

DO DANO COMO ELEMENTO DO INJUSTO PENAL:

RAÍZES EM JOHN STUART MILL

Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça

Objetivamos com o presente artigo demonstrar a importância de John Stuart Mill para a formulação do conceito de injusto penal¹ e para a construção dos alicerces de um direito penal de fato em detrimento a um direito penal de autor.

Veremos que Stuart Mill tratou do dano como um critério para limitar e legitimar a interferência do estado nos direitos individuais dos cidadãos. Veremos, também, demonstrando a influência do pensamento de Stuart Mill, que o dano desempenha, na estrutura do injusto penal, o mesmo papel de restrição e legitimação do direito de punir. Para essa análise, trabalharemos com a obra: Ensaio Sobre a Liberdade.

Stuart Mill traz, já no início de sua obra, uma definição de liberdade que, para os nossos dias, pode ser primária ou incompleta, mas nos serve muito bem de ponto de partida. Afirma o filósofo que a liberdade consiste nos limites impostos “ao poder que ao governante se toleraria exercesse sobre a comunidade”². Essa limitação se fazia pelo reconhecimento da intangibilidade das liberdades ou direitos políticos e pelo estabelecimento de “freios constitucionais, pelos quais o consentimento da comunidade, ou de algum corpo que se supunha representar os interesses da mesma, se torna condição necessária para alguns dos mais importantes atos do poder dominante.”³

Chegou-se, nos dizeres de Mill, a um tempo em que não fazia mais qualquer sentido a existência de governantes com interesses opostos aos interesses do povo⁴. Seria necessária a criação de governantes que fossem identificados com o povo. “A nação não careceria de se proteger contra a própria vontade.”⁵ Nesse contexto, como noticia Mill, pensadores que exigiam “algum limite ao que um

¹ O injusto penal é composto do tipo somado a ilicitude. O injusto penal consiste na conduta típica, comissiva ou omissiva, que não foi acobertada por uma causa de exclusão da ilicitude.

² MILL, Jhon Stuart. Ensaio sobre a Liberdade. Disponível em “[http:// leandromarshall. files. wordpress. com / 2012/05/mill-john-stuart-ensaio-sobre-a-liberdade.pdf](http://leandromarshall.files.wordpress.com/2012/05/mill-john-stuart-ensaio-sobre-a-liberdade.pdf)”. Acesso em 03.06.2013”. Acesso em 03.06.2013p. 22

³ MILL, J.S. Op. Cit. p. 22-23

⁴ MILL, J.S. Op. Cit. p. 24

⁵ MILL, J.S. Op. Cit. p. 24

governo legítimo faça” eram brilhantes exceções entre seus pares da Europa continental.⁶

Mill parece prever a complexidade e a heterogeneidade de nossa sociedade contemporânea. É exatamente os elementos heterogeneidade e complexidade que tornam ainda mais evidente a necessidade, mesmo diante de um governo democrático, de estabelecer limites ao exercício do poder. “O povo que exerce o poder não é sempre o mesmo povo sobre quem o poder é exercido, e o falado *self-government*” não é o governo de cada qual por si mesmo, mas o de cada qual por todo resto”⁷. É preciso então estabelecer critérios para que se impeça a formação da tirania de uma maioria. Mill preocupa-se, então, com a opressão do indivíduo frente à tendência da opinião majoritária a suprimir os indivíduos que com ela não se harmonizam⁸.

O ponto central então é “como fazer o ajustamento apropriado entre a independência individual e o controle social.”⁹ O próprio Mill afirma, em sua época, que este era um assunto sobre o qual nada tinha sido feito. É razoável, pois, até então, que a preocupação era eliminar ou restringir o poder do monarca absolutista, substituindo-o ou condicionando seu poder aos representantes do povo, em última análise, à vontade popular.

Mill afirma que na Inglaterra “há considerável hostilidade à interferência direta do poder legislativo ou executivo na conduta privada”. Atribui tal fato não tanto à “justa preocupação pela independência individual, quanto por força do hábito, ainda subsistente, de encarar o governo como representante de um interesse oposto ao público.”¹⁰ Esse é, na visão do autor, fator que limita a interferência do estado na esfera das liberdades individuais. Mill afirma não haver, até então, “um princípio aceito pelo qual a propriedade ou impropriedade da interferência governamental seja habitualmente julgada.”¹¹ É exatamente sobre este ponto que o filósofo pretende trabalhar em seu “Ensaio sobre a Liberdade”.

