeito ou aos direitos fundamentais, consagrados na Constituição. Enxergar o bem jurídico como relação de disponibilidade, conceito que aparece em parcela minoritária da doutrina, é inserir a vítima titular dessa relação no âmago do conceito. A autonomia e a liberdade (em suas acepções negativa e positiva) da vítima passam a ser elemento constitutivo de todo objeto de proteção penal, orientando o caráter deontológico do bem jurídico em perspectiva liberal e reafirmando sua relevância a partir das bases da própria teoria.

1 Moralismo, paternalismo e liberalismo jurídico: o parâmetro da lesividade não consentida como pressuposto da ingerência penal estatal

Basta, para que uma conduta seja penalmente sancionada, que sua prática configure uma imoralidade diante do imaginário social dominante? É legítima uma legislação cujo intuito seja, pura e simplesmente, reforçar uma concepção moral? Caso padrões morais não constituam elemento suficiente a legitimar a incriminação de um comportamento, poderiam ser punidos o dano autoinfligido ou consentido?

Os questionamentos acima podem ser formulados de inúmeras maneiras e, ao longo da história, motivaram intensos debates teóricos e doutrinários, chegando à concretude em casos célebres. No que tange à proteção de concepções morais, ganham relevo o episódio britânico *Shaw vs. Director of Public Prosecutions* – envolvendo o debate sobre a punibilidade da afronta à moral pública através da edição e publicação de revistas com nomes, endereços, fotografias (nuas, em alguns casos) e práticas sexuais de prostitutas (HART, 1963) – e o debate sobre a constitucionalidade do tipo penal de incesto (§173 StGB), na Alemanha, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão, no ano de 2008 (GRECO, 2010). Já no que diz respeito aos comportamentos autolesivos ou às práticas de lesão consentida, destacam-se os casos de renúncia à transfusão de sangue por paciente Testemunha de Jeová (BARROSO, 2010), as discussões sobre eutanásia e diretivas antecipadas de vontade (BARROSO; MARTEL, 2010; JAKOBS, 2003; MARTEL, 2010; PESSINI, 2004), a questão do porte de uso de drogas para uso pessoal[5], a discussão sobre a obrigatoriedade do uso de cinto de segurança em veículos automotores[6] e os diversos outros debates quanto à recusa à intervenção médica em

5 Tema n. 506, atualmente afetado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão proferida em 08 de dezembro de 2011, que reconheceu repercussão geral do RE n. 635659/SP, de relatoria do Min. Gilmar Mendes.

6 Claus Roxin aborda o tema de maneira breve em artigo recente, firmando sua posição no sentido de que a proibição legal, nesse caso, estaria justificada, na medida em que "passageiros sem cinto, bem como (moto)ciclistas sem

geral (CORRÊA, 2017). Por fim, o que ficou conhecido como caso do Canibal de Rothenburg[7] pode ser citado como um episódio que suscita tanto discussões sobre aspectos morais, quanto paternalistas do Direito.

A concepção que estabelece que o Direito possa voltar sua ordem normativa para proibir condutas intrinsecamente imorais e socialmente indesejáveis, contrárias a valores objetivos, ainda que não repercutam em danos ou riscos sobre a esfera jurídica de ninguém, leva o nome de *moralismo jurídico*. O mero fato de certos padrões de comportamento constituírem a moral positiva de uma sociedade seria razão suficiente para que fossem objetos de proteção e reforço através da lei (HART, 1963, p. 23). Não é preciso considerar o impacto da conduta no universo sensorial da vítima. Faz-se aqui um alerta, para correta distinção. Comportamentos que encarnem imoralidade e, transcendendo-a, atinjam o mencionado patrimônio sensorial de sujeitos passivos, configuram alvos de prevenção jurídico-penal (ROXIN, 1997, p. 56), mediante a incidência do princípio da ofensa, que será comentado adiante. Pode-se prevenir, por exemplo: a) o emprego de constrangimento moral que exponha o consumidor ao ridículo, derivado de determinados meios de cobranças de dívida (tipo penal do art. 71, CDC); b) condutas que produzam abalos de ordem emocional ou psíquica, a exemplo da ofensa à memória dos mortos mediante vilipêndios de cadáver (art. 212, CP); c) submissão de criança ou adolescente a vexame ou constrangimento, por pessoa que sobre ela mantém relação vertical de domínio (guarda, autoridade,

capacete, colocam os outros participantes do acidente em risco de sofrerem uma pena por um homicídio culposo ou por uma lesão corporal grave, enquanto que com a utilização do cinto ou do capacete não teria ocorrido nenhuma ou ao menos uma lesão corporal mais leve. O impedimento de um risco de responsabilização de terceiros possui para estes um caráter mantenedor da liberdade e, por isso mesmo, de um bem jurídico; os terceiros são assim protegidos contra lesões que possam resultar da negligência alheia" (ROXIN, 2012, p. 299).

7 "Por volta de 1999 após a morte de sua mãe, Armin Meiwes começou a se ocupar cada vez mais com o tema canibalismo pela internet. Instruiu-se com formas de estripamento do corpo humano [Schlachteinleitung] e montou em sua casa um 'quarto de execução' [Schalachraum]. Passou então a procurar homens para consumir, divulgando na internet, com o nickname 'Antropófago': 'homem gay procura homem forte 18-30 anos para abater'. […] Em janeiro de 2001, Bernd Jürgen Armando Brandes engenheiro de computação berlinense de 42 anos – Meiwes tinha 40 anos – respondeu à proposta do canibal: 'Espero que me ache saboroso'. Ele possuía a ideia de mais alto prazer sexual vinculada à amputação e à ingestão de seu pênis por outro homem – o que não representava o real interesse de Meiwes. Em 9 de março do mesmo ano, Bernd foi de encontro ao canibal com a intenção de levar a cabo o previamente combinado. Por volta das 18h30min, após o pedido do engenheiro, Meiwes amputou-lhe o órgão sexual fazendo ainda um curativo na ferida de modo que a vítima não perdesse a consciência rapidamente devido à perda de sangue. Ambos consumiram o membro amputado frito com pimenta e alho. O êxtase sexual esperado por Bernd, contudo, não aconteceu. Não obstante, manteve sua decisão de que este deveria ser seu ato final e que Meiwes poderia eliminá-lo em seguida. Ele proibiu o canibal de chamar socorro médico, e nas horas seguintes preparou-se para morrer, esclarecendo à Meiwes que ele deveria matá-lo através de golpes realizados por instrumento perfurocortante assim que estivesse irreversivelmente inconsciente, o que se deu por volta das 4h da manhã. Meiwes colocou o corpo sobre um balcão no 'quarto de execução' e instalou uma câmera para filmar os próximos acontecimentos. Bernd ainda estava vivo como afirmou o canibal à câmera. Hesitou algumas vezes, mas acabou desferindo dois cortes fatais no pescoço da vítima. Após, Meiwes dissecou o corpo segundo as instruções lidas na internet e congelou cerca de 20kg de carne". O réu foi indiciado pela prática de homicídio, tendo sido reconhecido seu desejo de satisfação sexual. Sua conduta ainda foi enquadrada "nos tipos do §131, §184 Abs. 3 e §168 todos do StGB – respectivamente: representação apologética ou banalizante da violência; divulgação de material violento, pornográfico; e perturbação da paz dos mortos" (REIS, 2011, p. 154-155). Após anulado o primeiro julgamento, em que condenado à pena de 8 anos e 6 meses, Meiwes foi condenado à prisão perpétua. (Disponível em: https://www.tio.ch/dal-mondo/423981/germania-confermato-ergastolo-per-cannibale-di-rotenburg. Acesso em: junho de 2019).

vigilância, segundo o art. 232, ECA). Nestes casos, os comportamentos não são puníveis pela eventual imoralidade a eles subjacente, mas pelo transcendente sofrimento que concretamente produzem.

Gizada a distinção, vai-se adiante, assinalando-se que o moralismo jurídico se divide, conforme preconiza H.L.A. Hart, em *Law, liberty and morality* (HART, 1963, p. 48-49; 53-54), em duas modalidades. A tese moderada encara a moralidade como o cimento da sociedade, aquilo que a distingue de um mero agrupamento de indivíduos. Uma conduta imoral, assim, deverá ser objeto de coerção, pois a afronta à moral constitui uma afronta à sociedade como um todo, tornando-se o reforço da moralidade necessário à preservação da sociedade. De maneira distinta, a tese extrema não enxerga a moralidade em termos meramente instrumentais, que deve ser protegida somente no intuito de preservar a configuração social. O reforço da moral através da lei configuraria algo valioso por si só, a despeito da existência de uma conduta imoral que cause danos ou enfraqueça o cimento moral da sociedade.

Regras morais contribuem para a configuração de uma sociedade em torno de valores fundamentais e facilitam ao indivíduo refletir sobre a tomada de uma determinada decisão, mediante padrões não exclusivamente pessoais. Entretanto, não se pode olvidar que uma sociedade, ainda que possua padrões morais consolidados, é capaz de sobreviver a divergências minoritárias e, inclusive, tirar proveito disso, seja questionando seus próprios parâmetros, seja reforçando-os mediante o contraponto apresentado pelos divergentes.

