

Revista Brasileira de Ciências Criminais

2018

RBCCRIM VOL. 139 (JANEIRO 2018)

DIREITO PENAL

RABELO, Galvão; VIANNA, Túlio. O fundamento constitucional do princípio da lesividade no direito brasileiro. REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, v. 139, p. 69-108, 2018.

3. O fundamento constitucional do princípio da lesividade no direito brasileiro

The constitutional foundation of harm principle in Brazilian law

(Autores)

GALVÃO RABELO

Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2016). galvaorabelo@yahoo.com.br

TÚLIO VIANNA

Pós-doutor pela Università di Bologna, Itália (2015). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2006). Professor Adjunto de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), onde é membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-graduação em Direito. tuliovianna@gmail.com

Sumário:

1 Introdução

2 O significado do princípio da lesividade

2.1 O que se deve entender por “garantia da lesividade”?

2.2 Quais grupos de casos a garantia da lesividade retira da esfera de decisão do legislador penal?

3 O conceito de privacidade

3.1 O surgimento do direito à privacidade e o delineamento de seu sentido

3.2 A alteração do conceito de privacidade no direito norte-americano

4 A liberdade como fundamento constitucional adequado do princípio da lesividade no direito penal brasileiro

4.1 A relação entre a proteção constitucional à privacidade e a garantia da lesividade

4.2 O assento constitucional do princípio da lesividade

5 Considerações finais

6 Referências bibliográficas

Área do Direito: Constitucional

Resumo:

O princípio da lesividade é uma garantia fundamental em qualquer modelo garantista de direito penal. Para bem desempenhar sua tarefa de impor limites ao poder de criminalização estatal e, especialmente, à atividade de criminalização primária do legislador penal, é necessário que o princípio da lesividade esteja situado no nível hierárquico mais elevado do ordenamento jurídico brasileiro. O artigo que agora se apresenta objetiva, portanto, refletir, de forma mais detida, sobre o fundamento constitucional da garantia da lesividade no direito brasileiro. Após problematizar o argumento em ascensão de que o princípio da lesividade estaria fundado no princípio constitucional da privacidade (art. 5º, inciso X, CF), concluiu-se que a base constitucional mais apropriada para a garantia da lesividade é a tutela que a Constituição dispensa à autonomia privada, em sua dimensão existencial (art. 5º, caput, interpretado à luz do art. 1º, inciso III, ambos da CF).

Abstract:

The harm principle is a fundamental warranty in any model based on warranty of the criminal law. In order to carry out correctly its task of imposing limits to the power of state criminalization, specifically to the activity of the criminal legislator, the harm principle must be situated at the highest hierarchical level of the Brazilian legal system. Therefore, this article aims to reflect, in a more secluded way, on the constitutional foundation of the guarantee of lesivity (harm principle) in Brazilian law. After questioning the argument that the harm principle would be based on the constitutional principle of the privacy (article 5, subsection X, FC), it was concluded that the most appropriate constitutional basis for harm principle is the protection that the Constitution exempts to the private autonomy, in its existential dimension (article 5, *caput*, interpreted in light of article 1, item III, both of the FC).

Palavra Chave: Princípio da lesividade - Fundamento constitucional - Princípio da privacidade - Direito de liberdade - Autonomia privada

Keywords: Harm principle - Constitutional basis - Right to privacy - Right to liberty - Private autonomy

1. Introdução

Em julho de 2009, Francisco Benedito de Souza estava custodiado no Centro de Detenção Provisória de Diadema (SP) quando foi flagrado com cerca de três gramas de maconha, durante uma inspeção de rotina em sua cela (FERRAZ, 2015).

Pelo porte da substância, Francisco foi condenado pelo Juizado Especial Criminal à pena de dois meses de prestação de serviços à comunidade, nos termos do art. 28 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas). Depois de improvido o seu recurso de apelação, o sentenciado levou a questão ao Supremo Tribunal Federal (STF), onde o feito aguarda a conclusão do julgamento¹.

No recurso à suprema corte, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo questionou a validade do tipo penal previsto no art. 28 da referida lei, sob o argumento de que o conteúdo do dispositivo legal não se conforma à Constituição Federal de 1988, devendo, portanto, ser declarada a atipicidade da conduta do recorrente.

Em suas razões recursais, a Defensoria sustentou que “o crime (ou a infração) previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006 ofende o princípio da intimidade e vida privada, direito expressamente previsto no artigo 5º, X, da Constituição Federal e, por conseguinte, o princípio da lesividade, valor basilar do direito penal. (...) Esse direito constitucional tem reflexo no direito penal, especialmente quando exige que uma determinada conduta, para ser considerada criminosa, lesione bens jurídicos alheios. Permanecendo a conduta na própria esfera do autor do fato, não há que se falar de alteridade e lesividade. Uma incriminação, nesta hipótese, viola, diretamente, a Constituição Federal” (BRASIL, 2011, grifamos)².

Ainda segundo a Defensoria, a Constituição é violada no caso discutido nos autos porque “à conduta de portar drogas para uso próprio falta a necessária lesividade. Deveras, o comportamento tido pelo legislador ordinário como criminoso retrata apenas o exercício legítimo da autonomia privada, resguardada constitucionalmente pelo direito à vida íntima. O porte de drogas para uso próprio não afronta a chamada ‘saúde pública’ (objeto jurídico do delito de tráfico de drogas), mas apenas, e quando muito, a saúde pessoal do próprio usuário” (BRASIL, 2011, grifamos)³.

Não se pretende discutir aqui a conclusão a que chega o recorrente em sua argumentação. O art. 28 da Lei de Drogas, de fato, não se coaduna com o princípio da lesividade, já que o comportamento nele descrito configura, no máximo, hipótese de autolesão. Também figura razoável a afirmação de que a garantia penal da lesividade possui assento constitucional, já que está em plena sintonia com o modelo garantista promovido pela Constituição brasileira de 1988. Apesar disso, a argumentação desenvolvida pela defesa de Francisco perante o STF chama a atenção para a necessidade de uma reflexão mais detida sobre a exata localização do princípio da lesividade no texto constitucional.

Não há no sistema constitucional brasileiro um dispositivo que verse, expressa e especificamente, sobre o princípio penal da lesividade. Por essa razão – e a par da ideia mais geral de que o princípio poderia ser extraído do conjunto de valores previsto na Constituição de 1988 –, a reflexão sobre o seu fundamento constitucional é ainda uma questão aberta. Erige-se, assim, a seguinte questão: qual é a ancoragem constitucional do princípio jurídico-penal da lesividade, isto é, como a garantia penal da lesividade foi/está inserida no texto da Constituição brasileira de 1988?

Como se viu no caso relatado, a defesa do recorrente indicou a proteção constitucional da intimidade e da vida privada (art.  [5º, inciso X](#),  [CF](#)) como fundamento do princípio da lesividade no direito penal brasileiro. Mas quando se considera apenas o sentido que tradicionalmente é atribuído à privacidade em nosso país – onde o conceito é pensado a partir de um certo controle sobre informações referentes a si mesmo –, tal interpretação, evidentemente, não se sustenta.

Por outro lado, a ampliação do conceito constitucional de privacidade, a fim de torná-lo capaz de fundamentar a garantia penal da lesividade, não parece ser apropriada, tendo em vista a necessidade de harmonização dos princípios constitucionais da privacidade e da liberdade (autonomia privada).

O presente artigo, fruto de pesquisa teórica e bibliográfica, tem como objetivo uma melhor compreensão da relação entre o princípio da lesividade, de um lado, e a proteção

constitucional da autonomia privada, de outro, a fim de situar adequadamente a garantia da lesividade no texto constitucional brasileiro. No caminho, será preciso compreender também se existe alguma ligação entre a autonomia privada e o princípio da privacidade no direito constitucional pátrio.

Saber como a garantia da lesividade foi incorporada em nosso ordenamento constitucional é uma questão teórica fundamental, com importantes reflexos práticos. Isso porque, uma vez reconhecido o seu status de norma constitucional, o princípio da lesividade transforma-se em um critério jurídico fundamental para a determinação da validade das leis penais incriminadoras⁴, como ocorre, por exemplo, no caso mencionado.

A preocupação com o fundamento constitucional da garantia da lesividade se justifica, além disso, em razão de sua importância para as liberdades individuais contra intervenções penais arbitrárias. A preocupação com a questão aumenta quando se percebe que o princípio tem sido, reconhecidamente, um dos mais agredidos no direito penal contemporâneo⁵, sendo objeto constante de deliberada desarticulação proveniente de diversos contextos doutrinários e de variadas iniciativas políticas.

A fim de responder à questão proposta, iniciar-se-á com uma reflexão sobre o significado do princípio penal da lesividade, com o escopo de verificar a amplitude de seu âmbito de aplicação. Em seguida, será preciso tratar, também, do conceito de privacidade no direito brasileiro, bem como refletir sobre o sentido que possibilita seu relacionamento com a garantia da lesividade, para avaliar a adequação desse sentido dentro do conjunto das liberdades constitucionais. Por fim, será possível tecer algumas considerações sobre a localização constitucional mais apropriada para o princípio penal da lesividade no direito brasileiro.

2. O significado do princípio da lesividade

Uma investigação sobre a localização constitucional do princípio da lesividade pressupõe algum esclarecimento prévio sobre o seu significado. A subseção seguinte procurará explicitar as propriedades normativas do princípio da lesividade, a fim de compreender o que ele exige juridicamente. Já a subseção 2.2 procurará determinar a referência da garantia da lesividade, isto é, as classes de comportamentos situadas sob sua tutela.

2.1. O que se deve entender por “garantia da lesividade”?

No modelo garantista de direito penal⁶, o princípio da lesividade ou da ofensividade está representado pelo axioma *nulla necessitas sine injuria*⁷ e indica que qualquer criminalização de comportamentos que não lesionam nem colocam em risco interesses jurídicos alheios (bens jurídicos) é juridicamente ilegítima.

Fruto da ilustração penal, a exigência de dano a interesse alheio como condição para a incriminação desenvolveu-se em duas tradições jurídicas distintas, que chegaram, entretanto, a resultados práticos muito semelhantes: a partir do século XIX, o princípio se liga, na Europa continental, à teoria (alemã) do bem jurídico e, nos países anglófonos, a garantia se desenvolveu por meio da doutrina do *harm principle*⁸.

Ponto comum entre as duas tradições é que o princípio funciona como *conditio sine qua non* para o exercício do poder de criminalização por parte das agências penais. O princípio da lesividade ligado à teoria do bem jurídico e a doutrina do *harm principle* situam-se, portanto, no horizonte de resposta à questão, essencialmente político-criminal, formulada por Feinberg: “que tipos de conduta o Estado pode legitimamente criminalizar?”⁹ (FEINBERG, 1985, p. ix).

Exatamente por isso a garantia da lesividade aparece naquele contexto de limitação do poder político que caracteriza a formação do Estado de Direito e está ligada a uma longa busca por um *conceito material de crime* apto a limitar a atuação do legislador penal (ROXIN, 1997, p. 51; DIAS, 2007, p. 106-104).

Aliás, o horizonte filosófico em que se desenvolveu o princípio da lesividade pode dizer muito a seu respeito. O processo de secularização que levou, durante a ilustração, à separação entre direito e moral, entre crime e pecado (FERRAJOLI, 2014, p. 426-429; QUEIROZ, 2002, p. 71), culminou com a compreensão de que só pode ser considerado crime o comportamento externo e lesivo, e não mais as experiências morais que ficavam, doravante, reservadas à consciência individual: “não mais enquanto pecado, mas como fato danoso à sociedade é que o crime assume lugar central no âmbito da nascente ordem penal dessacralizada” (D’AVILA, 2009, p. 60)¹⁰.

Há duas abordagens filosóficas que podem ilustrar bem a origem liberal e garantista do princípio da lesividade: a primeira, datada do século XVIII, é a distinção kantiana entre direito e moral; a segunda, é a premissa de John Stuart Mill, no século XIX, de que o poder da maioria política encontra limites no respeito à liberdade individual.