Mill afirma que a chave para orientar as possibilidades legítimas de intervenção do estado na vida do indivíduo está no princípio do dano. O único

⁶ MILL, J.S. Op. Cit. p.24

⁷ MILL, J.S. Op. Cit. p.25

⁸ Nesse particular, a atualidade do pensamento de Stuart Mill mostra-se muito evidente. Os fundamentos de sua colocação permeiam a recente discussão acerca da possibilidade da união estável e casamento de casais homoafetivos.

⁹ MILL, J.S. Op. Cit. p. 27

¹⁰ MILL, J.S. Op. Cit. p.32

¹¹ MILL, J.S. Op. Cit. p.32-33

propósito com o qual se legitima o exercício do poder sobre algum membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade, é impedir dano a outrem”¹².

Vale registrar que Mill afirma que a ideia de dano deve vir ligada à noção de alteridade. Significa dizer: não há de ter imputado o dano causado pelo indivíduo a ele mesmo. Do contrário, negar-se-ia o princípio da autonomia individual. Ninguém pode impor sua concepção de “boa vida” a quem quer que seja.

A ideia de dano permeia completamente a noção de injusto penal¹³. A conformação do injusto penal à ideia de dano veio de forma gradativa. Pode ser verificada no conceito de ilicitude e tipicidade material. Em outras palavras, o princípio da lesividade informou, em um primeiro momento, o conceito de ilicitude material. Serve como freio ao legislador ordinário quando do ato de tipificação. A conduta tipificada deve contrariar direito que tenha significância constitucional a justificar a imposição de uma pena privativa de liberdade¹⁴. Mostra-se carente de ilicitude material a tipificação de uma conduta que não implique, nem ao mesmos em tese, lesão a bem jurídico socialmente relevante e que não possa ser enfrentada adequadamente por meios extrapenais¹⁵. Tratemos de dois exemplos que tornam a questão mais clara:

O art. 227 do código penal assim dispõe: “Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem: Pena - reclusão, de um a três anos”. Este tipo penal, embora esteja no título referente aos crimes contra a dignidade sexual, não nos parece lesar qualquer bem jurídico. Qual é o dano existente na conduta de um maior induzir outro maior a satisfazer a lascívia de um terceiro também maior? Parece-nos que a

¹² MILL, J.S. Op. Cit. p.33-34.

¹³ Denominamos injusto penal a junção do tipo e da ilicitude. Trata-se da conduta típica que não foi colhida por uma causa de exclusão da ilicitude do fato, qual seja: legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito, estrito cumprimento do dever legal.

¹⁴ “A ilicitude penal é sempre estabelecida pelo legislador em tipos de ação ou omissão, de sorte que estas correspondem a uma conduta a que a ordem jurídica atribui relevância, por julgá-la o legislador ofensiva a determinados valores da vida social” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: Parte Geral. 16ª Ed. Atualizador Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense. 2004. p.189). Ainda sobre a ilicitude material: “Se a antijuridicidade pode ser reconhecida como algo socialmente danoso, fora e independentemente da lei, primeiro se reconhecerá que esse conceito material serve para restringir a antijuridicidade formal, e, depois, ele será usado para entendê-la.” (RAUL ZAFFARONI, Eugênio; Pierangeli, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p.568/569)

¹⁵ “Una acción es formalmente antijurídica en la medida en que contraviene una prohibición o mandato legal; y es materialmente antijurídica en la medida en que en ella se plasma una lesión de bienes jurídicos social-mente nociva y que no se puede combatir suficientemente con medios extra-penales” (ROXIN, Claus. **Derecho Penal** – Parte General. Tomo I Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Ed. Civitas, 1997. p.558)

questão é meramente moral e o tipo referido é carente de ilicitude material. Em última análise, não se verifica na tipificação em abstrato, a danosidade exigida por Stuart Mill para legitimar o estado a interferir nos direitos individuais do autor da figura típica.

É possível também que a conduta ofenda um objeto jurídico. Todavia, verifica-se que a lesão ao bem jurídico penalmente tutelado pode ser tratada de forma adequada e, ainda assim, menos lesiva ao indivíduo por outro ramo do ordenamento jurídico.