A preservação da moralidade não coincide com a não alteração do código moral de uma sociedade (*Ibidem*, p. 72, tradução livre). Sociedades funcionam como organizações dinâmicas, cujas estruturas, instituições e regras sofrem alterações ao longo do tempo, em virtude de estímulos internos, a partir dos quais práticas deixam de ser (des)valorizadas e perdem sua importância, ou em razão de intercâmbios com outros agrupamentos humanos, mediante os quais o processo dialético para com o diferente permite repensar valores.

Distintamente do moralismo, o paternalismo jurídico assume como pressuposto da interferência, evitar a ingerência estatal, dada existência de uma lesão. São situações em que se dá intervenção do Estado para proteger o indivíduo de si mesmo.

A despeito de admitir o filtro da ofensividade, posturas paternalistas desconsideram a individualidade do cidadão, alçando o objeto da lesão a um patamar absoluto de proteção e, assim, admitindo "a interferência sobre a liberdade de ação de uma pessoa justificada por razões concernentes exclusivamente ao bem-estar, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou valores da pessoa coercionada"

(DWORKIN, 1972, p. 66, livre tradução do autor). A abordagem paternalista aproxima-se do que Joel Feinberg denominou *princípio iliberal,* segundo o qual sempre há uma boa razão em favor de um comando ou proibição direcionada a prevenir um dano (físico, psicológico ou econômico) ao próprio agente (FEINBERG, 1986, p. 04).

O risco apresentado pelas tentativas de proteger um bem *per se* é sustentado por Isaiah Berlin, que entende por *paternalismo* a postura daquele que trata os indivíduos como se não fossem livres, mas objetos da ação de um reformador benevolente, a serem modelados de acordo com os propósitos livremente adotados por este reformador. Os sujeitos seriam tidos como meios para a consecução dos fins paternalistas, não dos fins eleitos pelos próprios sujeitos, considerados menos importantes (BERLIN, 1997, p. 209).

O dano a ser evitado, a partir da perspectiva paternalista, não leva em consideração, portanto, a autonomia do sujeito. A noção de autonomia, enquanto o ato de governar a si mesmo e dar a si mesmo as próprias leis de ação, traduz a relação de conformidade entre a conduta praticada e a lei de ação formulada pelo agente quando do exercício da vontade. Capaz de refletir criticamente sobre suas preferências e desejos e aceitar ou tentar mudá-los em prol de preferências e valores de ordem superior (FATEH-MOGHADAM; GUTMANN, 2014, p. 9), o sujeito autônomo constitui uma barreira às teorias moralistas e paternalistas, não aceitando ser tratado de maneira instrumental, nos moldes da máxima kantiana segundo a qual: "O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, *existe* como fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade" (KANT, 2007, p. 68, itálico original).

Nesse sentido, o princípio da autonomia constitui premissa indispensável à circunscrição da atuação penal estatal sobre a vida dos cidadãos, de modo que,

> […] sendo valiosa a livre eleição individual de planos de vida e a adoção de ideais de excelência humana, o Estado (e os demais indivíduos) não devem interferir nessa eleição ou adoção, limitando-se a desenhar instituições que facilitem a persecução individual desses planos de vida e a satisfação dos ideais de virtude que cada um sustente e impedindo a interferência mútua no curso dessa perseguição (NINO, 1989, p. 204-205).

O compromisso com a autonomia do sujeito assenta-se na valorização do autopertencimento, consagrado pela Constituição brasileira através da pilastra republicana da dignidade da pessoa, *ex vi* art. 1º, III. Permite adentrar nos fundamentos da perspectiva liberal, que exige que a ofensividade, como pressuposto à

ingerência estatal, remeta a uma lesão não anuída causada a outrem. A perda da dignidade, aliás, não se dá em qualquer lesão, mas naquela que evidencia um eu entregue "ao poder e arbítrio de outro", desprovido da autoconfiança e da confiança nos demais (MAIHOFER, 2008, p. 08-10).

O princípio liberal do dano (*harm principle*) sustenta que "a interferência do Estado no comportamento dos cidadãos apenas é moralmente justificável quando se mostra razoavelmente necessária para prevenir lesões ou graves riscos de lesões às pessoas que não sejam o próprio sujeito que sofre a intervenção" (MARTINELLI, 2015, p. 106). Sua origem costuma ser atribuída a John Stuart Mill[8], segundo a qual "o único propósito pelo qual o poder pode ser constantemente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade, contra a vontade deste, é o de prevenir danos para os outros membros. O próprio bem dele, seja físico ou moral, não é causa suficiente" (MILL, 2010, p. 49).

Não obstante as inúmeras críticas[9] formuladas ao princípio liberal do dano – das quais muitas, inclusive, surtiram efeitos positivos e construtivos, fazendo com que parte dos teóricos liberais passasse a adotar, para além dele, o princípio da ofensa[10], condicionado a um juízo de ponderação baseado em critérios de intensidade, duração, possibilidade de furtar-se da perturbação sem esforço, habitualidade, motivação e circunstâncias de tempo e lugar (SEHER, 2007, p. 84) –, sua adoção como parâmetro de análise da (i)legitimidade da interferência do Estado na vida dos cidadãos demonstra um compromisso com a liberdade e a tolerância.

Os princípios do dano e da ofensa esgotam, assim, "a categoria de razões moralmente relevantes para proibições penais. Considerações paternalistas e moralistas […] não possuem peso algum" (FEINBERG, 1984, p. 14-15, livre tradu-

8 Apesar de a mais tradicional e repetida fórmula do princípio liberal do dano se encontrar na obra do filósofo britânico, a máxima utilitarista já se fazia presente, ainda que de maneira rudimentar, na filosofia epicurista: "XXXI – O justo segundo a natureza é a regra de interesse que temos em não nos prejudicarmos nem sermos prejudicados mutuamente. […] XXXIII – Nunca houve justiça em si, mas nas relações recíprocas, quaisquer que sejam seu âmbito e as condições dos tempos, uma espécie de pacto a fim de não prejudicar nem ser prejudicado" (EPICURO, 2010, p. 49, 55). A ulterior máxima do *neminem laedere* (Ulpiano) recolhia a mesma orientação, preservada nas Institutas de Justiniano, cf. DE PLÁCIDO E SILVA, 1987, p. 240.

9 Merece destaque o artigo intitulado *The Harm Principle*, de Nils Holtug. O autor, após investigar diversas concepções de "dano" e suas implicações quando encaixadas na fórmula do *harm principle*, conclui que este princípio possui aplicabilidade limitada. Em última instância, para que se soubesse no que consiste e sobre o que recai o dano a ser evitado, mostrar-se-ia necessária uma "teoria da justiça" que estabelecesse ao que cada indivíduo tem direito. Entretanto, conhecidos os interesses das pessoas e a maneira como eles devem se relacionar, não haveria necessidade do *harm principle*. Portanto, por um lado, uma teoria da justiça constituiria o pressuposto da utilização do *harm principle* como critério de definição do que é "certo" ou "errado"; por outro, através de uma teoria da justiça seria suprida a demanda que o *harm principle* busca atender. Restaria ao *harm principle* o papel de fornecer um parâmetro moral à tomada de decisões, no intuito de aumentar suas utilidades. (HOLTUG, 2002).

10 "Há sempre uma boa razão em favor de uma proibição criminal que provavelmente servirá de meio efetivo para prevenir ofensas graves (como opostas à injúria ou ao dano) a pessoas que não sejam o autor, e que configure, provavelmente, um meio necessário para esse fim" (FEINBERG, 1985, p. 01, livre tradução do autor). O autor norte-americano esclarece que as ofensas remetem a condutas que geram resultados desagradáveis, ainda que não impliquem lesões propriamente ditas; "são distrações irritantes, demandas indesejadas de atenção, incômodos que devem ser enfrentados, por mais inconveniente que seja fazê-lo no momento. São, em suma, perturbações em geral" (FEINBERG, 1985, p. 09, livre tradução do autor).

ção do autor), razão pela qual imoralidades, autolesões e heterolesões consentidas não seriam motivos suficientes a sustentar um tipo penal em abstrato e levariam ao afastamento de sua incidência no caso concreto. Consentir com uma conduta significa fazer parte dela, de modo que "o resultado decorrente do comportamento lesivo também é de responsabilidade daquele que consente" (MARTINELLI, 2015, p. 260). Assim, ninguém pode ser vítima de sua própria conduta voluntária e informada e sancionar tal comportamento implicaria admitir um delito sem vítima.

O ponto de vista liberal ainda encontra guarida no princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Tendo em vista ser o direito penal o ramo jurídico que conta com as sanções mais gravosas, sua atuação somente pode ter como alvo comportamentos igualmente gravosos, exigindo-se uma justificativa plausível ao uso de coerção por qualquer sociedade, como algo objetável *prima facie*, sendo "inaceitável cogitar-se a restrição do direito fundamental à liberdade em benefício da obtenção de meros interesses político-criminais de organização e regulamentação social" (D'ÁVILA, 2009, p. 71)[11]. Não se pode deixar de observar que, em uma sociedade democrática, a ideia de que o poder político é mais bem exercido quando confiado à maioria não enseja a conclusão inaceitável de que aquilo que a maioria faz com o poder está para além das críticas e nunca deve ser objeto de resistência (HART, 1963, p. 79). Afinal, com Claus Roxin, "da circunstância de que a maioria da população não está em condições de tolerar um comportamento que lhe parece desagradável, não segue que ele deva ser punido, caso ninguém esteja atingido em sua liberdade de autodesenvolvimento" (ROXIN, 2012, p. 301).