A ideia de que o direito se impõe heteronomamente e a moral está relacionada à autonomia individual pode ser encontrada na distinção kantiana entre direito e moral. Assis Toledo já havia observado que, a partir do século XVIII, com Thomasius, Kant e outros contratualistas, “há um esforço sério para distinguir a moral do direito, de sorte que àquela ficasse reservado o foro íntimo e a este o foro externo” (TOLEDO, 1994, p. 9). Surge, portanto, da distinção entre direito e moral a ideia de que ao direito incumbe apenas a regulação heterônoma das ações humanas (TOLEDO, 1994, p. 9).

Como ensina Gomes, na filosofia kantiana, o agir moral requer uma adesão subjetiva ao dever, isto é, a motivação para o cumprimento do dever precisa ser o próprio dever. Trata-se, portanto, de uma dimensão em que prepondera a *interioridade* do indivíduo, o seu íntimo, de modo que não faz sentido falar em coação externa para obrigar a pessoa a respeitar o dever moral, pois se ele age externamente (se conformando ao dever) com o fim de evitar a sanção, sua ação já não é moral no sentido kantiano, por não estar moralmente motivada (GOMES, 2004, p. 128-147).

Por seu turno, continua Gomes, segundo Kant, o Direito preocupa-se com a *exterioridade* da ação, ou seja, com a adequação externa da conduta ao dever jurídico (independentemente da motivação para o agir), já que o seu objetivo é conciliar o exercício da liberdade de um com a liberdade do outro (GOMES, 2004, p. 128-147), isto é, tornar “possível o convívio das liberdades individuais de escolha (arbítrios)” (GOMES, 2004, p. 144). Disso decorre que ao Direito só interessam as *ações externas capazes de invadir a esfera de liberdade alheia*.

O desenvolvimento posterior da doutrina liberal da separação entre o direito e a moral possibilitou a demarcação de uma esfera do agir humano livre da interferência estatal e, portanto, propícia ao desenvolvimento da própria individualidade (das concepções individuais de vida boa). Aquilo que não resulta em lesão à liberdade alheia – incluindo aí os pensamentos, desejos, inclinações e as ações não lesivas – não pode ser objeto de intervenção penal. O direito deve ter por objeto apenas os comportamentos humanos externos e lesivos a terceiros, ficando a cargo de cada agente moral as tomadas de posição valorativas a respeito de sua própria existência.

Algum tempo depois, com John Stuart Mill, a quem se atribui a formulação da doutrina do *harm principle* (HIRSCH, 2016, p. 34-37), já é possível vislumbrar uma clara preocupação com a contenção do poder estatal, através da limitação daquilo que pode ser decidido

politicamente, inclusive pela maioria. Segundo ele, “nas especulações políticas, ‘a tirania da maioria’ já se encontra entre os males contra os quais a sociedade precisa manter-se em guarda”¹¹ (MILL, 2003, p. 76).

Mill já estava ciente de que os interesses do indivíduo e das minorias políticas e sociais precisam ser protegidos contra a opressão da maioria politicamente organizada. Isso fica claro em sua preocupação com a possibilidade perigosa de que uma maioria dominante venha a impor seus valores morais (e concepções de vida boa) a uma minoria desguarnecida – o que certamente seria possível em face de uma concepção puramente formal de democracia¹².

Em matéria de política criminal, a formulação do *harm principle* esboça um conceito material de crime, segundo o qual o legislador (maioria parlamentar) não está autorizado a intervir penalmente sobre ações moralmente desviadas, quando elas forem inócuas à liberdade alheia. Stuart Mill assim enunciou o princípio do dano (*harm principle*): “este princípio é que o único fim para o qual o gênero humano está autorizado, individual ou coletivamente, a intervir sobre a *liberdade de ação* de algum de seus pares é a autoproteção. Que o único propósito com vistas ao qual o poder pode ser exercido legitimamente sobre algum membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é impedir que ele produza danos a outras pessoas. O seu próprio bem, seja físico ou moral, não é fundamento suficiente”¹³ (MILL, 2003, p. 80, grifamos).

Nessa formulação de Stuart Mill, já se percebe que a autêntica finalidade do princípio do dano – como também a da garantia da lesividade – é a tutela jurídica da “liberdade de ação” individual contra intervenções penais arbitrárias. O princípio da lesividade relaciona-se, assim, com um espaço de individualidade, no qual a pessoa pode pensar, sentir e agir livremente (sem interferência estatal). Sem essa zona de autonomia privada, não se poderia falar legitimamente em respeito à pluralidade de ideias e crenças¹⁴. O exercício da liberdade individual só pode ser penalizado quando o comportamento ultrapassar os limites da autodeterminação da própria vida e importar lesão ou risco direto de lesão a bem jurídico penal – que é sempre alheio.

Atualmente, nos países de *Civil Law*, o princípio da lesividade comumente aparece atrelado ao conceito político-criminal de bem jurídico¹⁵, confundindo-se, inclusive, com o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos (ROXIN, 2006, p. 11-12). Por essa razão, uma compreensão adequada do princípio da lesividade requer uma incursão, ainda que breve, pela teoria do bem jurídico.

Antes, contudo, é preciso lembrar que o princípio da lesividade nem sempre esteve associado ao conceito de bem jurídico. Durante a ilustração, a garantia da lesividade estava formatada sobre a exigência de um dano social, ao passo que os penalistas da escola clássica ligaram a ideia de crime à violação de um direito subjetivo de outrem¹⁶.

Feuerbach, em fórmula bem conhecida, definiu o crime, em seu sentido mais amplo, como a “ação contrária ao *direito do outro*, cominada em uma lei penal”¹⁷ (FEUERBACH, 2007, p. 55, grifamos). Além disso, segundo o autor, o comportamento delituoso pressupõe “a capacidade de ser exteriormente reconhecível, uma vez que *só uma ação externa pode lesionar um direito*”¹⁸ (FEUERBACH, 2007, p. 60).

Na verdade, o surgimento da ideia de bem jurídico, com Birnbaum, em meados do século XIX, pode ser compreendido como uma regressão em termos de secularização e da separação ilustrada entre direito e moral. Como salientou Regis Prado, o surgimento do conceito de bem jurídico é fruto da necessidade teórica de ampliação do âmbito de afetação do crime, para abarcar no modelo teórico penal os delitos religiosos e os crimes contra os costumes – ambos de base eminentemente moral (PRADO, 2003, p. 31-32)¹⁹. Essa

tendência de ampliação do objeto jurídico do crime e a conseqüente perda do potencial crítico do conceito de bem jurídico permanecem, com maiores ou menores influxos, até a atualidade²⁰.

Após um período de ofuscação ou desaparecimento promovido pelos regimes totalitários durante a primeira metade do século XX, o conceito de bem jurídico foi retomado com intensidade no pós-guerra (BELO, 2012, p. 204; LUISI, 2003, p. 169). Na Alemanha, o conceito contribuiu especialmente para o debate sobre a reforma legislativa dos crimes sexuais, nas décadas de 1960 e 1970 (ROXIN, 2006, p. 12-14). E, embora tenha experimentado um certo sombreamento desde então, já é possível apontar para uma retomada da discussão nos últimos anos (ROXIN, 2006, p. 14; FRISCH, 2007, p. 310).

Hoje, conquanto não exista um consenso sobre o significado exato do termo “bem jurídico”²¹, por se tratar de constructo dificilmente apreensível por um conceito fechado, há importantes indicações sobre o que ele deve ser e, principalmente, sobre o que ele não pode ser. É correto falar, portanto, na existência de “um consenso relativamente largo sobre o seu *núcleo essencial*” (DIAS, 2007, p. 114).

Esse consenso abrange a concepção de que o conceito de bem jurídico deve fazer referência àquilo que há de mais relevante, isto é, àquilo que é fundamental para a realização individual e para a subsistência social (GRECO, 2004, p. 101-102). A fundamentabilidade do bem é assegurada por sua previsão e proteção constitucional. Um conceito político-criminal de bem jurídico capaz de limitar juridicamente o legislador penal precisa estar constitucionalmente previsto, razão pela qual a doutrina tem ancorado o conceito de bem jurídico à Constituição. Trata-se do que Luisi chamou de “processo de constitucionalização dos bens jurídicos penais”, segundo o qual “é nas constituições que o Direito Penal deve encontrar os bens que lhe cabe proteger com suas sanções” (LUISI, 2003, p. 172)²².

Nesse ponto, duas observações parecem importantes.

Em primeiro lugar, é preciso que o conceito de bem jurídico contenha algo mais específico ou mais bem delimitado do que aquilo que já se encontra plasmado na Constituição, sob pena de tornar-se desnecessário: se não houver uma maior especificidade conceitual, poderíamos falar simplesmente em proteção de valores constitucionais, em vez de falarmos em bens jurídicos. Como ressaltou Luís Greco, o conceito de bem jurídico precisa ser mais restrito do que o conjunto de valores constitucionais, de forma a justificar a severidade que é peculiar à resposta penal (GRECO, 2004, p. 100-101).

Em segundo lugar, da ideia de proteção de bens fundamentais previstos em sede constitucional não se pode passar à noção de mandado constitucional de criminalização. Ressalvados os casos em que a Constituição expressamente impõe a criminalização, como aqueles previstos nos incisos XLII a XLIV do art. 5º²³, não existe exigência constitucional genérica ou implícita de criminalização²⁴.

Zaffaroni et al. chegam a rejeitar a ideia de “tutela” ou de “proteção” de bens jurídicos, diante do compreensível receio de que essa ideia neutralize a concepção limitadora do princípio da lesividade, transformando-se em pretexto para intervenção penal do Estado (ZAFFARONI et al., 2006, p. 227), o que, para eles, seria o mesmo que “converter o cordeiro em lobo” (ZAFFARONI et al., 2005, p. 111). Sustentando que “a via da tutela é sempre a via da inquisição” (ZAFFARONI et al., 2006, p. 227), os autores defendem a substituição da ideia de *bem protegido* pela de *bem afetado* como condição necessária para a criminalização²⁵.

Outros penalistas já haviam denunciado esse risco como algo inerente à dupla face da

ideia de “tutela” de bens jurídicos: a passagem de um conceito limitador ou crítico de bem jurídico para um conceito legitimador e, sobretudo, protagonista da expansão do direito penal²⁶.

Não é, entretanto, necessário renunciar à ideia de tutela de bens jurídicos enquanto for possível acreditar que a norma penal – e, em geral, as normas jurídicas que regulam o comportamento humano – possui alguma eficácia em termos de prevenção geral e desde que não se ignore jamais que o direito penal tutela bens apenas de forma subsidiária e fragmentária (ROXIN, 1997, p. 64-67). O compromisso (constitucional) do Estado de Direito com relação à tutela de determinados bens não se traduz necessariamente no compromisso de tutelá-los *penalmente*, já que a intervenção penal é a *ultima ratio*. Desde que se enfatize que a proteção de bens jurídicos pelo Direito Penal será sempre fragmentária (sem pretensão de totalidade) e somente ocorrerá diante da reconhecida ineficácia protetiva de outros mecanismos jurídicos e sociais, é possível manter a ideia de tutela sem pôr em risco a função crítica do conceito de bem jurídico.

Em síntese, o princípio da lesividade (ligado à doutrina do bem jurídico) pode ser compreendido como uma norma supraordinária que estabelece uma condição necessária (embora não suficiente) para aquilo que pode ser legitimamente designado pelo vocábulo “crime” no direito penal. Como elemento de um conceito material de crime, o princípio contribui para a predeterminação teórica do conteúdo possível das normas incriminadoras, ao fornecer as linhas gerais de um conceito pré-legal de crime capaz de vincular – e, portanto, de limitar – a atuação do legislador penal.

2.2. Quais grupos de casos a garantia da lesividade retira da esfera de decisão do legislador penal?

Com relação às classes de comportamentos protegidas pelo princípio da lesividade, isto é, aos tipos de comportamento que não podem ser validamente criminalizados à luz do princípio, há também um relativo acordo doutrinário.

Nilo Batista sustentou analiticamente que o princípio se volta para proibição de quatro grupos de incriminação: 1) criminalização de atitudes internas; 2) criminalização de comportamentos que não transcendam o âmbito do próprio autor; 3) criminalização de estados ou de condições existenciais; e 4) criminalização de condutas desviadas não lesivas a qualquer bem jurídico (BATISTA, 2007, p. 92-94)²⁷.

