

UMA LEITURA UTILITARISTA DO DIREITO PENAL MÍNIMO¹

João Paulo Orsini Martinelli²

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo fazer uma leitura utilitarista do direito penal mínimo e demonstrar que a utilidade da norma deve resultar na maior proteção do bem jurídico com a menor restrição da liberdade individual. Considerando como suas principais funções a limitação do poder punitivo do Estado e a proteção de bens jurídico-penais, antes de ser punitivo, o direito penal é instrumento de garantias do cidadão. A filosofia utilitarista é importante para a análise crítica da lei penal a partir do momento em que é classificada como racionalista. Os utilitaristas adotam o princípio da utilidade, segundo o qual o prazer e a ausência de dor são, de fato, desejados por todos os seres humanos e cada pessoa busca seu próprio prazer. Racionalismo é o método de pensamento que independe de experiências para se chegar a uma conclusão, pois o raciocínio lógico de uma ideia é o meio para atingir uma conclusão. O direito penal, enquanto ciência normativa, não pode depender do empirismo: trabalha com normas e restrito a elas deve ficar para que suas conclusões sejam jurídicas. Para o utilitarismo, a essência de um comportamento é o resultado produzido. Uma conduta é avaliada por sua utilidade, isto é, seu saldo final. O utilitarista faz o cálculo de tudo que está envolvido num comportamento e para valorá-lo conforme seu saldo. O raciocínio utilitarista busca a conduta a ser evitada pelo direito penal com o fim de criminalizá-la.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Penal; Utilitarismo; intervenção mínima

ABSTRACT

The current study intends to develop an utilitarian approach to the idea of a minimalistic penal law and to demonstrate that the utility of the norm must lead to a greater protection of the legal good with a minimal restriction of individual freedom. Considering that penal law's main functions are the limitation of state's punitive power and the protection of legal goods, it is asserted that penal is rather an instrument to guarantee citizens rights and not a punitive order. Utilitarian philosophy is important to a critical assessment of penal law insofar it is considered rationalist. Utilitarian theorists adopt the principle of utility, according to which pleasure and absence of pain are in fact pursued by all human beings, insofar each person seeks her own pleasure. Rationalism is a method that does not depend on experience to reach conclusions, for the logical reasoning implicit in an idea is the

¹ Artigo originado de pesquisa de doutoramento realizada na University of California, Davis, em 2009, que forma parte da tese defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2010

² Advogado criminalista; Doutor e Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP; Pesquisador visitante na University of California (UC Davis, EUA), pós-graduado em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Espanha), Especialista em estudos criminais pelo International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences (Itália), Pós-Doutor em Direito Humanos (Universidade de Coimbra).

means to reach a conclusion. Penal law, as a normative science, cannot depend on empirical evidences: it handles norms and it must be confined to these norms in order its conclusions are legal. According to utilitarianism, the essence of a behaviour is the achieved result. Behaviour is assessed by its utility, that is to say, its final balance. Utilitarianisms estimates every aspects involved in Behaviour in order to assess it according to the final balance. Utilitarian reasoning tries to find the behaviour that penal law should avoid by means of criminalizing it.

KEY-WORDS

Penal Law; Utilitarianism; minimal intervention

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo fazer uma leitura utilitarista do direito penal mínimo e demonstrar que a utilidade da norma deve resultar na maior proteção do bem jurídico com a menor restrição da liberdade individual. Considerando como suas principais funções a limitação do poder punitivo do Estado e a proteção de bens jurídico-penais,³ antes de ser punitivo, o direito penal é instrumento de garantias do cidadão. Portanto, a lei penal restringe, simultaneamente, a liberdade das pessoas, ao proibir certas condutas, e o poder de punir do Estado, alinhando as normas ao Estado democrático de Direito na busca de um equilíbrio da proteção de interesses fundamentais da sociedade e o máximo de liberdade dos cidadãos.⁴

A filosofia utilitarista é importante para a análise crítica da lei penal a partir do momento em que é classificada como racionalista.⁵ Racionalismo é o método de pensamento que independe de experiências para se chegar a uma conclusão, pois o raciocínio lógico de uma ideia é o meio para atingir uma conclusão.⁶ Ao racionalismo se contrapõe o empirismo, que depende da observação do fenômeno para concluir algo. O empirismo é método tipicamente aplicado às ciências naturais, que dependem da

³ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal. Introducción a las bases del derecho penal*. Montevideo: Editora B de F. 2ªed. 2003 pp. 68 e ss.

⁴ GOMES, Mariangela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. pp. 155 e ss.

⁵ PLAMENATZ, John. *The English Utilitarians*. Nova Iorque (EUA): Macmillan, 1949. p. 147.

⁶ MARKIE, Peter. *Rationalism*. In: Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/rationalism-empiricism/>>. Acesso em: 20 mar. 2010.

observação e da descrição do fato. O direito penal, enquanto ciência normativa, não pode depender do empirismo: trabalha com normas e restrito a elas deve ficar para que suas conclusões sejam jurídicas.

2. FUNÇÃO DO DIREITO PENAL

O principal motivo para recorrer ao utilitarismo é sua “sinceridade” para explicar determinadas incriminações. Alguns crimes não podem ser explicados unicamente com base na tutela de bens jurídicos, pois muitos destes são indeterminados e imprecisos. Assim, a melhor (mas não legítima) explicação para certos delitos é sua utilidade: evitar que certos comportamentos sejam praticados. O direito penal é útil para proibir certos comportamentos indesejados pela sociedade ou por parcela desta, sendo muito difícil verificar seu grau de lesividade ou perigo de lesão. Somente assim justificam-se certos crimes que, aparentemente, não causam lesão direta ou cujo perigo ao bem não seja mensurável.