Definidos, em linhas gerais, o moralismo, o paternalismo e o liberalismo jurídico, bem como feita a opção pelo último, resta compreender ao que se dirige o *dano* ou a *lesão* que se quer evitar. Tendo em vista que "de nada vale falar em ofensividade como limite material da incriminação se não partirmos de um conceito de bem jurídico-penal que propicie uma tal construção teórica" (D'ÁVILA, 2009, p. 67), parte-se para a análise do objeto da lesão delituosa. Radicada no conceito de bem jurídico, oriundo da tradição jurídico-penal europeia continental.

2 O objeto da lesão penalmente relevante: entre *harm principle* e bem jurídico

O *harm principle* se encontra intimamente relacionado ao Estado Democrático de Direito e sua herança laica, liberal e pluralista, em detrimento de "Modelos de Estados autoritários, erigidos na persecução de objetivos éticos, na

11 Sem embargo, a grande utilidade derivada concretamente para cada membro do tecido social pode justificar a tutela penal de unidades funcionais. O fim de proteção, neste caso, transcende a mera preservação da unidade.

punição de inclinações antissociais e na mera infração ao dever" (*Ibidem*, p. 51). No ordenamento jurídico brasileiro, que tanto na seara cível[12], quanto penal[13], preza pelo desvalor de resultado, para além do desvalor de ação (reclamado, v.g., pelas exigências de dolo ou, no mínimo, culpa, na forma do art. 18, CP), predomina o princípio da lesividade enquanto "um segundo e fundamental nível de valoração que, ao expressar o primeiro momento de desvalor do fato, assume-se como elemento de fundação do ilícito" (D'ÁVILA, 2009, p. 77). Da lesão ao bem jurídico, recolhe-se o conteúdo material do injusto. Mas seria a tradição anglo-americana capaz de definir de maneira adequada o objeto do dano que se busca evitar através da utilização do *harm principle*?

Uma primeira tentativa de definir no que consiste o objeto da lesão coercível pode se dar através das teorias do bem-estar, que contam com três formulações tradicionais: (i) hedonista, que adota a felicidade como critério de bem-estar, entendida em termos de estados mentais aprazíveis (HOLTUG, 2002, p. 364); (ii) satisfação de desejos, que avalia o bem-estar conforme a realização de desejos e preferências na maior medida possível ao longo da vida (BROCK; BUCHANAN, 2009, p. 42), exigindo-se, para além do estado mental aprazível, a verificação da obtenção do objeto de desejo (SEN, 1985, p. 189); e (iii) lista objetiva daquilo que é valioso, segundo a qual algumas coisas são consideradas boas ou más para uma pessoa independentemente de suas preferências (BROCK; BUCHANAN, 2009, p. 44).

Adotando-se os dois primeiros critérios, esbarra-se em problemas de difícil solução. A felicidade constitui um parâmetro demasiadamente subjetivo de medição do grau de lesão sofrido pela vítima de uma conduta (SEN, 1985, p. 188). Já a satisfação de desejos é diretamente influenciada por elementos circunstanciais, de modo que seria preciso levar em conta o objeto do desejo, sua intensidade e sua comparação para com desejos de terceiros, como os do próprio réu, caso se entendesse pela necessidade de um juízo de ponderação de bens. A definição do grau de lesão necessário para que houvesse um dano juridicamente relevante seria arbitrária.

Mais: a contingência dos desejos levaria a um sistema jurídico capaz de con-

12 Código civil: Art. 186, do Código Civil. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.; Art. 927, do Código Civil. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

13 No Código Penal, são expressões de compromisso com o desvalor de resultado, por exemplo, os artigos que seguem: Art. 13 – O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. […] – aqui, há um atavismo típico do olhar causal naturalista, voltando-se o dispositivo ao grupo dos crimes materiais, exigente de resultado naturalístico; Art. 14 – Diz-se o crime: […] II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente – a redução de pena de ⅓ a ⅔ dá-se ante o grau mais tênue de lesão ao bem jurídico, em apelo típico de teorias objetivistas atinentes aos fundamentos de punir a tentativa; Art. 17 – Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime. O dispositivo consagra a lesividade como essencial ao delito, sob pena de torná-lo impossível e, *ipso facto*, impunível mesmo como tentativa. Esta pressupõe perigo concreto de dano, segundo as escolhas legislativas codificadas.

viver com elevados níveis de desigualdade, pois seria admitida a menor proteção normativa àqueles que tivessem menos condição de satisfazer ou mesmo nutrir desejos. Conforme aponta o economista Amartya Sen, "desejos refletem compromissos com a realidade, e a realidade é mais dura com alguns do que com outros. O indigente desesperado deseja meramente sobreviver, o trabalhador sem-terra concentra esforços em assegurar sua próxima refeição, o trabalhador doméstico busca algumas horas de descanso, a esposa subjugada almeja um pouco de individualidade" (*Ibidem*, p. 191, livre tradução do autor) e assim por diante, todos adaptando seus desejos às suas condições.

Por fim, os parâmetros hedonistas e de satisfação de desejos possuem tradição utilitarista, de modo que, se forem aplicados junto aos critérios consequencialistas e da *soma de felicidade*, admitir-se-ia a causação de um dano a outrem, caso isso servisse para elevar a soma total de bem-estar, em uma autêntica prevalência dos interesses da maioria. Ocorreria a desconsideração dos necessários elementos deontológicos impeditivos do sacrifício de um indivíduo em prol dos demais.

No que tange à lista objetiva de valores, deve-se ter cautela para não cair em um raciocínio paternalista, transformando o Direito em um instrumento nas mãos do Estado benevolente, encarregado de criar uma sociedade *objetivamente* melhor. Uma sociedade que deseje levar seus indivíduos a sério não deverá impor-lhes nenhuma característica específica, deixando que decidam quais aspectos de suas individualidades deverão prevalecer (PFORDTEN, 2014). Medidas paternalistas "são tomadas tendo em conta certos *padrões*, comportamentais e culturais, ou conhecimentos científicos" (MARTEL, 2010, p. 134). Afetam negativamente o pluralismo e a tolerância. Conduzem à padronização e homogeneização de estilos de vida e visões de mundo, repercutindo de modo contraproducente no perene conflito de ideias que garante a vitalidade de uma democracia. Não é simples firmar consensos nas sociedades multiculturais ocidentais contemporâneas. *A fortiori,* consensos sobre a punibilidade de um comportamento que lesione valores objetivos, desatados da pessoa da vítima. Afinal, esse acordo deve, justamente, seguir o filtro do *harm principle* (ROXIN, 2012, p. 297).

Deixando de lado as teorias do bem-estar, Joel Feinberg remete a três conceitos distintos de *lesão*: (i) o dano sobre coisas/objetos; (ii) a violação ao direito de outrem; e (iii) a frustração de interesses, em virtude da interferência de alguém nos planos de outrem (FEINBERG, 1984, p. 32-36). O primeiro critério, de plano, cai por terra, na medida em que não se vislumbra a diferença entre o dano sobre coisas/objetos e a ideia de dano a valores objetivos. Além disso, não se pode admitir uma normativa jurídico-penal comprometida com a proteção de coisas, mas sim de pessoas. O próprio Feinberg rechaça a primeira concepção de

lesão, exemplificando que o ato de quebrar janelas lesa os interesses do dono da edificação. Somente em um sentido derivativo e extensivo seria possível dizer que *lesa as janelas* (*Ibidem*, p. 32). O autor adere ao que chama de *consenso sobreposto* entre as outras duas noções, de modo que a lesão se limita aos reveses de interesses que configuram injustos e aos injustos que constituem reveses de interesses (*Ibidem*, p. 36). Contudo, esta concepção também é criticável.

Definições de lesão enquanto violação de um direito ou frustração de interesses se aproximam dos debates travados na tradição jurídica continental, referentes à "teoria do bem jurídico". Iniciar a análise do bem jurídico após breves colocações sobre o conceito de *harm principle* pode ser um caminho frutífero, principalmente por partir do pressuposto de que as lesões a serem sancionadas dirigir-se-iam, necessariamente, a terceiros não consencientes. Conforme se verá mais adiante, essa premissa, derivada da ideia de sujeito autônomo, ensejará consequências relevantes, inclusive à própria definição de bem jurídico.

Na primeira metade do século XIX, as teorias político-jurídicas contratualistas faziam da noção de direito subjetivo, diretamente vinculada à concepção de ser humano enquanto sujeito dotado de razão universal, seu eixo primordial, encarregada de demarcar a fronteira entre a conduta lícita e ilícita (D'ÁVILA, 2009, p. 61).