A partir de uma rápida análise das hipóteses, é possível perceber que a pretensão de incriminação mencionada nos itens 1 e 3, além de não se sustentar em face da exigência de lesividade, tampouco atende ao que determina o *princípio da materialidade da ação*.

De acordo com o princípio da materialidade (*nulla necessitas sine actione*), outro elemento importante de um conceito material de crime, só pode ser considerado delito aquilo que se materializa externamente em um comportamento específico, pontual e suscetível de descrição empírica. Ferrajoli descreve o princípio do seguinte modo: “nenhum dano, por mais grave que seja, pode-se estimar penalmente relevante, senão como efeito de uma ação. Em consequência, os delitos, como pressupostos da pena, não podem consistir em atitudes ou estados de ânimo interiores, nem sequer, genericamente, em fatos, senão que devem se concretizar em ações humanas – materiais, físicas ou externas, quer dizer, empiricamente observáveis – passivas de serem descritas, enquanto tais, pela lei penal” (FERRAJOLI, 2014, p. 440).

No item 1 acima (atitudes internas), não se chega a ultrapassar o âmbito da simples cogitação. O pensamento ou sentimento, portanto, não se materializa em uma ação externa passível de descrição empírica. Fica-se, portanto, no âmbito da inviolabilidade constitucional da consciência.

No caso do item 3, o problema é a criminalização de um “modo de ser” (de estados ou de condições existenciais), sem que se possa falar em uma ação externa *determinada*. A incriminação de modos de vida (direito penal do autor) é inaceitável em face do princípio da materialidade da ação, que fundamenta um modelo de direito penal do fato.

Os princípios da materialidade da ação e da lesividade surgem no mesmo contexto liberal, possuem os mesmos fundamentos filosóficos, mas, apesar de inevitavelmente implicados, são distinguíveis, segundo Ferrajoli, uma vez que o primeiro se refere à *ação* no conceito analítico de crime, enquanto o segundo faz referência ao *resultado* lesivo decorrente dessa ação (FERRAJOLI, 2014, p. 425)²⁸.

Essa distinção entre materialidade e lesividade nos permite tratar apenas das hipóteses previstas nos itens 2 e 4 do esquema de Nilo Batista, por serem as mais diretamente implicadas na ideia de lesividade.

De acordo com o item 2, o princípio da lesividade proíbe que o Estado criminalize comportamentos externos que não transcendam o âmbito do próprio autor. É nesse item que se situa o problema da *autolesão*: o princípio da lesividade proíbe que o legislador penal incrimine condutas caracterizadas como meras autolesões. O modelo liberal de direito penal, que se expressa na noção de lesividade, não admite o paternalismo forte em sede jurídico-penal e reconhece às pessoas adultas e capazes o direito ao próprio corpo.

Como bem acentuou Nilo Batista, o princípio da lesividade “transporta para o terreno penal a questão geral da exterioridade e alteridade (ou bilateralidade) do direito” e o bem jurídico, por seu turno, desponta como o “signo do outro sujeito” (BATISTA, 2007, p. 91)²⁹.

Não é tarefa do direito penal exigir que as pessoas façam o “bem” nem impedir que elas façam “mal” a si mesmas. O paternalismo jurídico, que, segundo Taffarelo, sofreu a crítica pioneira de Stuart Mill (TAFFARELO, 2015), não pode estar no horizonte jurídico-penal.

Em ensaio de 1859, Stuart Mill já expressava o que ainda hoje está muito longe de ser introjetado na cultura jurídico-penal: “uma pessoa não pode legitimamente ser forçada a agir ou impedida de agir porque vai ser melhor para ela, porque a fará mais feliz ou porque, na opinião dos outros, seria mais prudente ou mesmo correto fazê-lo. Essas são boas razões para discutir ou para argumentar com ela, para persuadi-la ou para lhe suplicar, mas não para forçá-la ou visitá-la com todo mal caso ela aja de outra forma. Para justificar essa coação, a conduta que se deseja impedir deve estar voltada para produzir mal a alguma outra pessoa. A única parcela do comportamento de qualquer um, em virtude da qual ele está submetido à sociedade, é aquela que diz respeito aos outros. Na parte que diz respeito apenas a si mesmo, sua independência é, por direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seu corpo e sua mente, o indivíduo é soberano”³⁰ (MILL, 2003, p. 80-81).

Um dos maiores estudiosos do tema no âmbito do *Common Law*, Joel Feinberg, sustentou que o princípio não liberal do paternalismo jurídico (*legal paternalism*) entende ser “sempre uma boa e relevante razão (...) para apoiar uma proibição criminal o fato de ela impedir danos (físicos, psicológicos ou econômicos) ao seu próprio autor”³¹ (FEINBERG, 1986, p. 4). Trata-se de “uma teoria ou princípio que reconhece a necessidade de impedir a autolesão como razão legitimante para uma legislação coercitiva”³² (FEINBERG, 1986, p. 8).

Esse princípio, do paternalismo forte (*hard paternalism*), é rejeitado pelo liberalismo e, em sede jurídico-penal, revela-se incompatível com o *harm to others principle* e com o princípio da lesividade amparado na teoria do bem jurídico³³. O paternalismo forte não reconhece à pessoa o direito ao próprio corpo, que deve ser considerado “o núcleo do

direito à liberdade” (VIANNA, 2014, p. 1): “Estado democrático de direito – é sempre bom frisar – não se confunde com ditadura da maioria. As liberdades individuais só podem ser limitadas se – e somente se – o exercício de uma determinada autonomia provocar dano a outrem. Assim, pessoas, maiores e capazes, deveriam ser livres para dispor sobre seus próprios corpos desde que com suas ações não prejudicassem a ninguém” (VIANNA, 2014, p. 1).

É vedado, portanto, ao direito penal impedir, com seu instrumental (a sanção criminal), que pessoas livres e capazes exerçam a plenitude do seu direito ao próprio corpo e a demarcação dessa esfera de liberdade individual é uma decorrência direta do princípio liberal da lesividade.

Além da autolesão, o esquema supracitado (item 4) trata ainda das condutas moralmente desviadas e inócuas a terceiros. O princípio da lesividade destina-se especialmente a impedir a criminalização de condutas que não afetam bem jurídico mesmo quando elas discrepam fortemente da moral positiva dominante, pois, do contrário, não se poderia falar propriamente em pluralismo moral e político.

Como Mill já havia observado, “onde quer que exista uma classe dominante, uma larga porção da moralidade do país emanará de seus interesses de classe”³⁴ (MILL, 2003, p. 77). O direito penal, portanto, não pode ser um meio de que se vale um grupo politicamente dominante para impor seus próprios valores morais e religiosos ao restante da sociedade, uma vez que qualquer tentativa de “exercício de uma ortopedia moral” por parte do Estado revela-se incompatível “com o respeito à pluralidade” (VIANNA; MATTOS, 2008, p. 322). O exercício do poder de criminalização estatal ensejado por meros desvios morais em relação à cultura dominante é uma insuportável arbitrariedade: “não há nada de democrático na imposição pela maioria de normas de conteúdo exclusivamente moral a uma minoria” (VIANNA, 2014, p. 4).

O princípio da lesividade captura bem a *concepção substancial de democracia*, típica do Estado de Direito, como *locus* peculiar de desenvolvimento do pluralismo na sociedade contemporânea:

(...) há um princípio elementar de Direito Penal democrático que veda que crimes sejam criados para punir condutas meramente imorais. Em estados democráticos de direito o legislador não é livre para criminalizar qualquer ação, mas somente pode proibir condutas que lesam ou colocam em risco de lesão bens jurídicos alheios, tais como a vida, a saúde, a liberdade, o patrimônio e outros direitos fundamentais. Esta limitação ao poder do legislador, conhecida como princípio da lesividade, é uma importante garantia de que as minorias não serão submetidas à imposição dos valores morais e/ou religiosos de uma maioria intolerante. (VIANNA, 2014, p. 41)

A teoria do bem jurídico sempre enfatizou que os sentimentos morais – ainda que os da parcela majoritária da comunidade – não podem ser considerados bens jurídicos³⁵. Segundo Roxin, a ideia central da doutrina do bem jurídico é que “o Direito Penal deve proteger somente bens jurídicos concretos, e não convicções políticas ou morais, doutrinas religiosas, concepções ideológicas do mundo ou simples sentimentos” (ROXIN, 2006, p. 12). A garantia da lesividade aparece aqui, claramente, como guardião do respeito à pluralidade de concepções morais (fato do pluralismo) que caracteriza as sociedades contemporâneas.

Em síntese, a garantia da lesividade representa a exigência normativa de que as definições legais de crime descrevam a afetação (lesão ou risco de lesão) a um bem jurídico legítimo, bem como o requerimento de que, durante a verificação jurisdicional da hipótese acusatória, seja comprovada a afetação concreta do bem jurídico tutelado. O princípio funciona, portanto, como um escudo protetor da liberdade individual, garantindo, contra incursões penais, uma esfera de autonomia privada, dentro da qual todos podem exercer

livremente o direito ao próprio corpo, além de decidir e implementar seus próprios projetos existenciais.

3. O conceito de privacidade

Na introdução deste artigo, fez-se menção a um caso emblemático submetido ao STF, no qual a defesa do sentenciado sustentou, em suas razões recursais, que a exigência de afetação a bem jurídico como condição para a criminalização seria uma decorrência da proteção constitucional à intimidade e à vida privada.

No direito brasileiro, a tutela da privacidade está positivada, como direito fundamental, no art. 5º, inciso X, do texto constitucional: “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*” (BRASIL, 1988, grifamos).

O direito à privacidade está previsto também em documentos internacionais sobre direitos humanos incorporados ao nosso direito interno, como o Pacto de São José da Costa Rica, que é aplicável com hierarquia supralegal em nosso país³⁶. Segundo o disposto no artigo 11, itens 2 e 3, da Convenção: “Ninguém pode ser objeto de *ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação*” e “*toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas*” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, grifamos).

A existência, entretanto, de uma relação entre a garantia da lesividade e a proteção da privacidade não é tão certa como fez parecer a defesa do recorrente naquele caso. De todo modo, qualquer discussão que pretenda abordar essa possível relação deve começar por um delineamento do conceito de *privacidade*. Para tanto, uma breve notícia histórica de seu aparecimento pode ser útil.

3.1. O surgimento do direito à privacidade e o delineamento de seu sentido

A preocupação com a tutela jurídica da privacidade é relativamente nova: a ideia de um “direito à privacidade”, como direito autônomo, só aparece, como se verá, na passagem do século XIX para o século XX. Não obstante, um antecedente mais remoto – e ainda bem pouco abrangente – da tutela da privacidade pode ser encontrado na cláusula de inviolabilidade do domicílio no *Common Law*.

No início do século XVII, as Cortes britânicas firmaram jurisprudência, com base na Magna Carta de 1215, no sentido de que o indivíduo tem o direito de não ser perturbado em sua residência, nem mesmo pelo poder estatal (VIANNA, 2007, p. 105-106). A proteção da privacidade, nesse momento, consistia em um simples reflexo da proteção que era dispensada pelo Estado à propriedade, vale dizer, ao reconhecer o direito à inviolabilidade domiciliar, na esteira do direito de propriedade, reconhecia-se, por conseguinte, “um direito a não ser monitorado, pelo menos nos limites da sua residência” (VIANNA, 2007, p. 105): “a tutela do direito de não ser monitorado permaneceu, assim, dependente do direito de propriedade e da garantia à inviolabilidade de domicílio até o final do século XIX, quando a popularização dos registros de monitorações por máquinas fotográficas e sua posterior publicação na imprensa acabou despertando os juristas para a necessidade de um direito autônomo, que protegesse as pessoas de uma exposição pública não desejada” (VIANNA, 2007, p. 106).

Portanto, foi somente quando o desenvolvimento tecnológico possibilitou a criação e a difusão de novos dispositivos de monitoração, registro e reconhecimento que se passou a

refletir, especificamente, sobre a necessidade de proteger as pessoas contra aquelas invasões mais agressivas em sua vida privada, possibilitadas pelo uso do novo arsenal tecnológico.

