

HARM PRINCIPLE

Fundamentos, Validade e Limites da Criminalização

André Mauro Lacerda Azevedo

EDITORA LUMEN JURIS
RIO DE JANEIRO
2020

Copyright © 2020 by André Mauro Lacerda Azevedo

Categoria: Direito Penal

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Rômulo Lentini

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer
meio ou processo, inclusive quanto às características
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

A994h

Azevedo, André Mauro Lacerda

Harm principle : fundamentos, validade e limites da criminalização /
André Mauro Lacerda Azevedo. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2020.
620 p. ; 23 cm.

Bibliografia : p. 533-588.

ISBN 978-85-519-1747-3

1. Direito penal. 2. Bem jurídico. 3. Criminalização. 4. Crueldade con-
tra animais. I. Título.

CDD 345

Ficha catalográfica elaborada por Ellen Tuzi CRB-7: 6927

Sumário

Introdução.....	1
1 O problema de legitimação do Direito Penal com base na Teoria do Bem Jurídico.....	5
1.1 O modelo de Direito Penal liberal e a necessária proteção de bens jurídicos.....	5
1.1.1 Da proteção de direitos subjetivos à proteção de bens jurídicos.....	7
1.1.2 A doutrina do bem jurídico a partir da segunda metade do século XX e a sua mirada constitucional.....	14
1.2 A crise do bem jurídico e a necessidade de um “novo” olhar	34
2. O Harm Principle na filosofia moral de John Stuart Mill.....	45
2.1 A importância da ética de John Stuart Mill na delimitação da interfe- rência estatal	46
2.1.1 A ação e suas consequências: o utilitarismo de John Stuart Mill	46
2.1.2 A resposta de Mill aos seus opositores	61
2.1.3 O conceito de Harm Principle desenvolvido por Mill	64
2.1.4 Mill e sua concepção de liberdade.....	69
2.1.5 A teoria da moralidade de Mill.....	72
2.2 Harm Principle: entre o Liberalismo e o Utilitarismo	77
2.2.1 A prevenção de danos e a promoção da liberdade.....	77
2.2.2 O valor moral da autonomia.....	80
2.2.3 Críticas a uma interpretação utilitarista do Harm Principle.....	86
2.2.4 A prevalência de uma interpretação liberal do Harm Principle.	90
3. As dimensões do harm: significado, conteúdo e alcance	93
3.1 O harm como conteúdo material do delito	93

3.1.1 O desenvolvimento do conceito de harm no Direito Penal norte-americano	93
3.1.2 O harm como elemento exterior da conduta	97
3.1.3 O harm como dano social	100
3.2 Elementos constitutivos do harm	105
3.2.1. O dano como lesão de interesses alheios.....	105
3.2.2 O escopo do harm: quais interesses podem ser afetados pelo dano penalmente relevante?	111
3.2.3 A qualidade de vida e o bem-estar como condições de uma existência com conteúdo.....	117
3.2.4 A relevância jurídico-penal da omissão e o dever de prevenir danos	133
3.2.5 A fraude como uma forma de harm: análise do caso <i>Barclay (United States v. Rubenstein)</i>	136
3.3 A importância do dano na separação entre ilícito civil e ilícito penal: criminal vs. tortious harms	141
3.3.1 Law of torts	141
3.3.2 Harm público e harm privado.....	143
3.3.3 Tort, crime e a fronteira que os separa	144
3.3.4 O harm público e a intervenção penal legítima	145
4. Mediating Principles: princípios constitucionais estruturantes do Estado de Direito e seus reflexos na limitação (material) no alcance do Harm Principle.....	153
4.1 Princípio da tolerância.....	155
4.1.1 O princípio da tolerância e sua repercussão no Harm Principle.....	158
4.2 Princípio da proporcionalidade	162
4.2.1 Intervenção penal e restrição a direitos fundamentais.....	163
4.2.2 Proporcionalidade e racionalização do sistema punitivo.....	170

4.2.3 A proteção de bens jurídico-penais e a prevenção de danos constitucionalmente mediadas pelo princípio da proporcionalidade	175
4.2.3.1 Princípio da idoneidade	175
4.2.3.2 Princípio da necessidade.....	177
4.2.3.3 Princípio da proporcionalidade em sentido estrito	178
4.2.3.4 Pressupostos de aplicação (concretização) do princípio da proporcionalidade.....	180
4.2.3.4.1 O Tribunal Constitucional alemão e a decisão sobre o crime de incesto do § 173 do StGB (BVerfGE120).....	184
4.2.3.4.2 A interpretação do princípio da proporcionalidade pelo Tribunal Constitucional português.....	187
5. Causalidade e risco: a relação entre conduta perigosa e dano.....	197
5.1 Standard harms analysis	198
5.2 O dano (potencial) e a sua (des)necessária punição.....	201
5.3 O risco de dano censurável.....	204
5.4 Intensidade e significância do dano	216
5.4.1 Probabilidade do dano e tutela do risco	218
5.4.1.1 Aggregative harms.....	221
5.4.1.2 Estatística e prevenção de danos.....	221
5.4.2 A violação da liberdade vs. welfare interests' setback	223
6. A construção de uma nova compreensão do harm principle fundada na coesão conceitual entre harms e wrongs	227
6.1 A definição de wrong e sua importância ao harm principle.....	227
6.1.1 O que se entende por wrong?	227
6.1.2 A importância do wrong na construção de um conceito normativo do Harm Principle	230