Nesse contexto, Feuerbach sustentava que, ao Direito Penal, incumbia a proteção de direitos subjetivos, sancionando condutas para "preservar a liberdade recíproca de todos mediante o cancelamento do impulso sensual dirigido às lesões jurídicas" (VON FEUERBACH, 1989, p. 61). Esta linha de pensamento liberal, cumprindo com uma função limitadora (FERNÁNDEZ, 2004, p. 14), aproximava-se da concepção de que o limite à ingerência estatal residia na lesividade alheia. Coetâneos de Feuerbach, na perspectiva iluminista, nutriam um mesmo olhar, como John Stuart Mill e Wilhelm von Humboldt. Para ambos, a ação do Estado estaria condicionada à garantia da segurança dos cidadãos, contendo o avanço injustificado de um sobre os direitos dos demais (MILL, 2012, p. 49 e 170), ou corrigindo infrações e punindo o infrator (VON HUMBOLDT, 2004, p. 260). Nada obstante, a noção de que a missão do direito penal seria a proteção de direitos subjetivos mostrava-se equivocada.

A principal e irremediável crítica denotava que a frustração da pretensão jurídica subjetiva de um indivíduo não gerava lesão alguma ao direito subjetivo correspondente. Pelo contrário, a incolumidade do direito subjetivo era o que permitia ao sujeito dele se valer para obter a reparação do dano através da via jurisdicional, dano esse que havia se abatido, não sobre o direito, mas sobre seu objeto de proteção (D'ÁVILA, 2009, p. 64).

Assim, Birnbaum "rechaçou a tese de que o delito é a lesão de um Direito,

pois o Direito não pode ser diminuído nem subtraído, isso pode suceder somente com o que é objeto de um direito, isto é, *um bem que juridicamente nos pertence*" (BUSATO, 2013, p. 355); "o bem a que se tem juridicamente direitos é o objeto do direito e, se aquele é subtraído ou diminuído, o direito permanece incólume" (FERNÁNDEZ, 2004, p. 16). Em suma, a crítica de Birnbaum à posição de Feuerbach levou à concepção do bem jurídico como ente ou coisa a que os direitos se referem (BIRNBAUM, 2010, p. 55 e ss.). Defeituosa por separar o bem de proteção penal da vítima que o titulariza, esta noção de bem jurídico possuía, de toda sorte, a virtude de não confundir o direito a algo com o algo a que se refere o direito. E, por extensão, serve como base para rechaçar a segunda definição de lesão apresentada por Feinberg.

Não obstante tenha surgido como uma realidade situada em uma perspectiva transcendente à norma, prévia e para além do direito e do Estado, a figura do bem jurídico como ente ou coisa não nasceu desempenhando um papel crítico de limitação à tipificação de condutas e à incidência de tipos penais em casos que não deveriam sofrer interferência estatal. Pelo contrário, havia a pretensão de legitimar a ingerência estatal, inclusive em âmbitos da vida privada, justificando-se "a punibilidade dos delitos contra a religião e contra a moralidade" (ROXIN, 2014, p. 45). Seu caráter objetivo, desvinculado da concepção subjetivista e abstrata de direito subjetivo, ampliou a área de tutela penal, permitindo o surgimento das distinções entre tentativa e consumação, lesão e perigo, que, do ponto de vista da contrariedade ao direito (desvalor de ação), eram todos equivalentes (GIUSINO, 1990, p. 12).

Desde Birnbaum, o bem jurídico passou pelas mais diversas formulações que, em sua maioria, cumpriam com um papel puramente metodológico, hermenêutico e mesmo legitimador da atividade tipificadora do legislador. Somente assumiu um papel crítico à legislação após a Segunda Guerra Mundial (ROXIN, 2014, p. 45), a partir da obra de autores como Jäger, para quem "a ausência de bem jurídico conduz a não saber porque se castiga e, por conseguinte, a não poder determinar o sentido do castigo" (apud VIVES ANTÓN, 2011, p. 813).

Enquanto elemento crítico, o conceito de bem jurídico deve ser capaz de afastar o moralismo puro, o paternalismo, a tutela penal de tabus, casos em que inexiste lesão a um terceiro não consenciente ou à coletividade. Ademais, a noção cumpre com um papel fundamental: a) de sistematização da parte especial, cujo princípio reitor é a ordenação dos delitos segundo o bem jurídico respectivamente lesionado; b) de hierarquização do panorama de conflitos de relevância penal, segundo a magnitude do bem de proteção; c) de critério reitor da interpretação teleológica, orientada pelos fins de proteção ao bem jurídico que orientam a

norma; d) de condicionamento da pena à criação de um risco não permitido a um bem penalmente protegido e imputação da realização do risco ao autor da ação típica; e) de tornar atípica a colaboração em uma autolesão ou autocolocação em perigo responsável.

Expoente máximo da perspectiva funcionalista, Roxin foi, na segunda metade do século XX, um dos responsáveis por recolocar a figura do bem jurídico no centro dos debates dogmático-penais. Superou-se, com grande contribuição sua, o modelo finalista, que orientava o direito penal pela perspectiva do desvalor de ação, como ordem jurídica protetora "dos valores elementares de consciência, de caráter ético-social" (WELZEL, 1993, p. 05)[14]. Para Roxin, a finalidade do Direito Penal deve ser a de evitar lesões a bens jurídicos (ROXIN, 2012, p. 293), definidos como "dados ou finalidades necessários para o livre desenvolvimento do indivíduo, pra a realização de seus direitos fundamentais ou para o funcionamento de um sistema estatal baseado nessas finalidades" (ROXIN, 2014, p. 47). A limitação imposta pelo conceito de bem jurídico possui função contra majoritária (ROXIN, 2012, p. 302), resguardando condições fundamentais a todo cidadão, em flagrante oposição às definições de dano baseada em parâmetros na satisfação e proteção de valores da maioria.

De acordo com Roxin, o critério de lesão a um interesse "não é um objeto adequado de penalização, porque não é o interesse, e sim o bem a que o interesse se dirige que pode ser lesionado" (ROXIN, 2014, p. 63). Nesse sentido, interesses, assim como os direitos e suas correlatas pretensões, não são menoscabados, havendo inúmeras condutas que acabam por frustrar as ambições de outrem, mas, mesmo assim, não podem ser objetos de coerção estatal (HOLTUG, 2002, p. 374-375). Resta, assim, descartada a última definição de lesão que nos é dada, no âmbito da tradição norte-americana, por Joel Feinberg.

Ante as limitações do princípio liberal do dano, pode-se dizer que o bem jurídico se apresenta como a melhor opção para definir o que se busca proteger ante certas limitações presentes no *harm principle* ou princípio liberal do dano. A teoria, contudo, não é à prova de críticas, o que a torna mutável e reformulável. Há aí uma virtude: ela é capaz de acompanhar o desenvolvimento de uma sociedade democrática e aberta ao debate.

Luís Greco – para quem, adotando uma definição próxima à de Roxin, bens jurídicos seriam "*dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional*" (GRECO, 2011, p. 89, itálico original) – aponta o que considera os dois

14 O próprio conceito de bem jurídico presente em Welzel, como "todo estado social desejável", foge à acepção do bem de proteção como objeto de dano ou perigo, mediante desvalor de resultado. Na mesma esteira, a advertência de Welzel, segundo a qual os bens jurídicos, somados, constituem a ordem social, e não um amontoado atomizado.

principais argumentos contra a teoria do bem jurídico: (i) o problema da definição – segundo o qual a noção de bem jurídico é indefinida e demasiadamente abstrata para que cumpra com seus fins propostos[15] – e (ii) o problema da fundamentação ou da democracia – que coloca em cheque a tentativa de limitar os poderes do legislador democraticamente eleito a partir da ideia de bem jurídico (GRECO, 2010, p. 169-170).

De fato, de nada adianta a construção de um princípio de lesividade ao bem jurídico como fator de limitação do exercício do poder punitivo, se os contornos do bem, enquanto objeto de referência, não são visíveis. Pretende-se explorar este aspecto na parte final deste texto.

Quanto ao segundo ponto crítico, é possível sustentar que a preservação da democracia ocorre à medida que os bens de proteção encontrem respaldo na ordem constitucional, uma vez que esta é igualmente constituída por vontade popular. Noutros termos: nas ordens jurídico-constitucionais democráticas, os controles de constitucionalidade, quando a positivam, promovem naturalmente o encontro entre regras de incriminação e bens jurídicos valiosos.

De fato, os controles de constitucionalidade, quando resultam positivos, imantam as normas incriminadoras de certo norte deontológico, capaz de transcender meras pretensões consequencialistas. Isto importa para neutralizar os riscos para o liberalismo jurídico-penal, derivados de deixar o direito penal orientar-se por puros utilitarismos, "entregue tanto às contingências das ciências empíricas e do senso comum, como também à prerrogativa de avaliação do legislador" (*Ibidem*, p. 174).

Sem embargo, segundo Greco, o argumento de que um comportamento não pode ser punido quando não afeta um bem jurídico, também possui caráter consequencialista (*Ibidem*, p. 175). Esta lógica – sustenta – deve ser substituída por considerações deontológicas, preenchidas pelo núcleo da autonomia dos cidadãos e seu "direito de viver segundo seu próprio plano de vida e sua própria ideia de uma 'boa vida'" (*Ibidem*, p. 178). Ora, este é exatamente o impacto do princípio da dignidade humana, como autopertencimento, no plano de constituição das metas de proteção penal, de um lado, e dos limites de sua intervenção, de outro.