Um marco do surgimento do “direito à privacidade” foi a publicação, em 1890, na Revista da Faculdade de Direito de Harvard, do célebre artigo *The right to privacy* dos juristas norte-americanos Samuel Warren e Louis Brandeis (WARREN; BRANDEIS, 1890)³⁷. Nesse trabalho, os autores associam o direito à privacidade com a fórmula do “direito de estar só” (the right to be left alone)³⁸, isto é, o direito de manter certos fatos pessoais longe da visão do público (SANDEL, 1989, p. 525; POIRIER, 2012).

Esse sentido de privacidade é esclarecido por Rosane Wolff em dissertação destinada ao tema: “o entendimento do que seja Vida Privada, na atualidade, opõe-se à vida pública. Esta é a que se desenrola perante os olhos da comunidade. Assim é conhecida de muitos e pode ser conhecida de todos. *A vida privada, por sua vez, é a que se desenvolve fora das vistas da comunidade.* É a que se desenvolve fora das vistas do público, perante, eventualmente, um pequeno grupo de íntimos” (WOLFF, 1991, p. 3, grifamos).

Quando se observa o contexto histórico-social de surgimento do texto de Warren e Brandeis, percebe-se claramente que a defesa da tutela jurídica da privacidade despontou como resposta a um problema social possibilitado pelo desenvolvimento tecnológico. O horizonte de aparecimento do célebre texto acadêmico está povoado pelos excessos praticados pela imprensa com o uso de novos dispositivos de registro de imagens. Pode-se afirmar, pois, que o uso abusivo da nova tecnologia por parte da imprensa impulsionou a reflexão sobre a privacidade e a argumentação no sentido de que sua tutela deveria ser viabilizada com instrumentos jurídicos³⁹.

O direito à privacidade, por conseguinte, envolve, desde seu aparecimento, o reconhecimento de que o indivíduo possui o direito ao “controle de informações sobre si mesmo” (MENDES; BRANCO, 2013, p. 282).

O texto de 1890 repercutiu positivamente desde sua publicação e é hoje considerado o momento da “invenção” da privacidade (VIANNA, 2007, 106). No entanto, esse invento se consubstanciou em um conceito doutrinário, ainda desligado do direito constitucional norte-americano. O direito à privacidade só foi incorporado ao direito positivo dos EUA nas décadas de 50 e 60 do século passado, quando a sua natureza constitucional passou a ser reconhecida pela Suprema Corte.

Uma decisão fundamental nesse sentido ocorreu no caso *NAACP v. Alabama*, em 1958, quando a Suprema Corte reconheceu o direito das associações de manter em sigilo o registro de seus associados. No caso, o Estado do Alabama havia exigido que a National Association for the Advancement of Colored People (NAACP) – uma associação de defesa dos direitos dos negros – divulgasse a lista de seus associados. A Suprema Corte negou o pedido do Estado, reconhecendo à referida associação o direito ao sigilo de seus registros (VIANNA, 2007, p. 113-114).

Posteriormente, na década de 1960, a Suprema Corte norte-americana reconheceu expressamente o *status constitucional* do direito à privacidade, ao declarar, com base nele, a inconstitucionalidade de leis estaduais que proibiam o uso e, posteriormente, a distribuição de contraceptivos.

Em 1965, no caso *Griswold v. Connecticut* (USA, 1965), a Corte declarou inconstitucional uma lei do Estado de Connecticut que proibia o uso de contraceptivos e, pela primeira vez, afirmou o *status constitucional* do direito à privacidade (SARMENTO, 2004, p. 205). Um dos argumentos centrais utilizados no julgamento foi o de que a aplicação da referida lei

estadual exigiria que o Estado monitorasse a intimidade do casal, exercendo vigilância, inclusive, sobre o seu leito (SANDEL, 1989, p. 526). Desde então, a Suprema Corte norte-americana tem entendido que o direito à privacidade (*right to privacy*) compõe o direito constitucional do país.

À luz desse brevíssimo panorama histórico, é fácil perceber como o núcleo do direito à privacidade está estruturado, de forma analítica, por uma tríade de direitos: *direito de não ser monitorado*, *direito de não ser registrado* e *direito de não ser reconhecido* (VIANNA, 2007, p. 105, 107, 114, 116 e 207).

Monitorar significa vigiar ou rastrear algo ou alguém. Com o rápido desenvolvimento tecnológico vivenciado no século passado, as formas de monitoração se expandiram significativamente, em virtude da utilização de dispositivos eletrônicos (câmeras, microfones, *chips* de rastreamento etc.) capazes de “ampliar os sentidos humanos” (VIANNA, 2007, p. 55).

A monitoração é, comumente – embora não necessariamente –, seguida do *registro*, que consiste em “uma técnica de ampliação da memória humana por meio da coleta e armazenamento de informações em bancos de dados” (VIANNA, 2007, p. 85).

A necessidade da regulamentação jurídica dos registros pessoais pôde ser intensamente sentida durante a triste experiência do nazismo. Naquele momento, o registro minucioso da população foi um instrumento essencial para a implementação “eficiente” da política governamental de extermínio da comunidade judaica (VIANNA, 2007, p. 95-103).

Por fim, o *reconhecimento* consiste na comparação de uma monitoração atual com o registro de uma monitoração passada com a finalidade de detectar a existência de uma possível congruência entre elas (VIANNA, 2007, p. 117). É o caso, por exemplo, do uso de fotografias e do reconhecimento biométrico (VIANNA, 2007, p. 117-119 e 132-139).

Com essa tríplice dimensão, o direito à privacidade consegue dar conta do problema fundamental com o qual lida desde seu surgimento, isto é, a necessidade garantir a *opacidade privada* em face do surgimento de novas técnicas de vigilância, registro e reconhecimento. E se a violação da privacidade já havia se tornado um problema sério no final do século XIX, na atual sociedade informacional, na qual o poder de controle sobre as pessoas foi enormemente ampliado pela utilização de novos dispositivos tecnológicos, a proteção jurídica da vida privada torna-se ainda mais premente⁴⁰.

Considerando, pois, que o conteúdo do conceito de privacidade está preenchido por essa tríade de direitos, é totalmente despropositado falar em direito à privacidade como fundamento constitucional do princípio da lesividade. O princípio da lesividade garante a *liberdade individual* ao imunizar as pessoas contra intervenções punitivas do Estado que tenham por objeto comportamentos não lesivos a bens jurídicos. Já o direito à privacidade envolve a proibição da aquisição invasiva de informações pessoais, de seu registro e de sua divulgação não autorizada.

3.2. A alteração do conceito de privacidade no direito norte-americano

O direito constitucional norte-americano, entretanto, experimentou um deslocamento em relação ao sentido tradicionalmente atribuído ao conceito de privacidade (SANDEL, 1989, p. 524). A partir da década de 1970, graças a uma mutação conceitual promovida gradativamente pela jurisprudência da Suprema Corte daquele país, formou-se uma concepção de *privacidade-autonomia*, ao lado da concepção originária de *privacidade-opacidade*.

A partir dessa ampliação conceitual, o direito à privacidade passou a assimilar a ideia de *autonomia privada*, definida por Sarmento como “a capacidade do sujeito de direito de determinar seu próprio comportamento individual” (SARMENTO, 2004, p. 174). O direito à privacidade, visto por essa nova lente, passa a resguardar um espaço de liberdade no qual cada um pode gerir os assuntos atinentes à própria vida sem interferência estatal. Consubstancia, portanto, o direito de tomar decisões relativas ao “eu” sem ingerências externas, em respeito à capacidade que todos temos de viver autonomamente os próprios projetos de vida boa.

Como sustentou Daniel Sarmento em relação à *autonomia privada*, “não cabe ao Estado, a qualquer seita religiosa ou instituição comunitária, à coletividade ou mesmo à Constituição estabelecer os fins que cada pessoa humana deve perseguir, os valores e crenças que deve professar, o modo como deve orientar sua vida, os caminhos que deve trilhar. Compete a cada homem ou mulher determinar os rumos de sua existência, de acordo com suas preferências subjetivas e mundividências; respeitando as escolhas feitas por seus semelhantes” (SARMENTO, 2004, p. 175).

O que se verifica, portanto, em relação ao direito constitucional norte-americano é uma reconhecida confusão entre os conceitos de privacidade e de autonomia privada (liberdade), que passam gradativamente a se identificar.

Um caso paradigmático para essa alteração conceitual foi *Eisenstadt v. Baird* (USA, 1972). Ao julgar o caso, que versava sobre a proibição de distribuição de contraceptivos a pessoas não casadas, a Suprema Corte norte-americana conferiu novo sentido ao direito à privacidade, ao atribuir-lhe a função de impedir a ingerência estatal sobre certas decisões ligadas à autonomia individual – no caso, a decisão sobre planejamento familiar, que, seguramente, envolve a faculdade de decidir livremente sobre o uso de contraceptivos (SANDEL, 1989, p. 527-528; POIRIER JR., 2012). Segundo Sandel, a partir desse momento, o direito à privacidade passou a proteger “a liberdade de realizar certas atividades sem restrição governamental”⁴¹ (SANDEL, 1989, p. 528, grifamos).

Um ano depois, no caso *Roe v. Wade* (USA, 1973), a Corte declarou a inconstitucionalidade de lei do Texas que criminalizava o aborto, argumentando com base no *princípio da privacidade*. Naquele julgado se afirmou que a decisão de interromper ou não a gravidez pertence à esfera de privacidade da mulher (SANDEL, 1989, p. 528; SARMENTO, 2004, p. 205-206). Com essa decisão, tornou-se patente a força do direito à privacidade nos EUA como critério liberal de contenção do poder do Estado, em respeito à liberdade individual (autonomia privada).

Alguns anos depois, no caso *Carey v. Population Services International* (USA, 1977), a Corte reconheceu, abertamente, que tinha promovido uma alteração significativa no sentido do direito à privacidade e passou a descrevê-lo, expressamente, em termos de *autonomia individual*⁴² (SANDEL, 1989, p. 528).

E, com a consolidação do direito à *privacidade-autonomia* nos EUA, surgiu logo o questionamento sobre a possibilidade de sua extensão aos atos homossexuais. A sodomia ainda era criminalizada por diversas leis estaduais naquele tempo. Na década de 1980, o caso *Bowers v. Hardwick* (USA, 1986) chega à Suprema Corte trazendo exatamente essa questão. Na ocasião, a Corte, em votação apertada (5 contra 4), negou-se a estender a proteção da privacidade a atos homossexuais, entendendo ser legítima a criminalização estadual da sodomia (SANDEL, 1989, p. 529-530; SARMENTO, 2004, p. 206) e afirmando textualmente que “a Constituição não confere aos homossexuais um direito fundamental de praticar sodomia”⁴³ (USA, 1986).

No entanto, no caso *Lawrence v. Texas* (USA, 2003), a Suprema Corte teve oportunidade de

reapreciar a questão. O caso versava sobre a constitucionalidade de uma lei do Estado do Texas que criminalizava a prática da sodomia. Atendendo a uma *notitia criminis* de perturbação, a polícia de Houston entrou no apartamento de John Geddes Lawrence no momento em que ele fazia sexo anal com outro homem, Tyron Garner. Os dois foram presos com base na referida lei estadual.

Lawrence e Garner questionaram a constitucionalidade da lei estadual, sustentando que ela violava o direito de liberdade e de privacidade assegurados pela décima quarta emenda (cláusula do devido processo). Após derrota diante da Corte de Apelação do Texas, o caso foi levado à Suprema Corte.

No julgamento do recurso, a Suprema Corte entendeu que o Estado (a maioria parlamentar) não tem legitimidade para tal intromissão na liberdade e na vida privada das pessoas. O condutor do voto vencedor, o juiz Kennedy, resgatou o fundamento do voto dissidente do Juiz Stevens no caso *Bowers*. Naquela ocasião, o *Justice* Stevens já havia consignado que “o fato de a maioria governante de um Estado ter tradicionalmente encarado uma determinada prática como imoral não é uma razão suficiente para sustentar uma lei que proíba essa prática”⁴⁴ (USA, 2003, p. 577).

Após uma ampla análise do precedente *Bowers v. Hardwick* (USA, 1986), o relator do caso *Lawrence* reconheceu expressamente que a Corte havia errado ao julgar aquele caso: “*Bowers* não era correta quando foi decidida e não é correta hoje. Não deve permanecer um precedente vinculante. *Bowers v. Hardwick* deve ser e será agora revogada”⁴⁵ (USA, 2003, p. 578).