Para o utilitarismo, a essência de um comportamento é o resultado produzido. Uma conduta é avaliada por sua utilidade, isto é, seu saldo final. O utilitarista faz o cálculo de tudo que está envolvido num comportamento e para valorá-lo conforme seu saldo. Pode-se sintetizar a visão utilitarista do direito penal da seguinte maneira: um comportamento deve ser proibido se for indesejado pela sociedade, sendo sua lesividade mero elemento do cálculo. A existência de bem jurídico tutelado está em segundo plano, uma vez que se quer impedir comportamentos preteridos por determinada comunidade, num determinado período histórico.

O raciocínio utilitarista busca a conduta a ser evitada pelo direito penal com o fim de criminalizá-la. Se, por exemplo, o resultado a ser alcançado é uma sociedade dentro de padrões morais definidos, o utilitarista busca a proibição de condutas que entende serem imorais. Se o que se quer é uma sociedade em que todos paguem tributos para se evitar uma crise no orçamento do Estado, então criminalizam-se a supressão e a omissão de tributos. E assim por diante. A discussão sobre o bem jurídico-penal parece ser secundária aos utilitaristas.

Exemplificadamente, alguns autores liberais, como Dworkin,⁷ entendem que a autonomia pessoal pode ser protegida por meio de certas proibições a condutas autolesivas, para que o sujeito não perca sua capacidade futura de decidir por seus atos. Outros, de índole perfeccionista, como Chan⁸ e Dzur⁹, defendem a criminalização de certos comportamentos com base em critérios objetivos anteriormente estabelecidos como ideais para uma boa qualidade de vida, independentemente da autonomia e da vontade da pessoa. O foco da discussão, portanto, é o fim que se pretende atingir por meio das proibições criminais, que, necessariamente, implicam restrição à liberdade de comportamento de todos os componentes de uma sociedade.

Pode-se interpretar o fim a ser atingido pela lei penal de duas maneiras. Restritivamente, considera a proteção de bens jurídicos e a limitação ao poder punitivo do Estado; de forma ampla, a norma penal busca o bem estar de uma determinada comunidade, a convivência harmônica entre as pessoas. Em relação à primeira concepção, a dogmática vem se preocupando há tempos com a teoria do bem jurídico, buscando os requisitos para a elaboração das normas penais com foco no interesse que se pretende tutelar¹⁰. São diversas as teorias que buscam legitimar a incriminação de condutas com base no bem jurídico tutelado.¹¹ Quanto ao interesse social, ao incriminar uma conduta, o legislador precisa considerar o resultado final a ser atingido e como atingi-lo, pois existe um alto custo, que é a restrição da liberdade dos membros da sociedade.¹² Toda lesão a um interesse individual atinge seu titular (ou titulares) diretamente e outras pessoas de forma indireta. Mas o prejuízo causado indiretamente, por si só, não pode ser fundamento da reprimenda penal. Há necessidade de outros critérios de incriminação.

⁷ DWORKIN, Gerald. Paternalism: some second thoughts. In: _____ (coord.) *The Theory and Practice of Autonomy*. Cambridge (Inglaterra), Nova Iorque (EUA): Cambridge. 1988. p. 122.

⁸ CHAN, Joseph. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 29, n.º 1, 2000. pp. 07 e ss.

⁹ DZUR, Albert W. Liberal Perfectionism and Democratic Participation. *Polity*, Staten Island (EUA), vol. 30, n.º 04, 1998. pp. 674 e ss.

¹⁰ Conferir, por exemplo: GRECO, Luis, TORTIMA, Fernanda Lara (trad. e org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

¹¹ KUHL, Kristian. *Strafrecht*, allgemeiner Teil. Munique (Alemanha): Vahlen. 2005. pp. 196 e ss.

¹² MIR PUIG, Santiago. *Op. cit.* pp. 41 e ss.

3. A FILOSOFIA UTILITARISTA

As normas penais possuem certas finalidades que são determinadas conforme o que se entende por direito penal. O direito penal é instrumento de garantias e, portanto, sua finalidade é restringir o poder punitivo do Estado. Essa restrição se dá pela seleção de bens jurídicos que merecem sua tutela e das lesões significativas à repressão penal. Para tutelar um bem e protegê-lo de certos perigos, a norma proíbe alguns comportamentos. Portanto, quando se faz referência às consequências da norma, deve-se considerar as condutas proibidas (redução da liberdade das pessoas) e os bens tutelados (interesses que merecem proteção penal). O grande desafio da doutrina e da jurisprudência é conciliar os meios de proteção a bens jurídicos e a máxima liberdade da população subordinada do ordenamento legal.

Difícil é encontrar um consenso para elaborar as normas, uma vez que estas recaem sobre todas as pessoas, indistintamente. Há certos comportamentos que, de fato, não encontram discordância quanto à sua proibição. A maioria das pessoas aceita que algumas regras devem ser impostas, que alguns comportamentos devem ser evitados, que certas condutas poderiam ocorrer com mais frequência ou que algumas coisas não poderiam acontecer no mundo.¹³ Por exemplo, o homicídio é reprovado por quase todas as pessoas ao mesmo tempo em que se exige a honestidade dos administradores públicos.

Nesse sentido, pode-se questionar: qual o bem a ser protegido pelo direito penal? Aglomerando todos os interesses mercedores de tutela penal numa única utilidade a ser buscada, afirma-se que a autonomia individual é o fim da norma penal. O legislador deve buscar a paz social, impedindo lesões a bens jurídicos, proibindo condutas, mas sem abusar na redução da liberdade das pessoas ou, resumidamente, proteger os bens relevantes interferindo minimamente na vida privada. Por isso é fundamental analisar as normas penais racionalmente, sem confundi-las com questões meramente morais.

¹³ MOORE, G. E. *Ethics*. Londres (Inglaterra): Oxford University Press. 1912. p. 07.