Na mesma linha, Roxin sugere que a penalização de comportamentos que não lesionam bens jurídicos encontra obstáculo em garantias constitucionais duras, correspondentes ao "núcleo duro da vida privada". Pondera que essa racionalidade reforça a importância da teoria do bem jurídico: afirmar que uma conduta pertence a um núcleo intangível por ingerências estatais significa dizer que tal comportamento não enseja lesão a bens jurídicos alheios (ROXIN, 2012, p. 307-308).

15 Trata-se de inconsistência também apontada pela doutrina da *common law*: "Para realizar sua função crítica básica, o conceito de bem jurídico deve ser definido com razoável clareza e imbuído de um caráter normativo. Há muito menos consenso na literatura alemã sobre esses dois pontos, porém, do que em relação ao compromisso geral com o conceito abstrato de *Rechtsgut*" (DUBBER, 2005, p. 04, livre tradução do autor).

Outros autores, baseados em teorias constitucionalistas, buscam "vincular a intervenção penal aos ataques contra os chamados Direitos fundamentais da pessoa" (BUSATO, 2013, p. 361). A crítica contra eles formulada, no sentido de que a Constituição e os direitos fundamentais nela previstos servem somente à organização da ordem política e à fixação de parâmetros à relação entre cidadãos e Estado, ao passo em que o bem jurídico gera efeitos também nas relações concretas entre indivíduos particulares, baseia-se em uma dicotomia rígida e desarrazoada entre direito público e privado.

As teorias constitucionalistas configuram perspectivas valiosas, visto que os denominados direitos fundamentais possuem eficácia vertical e horizontal, irradiando pelo ordenamento jurídico infraconstitucional e atingindo inclusive relações privadas. O reconhecimento da oponibilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas deu-se em 1958, na Alemanha, através do Caso Lüth[16].

No Brasil, a teoria da eficácia horizontal direta e imediata dos direitos fundamentais sobre as relações jurídicas particulares encontra aceitação[17]. Entende-se que "os perigos que espreitam os direitos fundamentais no mundo contemporâneo não provêm apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral" (SARMENTO, 2004, p. 245), ou que o Estado protege particulares de ataques do próprio Estado, de outros particulares e, mesmo, de outros Estados (SARLET, 2012, p. 190). Incluem-se no espectro de proteção, também, os direitos fundamentais de particulares violados nas relações que nutrem com pessoas jurídicas de direito privado, como a tutela da saúde do consumidor, do meio ambiente, etc.

Este olhar tem assumido importante tarefa dentro do direito penal, mediante a sistemática proclamação do princípio da vedação de proteção deficiente da

16 Trata-se de caso em que o cidadão alemão Erich Lüth, de origem judaica, boicotou no pós-guerra, filme dirigido pelo cineasta Veit Harlan, o qual colaborara na propaganda do regime nazista. Lüth organizou uma campanha, no país, para que as pessoas não acorressem aos cinemas. Condenado a indenizar o diretor e a produtora, Lüth foi à Corte Constitucional, alegando ter-se valido do direito fundamental de liberdade de opinião, obtendo guarida (STRECK, 2009, p. 81).

17 No campo extrapenal, veja-se o precedente do STF: "EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. […] A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente àqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. […] IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821).

vítima[18]. No plano internacional, convenções que versam sobre matéria criminal impõem aos Estados signatários a criação de tipos para a tutela de determinados interesses. Por exemplo, a Convenção 29 da OIT, cláusula 25, determinante da criação de tipos penais para punição de trabalhos forçados ou obrigatórios impostos entre particulares (que se encaixam em modais de redução à condição análoga a de escravo), ou a Convenção de Palermo, cláusula 5ª, impositiva da criminalização de organizações criminosas, praticantes de delitos que, em regra, acometem particulares.

Já na perspectiva jurisdicional internacional, inúmeros julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhecem que eles são ofensíveis em relações privadas, impondo a obrigação estatal de investigar, perseguir, julgar e condenar os responsáveis. Casos célebres envolvem a proclamação da atuação deficiente do Estado brasileiro, na proteção da vítima: Caso Sétimo Garibaldi, Caso Fazenda Brasil Verde, Caso Ximenes Lopes. O primeiro e o terceiro correspondem à impunidade de homicídios; o segundo, de redução à condição análoga a de escravo. No ambiente da Corte Europeia de Direitos Humanos, sobre escravidão moderna, a condenação da França no Caso Siliadin deu-se na mesma linha, obrigando o país a criar um tipo penal contra a escravidão moderna.

No horizonte interno, há também manifestações, nos planos normativo e jurisdicional, da adoção de um princípio de vedação de proteção deficiente de bens jurídicos de vítimas, através do Estado, contra ataques de particulares, estejam estes em posição vertical em relação à vítima (casos de assédio moral ou sexual, por exemplo), ou posição horizontal (agressões em que não existe, de partida, uma posição de império ou poder de um particular sobre outro). O exemplo legislativo mais importante, até porque resultante de recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, é a Lei Maria da Penha. Quanto à jurisdição, são inúmeros os precedentes[19]. A título de exemplo, cita-se a decisão do STF, no

18 A doutrina anota que a Corte Constitucional alemã enunciou-o, em matéria criminal, no ano de 1975, ao declarar inconstitucional a lei que descriminalizava, condicionalmente, o aborto. Em 1993, a questão voltou à Corte, por força da unificação dos direitos positivados nas Alemanhas Ocidental e Oriental (RDA). Desta feita, sem contrariar os fundamentos anteriores, o aborto até a décima segunda semana, mediante prévia passagem da gestante por junta estatal de aconselhamento, foi considerado constitucional. O argumento central foi a maior capacidade da junta de evitar abortos do que a ameaça penal (STRECK, 2009, p. 96 e ss.).

19 Precedente pioneiro, nesta linha, foi o STF RE 418.376, Pleno, Relator para o voto vencedor o Min. JOAQUIM BARBOSA, julg. 09.02.2006. A defesa pretendia a extinção da punibilidade de réu condenado por estupro com presunção de violência, praticado em face de criança de 9 anos. O convívio marital foi invocado em analogia *in bonam partem* ao casamento, na forma do revogado art. 107, VII, CP, cuja letra previa a extinção da punibilidade, em delitos sexuais, pelo casamento do autor com a vítima. O C. STF repeliu a tese, tendo o voto do Min. Gilmar Mendes verberado a base teórica da vedação de proteção deficiente, ao acompanhar a divergência em relação ao Relator originário, Min. Marco Aurélio. Comentando-o, STRECK, Maria Luíza Schäfer. Direito Penal e Constituição: a face oculta dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 107 e ss.. Ainda, sugere-se a leitura do voto do Min. Gilmar Mendes no precedente STF-ADI 3.510, Pleno, Rel. Min. CARLOS BRITTO, julg. 29.05.08, bem como do julgado STF HC 122.694/SP, Pleno, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, julg. 10.12.2014, que repeliu a inconstitucionalidade, arguida pela DPU, da alteração trazida pela Lei 12.234/ 2010. Trata-se da *novatio legis in pejus* que eliminou a possibilidade da prescrição retroativa entre a data do fato e o recebimento da denúncia.

HC102.087/MG, 2ª T., Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 28.02.2012, pela constitucionalidade da criminalização de perigo abstrato do porte ilegal de arma de fogo não municiada. A escolha se deve à exposição sistemática, nos fundamentos da decisão, das balizas do princípio da vedação de proteção deficiente de vítimas, enquanto encargo do Estado, através do direito penal. Transcreve-se trecho parcial da ementa:

> […] 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. 1.1 Mandatos de constitucionais de criminalização: A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, parágrafo 4º). Em todas essas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (*eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. […]

Assim, as garantias constitucionais não vinculam somente os órgãos estatais e sua relação com o indivíduo (em regra, o imputado), mas também particulares e pessoas jurídicas de direito privado, em suas relações com outros particulares (CANOTILHO, 2013, p. 224). O Estado mostra-se sob a dupla feição de inimigo e, ao mesmo tempo, guardião de direitos fundamentais. Quanto à primeira, deve ser contido, mediante princípios de vedação de excesso; pela segunda, não pode ser omisso, pela vedação de proteção deficiente.

Entretanto, ainda que sirva de base à fundamentação e interpretação de normas protetoras de bens jurídicos, a Constituição não pode ser enxergada como uma referência absoluta à salvaguarda desses bens. Por tratar de garantias consideradas fundamentais, seu processo legislativo de reforma é rígido e conta com uma série de barreiras, razão pela qual a legislação ordinária e, até mesmo, a hermenêutica dogmática e jurisprudencial, podem servir melhor às pretensões sociais de ampliação e proteção de novos bens, não albergados expressamente pelo texto

constitucional. Nem todo bem jurídico deverá estar expressamente previsto na Constituição e nem todo bem constitucionalmente previsto deverá ser objeto de proteção penal. Nesse sentido, "não basta que exista um bem jurídico para estar justificada a interferência penal, mas ela não pode estar justificada senão guardando referência a um bem jurídico" (BUSATO, 2013, p. 369).

