

## Sumário

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

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

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

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

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

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

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