4. CONCEITO DE UTILITARISMO

O utilitarismo é uma teoria ética desenvolvida, em sua versão clássica, por Jeremy Bentham, James Mill e John Stuart Mill, que responde a todas as questões sobre o que fazer, o que admirar ou como viver em termos de maximizar a utilidade ou a felicidade.¹⁴ Os utilitaristas adotam o princípio da utilidade, segundo o qual o prazer e a ausência de dor são, de fato, desejados por todos os seres humanos e cada pessoa busca seu próprio prazer. É a doutrina que afirma que alguém deve fazer aquilo que traz a máxima felicidade ao maior número de pessoas ou à comunidade como um todo.¹⁵

A doutrina utilitarista repercute na vida prática, não ficando restrita às ideias abstratas. Na observação de Rachels,

[...] os filósofos adoram imaginar que suas ideias podem transformar a sociedade, mas isso é uma esperança em vão. Os filósofos escrevem livros para poucos lerem, enquanto o resto do mundo não é afetado. No entanto, uma teoria filosófica pode profundamente alterar a forma como as pessoas pensam. [...] É o caso do utilitarismo.¹⁶

São enunciados da doutrina utilitarista: (1) alguém deve agir de forma a promover a máxima felicidade (ou prazer) ao maior número de pessoas, (2) o prazer é o único bem intrínseco e a dor é o único mal intrínseco, (3) um ato é moralmente certo (a) se trazer o maior saldo de benefício sobre prejuízo que qualquer outra ação não poderia conseguir, ou (b) se produzir o maior benefício ou o menor prejuízo ao mundo, em relação a outras condutas, nas mesmas circunstâncias, (4) em geral, o valor moral de uma ação é medido de acordo com o benefício ou o prejuízo de suas consequências.¹⁷

Quando alguém precisar escolher entre duas ações, e uma provocar mais prazer do que a outra, sempre será sua obrigação escolher a primeira; dentro de um universo, aquela parte que proporciona mais prazer sempre será a melhor.¹⁸ A maior utilidade de uma ação é aquela que promove o maior prazer e, portanto, deve prevalecer sobre o menor prazer. Em

¹⁴ BLACKBURN, Simon. *Oxford Dictionary of Philosophy*. Nova Iorque (EUA): Oxford University Press. 2008. p. 375.

¹⁵ ANGELES, Peter A. *The Harper Collins Dictionary of Philosophy*. Nova Iorque (EUA): HarperCollins. 1992. p. 326.

¹⁶ RACHELS, James. *The elements os moral philosophy*. Nova Iorque (EUA): Random House. 1986. p. 79.

¹⁷ *Ibid.* pp. 326-327.

¹⁸ MOORE, G. E. op. cit. p. 39.

poucas palavras, o utilitarista olha para o futuro,¹⁹ procurando as melhores consequências do seu ato (consequencialismo).

Existe uma relação de utilidade entre a boa finalidade e uma conduta correta. Os utilitaristas afirmam que o maior prazer é a utilidade que define um comportamento como correto. Utilidade é o termo comumente usado para se referir aos efeitos de um ato na medida em que está relacionado direta ou indiretamente aos bens intrínsecos produzidos por este.²⁰ Apesar da aparente vagueza dos conceitos, a doutrina utilitarista oferece condições de estudar a norma penal por meio da relação de utilidade que se deve buscar entre a restrição de liberdade das pessoas e o eventual bem produzido.

5. PRINCÍPIO DA UTILIDADE

Valendo-se das classificações das teorias éticas propostas por Diego Farrell, pode-se afirmar que o utilitarismo é uma teoria que se coloca antes do resultado, ou seja, parte-se da teoria para o fato, e não o contrário. Uma premissa utilitarista é capaz de modificar as instituições contrárias e ela, no entanto, as instituições não alteram as premissas. Se alguém entende que matar alguém é válido para salvar a vida de outras pessoas é porque aceita antecipadamente que o mais importante é a maior utilidade de um comportamento. Parte-se, pois, do princípio da melhor utilidade para comportar-se conforme o que se julga mais útil.²¹

O utilitarismo, em sua versão clássica, apresenta-se como monista, pois o único valor postulado é a felicidade. Entretanto, versões mais avançadas do utilitarismo mostram-se pluralistas, uma vez que não apenas a felicidade é importante como também a forma como é alcançada e sua distribuição.²² No que tange o direito penal, a proteção de bens

¹⁹ BRANDT, Richard B. The utilitarian theory of criminal punishment. In: ARTHUR, John (coord.) *Morality and moral controversies: Readings In Moral, Social, And Political Philosophy*. New Jersey (EUA): Prentice Hall. 1981. p. 415.

²⁰ BIERMAN, A. K. *Life and morals, an introduction to ethics*. Nova Iorque (EUA): Harcourt Brace Jovanovich. 1980. p. 397.

²¹ DIEGO FARRELL, Martín. *Privacidad, autonomia y tolerancia*. Buenos Aires (Argentina): Hammurabi. 2000. pp. 24-25.

²² *Ibid.* p. 29.

jurídicos deve ser a utilidade da norma, não obstante esta não possa ser arbitrária, pois há parâmetros para definir os bens protegidos.

Por fim, o utilitarismo carrega consigo o princípio da utilidade, esta que pode ser enunciada como a felicidade individual, a felicidade coletiva, a autonomia ou a perfeição do indivíduo.²³ A utilidade da norma penal não pode ser a felicidade individual porque esta é subjetiva: cada um sabe o que é melhor a si próprio. A felicidade coletiva como fim último da norma eleva o risco de imposição de valores que podem servir para uns e ser rejeitados por outros. Também a perfeição do indivíduo ignora a capacidade humana de escolher seu próprio caminho de vida. Por conseguinte, a autonomia é o valor a ser preservado pela norma penal, é a sua utilidade, pois o sujeito autônomo pode seguir o caminho que julgar melhor a si mesmo.