Ambas as perspectivas críticas apresentadas – vinculadas, respectivamente, (i) ao núcleo duro da vida privada, preenchido pela autonomia, e (ii) à salvaguarda de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição – dão margem a diversas discussões. O que se pretende aqui, entretanto, é verificar se as soluções propostas para a limitação da atividade incriminadora estão sendo buscadas, desnecessariamente, para além da conjunção entre o princípio liberal do dano (*harm principle*) e a teoria do bem jurídico.

3 O titular enquanto sujeito autônomo: o conceito de bem jurídico como relação de disponibilidade

Bens jurídicos são mais que cristalizações de valores. Lado outro, não devem ser confundidos com meros objetos ou fatos. Conforme ressalta Vives, "a doutrina majoritária fala do bem jurídico em termos de objeto, como se fosse um *objeto ideal* (o objeto de proteção), delimitado pelo tipo abstrato, ao que se contrapõe, com um *status* ontológico análogo, o *objeto material* sobre o qual recai a ação delitiva concreta" (VIVES ANTÓN, 2011, p. 827). Perspectivas que definem o bem jurídico como uma entidade objetiva ideal são indesejáveis, pois "aumentam as possibilidades de que se postulem bens jurídicos à la volonté, para legitimar qualquer norma que se deseje" (GRECO, 2011, p. 88).

A supervalorização da dimensão objetiva gera uma tendência interventiva na postura jurídica do Estado. Isto reforça a importância do *harm principle* para evitar a proibição estatal de comportamentos não lesivos ou somente lesivos aos interesses daquele que os praticou ou consentiu com a prática do ato lesivo. A depender do conceito de bem jurídico adotado, não fica claro que o caráter heterônomo do menoscabo constitui elemento imprescindível à legitimidade da criminalização[20]. Nesse sentido, o *harm principle* "pode fornecer exatamente a dimensão crítica que o conceito de bem jurídico requer, a fim de evitar apenas descrever o que está no direito (criminal) positivo" (PERŠAK, 2007, p. 118, livre tradução do autor)[21].

20 "Há pelo menos uma grande diferença que precisa ser enfatizada nesse ponto. Trata-se da falta do 'de outro' na definição acima de 'bem jurídico como um 'interesse legalmente protegido'. Embora o 'outro' (em oposição ao 'próprio', por exemplo) seja crucial na definição do princípio liberal do dano, não parece ser um elemento necessário da definição de um bem jurídico. *Rechtsgutstheorie* em si, portanto, não impede que o paternalismo jurídico seja incluído na esfera de proteção legal" (PERŠAK, 2007, p. 105-106, livre tradução do autor).

21 No mesmo sentido, Markus Dubber aponta que "o problema com o conceito de *Rechtsgut* como uma ferramenta para a análise crítica do direito é que, ao menos em sua forma atual, não possui capacidade crítica alguma" (DUBBER, 2011, p. 745, livre tradução do autor). Entretanto, o autor não vê no *harm principle* o potencial crítico faltante à teoria do bem jurídico, afirmando que ambas as propostas se assemelham em inconsistência e relevância

Conforme já se verificou na seara econômica, recursos e bens primários "não equalizam as liberdades substantivas desfrutadas por diferentes pessoas, uma vez que pode haver variações significativas na *conversão* de recursos e bens primários em liberdades" (SEN, 1992, p. 22, livre tradução do autor). A noção de liberdade substantiva remete a "um conjunto de (normalmente interrelacionadas) oportunidades de escolher e agir" (NUSSBAUM, 2011, p. 20), razão pela qual demandam a presença da autonomia do sujeito e de condições que permitam a ação responsável.

Uma abordagem do princípio liberal do dano, aliada à preservação de liberdades substantivas, em detrimento da mera preservação de recursos ou objetos socialmente valiosos, pode ser formulada da seguinte maneira: "O Estado deve intervir na vida de um indivíduo contra sua vontade somente se for prevenir (ou reduzir a probabilidade de) que as perspectivas das pessoas sejam diminuídas" (HOLTUG, 2002, p. 384, livre tradução do autor). O dano é verificado quando um agente provocar a diminuição das perspectivas de outrem, reduzindo-lhe as condições e possibilidades de agir e minando sua capacidade de disposição de recursos essenciais à concretização de seus fins socialmente aceitáveis.

Nesse sentido, em um Estado de Direito democrático e plural, no qual o legislador tem de se orientar pela premissa da liberdade como autonomia, bens jurídicos devem corresponder a "elementos objetivos constitutivos da liberdade externa dos sujeitos de direito, entendida como meio para a autonomia, determinados materialmente e reconhecidos penalmente (ou seja, garantidos por meio da ameaça da pena); liberdade que de modo permanente e ativo se constitui através da prática do mútuo reconhecimento" (KAHLO, 2007, p. 58). A solução não deve se dar a partir de referenciais externos à ideia de bem jurídico – como se ela, a despeito de seu papel nuclear no sistema penal, fosse incapaz de proporcionar um limite adequado, tanto ao Direito Penal, quanto às condutas lesivas praticadas por outros particulares –, mas por meio da incorporação de elementos fundantes das sociedades liberais, como a autonomia.

A teoria do bem jurídico encontra, assim, sua melhor construção na concepção de bem jurídico como a *relação de disponibilidade de um sujeito com um objeto* (ZAFFARONI, 2000, p. 466)[22] – devendo-se evitar a formulação que insere o termo *pessoa* no lugar de *sujeito*. Afinal, pessoas são *responsáveis*, porquanto destinatárias não só de direitos, mas também de deveres, todos "construídos comunicativamente" (JAKOBS, 2007, p. 149 e 157)[23]. Seres ainda inexistentes,

constitucional questionável, carências que somente poderiam ser supridas pelo princípio fundamental da autonomia ou autogoverno (*Ibidem*, p. 748-749; DUBBER, 2004, p. 72-75). A nós, parece que a concepção do bem jurídico centrada na relação de disponibilidade justamente internaliza referido princípio fundamental.

22 O autor busca embasamento na obra de Peter Sina: SINA, Peter. *Die Dogmengeschichte des strafrechtliche Begriff "Rechtsgut"*. Basel: 1962.

23 Nesta perspectiva, a pessoa é um sistema de imputação, em sua relação com outras pessoas, enquanto destinatária do dever de mostrar-se fiel à norma. A noção de pessoa distancia-se da de indivíduo, enquanto estrutura psicofísica.

neste contexto, não podem ser pessoas, como os destinatários de proteção nas hipóteses de aborto[24] (nascituro) e de determinados delitos ambientais (gerações futuras)[25].

Ainda que comumente os bens jurídicos sejam referidos como homônimos dos objetos (vida, patrimônio, liberdade, etc.), "sua essência consiste na relação de disponibilidade do sujeito com estes objetos e não nos objetos em si mesmos" (ZAFFARONI, 2000, p. 466, livre tradução do autor), razão pela qual a liberdade passa a perpassar todos os bens jurídicos penalmente tutelados. O chamamento da vítima ao conceito de bem jurídico recebe elogios de Günther Jakobs, para quem somente assim se encontra o aspecto mais valioso do bem jurídico, entendido como "a possibilidade de que uma pessoa realize seus interesses […] consistente no uso e desfrute de uma situação valorada positivamente" (JAKOBS, 1995, p. 51-52, livre tradução do autor)[26].

O aspecto relacional da categoria, entendida como "uma relação considerada positiva, valiosa, como um bem, um algo, ou seja, entre uma realidade e um sujeito" (MARTINELLI; LOBATO; SANTOS, 2015, p. 270), permite situar, num dos polos, variegado leque de sujeitos. Assim, há relações de disponibilidade, tuteladas pelo direito penal, tanto de sujeito individualmente considerado, como concebidos em caráter supraindividual. Relações de disponibilidade de sujeitos com dados objetos, em caráter individual homogêneo, coletivo ou difuso – evocado o catálogo em parte consagrado em regras constitucionais, como o art. 127, em parte no âmbito infraconstitucional, como na referência do art. 81, parágrafo único, CDC – compõem dominantemente o rol de metas de proteção do direito penal econômico e ambiental. Ainda, podem ser tuteladas relações em que o polo subjetivo seja preenchido por pessoas jurídicas, inclusive o Estado – este, desde que nutra relação de disponibilidade com um objeto que, ao fim e ao cabo, sirva à tutela mediata dos cidadãos em geral.

Como relação de disponibilidade entre sujeitos e objetos, o conceito de bem jurídico não se confunde com a noção de direito subjetivo, adotada por Feuerbach. Mais: é-lhe transcendente, "na medida em que sob o âmbito de proteção do Direito penal deverão ser incluídas instituições do Estado e da sociedade, enquanto

24 "[…] por um lado, a vida do embrião não é disponível por qualquer motivo, mas, por outro, ela se mostra passível de uma ponderação com outros valores jurídicos de alta hierarquia. […] se a vida daquele que nasceu é o valor mais elevado do ordenamento jurídico, não se pode negar à vida em formação qualquer proteção" (ROXIN, 2003, p. 16)

25 "[…] los benefícios de las generaciones presentes no pueden invocarse para depredar el planeta en detrimento de la conservación de la especie humana y la calidad de vida de los humanos del futuro, lo que obliga a rechazar uma vez más la tesis personalista estricta, y a reconocer que los humanos aún no existentes son también sujetos de bienes jurídicos" (ZAFFARONI, 2000, p. 471). De toda sorte, a conservação da qualidade de vida futura e de novos seres humanos revela uma concepção moderadamente antropocêntrica do meio ambiente, enquanto bem jurídico.

