

TATIANA BADARÓ

TEORIA DA CRIMINALIZAÇÃO  
Fundamentos e limites da criminalização legítima  
em um Estado liberal

 Marcial  
Pons

MADRI · BARCELONA | BUENOS AIRES · SÃO PAULO

*Coleção*

Direito Penal e Criminologia

*Direção*

Íñigo Ortiz de Urbina | Ramon Ragués | Luís Greco

*Conselho Científico Editorial*

Manuel ATIENZA | Carlos BERNAL | Mauro BUSSANI | Jordi FERRER

José María Serna de la GARZA | Luís GRECO | Daniel González LAGIER | Raúl LETELIER

Judith MARTINS-COSTA | Daniel MITIDIERO | José Juan MORESO | Juliana NEUINSCHWANDER

Jordi NIEVA | Eduardo OTEIZA | Ángel Luis Prieto de PAULA | Ramón RAGUÉS

Claudia ROESLER | María SALVADOR | José María Rodríguez de SANTIAGO | Adrian SGARBI

Virgílio Afonso da SILVA | Carlos Ari SUNDFELD | Michele TARUFFO | Íñigo Ortiz de URBINA

*Teoria da criminalização*

*Fundamentos e limites da criminalização legítima em um Estado liberal*

Tatiana Badaró

Todos os direitos reservados.

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo - Lei 9.610/1998.

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

**(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

---

23 166549

Badaró, Tatiana

Teoria da criminalização : fundamentos e limites da criminalização legítima em um Estado liberal / Tatiana Badaró. – 1. ed. Rio de Janeiro, RJ : Marcial Pons, 2023. -- (Coleção direito penal e criminologia)

Bibliografia.

ISBN 978-65-85108-14-0

1. Crime Aspectos sociais 2. Criminalização 3. Direito penal 4. Legitimidade (Direito) I. Título. II. Série.

---

CDU – 343.232

**Índices para catálogo sistemático:**

1. Crimes : Direito penal 343.232

Tábata Alves da Silva Bibliotecária CRB-8/9253

© Tatiana Badaró

© MARCIAL PONS BRASIL LTDA.

www.marcialpons.com.br

Impresso no Brasil

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	13
1. O <i>HARM PRINCIPLE</i> NA FILOSOFIA MORAL ANGLO-AMERICANA .....	19
1.1. O <i>liberty principle</i> de John Stuart Mill.....	20
1.2. O debate entre H. L. A. Hart e Lord Patrick Devlin .....	25
1.3. O <i>harm principle</i> perfeccionista de Joseph Raz.....	32
1.4. O <i>harm principle</i> nos tribunais anglo-americanos e a constitucionalização do princípio.....	35
1.5. A reformulação do <i>harm principle</i> em Feinberg .....	41
1.5.1. A presunção em favor da liberdade e os princípios da criminalização .....	42
1.5.2. Definições importantes para a compreensão do <i>harm principle</i> em Feinberg .....	46
1.5.2.1. Dano ( <i>harm</i> ).....	47
1.5.2.2. Interesse ( <i>interest</i> ).....	53
1.5.2.3. Injusto ( <i>wrong</i> ).....	62
1.5.3. Algumas aplicações práticas do <i>harm principle</i> .....	73
1.5.3.1. Dano contra os mortos .....	73
1.5.3.2. Dano contra aquele que ainda não nasceu .....	78
1.5.3.3. A existência como dano: <i>wrongful life</i> e o bebê de Parfit.....	84

1.5.3.4. Dano na omissão .....	90
1.6. Conclusão parcial.....	98
2. <i>HARM PRINCIPLE</i> E TEORIA DO BEM JURÍDICO .....	103
2.1. A crise da teoria do bem jurídico .....	104
2.2. O que <i>harm principle</i> e teoria do bem jurídico têm (ou não) em comum e como poderiam se relacionar .....	108
2.2.1. Vantagens do <i>harm principle</i> em relação à teoria do bem jurídico .....	115
2.2.2. Comparando a aplicação do <i>harm principle</i> e da teoria do bem jurídico: o crime de incesto .....	121
2.3. <i>Harm principle</i> , bem jurídico e teoria da criminalização .....	127
2.3.1. Legitimidade democrática e constitucional.....	133
2.3.2. Bem jurídico e os princípios da criminalização.....	136
2.4. Conclusão parcial.....	138
3. O COLAPSO DO <i>HARM PRINCIPLE</i> .....	141
3.1. A crítica criminológica .....	141
3.2. As críticas dogmáticas .....	144
3.2.1. Danos remotos .....	144
3.2.2. Injustos não danosos .....	146
3.2.3. Legislação penal superinclusiva.....	153
3.2.4. Crimes <i>mala prohibita</i> .....	160
3.3. Alternativas ao <i>harm principle</i> .....	166
3.3.1. O princípio da soberania de Ripstein .....	166
3.3.2. O princípio da autonomia de Dubber .....	169
3.3.3. O princípio da dignidade de Dan-Cohen .....	172
3.4. Conclusão parcial.....	178
4. LIMITES À CRIMINALIZAÇÃO DE DANOS REMOTOS .....	181
4.1. Crimes referidos a danos remotos.....	183
4.2. As máximas de mediação em Feinberg.....	188
4.2.1. <i>Volenti non fit injuria</i> .....	190