O princípio da utilidade é a base do utilitarismo. O utilitarista, em princípio, aprecia a moral como algo corpóreo, palpável, próximo da pessoa. Quer dizer, a moral não pode mais ser compreendida com todas as referências a Deus ou um conjunto de regras escritas no paraíso, mas sim considerando a felicidade neste mundo, e nada mais.²⁴ Assim, afirma-se que o utilitarismo possui uma característica mais pragmática que outras correntes da filosofia moral.

A projeção utilitarista para o futuro considera a pessoa enquanto ser na Terra, merecedor da máxima felicidade. O próprio Mill sintetiza o princípio: as ações são corretas na proporção em que tendem a promover a felicidade; são erradas na medida em que tendem a produzir o inverso da felicidade.²⁵ A utilidade de um comportamento é medida pelo prazer que ele proporciona. A variação do princípio encontra-se na quantidade e na qualidade do prazer que se busca. Quando o objeto da utilidade é o resultado da imposição de uma norma penal, o que se quer é sua melhor utilização na busca do bem estar social. Dentre todas as formas de resolução de um conflito social, o direito penal apresenta-se como a mais rigorosa e, por isso, sua utilidade deve compensar os desgastes

²³ Ibid. p. 31.

²⁴ RACHELS, James. op. cit. p. 81.

²⁵ MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. Indianapolis (EUA): Hackett Publishing Company. 2001. p. 07.

provocados. Se houver outros meios menos gravosos para resolver um problema, o direito penal deve ser descartado porque sua utilidade não será a melhor.

6. UTILITARISMO CLÁSSICO

A doutrina aponta Bentham e Stuart Mill como os precursores do utilitarismo clássico que, a partir de suas obras, influenciaram os demais utilitaristas. Estes autores estavam preocupados com uma reforma legal e social, afirmando-se, inclusive, que “se alguma coisa pode ser identificada como motivo fundamental por trás do desenvolvimento do utilitarismo clássico era o desejo de ver mudanças nas práticas sociais e nas leis inúteis e corruptas”.²⁶

O utilitarismo clássico é fortemente marcado por um viés consequencialista, doutrina segundo a qual um ato é correto conforme suas consequências. Não importam as circunstâncias desse ato ou sua natureza, nem o que acontece antes dele.²⁷ A forma de pensar e desenvolver determinada ideia ganha importância de acordo com o que se atinge em momento posterior.²⁸ O utilitarismo é a espécie mais influente de consequencialismo, “uma espécie tão influente que por vezes se confunde com o próprio gênero”.²⁹

Visto que o consequencialismo fundamenta um ato nas suas consequências, pode-se afirmar que este faz oposição à ética deontológica. Para a deontologia, o que faz uma escolha ser correta é sua conformidade a uma norma moral. As normas morais devem ser obedecidas apenas por existirem. O correto deve prevalecer sobre o bem, portanto, se uma conduta não está de acordo com o correto, não pode ser praticada, seja qual for o resultado

²⁶ DRIVER, Julia. The History of Utilitarianism. In: Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/utilitarianism-history/>>. Acesso em: 10 jun. 2009.

²⁷ SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. *Consequentialism*. In: Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/consequentialism/>>. Acesso em: 04 ago. 2009. _____. An Argument for Consequentialism. *Philosophical Perspectives*, Oxford (Inglaterra), vol. 6, Caderno *Ethics*, pp. 400 e ss.

²⁸ BRONCANO RODRÍGUEZ, Fernando. Epistemología social y consenso en la ciência. *Revista Hispanoamericana de Filosofía*, Cidade do México (México), vol. 31, ago. 1991. p. 27.

²⁹ GALVÃO, Pedro. *A teoria utilitarista de J.S. Mill: uma caracterização*. Disponível em: <http://www.spfil.pt/trolei/tr01_galvao1.htm>. Acesso em: 04 ago. 2009; RIVERA LOPEZ, Eduardo. De la racionalidad a la razónabilidad: ¿Es posible una fundamentación epistemológica de una moral “política”? *Revista Hispanoamericana de Filosofía*, Cidade do México (México), vol. 29, n.º 86, ago. 1997. p. 70.

que deixaria de produzir.³⁰ Para a deontologia, portanto, certos atos são corretos ou incorretos em si mesmos. Por exemplo, quebrar uma promessa é um comportamento errado em si mesmo, independentemente de suas consequências. Para o consequencialista, a quebra de uma promessa pode ser correta ou errada, dependendo do estado de bem estar que possa promover.³¹ Quando alguém mentir para salvar a vida de outrem, sua conduta será reprovada pelo deontologistas e, por outro lado, aprovada pelos consequencialistas. A principal diferença entre o deontologismo e o consequencialismo, de forma sumária, é a seguinte: para os deontologistas, uma conduta é errada se viola uma regra, enquanto para os consequencialistas a conduta errada é aquela que não atinge o máximo de sua consequência.³²

É permitido, assim, compreender a ética deontologista na ponderação de bens jurídicos. Para determinar se há bens jurídicos mais importantes que outros, e se há aqueles indisponíveis, é necessário aplicar critérios que permitam valorar um interesse por si só, sem interferências consequencialistas. Afirmer que a vida humana é bem indisponível somente é possível pela ótica da deontologia, uma vez que o consequencialista permite a eliminação da vida em situações nas quais o bem a ser alcançado a justifique. A filosofia utilitarista, portanto, rechaça o deontologismo, pois é um método dirigido a se alcançar um resultado pretendido com fundamento no saldo final de um comportamento. Afirma-se, assim, que o utilitarismo possui fundamento teleológico.³³

6.1. Jeremy Bentham

Considerado o pai do utilitarismo, com forte influência da filosofia de David Hume, Jeremy Bentham construiu seu pensamento baseando-se em quatro subprincípios: (1) consequencialismo: a qualidade moral de um comportamento deve ser avaliada de acordo com suas consequências; (2) hedonismo: a boa consequência é aquela que traz maior prazer,

³⁰ ALEXANDER, Larry, MOORE, Michael. *Deontological Ethics*. In: Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em <<http://plato.stanford.edu/entries/ethics-deontological>>. Acesso em: 06 ago. 2009.