26 Não obstante a reconheça como o conceito aparentemente mais adequado de bem jurídico, o autor afirma que, assim como todos os demais conceitos, este não ajuda a definir quais funções ou interesses devem ser reconhecidos como juridicamente legítimos.

entidades orientadas à liberdade, merecedoras e necessitadas de proteção" (KAHLO, 2007, p. 58, livre tradução do autor). Ademais, conforme aponta Roxin em uma passagem na qual o autor se aproxima da ideia de bem jurídico como relação de disponibilidade, o ladrão não altera o direito de propriedade da vítima, mas "pode lesionar o poder fático de disposição sobre a coisa e, com isso, o bem jurídico real que se materializa na propriedade" (ROXIN, 2014, p. 62). O autor não o diz, mas tal propriedade, objeto de proteção da norma, consistiria na relação de disposição que a constitui.

A distinção pode ficar mais clara a partir da diferenciação entre pretensões jurídicas subjetivas, direitos subjetivos e possibilidades de disposição do titular do bem jurídico. Na medida em que se define o bem jurídico como relação de disponibilidade entre sujeito e objeto, surge uma necessária distinção entre as pretensões nutridas pelo titular dessa relação quanto ao objeto com o qual se relaciona (internas ao bem jurídico) e as pretensões jurídicas subjetivas, garantidas por um direito subjetivo (externas ao bem jurídico). Pretensões jurídicas subjetivas constituem o exercício concreto de direitos subjetivos, exigindo o atendimento de uma obrigação normativamente imposta a um agente ou reclamando a proteção ou reparação de um dano causado ao objeto correspondente ao direito. Esse objeto (do direito subjetivo) é o bem jurídico, resguardado, pela norma, ao titular da pretensão subjetiva. Assim, quando há lesão a um bem jurídico, a relação de disponibilidade entre sujeito e objeto resta negativamente afetada, pois há a interferência de um agente externo não autorizado prejudicando a capacidade de disposição do titular legítimo da relação; ao mesmo tempo, o direito subjetivo permanece íntegro, permitindo que o titular se valha de suas pretensões jurídicas subjetivas para reclamar as consequências normativas ao agente delituoso.

O bem jurídico, como relação de disponibilidade, não permite formular a ideia de bens jurídicos indisponíveis, pois, ao se reconhecer a indisponibilidade de um bem jurídico, separa-se o inseparável (o sujeito do objeto), criando-se um direito com referência pura ao objeto. Sem alusão à vontade de seu titular, a formulação carece de sentido e torna o sujeito titular da relação um mero obrigado sujeitado. Por outra via, se o bem é a relação de disponibilidade, não há bem indisponível. Formas de disponibilidade do agente com sua vida, colocando-a em risco, como em competições automobilísticas (em que o agente, para além da dele, coloca validamente a vida de outros em perigo, desde adversários até espectadores, passando por fiscais de pista, membros de equipes rivais, todos a consentirem validamente com a exposição a risco), diversões radicais como tirolesas ou *bungee jumping* e, no extremo, a tentativa de suicídio, não são coibidas. Daí se percebe a incorreção do multirrepetido mantra de que a vida é um bem jurídico indisponível. Estes casos são exemplos de campos de disponibilidade da

vida, própria e/ou de terceiros, uma vez que há validação jurídica das exposições da vida a perigo de dano.

Sem embargo, o que pode ocorrer é o estreitamento de determinados âmbitos de disponibilidade, por motivos vários: um sujeito específico não ser reconhecido como titular ou único titular da relação de disponibilidade; o sujeito titular estar com turbação da capacidade, em abstrato ou concreto (erros e coações, notadamente); a magnitude do objeto constante num dos polos da relação demandar restrições de disposição[27], etc. Assim, quando se está diante de um sujeito sem autonomia e, portanto, não responsável, é que se pode concluir por sua impossibilidade de consentir quanto a lesões, enquanto integrante da relação sujeito/objeto que caracteriza o bem jurídico. Nestes casos, intervenções serão válidas, desde que fundadas na expectativa de que o destinatário da medida, caso "não estivesse em estado de vulnerabilidade, não aceitaria a lesão ao seu bem jurídico" (MARTINELLI, 2015, p. 223), e/ou de que o bem jurídico tutelado seja fundamental à preservação da autonomia futura do sujeito.

Nos termos aqui apresentados, o princípio do dano e o bem jurídico se aproximam a ponto de perderem o sentido afirmações como: "para a doutrina tradicional o Direito penal tem como finalidade a proteção de bens jurídicos; para o *harm principle*, a evitação de danos a terceiros" (WITTIG, 2007, p. 342, livre tradução do autor). Enquanto relação de disponibilidade, a noção de bem jurídico pressupõe a heteronomia da conduta lesiva, enquanto sujeição à vontade alheia. A proteção da relação de disponibilidade se dá, necessariamente, no intuito de evitar danos a terceiros não anuentes.

Considerações finais

No intuito de contribuir para o debate doutrinário sobre os limites do exercício do poder punitivo estatal, no interior do pensamento liberal, elaborou-se uma reflexão que buscou compatibilizar a teoria anglo-americana do *harm principle* com a noção continental de bem jurídico, enquanto construções teóricas limitadoras da ingerência estatal. O socorro buscado neste modelo teórico serviu para enfrentar duas perspectivas indesejáveis para o emprego do direito penal: a) a proteção social contra imoralidades e b) o paternalismo jurídico-penal.

As imoralidades, quando incapazes de produzir verdadeiro sofrimento

27 Tratando-se da relação do sujeito com a própria vida, frequentemente não se admite que a disposição se dê mediante uma conduta lesiva praticada por um terceiro, ainda que consentida. Isso se dá, não em virtude da "indisponibilidade do bem jurídico" que, como já se verificou, constitui uma formulação sem sentido, mas do "perigo abstrato de que o pedido de morte possa não ser maduro" (JAKOBS, 2003, p. 47). Noutros termos, faz-se uma análise da magnitude do objeto da relação, conjugada ao risco de que os requisitos de exercício autônomo da disponibilidade não estejam presentes, restringindo-se as possibilidades de disposição.

psíquico nos membros de um dado tecido social, não podem ser coibidas pelo direito penal. Afinal, o sistema penal não deve agasalhar, dentre suas pretensões, a conservação de valores contraminoritários objetivos. Segundo o *harm principle,* a premissa de atuação do aparelho repressor estatal é o prejuízo efetivo, ou perigo de prejuízo, experimentado pelo sujeito passivo, singular ou coletivo.

A seu turno, o paternalismo, em matéria criminal, produz espécie de carta-branca em favor do Estado para proteger indivíduos de condutas autolesivas. Esta intromissão no universo individual não encontra justificativas em relação a seres humanos autorresponsáveis, cujas atuações se deem sob capacidades cognitivas e volitivas preservadas. A avaliação de quem experimenta um prejuízo, e da adequação de com ele conviver, pertence ao foro privado do sujeito da conduta, e não à estrutura de Estado, enquanto agência que lhe é externa.

Evidentemente, isto não exclui a atuação estatal quando a possibilidade de compreensão da ação, de seus efeitos, ou a esfera volitiva do agente estejam diminuídas, a partir de causas variadas, como patologias e *déficits* de formação e informação. O paternalismo jurídico-penal inconciliável com o *harm principle* é aquele que produz certa *capitis diminutio,* antecipada e generalizadamente em relação a todos os indivíduos integrantes do arco social. Uma infantilização coletiva, segundo a qual as pessoas, modo geral, não têm autoridade sobre si.

O fato é que a teoria do *harm principle* auxilia no confinamento dos fins da norma penal. A análise da legitimidade de uma norma penal deve levar em conta sua meta de proteção, enquanto *telos*. Referida meta deve se voltar a algo que amalgame *quem e o que se pretende proteger*, para além da necessidade de identificar-se a conduta contra a qual urge a proteção. A regra jurídico-penal, afinal, não é fim em si mesma. Pressuposto o desvalor da ação (sobretudo pela revelha necessidade de responsabilidade subjetiva em direito penal), a confecção do preceito primário do tipo penal há de orientar-se a um desvalor de resultado, por amor ao princípio da lesividade e à construção de um poder punitivo limitado. Usualmente, a categoria dogmática do bem jurídico-penal é convocada para preencher estas carências. E imediatamente surge um problema de polissemia: o bem jurídico-penal é uma categoria com inúmeros significados e conceitos. Nada mais distante da univocidade.

Nas linhas acima, valorizou-se a necessidade de que a respectiva definição se alinhasse à busca e preservação da *liberdade* do sujeito de direito. O apelo à tradição do *harm principle,* repita-se, justifica-se por esta razão. Uma vez evocado, o *harm principle* inspira a escolha de uma concepção de bem jurídico-penal conciliada com a autonomia de vontade do ser humano protegido. Aquela que melhor traduz esta ideia é a que considera o bem jurídico-penal como relação de disponibilidade

entre um sujeito, em perspectiva individual ou coletiva, identificado como vítima de ofensas, e um objeto. O direito penal, nesta base, dirige-se à proteção de relações de disponibilidade da vítima com inúmeros objetos que titulariza.