6.1.2.1 Harm to others e offense to others: realidades conciliáveis?	231
6.2 O harm como falta de respeito e consideração pelo outro	232
6.2.1 O respeito pelo outro como norma de conduta exigível de todos	232
6.2.2 A coisificação como processo de constituição do harm	234
6.2.3 A existência de uma “ordem normativa de reconhecimento” que confere sustentação ao Harm Principle.....	244
6.2.4 Que tipo de dano entraria no escopo do Harm Principle?.....	248
6.3 O crime como wrongdoing.....	251
6.3.1 Entre harms e wrongs	256
6.3.2 A importância do wrong como critério de imputação.....	262
6.3.3 (Re)construindo o conceito de harm	266
7. Offense Principle	279
7.1 O Offense Principle e a violação da sensibilidade das pessoas.....	279
7.2 Harmful thoughts.....	285
7.3 As fronteiras entre o moralismo jurídico e o liberalismo moderado.	291
7.4 Harm e offense: sua possível reconciliação.....	305
7.4.1 Indignidade e ofensa: encontraremos aqui o elemento reconciliador?.....	309
8. Paternalismo e Harm Principle.....	323
8.1 O conteúdo de uma política criminal paternalista.....	323
8.2 A relação entre paternalismo e liberdade	327
8.3 Paternalismo vs. Moralismo.....	340
8.4 Problema concreto do paternalismo: a punição da participação no suicídio	345

8.4.1 Suicídio: um problema mundial	345
8.4.2. Principais razões para a criminalização da participação no suicídio	347
8.4.2.1 O paradigma médico	348
8.4.2.1.1 Patologia e suicídio	350
8.4.2.1.2 Os tipos de suicídio	351
8.4.2.2 O paradigma filosófico	353
8.4.2.3 O paradigma sociológico	355
8.4.2.3.1 A tendência social ao suicídio	358
8.4.3 A participação no suicídio: por que punir?	360
8.4.3.1 O valor (qualitativo) da vida	361
8.4.3.2 A vida como valor constitucional	365
8.4.4 A responsabilidade causal do agente no auxílio ou incitamento ao suicídio	368
8.4.4.1 Novus actus interveniens	369
8.4.4.2 Critérios de identificação da participação culpável	374
8.4.4.2.1 Na autolesão da vida	374
8.4.4.2.2 Na heterolesão da vida	377
8.4.5 O harm na participação no suicídio: o que se pode concluir	380
9. Continuidades e discontinuidades entre Harm Principle e Teoria do Bem Jurídico	385
9.1 Esboço de uma proposta conciliatória entre Harm Principle e Teoria do Bem Jurídico	385
9.2 As discontinuidades entre Harm Principle e Teoria do Bem Jurídico	398
9.3 A unidade conceitual do delito: entre a proteção de bens jurídicos e a prevenção de danos	401

9.4 A contribuição do Harm Principle ao implemento de precisão à Teoria do Bem Jurídico.....	411
9.5 Globalização e Direito Penal: o Harm Principle como fundamento de um Direito Penal global	412
9.5.1 Em que consiste e para que serve um Direito Penal de aspiração global?	413
9.5.2 A ligação entre sistemas jurídico-penais distintos mediada pelo Harm Principle	424
10. O crime de maus tratos aos animais e o Harm Principle.....	429
10.1 Justifica-se falar em interesses dos animais como bem jurídico tutelado?.....	430
10.1.1 O fundamento jusfilosófico do ideal protecionista	430
10.1.1.1 O abolicionismo	430
10.1.1.2 O reformismo.....	432
10.1.1.3 A sciência como ponto de conexão entre homens e animais.....	434
10.1.2 Os animais podem ser titulares de direitos?.....	437
10.1.2.1 Os animais e o Direito	438
10.1.2.2 A individualidade como critério legitimador da proteção animal	444
10.1.3. Os animais e seus interesses.....	445
10.1.3.1 As emoções e as ações humanas.....	461
10.1.3.2 Emoções e responsabilidade	466
10.1.3.3 A compaixão e o dever ético de proteção dos animais: a sua função enquanto razão moral para censura e punição das ações de maus tratos aos animais.....	471
10.2 A crueldade contra os animais e a desconformidade das razões tradicionais de legitimação do Direito Penal	486

10.2.1 O delito de maus tratos aos animais e a proteção indireta do ser humano	487
10.2.2 A proteção direta dos animais.....	492
10.3 O Harm Principle e o dever de proteção dos animais sencientes como via de legitimação do crime de maus tratos aos animais	501
10.3.1 O crime de maus tratos aos animais no Código Penal português.....	501
10.3.1.1 A ação típica	504
10.3.1.2 O objeto material.....	508
10.3.1.3 O bem jurídico tutelado	510
10.3.2 Proteção jurídico-penal dos animais de companhia: entre harms e wrongs.....	514
Conclusões	529
Bibliografia.....	533