³¹ CRISP, Roger. Deontological ethics. In: HONDERICH, Ted (org.) *The Oxford guide to philosophy*. Oxford (Inglaterra): Oxford University Press. 2005. p. 200.

³² HOWARD-SNYDER, Frances. The Heart of Consequentialism. *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, Holanda, vol. 76, n.º 01, out. 1994. p. 110.

³³ OMAR SELEME, Hugo. ¿Puede el utilitarismo ser deontológico? Una respuesta a Kymlicka. *Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía*, Cidade do México (México), vol. 36, n.º 107, ago. 2004. pp. 62 e ss.

a má consequência é a que proporciona dor e sofrimento; (3) agregacionismo: na avaliação de uma conduta, devemos somar as porções de felicidade e infelicidade para retirar o saldo final; (4) maximacionismo: devemos optar por aquele comportamento que trouxer o maior saldo de felicidade para o maior número de pessoas afetadas por nossas opções.³⁴

A utilidade para Bentham é a propriedade de qualquer objeto segundo a qual este tende a produzir benefícios, vantagens, prazer, felicidade, ou prevenir o acontecimento de dor, sofrimento, insatisfação, infelicidade. Alguma coisa é correta dependendo de sua utilidade, que é medida pelas consequências que uma ação tende a produzir. Para Bentham, a legislação deve preservar ao máximo a liberdade das pessoas, pois esta é essencial para se buscar a felicidade. As intervenções na liberdade se fazem necessárias quando a segurança da pessoa está ameaçada, diminuindo sua felicidade. Assim, a segurança, como meio de promover a maior felicidade, deve ser o objeto da lei.³⁵ O autor entendia, portanto, que é possível restringir a liberdade de alguém para maximizar sua felicidade. Em termos de direito penal, Bentham deu grande contribuição à teoria da pena. O princípio da máxima utilidade impede punições arbitrárias. Ninguém pode ser punido por uma conduta se esta não for lesiva a alguém. No mais, a punição deve ser severa o suficiente para se sobrepor aos ganhos do crime e demonstrar a certeza da punição. Defendia a punição com dupla finalidade: punir aquele que praticou a infração e prevenir que outros sejam infratores (funções retrospectiva e prospectiva).³⁶

6.2. John Stuart Mill

Talvez Mill seja o mais influente dos utilitaristas. Suas obras mais importantes são *On Liberty* e *Utilitarianism*. Pode-se dizer que um dos grandes méritos do autor foi a forma como dirigiu-se ao público não especializado, munido de engenhoso talento filosófico, literário e retórico.³⁷ Sua argumentação teve reflexos não apenas na filosofia, mas também

³⁴ CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. op. cit. p. 75.

³⁵ CRIMMINS, James E. Contending Interpretations of Bentham's Utilitarianism. *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, vol. 29, n.º 04, dez. 1996. p. 754.

³⁶ BRANDT, Richard B. op. cit. pp. 80-81.

³⁷ GALVÃO, Pedro. op. cit. [s.p.].

no direito, na política, na bioética e outros campos do conhecimento. Enfim, é de se admirar sua honestidade intelectual e seu domínio sobre a investigação do conhecimento humano.³⁸

Ponto marcante de sua teoria é o consequencialismo. Para Mill, as ações devem ser consideradas de acordo com suas consequências. O homem deve agir de forma a maximizar o prazer. Por ser diferente dos outros animais, o ser humano tem faculdades mais elevadas e capacidade de raciocinar, considerando para sua felicidade nada mais do que uma gratificação. O conceito de prazer para os animais não satisfaz o conceito humano de felicidade. A consciência leva o homem, assim, a buscar o prazer em seu comportamento.³⁹ Ao argumentar que a consequência que se busca numa conduta é a felicidade, Mill especifica que esta implica prazer e ausência de sofrimento e, *a contrario sensu*, infelicidade é o sofrimento e a privação de prazer.⁴⁰ Na visão do autor, felicidade e prazer são conceitos intrínsecos, fortemente ligados e, em muitas partes de sua obra, parecem se confundir numa mesma coisa.

Segundo Mill, a busca pelo prazer não era um mero hedonismo vulgar, diferenciando os prazeres em qualidade, não apenas em intensidade e duração, o que o afasta de Bentham, para quem “todos os prazeres possuem igual valor” e são equivalentes na intensidade e na duração.⁴¹ Mill indica que, quando houver dois prazeres, deve-se optar por aquele que se entende melhor por todos ou pela maioria das pessoas que os provaram e os experimentaram livres de qualquer imposição moral.⁴² O valor de uma experiência aprazível não depende apenas de sua duração e intensidade, mas também da sua qualidade.⁴³ Não há uma quantidade suficiente de prazeres menores que possa superar um prazer maior.⁴⁴

³⁸ SPARKS, Jared, EVERETT, Edward, LOWELL, James Russell. *The North American Review*, Boston (EUA), vol. 97, n.º 200, jul. 1863. p. 273.

³⁹ MILL, John Stuart. *Op. cit.* p. 08.

⁴⁰ *Ibid.* p. 07.

⁴¹ CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. *op. cit.* p. 81 e 84.

⁴² MILL, John Stuart. *Op. cit.* p. 08.

⁴³ BRINK, David O. *op. cit.* pp. 70 e ss.; GALVÃO, Pedro. *op. cit.* [s.p.].

⁴⁴ MILL, John Stuart. *Op.cit.* p. 17.