A teoria de matriz americana permite conferir maior concretude e especificidade ao dano que se quer evitar, identificar relações de disponibilidade caras ao universo jurídico-normativo de uma sociedade democrática e desenhar sua ínsita estrutura de disposição.

Acredita-se que incorporar a vítima à noção de bem jurídico, além de reinseri-la nos holofotes da dogmática penal, permite que se reconheça a liberdade e a autonomia do sujeito lesado como elemento padrão constitutivo da finalidade da tipificação penal. Nestes marcos, precisamente autonomia e liberdade da vítima hão de ser considerados como limitadores da atuação do poder punitivo estatal. Assim, através da própria teoria do bem jurídico, é possível encontrar aspectos que ultrapassam a lógica consequencialista e limitem interferências estatais ilegítimas às liberdades públicas, a partir de uma referência deontológica inclusiva da vítima e de um direito penal com ela comprometido.

Portanto, o conceito de bem jurídico como relação de disponibilidade entre vítima, de um lado, e objetos que titulariza, de outro, pode servir-se de uma base ideológica respeitadora das liberdades públicas dos sujeitos passivos do crime, de inspiração extraída do *harm principle*. A título exemplificativo, surgem repercussões práticas, aludidas ao longo do texto, como: a) a construção de fundamentos mais claros para a exclusão da imputação objetiva de lesões nas quais haja autocolocação em perigo por parte da vítima, ou heterocolocação por ela consentida; b) a superação da ideia de que existiriam bens jurídicos indisponíveis, haja vista proteger-se a própria disponibilidade de objetos; e c) bases discursivas limitadoras para a agência estatal eventualmente estreitar ou ampliar as relações de disponibilidade, de modo heterônomo.

Enfim, embora comumente tratadas como paralelas, a teoria do *harm principle* e a categoria do bem jurídico possuem possibilidades de convergência, com capacidade de rendimento pouco exploradas. Aqui, avançamos por este terreno.

Referências

BARROSO, L. R. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de jeová: dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. *ConJur*, 2010. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf. Acesso em: 20 fev. 2019.

BARROSO, L. R.; MARTEL, L. C. V. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia,* Uberlândia, v. 38, n. 1, 2010, p. 235-274.

BERLIN, I. Two concepts of liberty. *In:* BERLIN, I. *The proper study of mankind: an anthology of essays*. London: Chatto & Windus, 1997.

BIRNBAUM, J. M. F. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito.* Montevideo: BdF, 2010.

BROCK, D.; BUCHANAN, A. *Decidir por otros: ética de la toma de decisiones subrogada.* México, DF: UNAM, 2009.

BUSATO, P. C. *Direito Penal:* parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

CANOTILHO, J. J. G. *et al*. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CORRÊA, A. E. *Consentimento livre e esclarecido:* o corpo objeto de relações jurídicas. Florianópolis: Conceito, 2010.

D'AVILA, F. R. *Ofensividade em Direito Penal:* escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DE PLÁCIDO E SILVA, O. J. *Vocabulário jurídico.* v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

DUBBER, M. D. Policing morality: constitutional law and the criminalization of incest. *University of Toronto Law Journal,* v. 61, n. 4, p. 737-759, 2011.

DUBBER, M. D. Theories of crime and punishment in German Criminal Law. *American Journal of Comparative Law,* v. 53, 2006.

DUBBER, M. D. Toward a constitutional Law of Crime and Punishment. *Hastings Law Journal,* v. 55, n. 3, p. 509-572, 2004.

DWORKIN, G. Paternalism. *The Monist,* v. 56, n. 1, p. 64-84, 1972.

FATEH-MOGHADAM, B.; GUTMANN, T. Governing [through] autonomy. the moral and legal limits of "soft paternalism". *Ethical Theory and Moral Practice*, v. 17, p. 383-397, 2014. Disponível em: https://pdfs.semanticscholar.org/73c8/a001f6f17542b7d118b62b796549f119e8b1.pdf. Acesso em: 14 nov. 2018.

FEINBERG, J. *Harm to others*. New York: Oxford University Press, 1984.

FEINBERG, J. *Offense to others.* New York: Oxford University Press, 1985.

FEINBERG, J. *Harm to self:* the moral limits of Criminal Law. New York: Oxford University Press, 1986.

FERNÁNDEZ, G. *Bien jurídico y sistema del delito:* un ensayo de fundamentación dogmática. Buenos Aires: B de F, 2004.

FROMM, E. The fear of freedom. *Social Work (1939-1970)*, v. 3, n. 5, p. 111-116, 1945. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/43759798?seq=1. Acesso em: 7 maio 2019.

GIUSINO, M. P. *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1990.

GRECO, L. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato.* Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2011.

GRECO, L. 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, ano 18, n. 82, p. 165-185, jan./fev., 2010.

HART, H. L. A. *Law, liberty and morality. S*tanford: Stanford University Press, 1963.

HOLTUG, N. The harm principle. *Ethical Theory and Moral Practice,* v. 5, p. 357-389, dez. 2002.

HONNETH, A. Of the poverty of our liberty: the greatness and limits of Hegel's doctrine of ethical life. *In:* HONNETH, A.; RANCIÈRE, J. *Recognition and disagreement:* a critical encounter on the politics of freedom, equality, and identity. New York: Columbia University Press, 2016.

JAKOBS, G. *Derecho penal:* parte general: fundamentos y teoria de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JAKOBS, G. Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y lós resultados de la moderna investigación neurológica. *In:* BURKHARDT, B. *et al*. *El problema de la libertad de acción en el derecho penal.* Buenos Aires: Ad-hoc, 2007.

JAKOBS, G. *Suicídio, eutanásia e direito penal.* Barueri: Manole, 2003.

KAHLO, M. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva em derecho penal. *In:* HEFENDEHL, R. (ed.). *La teoría del bien jurídico:* ¿fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?

Madrid: Marcial Pons, 2007.

KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes.* Lisboa: Edições 70, 2007.

MAIHOFER, W. *Estado de derecho y dignidad humana.* Buenos Aires: BdF, 2008.

MARTEL, L. C. V. *Direitos fundamentais indisponíveis:* os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/2110. Acesso em: 16 jun. 2019.

MARTINELLI, J. P. O. *Paternalismo jurídico-penal:* limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais. São Paulo: LiberArs, 2015.

MARTINELLI, J. P. O.; LOBATO, J. D. T.; SANTOS, H. S. Harm principle e seus reflexos no Direito Penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 115, p. 255-289, jul./ago. 2015.

MILL, J. S. *Sobre a liberdade.* São Paulo: Hedra, 2010.

NINO, C. S. Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación. Buenos Aires: Astrea, 1989.

NUSSBAUM, M. C. *Creating capabilities:* the human development approach. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

PERŠAK, N. *Criminalising harmful conduct:* the harm principle, its limits and continental counterparts. New York: Springer, 2007.

PESSINI, Leo. *Eutanásia:* por que abreviar a vida? São Paulo: Loyola, 2004.

PFORDTEN, D. Individualismo normativo e o direito. *Revista Direito Público,* Brasília, DF, n. 60, p. 172-197, nov./dez 2014. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2601/1280. Acesso em: nov. de 2018.

REIS, F. G. D. O canibal de Rothenburg: um ensaio sobre a liberdade. *Revista Ética e Filosofia Política,* Juiz de Fora, v. 1, n. 13, p. 139-162, jan. 2011.

ROXIN, C. *Derecho Penal.* Parte general. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, C. *Tutela penal da vida. S*ão Paulo: Damásio de Jesus, 2003.

ROXIN, C. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. *Revista dos*

Tribunais, São Paulo, v. 922, p. 291-322, ago. 2012.

ROXIN, C. *Novos estudos de Direito Penal.* São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SARLET, I. *A eficácia dos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, D. *Direitos fundamentais e relações privadas. R*io de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHOPENHAUER, A. *O livre arbítrio.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

SEHER, G. La legitimación de normas penales basada em princípios y el concepto de bien jurídico. *In:* HEFENDEHL, R. (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿*fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

SEN, A. Well-being, agency and freedom. *The Journal of Philosophy,* v. 82, n. 4, p. 169-221, abr. 1985.

SEN, A. Equality of what? Freedom, achievement and resources. *In:* SEN, A. *Inequality reexamined.* Oxford: Oxford University Press, 1992.

STRECK, M. L. S. *Direito Penal e Constituição: a face oculta dos direitos fundamentais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VIVES ANTÓN, T. *Fundamentos del sistema penal:* acción significativa y derechos constitucionales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

VON FEUERBACH, P. J. A. R. *Tratado de Derecho Penal.* Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

VON HUMBOLDT, W. *Os limites da ação do Estado.* Rio de Janeiro: Liberty Fund, 2004.

WELZEL, H. *Derecho Penal Aleman.* 4. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993.

WITTIG, P. Teoría del bien jurídico, *harm principle* y delimitación de ámbitos de responsabilidad. *In:* HEFENDEHL, R. (ed.). *La teoría del bien jurídico: ¿*fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

ZAFFARONI, E. R. *Derecho Penal:* parte general. Buenos Aires: EDIAR, 2000.