4.2.2. <i>De minimis non curat lex</i> .....	192
4.2.3. Magnitude e probabilidade do dano.....	194
4.2.4. Utilidade ou valor social do risco .....	196
4.2.5. O balanceamento de interesses.....	197
4.2.6. A preponderância do interesse pessoal sobre o interesse externo .....	198
4.2.7. Análise crítica .....	201
4.3. Danos remotos: estudo de casos .....	202
4.3.1. Danos por agregação .....	203
4.3.2. Danos por acumulação .....	208
4.3.3. Danos por imitação .....	210
4.4. Em busca de critérios para limitar a criminalização de danos remotos.....	213
4.4.1. Os limites aos delitos de prevenção de riscos em Husak	213
4.4.2. Os critérios de imputação justa ( <i>fair imputation</i> ) em Von Hirsch/Simester .....	217
4.4.2.1. Implicação normativa .....	219
4.4.2.2. Dever de cooperação limitado pela justa distribui- ção de responsabilidades .....	223
4.4.2.3. Análise crítica.....	225
4.4.3. Conclusão intermediária.....	229
4.5. O requisito da injustiça ( <i>wrongfulness constraint</i> ).....	230
4.5.1. Reconstruindo o conceito de injusto ( <i>wrong</i> ).....	233
4.5.2. Conteúdo de injusto nos danos diretos e remotos .....	238
4.5.3. O requisito da injustiça torna o requisito do dano dispen- sável? .....	244
4.6. Conclusão parcial.....	246
5. CRIMINALIZAÇÃO PARA ALÉM DO HARM PRINCIPLE.....	249
5.1. Princípio da ofensa ( <i>offense principle</i> ) .....	250
5.1.1. Diferenciação entre dano e ofensa .....	251
5.1.2. Caráter injusto da conduta ofensiva .....	256

5.1.3. Máximas de mediação do princípio da ofensa .....	265
5.1.3.1. O balanceamento entre a gravidade da ofensa e a razoabilidade da conduta ofensiva .....	265
5.1.3.2. Os critérios de aplicação em Von Hirsch/Simester .....	271
5.1.4. O lugar do princípio da ofensa na teoria da criminalização .....	276
5.1.5. Algumas aplicações do princípio da ofensa .....	283
5.2. Paternalismo penal .....	296
5.2.1. Tipos de paternalismo .....	299
5.2.1.1. Paternalismo direto/indireto .....	300
5.2.1.2. Paternalismo rígido/suave .....	304
5.2.2. Autonomia, soberania e domínio pessoal .....	309
5.2.2.1. Conceituando autonomia .....	309
5.2.2.2. Delimitando o domínio pessoal .....	311
5.2.2.3. O contraexemplo da escravidão voluntária .....	316
5.2.2.4. Dignidade humana como limite à autonomia?.....	325
5.2.3. Voluntariedade, consentimento do ofendido e conteúdo de injusto .....	330
5.2.3.1. Voluntariedade como grandeza variável.....	335
5.2.3.2. Fatores de redução da voluntariedade .....	342
5.2.4. A estratégia do paternalismo suave na prática .....	358
5.3. Moralismo penal .....	368
5.3.1. Versões clássicas do moralismo penal .....	373
5.3.1.1. Conservadorismo moral, moralismo estrito e per- feccionismo moral .....	374
5.3.1.2. O contraexemplo da batalha de gladiadores de Kristol .....	383
5.3.2. Um moralismo penal liberal? .....	388
5.3.2.1. O princípio do injusto moral de Moore .....	389
5.3.2.2. O princípio do injusto público de Duff .....	400

5.3.3. O princípio da exploração ( <i>exploitation principle</i> ) .....	406
5.3.3.1. O que é exploração e o que há de errado em explorar alguém.....	407
5.3.3.2. Os elementos da exploração injusta .....	412
5.3.4. Criminalizando injustiças: proibições fundadas no con- teúdo de injusto .....	421
5.3.4.1. Criminalizando violações de autonomia .....	422
5.3.4.2. Criminalizando explorações injustas .....	428
5.4. Conclusões parciais .....	443
CONCLUSÕES.....	445
REFERÊNCIAS .....	457