Enquanto ser racional, o homem possui as condições de agir com liberdade. Em princípio, cada um pode pensar e agir como bem quiser e o Estado não pode interferir em suas escolhas, exceto quando alguma proteção aos mais fracos se fizer necessária.⁴⁵ Seu discurso coloca a liberdade em primeiro plano, permitindo ao sujeito determinar seu próprio rumo na maximização da felicidade, desde que terceiros não sejam prejudicados, nem que o próprio se prejudique de forma inconsciente. A individualidade humana deve ser priorizada desde que a liberdade dos demais também o seja. Desse modo, as leis podem impedir que alguém abuse de sua liberdade para molestar outrem.⁴⁶

Reconhecem-se duas dimensões da liberdade. Existem a liberdade positiva e a liberdade negativa. Por liberdade positiva compreende-se a área na qual o indivíduo é auto-determinado. O sujeito é livre positivamente quando tem controle sobre sua vida ou impõe regras próprias em seu comportamento. Dworkin diz que a liberdade positiva é algo muito semelhante à autonomia. A liberdade negativa, por sua vez, é a ausência de interferência de terceiros. Uma pessoa é livre no sentido negativo quando ninguém o impede de fazer algo por meio de coerção ou qualquer outra maneira que torne a atividade impossível de ser realizada.⁴⁷ A liberdade plena deve ser alcançada tanto no sentido positivo quanto no negativo.

Mill defende a proteção da liberdade quando o sujeito tiver condições de usá-la. A ausência de capacidade suficiente para entender o que é bom ou ruim permite ao Estado intervir em suas escolhas. Há, portanto, exceções em que a autoridade estatal se faz legítima, especialmente em relação a crianças e adultos com problemas mentais. O bem estar que se pode atingir com a liberdade, nestes casos, só pode ser alcançado com a interpelação por meio de normas de conduta.⁴⁸ Por exemplo, o art. 173 do Código Penal, que prevê o crime de abuso de incapazes, norma que impede a livre atividade de pessoas com algumas restrições mentais em razão das quais podem sofrer prejuízos.

⁴⁵ MILL, John Stuart. *On liberty*. p. 59.

⁴⁶ *Ibid.* pp. 119-120.

⁴⁷ DWORKIN, Gerald. *Positive and negative freedom*. In: AUDI, Robert (org.) *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. Cambridge (Inglaterra): Cambridge University Press. 2006. p. 723.

⁴⁸ MILL, John Stuart. *On liberty*. p. 132.

O autor traça uma relação entre individualidade e sociedade, que pode ser resumida em quatro preceitos: (1) cada um tem o direito de desenvolver o seu próprio “plano de vida”; (2) ninguém pode interferir nos direitos legais dos demais; (3) o sujeito pode optar por prejudicar o direito de outros; (4) ao escolher provocar um dano a terceiro, caberá a punição apropriada.⁴⁹ Enfim, o homem é livre inclusive para optar por agir contrariamente à lei e ser punido por isso. Por essa razão, apenas o ser consciente pode ser punido, pois deve haver capacidade de interpretar a norma, compreender a lesividade da conduta e entender a punição proveniente da infração.

7. VARIAÇÕES DO UTILITARISMO

Dentre as variações mais atuais, encontra-se o utilitarismo de regras (*rule utilitarianism*), que, em vez de observar as consequências de um ato particular ou de um conjunto de atos, determina se um ato é correto por um método diverso. Primeiramente, encontra-se a melhor regra de conduta. Isso é feito verificando o valor das consequências de se seguir uma regra particular. A regra que trazer os melhores resultados para a coletividade é a mais indicada. Parte-se, assim, dos efeitos provocados quando as pessoas em geral seguem uma regra particular.⁵⁰ Se essa regra trazer os melhores benefícios, não apenas ao indivíduo, mas a todos, deve ser adotada. Aquele preceito individual, quando é benéfico à coletividade, deve ser o guia para uma ação determinada. Consideram-se, assim, os atos no plano abstrato da norma (dever-ser).

A evolução do utilitarismo de regras alterou significativamente o princípio da utilidade, que passou a sobrepor-se ao utilitarismo simples: a promoção da felicidade deve estar no regramento da sociedade e não em condutas individuais. A utilidade que se quer será julgada como certa ou errada de acordo com a norma a ser obedecida. O foco do correto sai do plano individual e migra para o coletivo. Há uma restrição na escolha do

⁴⁹ SIMÕES, Mauro Cardoso. *John Stuart Mill e a liberdade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2008. p. 25.

⁵⁰ BIERMAN, A. K. op. cit. p. 297.

sujeito, pois a utilidade de seu comportamento interessa não apenas a si mesmo, mas também a todas as pessoas (ou, pelo menos, ao maior número delas).⁵¹

O utilitarismo de regras impõe prescrições de comportamento que atraem maior utilidade ao meio social de quem as obedece. Vejamos o seguinte caso. Duas regras sobre mentir: (a) ninguém poderá mentir, em hipótese alguma; (2) ninguém poderá mentir, exceto para salvar um inocente. Os efeitos de seguir a segunda regra podem ser mais benéficos que os da primeira, mesmo que, em casos particulares, a primeira regra possa ser melhor.⁵²

Ao direito penal interessa o utilitarismo de regras. As normas penais são expressas por meio de leis e estas são regras que incidem sobre o comportamento de todas as pessoas. A maximização da utilidade da norma penal é atingida por sua universalização,⁵³ através da qual as regras sociais de bem estar resultam do comportamento do maior número possível de pessoas, indeterminadamente. Por isso, a utilidade da norma deve emergir do bem que se deseja alcançar à coletividade. E essa utilidade deve ser buscada com a menor restrição possível da liberdade das pessoas.

8. UTILITARISMO E DIREITO PENAL

O Estado é ente soberano que impõe regras por meio das leis e, assim, procura determinar um padrão de comportamento. Um dos grandes conflitos do direito é obrigar pessoas completamente diferentes a comportamentos semelhantes. Por exemplo, uma pessoa é mais calma e tolerante que outra, no entanto, ambas estão proibidas de praticar crimes; por outro lado, a lei não pode obrigar a pessoa mais nervosa a fazer tratamento para ser mais tolerante, pois seria uma invasão à sua privacidade.