Poirier Jr. sustentou que, com essa decisão, a “Suprema Corte fechou o círculo em torno do direito à privacidade. Agora, adultos poderiam consensualmente envolver-se em atos sexuais sem interferência ou controle por parte do Estado. Casados ou solteiros, heterossexuais ou homossexuais, a *garantia de liberdade sob a décima quarta emenda* fornecia um escudo sob o qual eles poderiam levar adiante suas relações da maneira que fosse determinada por sua própria escolha”⁴⁶ (POIRIER JR., 2012, grifamos).

Como se vê, no direito constitucional norte-americano, o direito à privacidade, a partir das decisões mencionadas, passou a ter por objeto um espaço do agir humano tradicionalmente assegurado pelo direito à *liberdade individual* (autonomia), qual seja, o direito de autodeterminar-se e de agir livremente sem sofrer censura ou repressão por parte da sociedade ou do Estado. Dentro desse espaço, que é destinado ao desenvolvimento da própria personalidade, o agir individual aparece como uma forma de expressão e de realização de *si mesmo* e não pode ser embaraçado nem mesmo pela maioria política, sob pena de pôr em risco o que há de mais importante para aquela pessoa, em termos de implementação do seu próprio projeto de vida. Como afirmou Poirier Jr. (2012), referindo-se ao direito norte-americano contemporâneo: “o direito à privacidade significa o direito de estar livre da interferência governamental em assuntos íntimos que são essenciais para o gozo da vida e da liberdade”⁴⁷.

Acrescente-se, por fim, que essa experiência de ampliação do conceito de privacidade não ficou restrita ao direito norte-americano. Mendes e Branco noticiam que já se discutiu, no âmbito do sistema europeu de proteção dos direitos humanos, se a obrigação de utilizar cinto de segurança poderia ser afastada à luz do direito à privacidade – argumento que, entretanto, não foi acolhido naquela ocasião. Há também decisões judiciais em países europeus considerando que a criminalização de atos homossexuais entre adultos e o impedimento legal de retificação do registro de nascimento após operação de mudança de sexo constituem atos legislativos injustificados em face do direito à privacidade (MENDES; BRANCO, 2013, p. 281).

4. A liberdade como fundamento constitucional adequado do princípio da lesividade no direito penal brasileiro

Após essa análise conceitual preparatória, é possível voltar à questão formulada no início deste trabalho referente à explicitação do fundamento constitucional do princípio da lesividade.

Lamentavelmente, não há nenhuma disposição normativa expressa no texto da Constituição brasileira de 1988 que exija a afetação de bem jurídico como condição necessária para o exercício do poder de criminalização por parte das agências penais. Entretanto, não parece haver dúvida de que o conjunto dos valores assegurados pela Constituição de 1988 seja suficiente para amparar o princípio da lesividade como critério limitador do poder de punir do Estado.

Mas, como o apelo a um “conjunto de valores” constitucionais é algo ainda muito impreciso, faz-se necessário insistir na busca por um amparo normativo mais específico ou mais diretamente relacionado com o princípio da ofensividade na Constituição Federal de 1988.

4.1. A relação entre a proteção constitucional à privacidade e a garantia da lesividade

Apesar de sua evidente relevância prática, poucos penalistas têm se dedicado à questão do fundamento constitucional do princípio da lesividade no direito brasileiro. Entre os que abordam o tema, estão aqueles que sustentam que a garantia da lesividade está fundada em uma série de direitos fundamentais, entre os quais costuma ser apontado o *princípio da proteção à intimidade e à vida privada* (artigo 5º, inciso X, da Constituição).

Warley Belo, por exemplo, sustenta que a base jurídico-constitucional do princípio da lesividade pode ser encontrada na dignidade da pessoa humana (art. ^{RTD} 1º, inciso III, ^{RTD} CF), no princípio penal da legalidade (art. 5º, XXXIX) e na inviolabilidade da intimidade e da vida privada (BELO, 2012, p. 205-206).

Zaffaroni et al., por seu turno, recorrem às escolhas políticas expressas na Constituição brasileira de 1988 para fundamentar o princípio da lesividade. Segundo os autores, a Constituição brasileira optou por um “conceito *personalista* do direito”, segundo o qual o direito “deve servir à pessoa e não a qualquer mito que a transcenda” (ZAFFARONI et al., 2006, p. 226). Partindo dessa premissa personalista, os juristas observam que o catálogo de direitos fundamentais⁴⁸ estabelecido em nossa Constituição impõe severas restrições ao poder coativo estatal e que tais restrições, no âmbito jurídico-penal, traduzem-se no princípio da lesividade (ZAFFARONI et al., 2006, p. 225-226).

De forma mais incisiva, Maria Lúcia Karam sustenta que, “embora não tenhamos um dispositivo constitucional tão claro quanto aquele da Constituição Argentina, o direito à intimidade e à vida privada, garantido no artigo 5º, inciso X de nossa Constituição Federal, permite depreender, como se deve depreender de qualquer ordenamento jurídico que se pretenda democrático, que o Direito só pode intervir em condutas que tenham potencialidade para afetar a terceiros” (KARAM, 1991, p. 130).

Na prática judiciária, como se viu, esse foi o argumento utilizado pela Defensoria Pública perante o Supremo Tribunal Federal em recurso que busca a declaração de inconstitucionalidade do disposto no art. 28 da Lei de Drogas – dispositivo que criminaliza o porte de substância entorpecente para consumo pessoal. Em síntese, a Defensoria argumentou que: i) a conduta de possuir droga para consumo pessoal não ofende a nenhum bem jurídico legítimo, razão pela qual o dispositivo legal impugnado viola o

princípio da lesividade; ii) o princípio da lesividade tem amparo na Constituição brasileira; iii) a norma constitucional que fundamenta a garantia da lesividade é o direito à privacidade, previsto no art. ^{RTO} [5º, inciso X](#), da ^{RTO} [CF/88](#).

Se as assertivas contidas nos itens i e ii parecem seguramente verdadeiras, o disposto no item iii é mais frágil de um ponto de vista argumentativo. Embora a relação entre lesividade e privacidade possa parecer interessante à primeira vista, ela é inteiramente dependente de uma ampliação do significado de privacidade, similar àquela que ocorreu no direito constitucional norte-americano.

Como se viu, naquele país, o direito à privacidade passou por uma ampliação, deixando de cuidar apenas da monitoração, do registro e da divulgação de informações pessoais, para tratar, sobretudo, de uma dimensão referente ao direito de *agir na vida privada* sem oposição ou interferências externas (liberdade de ação). Somente quando se pensa o conceito de privacidade em termos de *privacidade-autonomia*, é que se torna viável sustentar que a garantia da lesividade está fundada no princípio constitucional da privacidade.

No entanto, se a relação entre privacidade e lesividade só é possível diante uma ampliação do conceito de privacidade capaz de abarcar a noção de autonomia pessoal – como ocorreu na experiência constitucional norte-americana –, é fácil inferir que a ideia que de fato está relacionada com o *princípio penal da lesividade* é a ideia de *autonomia individual* e não propriamente a de privacidade.

O que parece ser decisivo, portanto, é se uma tal ampliação do conceito de privacidade é legítima à luz de uma análise sistemática das liberdades no direito constitucional brasileiro. E, apesar de sedutora, a proposta de relacionar privacidade e lesividade não é a melhor resposta ao problema.

No direito constitucional brasileiro, sempre foram bem demarcadas, de um lado, a esfera da proteção à privacidade, que assegura a todos o direito de não ser monitorado, registrado e reconhecido, e, de outro, a esfera de proteção liberal da liberdade de agir (autonomia individual), pensada aqui como uma zona dentro da qual a pessoa pode decidir e agir livremente, com vistas à implementação de seus próprios projetos existenciais.

Não parece, portanto, adequado confundir as noções de *autonomia privada* – núcleo da liberdade de agir – com o conceito de *privacidade* (VIANNA, 2007, p. 113). A ampliação do conceito de privacidade, nos moldes em que foi promovida no direito norte-americano, acarreta um duplo risco, quando importada, sem maior reflexão, para o direito brasileiro: i) o risco de que essa alteração conceitual ofusque o sentido fundamental do direito à privacidade como direito de não ser monitorado, registrado e reconhecido e ii) o perigo de esvaziamento do conceito de liberdade.

No primeiro caso, o que se receia é que a concepção ampliada de *privacidade-autonomia* faça com que a ênfase seja deslocada da ideia de *privacidade-opacidade* – tão importante como instrumento de limitação do poder na atual sociedade de controle (VIANNA, 2007) – para a noção de liberdade comportamental no âmbito da vida privada, já perfeitamente resguardada pelo direito constitucional de liberdade.

Parece inadequado, além disso, mutilar o direito de liberdade retirando de seu bojo a noção de autonomia individual, já que, como observou Daniel Sarmiento, a ideia de *autonomia privada* está no cerne de qualquer concepção liberal de *liberdade* (SARMENTO, 2004, p. 174-175). Essa mutilação, que desprestigia o conceito de liberdade, parece, pois,

não só inapropriada, como também desnecessária no âmbito do direito constitucional brasileiro, que conta com instrumentos normativos suficientes para situar e resguardar o conceito de liberdade.

Gilmar Mendes e Paulo Branco manifestaram-se, também, pela desnecessidade da ampliação do conceito de privacidade no Brasil, já que existem, em nossa Constituição, outros dispositivos que se destinam à tutela da autonomia privada. Após tratar da experiência norte-americana de ampliação conceitual, os autores afirmam que “no Brasil, não parece necessária essa mesma extrapolação do sentido clássico do direito à privacidade, já que a proteção do indivíduo contra interferências que se estimem indevidas por parte do Estado podem ser atalhadas com a invocação do princípio da proporcionalidade, do princípio da liberdade em geral (que não tolera restrições à autonomia da vontade que não sejam necessárias para alguma finalidade de raiz constitucional) e mesmo pelo apelo ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, que pressupõe o reconhecimento de uma margem de autonomia do indivíduo tão larga quanto possível no quadro dos diversos valores constitucionais” (MENDES; BRANCO, 2013, p. 282-283).

Resumidamente, se a Constituição brasileira consagra o direito à privacidade no inciso X do art. 5º, ela também assegura o direito à liberdade de agir no *caput* do mesmo artigo. Os conceitos maiores de *liberdade* e *privacidade* precisam, portanto, harmonizar-se, no âmbito de uma abordagem sistemática do texto constitucional, de modo que o sentido de um não aniquile nem mesmo enfraqueça o sentido do outro.

4.2. O assento constitucional do princípio da lesividade

A garantia penal da lesividade deriva da proteção constitucional à autonomia privada. Pode, portanto, ser perfeitamente situada no art. 5º, *caput*, da Constituição (direito geral de liberdade⁴⁹), associada com o princípio da dignidade da pessoa humana indicado pelo art. 1º, inciso III, do texto constitucional.

A relação que interessa destacar aqui, portanto, é aquela que se estabelece entre *lesividade* e *liberdade*. No marco de uma teoria político-liberal, o Estado deve ser moralmente neutro como forma de respeitar a capacidade inerente a cada pessoa de decidir sobre suas próprias concepções de vida boa e sobre seu próprio estilo de vida (POIRIER JR., 2012; SANDEL, 1989, p. 522-525). Ao proteger a *liberdade individual*, a Constituição brasileira demarca aquele espaço de autonomia pessoal, livre da interferência do Estado e de terceiros, dentro do qual, como sustentou Stuart Mill, o indivíduo é soberano sobre seu corpo e sobre sua mente.

Ao discorrer sobre o conceito de liberdade, Daniel Sarmiento sustentou que o constitucionalismo contemporâneo tem procurado sintetizar duas teorias distintas sobre o conceito de liberdade, resultantes do debate entre democratas e liberais que marcou a Modernidade. Da perspectiva desse debate, a liberdade pode ser pensada tanto a partir de um ponto de vista público quanto a partir de um ponto de vista privado (SARMENTO, 2004, p. 173-220).

Quando se pensa a liberdade de uma perspectiva pública – liberdade como *autonomia pública* – tem-se em consideração a faculdade que todo cidadão possui de participar da tomada de decisão no espaço público democrático, isto é, de definir o seu destino político juntamente com os seus concidadãos. A liberdade do cidadão, que se consubstancia no processo político democrático, confunde-se, pois, com a noção de soberania popular, isto é, com a capacidade que o cidadão possui de ser *coautor* das decisões políticas que o obrigam.