Vejam os crime de desobediência. Trata-se de um delito previsto no art. 330 do código penal. Sua prática viola o bem jurídico administração pública. Todavia, quando há previsão de uma sanção civil ou administrativa para a ação de desobedecer a ordem legal de funcionário público, o crime de desobediência não se configura. Deixar de responder a ordem de um guarda de trânsito para parar seu veículo não é crime de desobediência porque já há previsão de sanção administrativa que pune adequadamente este ilícito com menos prejuízo ao indivíduo.

No tipo material, a análise do dano sai do campo abstrato, restrito às tipificações de condutas delitivas e vem para o concreto. Mesmo que um bem jurídico seja, em tese, digno de proteção penal, ainda assim é necessário demonstrar a danosidade da conduta concretamente¹⁶.

Tratemos primeiro de um crime de dano. Ninguém duvida que o patrimônio é digno de proteção penal. Todavia, é necessário demonstrar que a conduta objetiva e subjetivamente típica lesou, de forma significativa, o bem jurídico penalmente tutelado. Do contrário, não haveria legitimidade no ato de impor pena criminal. Não consiste crime de furto a conduta de subtrair para si coisa alheia móvel consistente em uma galinha. Isso porque o valor do ser movente não representaria uma lesão significativa ao bem jurídico penalmente tutelado. A ideia Stuart Mill de eleger o critério da danosidade como elemento a legitimar a interferência do estado na vida do indivíduo parece evidenciar-se mais uma vez de forma clara¹⁷.

¹⁶ "O bem jurídico, enquanto elemento central do injusto, tem especial importância na construção de um direito penal centrado na pessoa humana, um direito penal garantista, em que só é possível falar-se em direito à medida que ocorre a lesão ou perigo de lesão de um bem jurídico" (COELHO, Yuri Carneiro. Bem Jurídico-Penal. Belo Horizonte. Mandamentos. 2003. p.118/119)

¹⁷ "Sem o dano ou a probabilidade do dano, que é o perigo, a conduta não tem relevância jurídico-penal, em face do nosso direito positivo. Tanto que não se pune o crime impossível (art. 17 do CP) nem o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio para a prática de crime que não chega sequer

Trataremos, neste segundo momento, dos crimes de perigo. Trata-se das figuras típicas que se contentam, para a consumação, com a exposição do bem jurídico penalmente tutelado a risco de dano. Também nesses casos, há de se fazer a análise da lesividade, agora em potência. Nosso Tribunais já reconheceram, embora essa não seja a posição do Supremo Tribunal Federal, a aplicação do princípio da insignificância para o crime de uso de substância entorpecente (art. 28 da Lei 11.343/06)¹⁸. Reconhecem tal situação quando a quantidade de droga portada para uso próprio for em quantidade tão ínfima que não expuser a riscos mínimos o bem jurídico saúde pública.

Parece claro que o conceito de dano é nuclear para a compreensão e interpretação do injusto penal. É a análise do dano, ou perigo de dano ao bem jurídico que confere, em uma clara ligação com o pensamento de Stuart Mill, legitimidade para a ameaça ou efetiva imposição de pena privativa de liberdade a um indivíduo.

O elemento “dano”, posto de forma central na estrutura do injusto, ainda faz com que nosso direito criminal tenda de forma substancial para um modelo de direito penal de fato em detrimento ao nefasto direito penal de autor.

a ser tentado (art. 31 do CP), sendo que o art. 13 faz depender a existência do crime da ocorrência do resultado” (LOPES, Jair Leonardo. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. P.131)

¹⁸ STJ: HC 21.672/RJ. Rel Ministro FONTES DE ALENCAR. DJ 13/10/2003 p. 450

BIBLIOGRAFIA

COELHO, Yuri Carneiro. Bem Jurídico-Penal. Belo Horizonte. Mandamentos. 2003.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: Parte Geral. 16^a Ed. Atualizador Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense. 2004

LOPES, Jair Leonardo. Curso de Direito Penal: Parte Geral. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999

MILL, Jhon Stuart. Ensaio sobre a liberdade. Disponível em “[http:// leandromarshall.files.wordpress.com / 2012/05/mill-john-stuart-ensaio-sobre-a-liberdade.pdf](http://leandromarshall.files.wordpress.com/2012/05/mill-john-stuart-ensaio-sobre-a-liberdade.pdf)”. Acesso em 03.06.2013.

RAUL ZAFFARONI, Eugênio; Pierangeli, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 4^a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002. p.568/569)

ROXIN, Claus. **Derecho Penal** – Parte Geberal. Tomo I Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Ed. Civitas,1997