Muito importante conciliar as normas penais com a utilidade que as mesmas podem trazer ao meio social. Entende-se que o utilitarismo de regras é perfeitamente aplicável ao direito penal desde que se tenha bem definida a utilidade que se deseja e os meios legítimos

⁵¹ FEINBERG, Joel. *The forms and limits of utilitarianism*. The Philosophical Review. The Philosophical Review. Pittisburgh (EUA), vol. 76, n.º 03, 1967. p. 373.

⁵² BIERMAN, A. K. op. cit. p. 298.

⁵³ HARE, R. M. *Freedom and reason*. London, Oxford (Inglaterra), New York (EUA): Oxford University Press. 1963. p. 118.

para alcançá-la. A utilidade deve estar estritamente ligada às finalidades e aos princípios do direito penal. O crime não pode ser punido por si mesmo, por sua essência, mas sim para alcançar uma utilidade: aumentar a expectativa na proteção dos interesses sociais.⁵⁴

Diante de tais afirmações, divide-se a relação entre utilitarismo e direito penal nos seguintes pontos: (a) maior utilidade na proteção a bens jurídicos relevantes e (b) maior utilidade como limite de interferência do Estado na vida particular da pessoa. A norma penal deve conciliar essas duas utilidades para ser justificada e legitimada. Como a lei penal limita o indivíduo em sua liberdade de agir, não se pode proibir mais do que seja necessário para que se alcance uma coexistência livre e pacífica.⁵⁵ Trata-se, na verdade, de uma leitura utilitarista de dois princípios do direito penal, respectivamente: lesividade e subsidiariedade.

A conjugação dessas duas utilidades é o núcleo do que se denominará “utilitarismo normativo-axiológico”. Em breves palavras, entende-se que o direito penal deve obedecer a critérios utilitaristas do melhor saldo na proteção de bens jurídicos e maior liberdade das pessoas, sem fixar-se em conceitos puramente moralistas. O utilitarismo deve ser *normativo*, porque implica elaboração e aplicação das normas, e *axiológico*, à medida que há valores a serem considerados. O balanço entre a norma e os valores deve ser o mais próximo possível da segurança jurídica na tutela de bens e a liberdade individual. O Estado proíbe, obriga ou permite um comportamento considerando que todas as pessoas, ou quase todas, devem obedecer a regras estabelecidas para que, de um jeito ou de outro, seja alcançada uma utilidade de bem estar social. As regras de comportamento são elaboradas por uma perspectiva de uniformização de comportamentos para atingir uma utilidade comum.⁵⁶

8.1. Proteção de bens jurídicos relevantes

Conforme se discute exhaustivamente pela doutrina, o direito penal deve se preocupar com bens jurídicos relevantes. Uma das utilidades do direito penal, portanto, é a

⁵⁴ BRANDT, Richard B. op. cit. p. 412.

⁵⁵ ROXIN, Claus. ROXIN, Claus. *Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais.* In: http://www.ielf.com.br/webs/ielfnova/cursos/pdf/lfg_que_comportamentos_roxin.pdf. p. 33.

⁵⁶ WARNOCK, G. J. *The object of morality*. Londres (Inglaterra): Methuen Young Books. 1971. p. 31.

proteção de bens jurídicos que não encontram outra forma eficiente de tutela no ordenamento. Assim, deve-se fazer um balanço daqueles interesses que o direito em geral deve proteger e, no fim, destacar os mais relevantes que não podem ser protegidos de outra maneira. É o que aqui se denomina “utilitarismo da melhor proteção”.

O direito penal deve ser a *melhor* proteção de um bem jurídico. E somente será a melhor proteção quando as outras formas não atingirem o objetivo. Além do direito penal, o mais repressivo, existem outros meios de controle social formal e informal. Na equação entre os benefícios de cada uma das possíveis proteções a um bem jurídico, o resultado final deve ser a maior eficácia do direito penal e a pouca ou nenhuma eficácia das demais formas de proteção. Um exemplo bem drástico é o homicídio. O tipo penal do homicídio possui maior eficácia de proteção à vida se comparado aos dispositivos do Código Civil que preveem a responsabilidade civil pela morte de alguém. Por outro lado, a sociedade conjugal é melhor protegida pelo direito civil, que permite a separação judicial em caso de traição, em vez do revogado crime de adultério.

O controle social formal é aquele exercido pelo conjunto de regras impostas pelo Estado. O exercício do controle social formal pertence às instituições oficiais, por meio das normas (Poder Judiciário, polícias, o sistema da justiça criminal, as prisões).⁵⁷ Por controle social informal compreende-se o conjunto de regras impostas por grupos não oficiais do Estado e que, de alguma maneira, impõem determinados comportamentos. Por exclusão, é permitido afirmar que as regras de conduta não estipuladas pelo Estado fazem parte do controle social informal. Os exemplos típicos são a família, a escola, as igrejas, as associações privadas etc. Regras, por conseguinte, podem ser estipuladas pelo Estado ou por outras instituições sempre à procura de uma utilidade consequente de seu cumprimento.