Ao lado da concepção democrática de liberdade, existia, na Modernidade, a concepção liberal, da qual resultou a noção de *autonomia privada*, baseada na capacidade individual de tomar decisões referentes à própria vida. A ideia já tão mencionada de autorregulação da própria existência está abarcada, portanto, pelo conceito de autonomia privada, que, por seu turno, pode dividir-se em uma *dimensão negocial ou patrimonial* e em uma *dimensão existencial*⁵⁰ (não patrimonial).

A dimensão negocial resume-se na *autonomia contratual* – na liberdade para contratar ou não contratar, definir o conteúdo dos contratos, o momento de sua realização etc. – e na ideia de *livre-iniciativa*, que é um valor basilar dos sistemas capitalistas contemporâneos (SARMENTO, 2004, p. 207).

Mas quando se trata, como no caso deste trabalho, de relacionar lesividade e liberdade, é preciso destacar a *dimensão existencial* do conceito de autonomia privada. Nesse sentido, o conceito de liberdade assegura à pessoa o direito de resolver todas as questões referentes à própria existência, vale dizer, todo indivíduo é livre para fazer “escolhas existenciais”, tais como: “com que pessoas mantereirei relações de amizade e de amor? Como vou conduzir minha vida sexual? Como vou me vestir e manter minha aparência?” (SARMENTO, 2004, p. 174-175).

Ambas as dimensões da autonomia privada, a existencial e a negocial, gozam de tutela constitucional em nosso país. No entanto, Sarmento destaca que “nem todas as manifestações da autonomia privada são valoradas da mesma forma” (SARMENTO, 2004, p. 192), isto é, a tutela constitucional dispensada pelo direito brasileiro à dimensão existencial da autonomia privada é mais intensa do que aquela destinada à dimensão patrimonial, fenômeno que pode ser percebido também no direito alemão e no norte-americano (SARMENTO, 2004, p. 207, 211 e 214). Isso ocorre porque, segundo o autor, no Estado de direito contemporâneo, o foco constitucional recai na esfera das decisões existenciais (SARMENTO, 2004, p. 192): “se é certo que a autonomia privada recebe proteção da ordem constitucional, também nos parece indubitável que, dentro do quadro axiológico delineado pela Constituição de 88, esta tutela não é uniforme, sendo muito mais intensa no plano concernente às escolhas existenciais da pessoa humana do que no campo da sua vida patrimonial e econômica” (SARMENTO, 2004, p. 176)⁵¹.

Mas é relevante lembrar que todas as dimensões da liberdade (pública, privada, negocial e existencial) são protegidas constitucionalmente – ainda que de forma heterogênea: “a ordem constitucional brasileira confere ampla proteção à liberdade, preocupando-se com a efetiva garantia aos excluídos das condições necessárias ao seu gozo. Ela protege a autonomia pública do cidadão, fortalecendo a democracia, mas também a autonomia privada. Em relação a esta, a tutela constitucional abrange tanto a dimensão existencial, como a econômica, mas, no primeiro caso, a proteção faz-se mais intensa. Esta diferença se deve ao fato de que, pela concepção de pessoa e de sociedade adotada pelo constituinte, as liberdades existenciais são consideradas mais relevantes para o livre desenvolvimento da personalidade humana do que as econômicas” (SARMENTO, 2004, p. 220).

A prioridade da dimensão existencial da autonomia privada em relação à negocial deriva, portanto, daquela “noção de pessoa subjacente a ordem constitucional brasileira” (SARMENTO, 2004, p. 176). As demandas existenciais da autonomia privada têm preponderância axiológica porque “são consideradas mais relevantes para a garantia e promoção da dignidade da pessoa humana” (SARMENTO, 2004, p. 192). De fato, a ideia mesma de autonomia individual pressupõe ou “tem como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade.

Ela importa o reconhecimento de que cabe a cada pessoa, e não ao Estado ou a qualquer outra instituição pública ou privada, o poder de decidir os rumos de sua própria vida, desde que isto não implique em lesão a direitos alheios” (SARMENTO, 2004, p. 188).

Em trabalho mais recente, Sarmento sustentou que, no sistema constitucional brasileiro, a autonomia individual constitui elemento essencial da dignidade da pessoa humana⁵² (SARMENTO, 2016, p. 93). Isso significa, entre outras coisas, que o princípio da dignidade da pessoa possui um conteúdo material que limita a atividade estatal, ao impor que o Estado viabilize e respeite a tomada de decisão pessoal em relação àqueles temas que dizem respeito apenas ao próprio autor da decisão. O princípio da dignidade humana não pode ser utilizado, portanto, como uma espécie de “porta de entrada” para a imposição de concepções de vida boa por parte dos atores jurídicos (SARMENTO, 2016, p. 162-187).

Em síntese, a dimensão existencial da autonomia privada, baseada no art. 5º, *caput* e no art. ^{RTD} 1º, III, da ^{RTD} CF, impede que o Estado tente impor a seus cidadãos os projetos existenciais que ele julga que devam ser perseguidos. Cada qual deve saber melhor do que ninguém de suas crenças, projeções, visões de mundo, maneiras de ser e objetivos pessoais a realizar. O único limite legítimo a essa forma de liberdade é a lesão ao igual direito alheio, isto é, o limite é a necessidade de conciliar a liberdade de um com “o direito das outras pessoas a uma idêntica quota de liberdade (...)” (SARMENTO, 2004, p. 189).

É essa autonomia privada existencial que o princípio da lesividade resguarda no âmbito jurídico-penal, ao impedir incriminações que não estejam vinculadas à ideia de lesão a bem jurídico. Essa ligação entre a lesividade e a proteção constitucional da autonomia privada parece ter sido percebida por Zaffaroni et al. quando sustentam que a Constituição brasileira, ao impor limites rigorosos à ingerência coativa estatal, obriga o Estado a assegurar “um âmbito de *liberdade moral*”, que deve ser resguardado contra intervenções penais, já que “as penas não podem recair sobre ações que expressem o exercício dessa liberdade” (ZAFFARONI et al., 2006, p. 225).

Quando se observam aquelas duas hipóteses fundamentais que se encontram no núcleo normativo do princípio da lesividade – proibição de incriminar autolesões e proibição de incriminar ações inócuas, mesmo que moralmente desviadas –, percebe-se claramente como a garantia da lesividade depende da concepção constitucional de liberdade.

A hipótese de autolesão não pode ser objeto de ingerência estatal por estar situada no espaço da autonomia sobre o próprio corpo e sobre a própria vida (em sentido amplo). A “autonomia sobre o próprio corpo”, já se disse, é “o núcleo do direito à liberdade” (VIANNA, 2014, p. 1, grifamos): “a liberdade de um povo não está simplesmente em escolher seus governantes. Não se pode considerar livre um povo que decide os rumos de seu governo, mas que nega a cada um de seus indivíduos a autonomia de decidir sobre os rumos de seu próprio corpo. Liberdade é, antes de tudo, poder decidir sobre o próprio corpo” (VIANNA, 2014, p. 5).

Se o Estado não pode obrigar uma pessoa a fazer aquilo que julga ser o melhor para ela, tampouco pode interferir sobre as decisões tomadas na livre administração de sua própria existência. Não havendo lesão a um bem jurídico (que é sempre alheio), a pessoa permanece nos limites de sua autonomia privada – e esta deve ser preservada e não obstada pelo Estado. Como observa ainda Sarmento, “não cabe ao Estado avaliar se as liberdades estão ou não sendo exercidas no sentido que ele considerar mais apropriado, já que tal concepção esvaziaria a autonomia privada do cidadão na sua dimensão mais relevante: o poder da pessoa humana de se autogovernar; de fazer escolhas existenciais e de viver de acordo com elas, desde que não lese direitos de terceiros” (SARMENTO, 2004, p. 215).

Também naquelas hipóteses de comportamentos moralmente desviados, mas totalmente inócuos a qualquer bem jurídico, é possível afirmar que a pessoa ainda se encontra nos limites de sua autonomia privada. Todo ser humano tem o direito de *ser diferente* e de reger sua vida sem subserviência em relação à moral dominante – desde que não lesione bens jurídicos. É bastante esclarecedor, nesse sentido, que o princípio da lesividade tenha aparecido no mesmo contexto liberal da luta pela separação entre direito e moral. A tradição liberal não reconhece à maioria política o poder de incorporar em leis (mormente em leis penais) sua concepção moral ou sua visão de vida boa, porque isso significaria uma homogeneização moral autoritária e insuportavelmente intolerante em relação às minorias políticas e sociais.

Em síntese, o fundamento constitucional da garantia da lesividade é a liberdade de ação, mais especificamente, a autonomia privada em sua dimensão existencial. No plano constitucional, isso impõe a conjugação do direito geral de liberdade (art. ^{RTO} 5º, caput, ^{RTO} CF) com o princípio da dignidade humana (art. ^{RTO} 1º, III, ^{RTO} CF). O direito geral de liberdade, previsto no *caput* do art. 5º, protege de forma amplíssima todo e qualquer comportamento humano, exigindo que qualquer medida restritiva à liberdade seja justificada com razões legítimas, a partir da régua da proporcionalidade (SARMENTO, 2016, p. 159-162). O princípio da dignidade da pessoa humana, por seu turno, proíbe que as medidas restritivas de liberdade sejam justificadas com base em determinadas razões, por exemplo, utilizar o direito penal para a imposição de determinadas concepções de vida boa. Como sustentou Sarmiento, “a melhor interpretação do princípio da dignidade da pessoa humana envolve justamente a imposição de um bloqueio constitucional às intervenções estatais no campo da moralidade privada, atinente às escolhas de vida das pessoas que não afetem direitos de terceiros ou bens jurídicos coletivos relevantes” (SARMENTO, 2016, p. 71-72).

Na esfera penal, essas exigências constitucionais se materializam na proibição da criminalização de comportamentos não lesivos a bem jurídicos. Portanto, o direito geral de liberdade (art. 5º, *caput*) associado com o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) dão suficiente sustentação ao núcleo essencialmente liberal da noção de lesividade.

5. Considerações finais

Para que possa desempenhar a sua função de critério racional de contenção do poder punitivo do Estado, a garantia da lesividade deve estar estabelecida em um nível normativo superior ao da legislação criminal ordinária. Daí a relevância da busca por seu fundamento constitucional.

Ao contrário do que se vem defendendo, o princípio da lesividade não está amparado no princípio constitucional da privacidade, mas antes na proteção constitucional da dimensão existencial da autonomia privada, que é uma das faces mais proeminentes do direito fundamental à liberdade de agir. Existe, portanto, uma ligação muito íntima entre o princípio jurídico-penal da lesividade e o direito constitucional de liberdade.

Pode-se afirmar que a garantia da lesividade está funcionalmente destinada a resguardar, contra intervenções penais arbitrárias, aquele espaço de autonomia individual assegurado pela Constituição. E, como o limite da autonomia privada é a lesão a direito/interesse alheio, considera-se arbitrária toda intervenção penal que tenha por objeto comportamentos não lesivos a bens jurídicos.

No interior da esfera de autonomia pessoal desenhada pela Constituição, a pessoa é livre

para escolher e para seguir seus projetos de vida boa, seja em questões atinentes ao próprio corpo, seja em relação a decisões comportamentais apoiadas em suas próprias crenças, valores e interpretações do mundo.

A lesividade, portanto, nada mais é do que a expressão, no âmbito jurídico-penal, do compromisso constitucional com o direito ao próprio corpo e com o respeito à pluralidade de concepções morais e existenciais. Em uma palavra, a garantia da lesividade é a expressão constitucional do direito de liberdade. Está, portanto, situada no dispositivo constitucional que protege, como direito fundamental, a liberdade geral de ação (art. ^{RTO}

[5º, caput](#), ^{RTO} [CF/88](#)), no qual está abarcada a noção de autonomia privada existencial, que, por sua vez, pressupõe a compreensão de pessoa como agente moral capaz de decidir os rumos de sua própria existência (art. ^{RTO} [1º, inciso III](#), ^{RTO} [CF/88](#)).

O reconhecimento da lesividade como um princípio fincado na Constituição impõe a todos nós um controle argumentativo mais rígido e efetivo dos tipos penais, a partir da ótica da ofensa (abstrata e concreta) ao bem jurídico protegido pelo crime. Estando incorporada no nível hierárquico mais elevado de nosso ordenamento jurídico, a garantia da lesividade sujeita todos os tipos editados pelo Poder Legislativo a controle de constitucionalidade no que concerne à existência efetiva de um bem jurídico e à exigência de lesão (ou de perigo de lesão) provocada pelo comportamento típico.

6. Referências bibliográficas

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Paulo M. Oliveira. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

BELO, Warley Rodrigues. *Tratado dos princípios penais*. Florianópolis: Bookess Editora, 2012. v. 2.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em: 05.01.2017.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COSTA JR., Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.

FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: offense to others*. New York; Oxford: Oxford University Press, 1985. v. 2.

FEINBERG, Joel. *The moral limits of the criminal law: harm to self*. New York; Oxford: Oxford University Press, 1986. v. 3.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. El principio de lesividad como garantía penal. Trad. Diana Restrepo Rodríguez. *Revista Nuevo Foro Penal*, Medellín, v. 8, n. 79, p. 100-114, jul.-dez. 2012.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 88, p. 439-459, 1993.

FERRAZ, Lucas. Réu de processo que guiará Supremo defende a descriminalização de drogas. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 19.08.2015. Recuperado a partir de: [www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/08/1670541-reu-de-processo-que-guiara-supremo-defende-a-descriminalizacao-de-drogas.shtml].

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. [Título original: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts.]

FRISCH, Wolfgang. Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal. Trad. Ricardo Robles Planas. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Eds.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edição espanhola de Rafael Alcácer Guirao, María Martín Lorenzo e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2016. [Título original: Die Rechtsgutstheorie.]

GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito: Kant e Kelsen*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, ano 12, p. 89-147, jul.-ago. 2004.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 18, fev.-mar. 2003.

HASSEMER, Winfried. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. Trad. Patricia S. Ziffer. *Doctrina penal: teoría y práctica en las ciencias penales*, Buenos Aires, n. 46-47, abr.-set. 1989.

HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. Trad. Rafael Alcácer Guirao. In: HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang (Eds.). *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Edição espanhola de Rafael Alcácer Guirao, María Martín Lorenzo e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2016. [Título original: Die Rechtsgutstheorie.]

KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Niterói: Luam, 1991.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MILL, John Stuart. *On liberty*. Editado por David Bromwich e George Kateb. New Haven; London: Yale University Press, 2003.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção americana sobre direitos humanos* (Pacto de São José da Costa Rica), 7 a 22 nov. 1969. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf]. Acesso em: 05.03.2017.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

POIRIER JR., Albert E. *The right to privacy: or how the Supreme Court got the government out of the bedroom*, 2012. Disponível em: [https://works.bepress.com/albert_poirier/2/]. Acesso em: 10.06.2016.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

RABELO, Galvão. Ainda sobre a Lei n. 12.015/2009: e o bem jurídico? *Boletim IBCCrim*, São Paulo, ano 18, n. 215, out. 2010.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luíz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. (Fundamentos; la estructura de la teoría del delito, v. 1)

ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. Trad. Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. Rev. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANCHÍS, Luis Prieto. *La filosofía penal de la ilustración*. Lima: Palestra Editores, 2007.

SANDEL, Michael J. Moral argument and liberal toleration: abortion and homosexuality. *California Law Review*, v. 77, n. 3, p. 521-538, may 1989.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologias*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*, 2007. Disponível em: [https://ensaiosjuridicos.files.wordpress.com/2013/04/bem-jurc3addico-e-constituic3a7c3a30-da-proibic3a7c3a30-de-excesso-lenio.pdf]. Acesso em: 25.06.2016.

TAFFARELLO, Rogério Fernando. Paternalismo legal e criminalização das drogas. *Jota*,

21.08.2015. Disponível em: [http://jota.uol.com.br/paternalismo-legal-e-criminalizacao-das-drogas#_ftn1]. Acesso em: 27.06.2016.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípio básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 1965. Disponível em: [<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/case.html>]. Acesso em: 09.04.2016.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 1972. Disponível em: [<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/438/case.html>]. Acesso em: 09.04.2016.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 1973. Disponível em: [<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/case.html>]. Acesso em: 11.04.2016.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Carey v. Population Svcs. Int'l*, 431 US 678, 1977. Disponível em: [<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/431/678/case.html>]. Acesso em: 11.04.2016.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Thornburgh v. American College of Obstetricians & Gynecologists*, 476 U.S. 747, 1986. Disponível em: [www.law.cornell.edu/supremecourt/text/476/747]. Acesso em: 11.04.2016.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 1986. Disponível em: [<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/478/186/case.html>]. Acesso em: 29.03.2016.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 2003. Disponível em: [<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/case.html>]. Acesso em: 28.03.2016.

VIANNA, Túlio. *Fundamentos de direito penal informático: do acesso não autorizado a sistemas computacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VIANNA, Túlio Lima. *Transparência pública, opacidade privada: o direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

VIANNA, Túlio. *Um outro direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe. *Crimes informáticos*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

VIANNA, Túlio; MATTOS, Geovana Tavares de. A inconstitucionalidade da conduta social e personalidade do agente como critérios de fixação da pena. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires, v. 14, p. 305-323, 2008.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, p. 193-220, 15 dec. 1890.

WOLFF, Rosane Portella. *A proteção da vida privada e o direito à informação*. 1991. 134 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 1991.

ZAFFARONI, E. Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Manual de derecho penal*:

parte general. Buenos Aires: Ediar, 2005.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. v. 1.

Pesquisas do Editorial

- PRINCÍPIO DA LESIVIDADE E DESLEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL, de Paulo Roberto Sampaio Santiago - RCP 13/2010/249
- O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE NOS JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE DO (DES)CONHECIMENTO DA DEFESA DE BENS JURÍDICOS ENQUANTO PRINCÍPIO FORMADOR DO DIREITO PENAL, de Décio Franco David - RBCCrim 115/2015/17
- OFENSIVIDADE E BEM JURÍDICO-PENAL: CONCEITOS E FUNDAMENTOS DO MODELO DE CRIME COMO OFENSA AO BEM JURÍDICO-PENAL, de Daniel Leonhardt dos Santos - RBCCrim 121/2016/13

NOTAS DE RODAPÉ

1

Trata-se do RE 635.659/SP, rel. Min. Gilmar Mendes (BRASIL, 2011). O julgamento do caso iniciou-se em 19 de agosto de 2015 com um prognóstico muito favorável ao recorrente (do reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo penal impugnado). Em seu voto, o Min. relator julgou procedente o recurso, no que foi acompanhado, parcialmente, pelo voto-vista do Min. Edson Fachin e, integralmente, pelo voto do Min. Roberto Barroso. Em seguida, o julgamento foi interrompido por pedido de vista do Min. Teori Zavascki, falecido em 19 de janeiro de 2017. Até o fechamento deste artigo, em março de 2017, o julgamento ainda não havia sido concluído.

2

Petição recursal, fls. 153-154.

3

Petição recursal, fls. 155-156.

4

Como bem observa Ferrajoli, o princípio da lesividade funciona “como uma afiada navalha descriminalizadora, idônea para excluir, por injustificados, muitos tipos penais consolidados, ou para restringir sua extensão por meio de mudanças estruturais profundas” (FERRAJOLI, 2014, p. 438).

5

É o que afirma Warley Belo, para quem o princípio da lesividade “é o princípio penal clássico mais atacado pelo atual *critério político-criminal da sociedade de riscos* (...)” (BELO, 2012, p. 192). Também Zaffaroni et al. observam que “tal princípio é quase sempre aceito em nível discursivo, mesmo que o próprio discurso o desvirtue ao abrir múltiplas possibilidades para racionalizar sua neutralização” (ZAFFARONI et al., 2006, p. 226). Estes últimos autores também denunciam a tentativa atual de neutralização do conceito político-criminal de bem jurídico (ZAFFARONI et al., 2006, p. 228-230).

6

O modelo garantista de direito penal encontra suas origens na filosofia penal da ilustração e, mais recentemente, foi desenvolvido e sistematizado por Luigi Ferrajoli, em sua obra de 1989, *Direito e razão* (FERRAJOLI, 2014). Para Prieto Sanchís, o garantismo penal de Luigi Ferrajoli “representa a mais fecunda projeção aos nossos dias da filosofia jurídica ilustrada” (SANCHÍS, 2007, p. 8).

7

O princípio está situado entre os dez axiomas fundamentais do garantismo penal (FERRAJOLI, 2014, p. 91).

8

Apontando para a proximidade da teoria do *harm principle* e da teoria do bem jurídico, Hirsch demonstra como o diálogo entre essas duas tradições pode ser profícuo para a resolução de diversas questões relevantes no interior da teoria do bem jurídico (HIRSCH, 2016, p. 33-48).

9

No original: What sorts of conduct may the state rightly make criminal?

10

Segundo Salo de Carvalho, se antes do processo de secularização a pessoa era punida em razão do que ela era, “o pensamento laicizado direciona os aparatos formais de controle social à punição

da conduta do infrator que resultou em dano, exterior e perceptível, a um terceiro envolvido no conflito” (CARVALHO; CARVALHO, 2002, p. 8).

11

No original: In political speculations “the tyranny of the majority” is now generally included among the evils against which society requires to be on its guard. Em outro ponto do mesmo texto, Stuart Mill (2003, p. 75-76) esclarece que “a vontade do povo, além disso, significa praticamente a vontade da parcela mais numerosa e ativa do povo; a maioria ou aqueles que conseguiram se fazer aceitar como a maioria. O povo, em consequência, pode desejar oprimir uma parcela de seu número; e precauções fazem-se tão necessárias contra isso, quanto em relação a qualquer outro abuso de poder”. No original: the will of the people, moreover, practically means, the will of the most numerous or the most active part of the people; the majority, or those who succeed in making themselves accepted as the majority: the people, consequently, may desire to oppress a part of their number; and precautions are as much needed against this, as against any other abuse of power.

12

O garantismo de Ferrajoli sustenta uma *concepção substancial de democracia*, que inclui não apenas a questão formal de quem pode decidir e de como fazê-lo (procedimento), mas que, sobretudo, delimita as matérias que podem e as que não podem ser objeto de deliberação e decisão, nem mesmo pela maioria política (FERRAJOLI, 2014, p. 791-799).

13

No original: That principle is, that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant.

14

A relação entre o princípio da lesividade e a proteção jurídico-penal da pluralidade de concepções de vida boa foi assim destacada por Ferrajoli: “A fim de garantir o pluralismo moral e político, isto é, a convivência pacífica de vários pontos de vista morais, é necessário que a lei limite a punição unicamente aos comportamentos que em concreto sejam ofensivos em relação aos outros, garantindo, além disso, uma esfera intangível de liberdade” (FERRAJOLI, 2012, p. 109). Na tradução espanhola: En garantía del pluralismo moral y político; esto es, de la convivencia pacífica de varios puntos de vista morales, es necesario que la ley limite la punición únicamente frente a los comportamientos que en concreto sean ofensivos respecto a los otros, garantizando

por lo demás una esfera intangible de libertad.

15

Ao princípio da lesividade, vocacionado à limitação do poder estatal, só pode interessar aquilo que Luís Greco chamou de *conceito político-criminal* de bem jurídico, isto é, um conceito de bem jurídico capaz de estabelecer balizas obrigatórias para o processo de criminalização primária. O *conceito dogmático* de bem jurídico – segundo o qual qualquer dado protegido pela lei penal pode ser considerado bem jurídico – é inócuo para a limitação do poder de criminalização do legislador, por deixar totalmente à disposição do arbítrio legislativo aquilo que pode ou não ser objeto de proteção penal (GRECO, 2004, p. 92-93).

16

Em Beccaria, já encontramos a ideia de que a “verdadeira medida dos delitos é o dano causado à sociedade” (BECCARIA, 2015, p. 74). Já a concepção de crime como lesão a direito subjetivo surge, segundo Regis Prado, com a escola clássica e encontra-se em Feuerbach e Carrara (PRADO, 2003, p. 29-31).

17

Na tradução espanhola: una acción contraria al derecho del otro, conminada en una ley penal.

18

Na tradução espanhola: la capacidad de ser exteriormente reconocible, puesto que sólo una acción externa puede lesionar un derecho.

19

É o que destaca também Roxin: “Tampouco a teoria do bem jurídico, como o demonstrou já há décadas *Amelung*, foi desenvolvida com o objetivo de impor limites ao poder de punir do Estado. Com a crítica à teoria de *Feuerbach*, segundo a qual o delito era uma ‘lesão a direito subjetivo’, queria *Birnbaum* precisamente justificar a punibilidade dos delitos contra a religião e contra a moralidade” (ROXIN, 2016, p. 238-239). Ainda segundo Roxin, o conceito de bem jurídico só se tornou relevante como critério de contenção do poder punitivo estatal depois da Segunda Guerra Mundial (ROXIN, 2016, p. 239): “a verdadeira história dogmática do conceito de bem jurídico crítico à legislação começa, portanto, na época posterior à Segunda Guerra” (ROXIN, 2016, p. 239).

20

Ferrajoli fala da “parábola involutiva” do conceito de bem jurídico para se referir a essa tendência de retirar do conceito de bem jurídico o seu potencial liberal de imunização contra a arbitrariedade estatal (FERRAJOLI, 2014, p. 429-431). A manipulação semântica do conceito de bem jurídico (o aumento de abstração e de espiritualização de sua conotação), recurso utilizado historicamente por alguns regimes totalitários, pode chegar ao ponto de permitir que se inclua em seu cerne tudo o que se desejar. Isso não pode ser confundido, entretanto, com aquela ampliação conceitual provocada pelo aumento (legítimo) daquilo que pode ser referido como bem jurídico. A tendência expansionista do direito penal em nossa época, como bem diagnosticada por Silva Sanchez, tem, entre outras causas, o razoável reconhecimento de novos bens jurídicos merecedores de tutela penal, seja pela revalorização de interesses preexistentes, como é o caso do meio ambiente, seja pelo surgimento de novos interesses, como é caso da proteção de dados em sistemas informatizados (SANCHEZ, 2002, p. 27-28; VIANNA, 2003; VIANNA; MACHADO, 2013). Para uma notícia histórica da evolução dogmática do conceito de bem jurídico, ver Luiz Regis Prado e Sheila Jorge Selim de Sales (PRADO, 2003, p. 27-44; SALES, 2005, p. 114-127).

21

Esse tem sido, aliás, o fundamento para a crítica de que um conceito político-criminal de bem jurídico possui pouca fecundidade garantista. Por todos, ver Frisch, que considera o conceito de bem jurídico vago, amplo e relativo, com escassa capacidade para limitar a atuação do legislador penal (FRISCH, 2007, p. 311-315).

22

Um estudo mais completo dessa relação entre bem jurídico e Constituição pode ser encontrado no já citado trabalho de Luiz Regis Prado (PRADO, 2003).

23

O art. 5º da Constituição assim dispõe: “XLII – a prática do racismo constitui *crime* inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII – a lei considerará *crimes* inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV – constitui *crime* inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático” (BRASIL, 1988, grifamos).

24

Contra, defendendo a existência de uma *obrigação constitucional implícita de criminalizar* ao lado dos comandos de criminalização expressos na Constituição, ver Lenio Streck (STRECK, 2007).

Para os autores, a possibilidade de conversão da concepção liberal de bem jurídico em uma justificação para a expansão desarrazoada do direito penal constituiria uma razão suficiente para “repudiar a ideia de *bem jurídico tutelado*, que não passa de uma inversão extensiva racionalizante do *conceito limitador de bem jurídico afetado*, proveniente do racionalismo, e só resta manter este último como expressão dogmática do princípio da lesividade” (ZAFFARONI et al., 2006, p. 228).

Em sua crítica à modernização do direito penal, Hassemer afirmou que “a proteção dos bens jurídicos no moderno Direito Penal torna-se de um critério negativo em um critério positivo de criminalização. O que para o Direito Penal clássico era formulado como uma crítica ao legislador, que não podia invocar a proteção de um bem jurídico, torna-se daqui em diante um desafio para ele colocar determinados modos de conduta sob uma pena. Com isto modifica-se, de modo subreptício, integralmente, o princípio da proteção dos bens jurídicos em sua função. (...) O princípio da proteção dos bens jurídicos transforma-se de uma proibição limitada de punição em uma ordem de punição, de um critério negativo em um critério positivo de autêntica criminalização” (HASSEMER, 2003, p. 148). Essa mesma crítica aparece também em outro texto do autor (HASSEMER, 1989, p. 277-279).

A esquematização de Nilo Batista coincide substancialmente com a de Ferrajoli, que sustenta, como corolário do princípio da lesividade, a licitude “dos atos internos, daqueles contra si mesmo ou contra a religião e, em geral, dos comportamentos não lesivos, situados, todos eles, na esfera de liberdade de todos e de cada um”. Na tradução espanhola: De ello proviene la licitud de los actos internos, de aquellos contra sí mismo o contra la religión y, en general, de los comportamientos no lesivos, que entran todos en la esfera de libertad de todos y cada uno (FERRAJOLI, 2012, p. 109).

Deve-se observar que, na obra consultada, Nilo Batista não descreve o princípio da materialidade da ação como um princípio autônomo, parecendo tratar dele no âmbito da lesividade – como um pressuposto dela, já que somente uma ação externa pode produzir um resultado lesivo (BATISTA, 2007).

No mesmo sentido, o princípio da insignificância é visto por Zaffaroni et al. exatamente como um caso de “defecção da alteridade”, isto é, a insignificância da lesão representa a perda da referência ao outro que é exigida pelo princípio da lesividade (ZAFFARONI et al., 2006, p. 228).

No original: He cannot rightfully be compelled to do or forbear because it will be better for him to do so, because it will make him happier, because, in the opinions of others, to do so would be wise, or even right. These are good reasons for remonstrating with him, or reasoning with him, or persuading him, or entreating him, but not for compelling him, or visiting him with any evil in case he do otherwise. To justify that, the conduct from which it is desired to deter him, must be calculated to produce evil to some one else. The only part of the conduct of any one, for which he is amenable to society, is that which concerns others. In the part which merely concerns himself, his independence is, of right, absolute. Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign.

No original: It is always a good and relevant (...) reason in support of a criminal prohibition that it will prevent harm (physical, psychological, or economic) to the actor himself.

No original: Legal paternalism is the theory or principle that recognizes the need to prevent self-inflicted harm as a legitimizing reason for coercive legislation.

Isso não significa, contudo, que não existam situações em que se pode considerar razoável a proteção estatal da pessoa “contra ela mesma”: há casos em que a intervenção destina-se, na verdade, a proteger a pessoa contra a interferência de fatores externos sobre a sua vontade. É possível que alguém aceite uma situação autolesiva em virtude de fatores que comprometem a sua liberdade de decisão (autonomia). Nesses casos, seria admissível o que Feinberg denominou paternalismo leve ou brando (*soft paternalism*) (FEINBERG, 1986, p. 12-16), o qual autoriza a proteção da pessoa contra “escolhas involuntárias” (*nonvoluntary choices*), que “não sendo uma escolha genuína de absolutamente ninguém, não é menos estranha para ela” (FEINBERG, 1986, p. 12). No original: being the genuine choices of no one at all, are no less foreign to him. Essa construção justifica, por exemplo, a proteção dos menores e das pessoas com desordem mental.

No original: wherever there is an ascendant class, a large portion of the morality of the country emanates from its class interests (...).

Exemplos de criminalizações simultaneamente moralizantes e paternalistas – mas, em todo caso, sem referência a um bem jurídico legítimo – podem ser encontradas nas normas penais sobre comportamentos sexuais no Brasil. Alguns exemplos são mencionados em RABELO, 2010, p. 17.

A Convenção Americana de Direitos Humanos foi promulgada no Brasil pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 466.343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, reconheceu que o Pacto de São José da Costa Rica, embora não tenha *status* constitucional, possui *hierarquia supralegal*, com eficácia derogatória de todas as leis infraconstitucionais a ele contrárias (BRASIL, 2009). A proteção da privacidade no sistema regional de direitos humanos possui, assim, força normativa suficiente para limitar a atuação do legislador infraconstitucional em nosso país.

Nesse texto, os autores concebem, de forma pioneira, o “direito à privacidade” (*right to privacy*) como um direito autônomo em relação ao direito de propriedade (VIANNA, 2007, p. 107-109).

Costa Jr. trabalhou bem essa concepção de privacidade e fez referência direta ao texto de Warren e Brandeis como momento crucial da doutrina do direito de estar só (COSTA JR., 1970, p. 9-10). Ferraz Jr., por seu turno, destacou três atributos que, a seu ver, estão especialmente ligados à privacidade: i) a solidão, que expressa o direito fundamental de estar só; ii) o segredo, que impõe o sigilo sobre informações inerentes à intimidade e à privacidade; e iii) a autonomia, que expressa a liberdade que cada um possui de “decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações” (FERRAZ JR., 1993, p. 442).

Como se afirmou em outra oportunidade: “Warren e Brandeis, impressionados com os abusos de publicações de fotografias não autorizadas pelos jornais, enfatizaram a tutela do direito à não publicação de registros pessoais” (VIANNA, 2007, p. 108).

O direito à privacidade não deve, portanto, ser compreendido como mera proteção de um interesse privado, mas como um valoroso instrumento jurídico de contenção do poder no Estado Democrático de Direito (VIANNA, 2007, p. 114-116). Ao assegurar à pessoa o direito de não ser

monitorada, de não ser registrada e de não ter seus registros divulgados sem o seu consentimento, o direito à privacidade funciona como um instrumento jurídico fundamental de limitação do poder na atual sociedade de controle.

41

No original: the right to privacy now protected the freedom to engage in certain activities without governmental restriction.

42

A nova concepção de privacidade aparece também no caso *Thornburgh v. American College of Obstetricians & Gynecologists* (USA, 1986).

43

No original: The Constitution does not confer a fundamental right upon homosexuals to engage in sodomy.

44

No original: The fact that the governing majority in a State has traditionally viewed a particular practice as imoral is not a sufficient reason for upholding a law prohibiting the practice.

45

No original: Bowers was not correct when it was decided, and it is not correct today. It ought not to remain binding precedent. Bowers v. Hardwick should be and now is overruled.

46

No original: the Supreme Court closed the circle around the right of privacy. Now, consenting adults could engage in sexual conduct without interference or control by the State. Whether married or unmarried, hetero- or homosexual, the guarantee of liberty under the Fourteenth Amendment provided an umbrella under which they could pursue their relationships in the manner of their choice.

47

No original: Today, the right to privacy means the right to be free from government interference

in those intimate matters that are essential to the enjoyment of life and freedom.

48

Entre os direitos fundamentais mencionados pelos autores encontram-se: “a livre manifestação do pensamento, a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, a proibição de qualquer privação de direitos em razão de convicção filosófica ou política, a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, e ainda *a inviolabilidade da intimidade e da vida privada*, garantidas pela Constituição da República (art. 5º incs. IV, VI, VIII, IX e X)” (ZAFFARONI et al., 2006, p. 225, grifamos).

49

Sobre a existência, no sistema constitucional brasileiro, de um “direito geral de liberdade”, expresso textualmente no art. 5º, *caput*, da Constituição de 1988, conferir Daniel Sarmiento (SARMENTO, 2016, p. 159-162).

50

Deve-se esclarecer que o termo “existencial” aparece no texto apenas para contrastar com a dimensão *patrimonial* da autonomia privada (liberdade negocial e livre-iniciativa). Vale dizer, o uso da palavra “existencial” no texto não representa um compromisso teórico dos autores com doutrinas filosóficas de cariz existencialista.

51

Ainda segundo o autor, “a proteção à autonomia privada decorrente da Constituição de 88 é heterogênea: mais forte, quando estão em jogo as dimensões existenciais da vida humana; menos intensa, quando se trata de relações de caráter exclusivamente patrimonial” (SARMENTO, 2004, p. 214).

52

Ao lado da autonomia, o autor elenca como constituintes essenciais da dignidade da pessoa humana no Brasil o valor intrínseco da pessoa, o mínimo existencial e o reconhecimento (SARMENTO, 2016, p. 93).