A utilidade de uma incriminação passa pela eficácia da tutela penal perante um conflito social. A interferência em comportamentos autolesivos por meio do direito penal apenas terá utilidade quando o bem a ser protegido apresentar grande relevância. Por ser o meio mais rigoroso de resolução de conflitos, os gastos do Estado e os custos para os cidadãos gerados por um procedimento criminal devem ser compensados pelo valor do bem

⁵⁷ TAVARES DOS SANTOS, José Vicente. *Violências e dilemas do controle social nas sociedades da “modernidade tardia”*. São Paulo Em Perspectiva: São Paulo, vol. 18, n.º 01. 2004. p. 06.

que se pretende proteger. E mesmo dentro do rol de interesses que merecem a tutela penal, é necessário que a gravidade da sanção seja proporcional à importância de cada um para as expectativas de bem estar social.⁵⁸

A utilidade da melhor proteção é o saldo positivo resultante do cálculo efetuado entre os custos provocados pelo direito penal e pelos demais ramos do direito ou pelos meios de controle social informal. O valor do bem a ser preservado deve compensar o custo final do procedimento: desde a movimentação da máquina do Estado para investigar o caso até o final do processo com a decisão transitada em julgado. Dentre os custos incluem-se não apenas as despesas, mas também o tempo e o desgaste decorrentes do tratamento criminal dado a um conflito. Se o Estado entender que o problema deve ser resolvido pelo controle formal, outros meios menos custosos estão disponíveis, como a reparação civil dos danos causados ou multas administrativas.

Devem ser considerados todos os meios não penais antes de recorrer ao direito penal. O direito possui outros ramos que também apresentam formas de resolução de conflitos. O direito administrativo e o direito civil são menos custosos, uma vez que a sanção cominada não priva o agente de sua liberdade nem o coloca na condição de acusado ou réu de um procedimento criminal. Em caso de aplicação da sanção, também não há consequências drásticas como os antecedentes e a reincidência que serão carregados por longo tempo. Tem-se aqui a utilidade da maior eficácia.

8.2. A maior liberdade aos cidadãos

Outro aspecto utilitarista do direito penal é a finalidade de se atingir a maior eficácia da tutela preservando a maior liberdade dos cidadãos. O direito penal restringe a liberdade de todos quando proíbe certas condutas e, por isso, num estado liberal, esse custo deve ser compensado. Assim, o cálculo a ser feito deve considerar a proteção do bem e a parcela de liberdade retirada dos destinatários da norma.

As normas penais, em regra, são proibitivas. A proibição está compreendida pela sanção cominada àquele que praticar o fato descrito como crime. Quanto maior o rol de

⁵⁸ BRANDT, Richard B. *op. cit.* p. 411.

tipos penais num ordenamento, menor a liberdade de agir das pessoas daquela sociedade. Se elevado for o número de condutas proibidas, elevado também será o desconforto do cidadão por saber que há grande chance de incorrer num crime e ser penalmente responsabilizado. Se o processo de criminalização não for racional, de acordo com as diretrizes para aumentar a utilidade da norma, o direito penal terá um valor meramente simbólico e sua legitimação encontrar-se-á em crise.⁵⁹

O saldo final da eficácia da norma e do seu nível de proibição deve ser a maior parcela de liberdade possível. Por conseguinte, a lei penal, por seu maior rigor, quanto mais utilizada pelo Estado, apresentará menor saldo. A reduzida liberdade dos cidadãos somente será justificada pela eficácia da tutela penal no caso aplicado. O raciocínio utilitarista, assim, considera a utilidade da proibição o maior grau de eficácia na proteção do bem jurídico. Se a eficácia da norma não superar o atentado à liberdade dos cidadãos, a proibição não terá utilidade e, assim, será ilegítima. É essa a utilidade da maior liberdade.

8.3. Utilitarismo normativo-axiológico

Dados os conceitos necessários, apresenta-se a proposta de um utilitarismo normativo-axiológico aplicável ao direito penal. Se sua função é proteger bens jurídicos relevantes preservando a maior liberdade possível das pessoas, sua utilidade depende do cálculo elaborado a partir de suas proibições e da eficácia obtida. Como não existe certeza sobre a real eficácia da lei, deve-se trabalhar com as probabilidades de que determinada proibição terá os efeitos desejados na defesa dos interesses pretendidos.⁶⁰

O utilitarismo normativo-axiológico é a busca por uma utilidade do direito penal com base na defesa dos interesses de terceiros, quando atacados sem o consentimento de seus titulares, e dos interesses próprios, quando estes prejudicarem o exercício da autonomia. O primeiro adjetivo – normativo – refere-se ao conjunto de normas de natureza penal, direcionadas às pessoas em geral, sem restrições. São regras de comportamento que

⁵⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. pp. 292 e ss.

⁶⁰ NERI CASTAÑEDA, Hector. *Acción abierta, utilidad y utilitarismo*. Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía, Cidade do México (México), vol. 03, n.º 9, set. 1969. p. 79.

têm o objetivo de evitar prejuízos aos interesses tutelados pelo direito penal. Todos devem, a rigor, agir conforme a norma para que a utilidade seja alcançada.

O segundo adjetivo – axiológico – está relacionado aos valores intrínsecos aos interesses protegidos. A valoração tem por referencial a garantia da autonomia de decidir por um comportamento que diga respeito a si mesmo ou aos demais. A autonomia emerge como valor maior que o direito penal deve proporcionar a todas as pessoas. Quando não houver a autonomia em determinado momento, o Estado deve intervir para preservar o bem jurídico em questão, assumindo uma postura que provavelmente seria a escolhida pela pessoa. Ausente a autonomia, o Estado supre a lacuna como se o sujeito tivesse consentido hipoteticamente para a proteção de seu interesse.

A utilidade de ordem axiológica parte do pressuposto de que a norma penal não pode exercer a proteção de qualquer bem jurídico. É necessário avaliar se a proteção pretendida atende à melhor preservação da autonomia de pessoa. Por isso deve-se agregar valor à intervenção de acordo com os princípios fundamentais do direito penal (principalmente subsidiariedade, lesividade e proporcionalidade). A imposição de comportamentos está calcada nas atitudes que não atinjam a autonomia de terceiros ou do próprio titular do bem. Como o valor daquilo que é bom passa pelo crivo interno da própria pessoa, o único valor que pode ser objetivamente assimilado pelo legislador é a autonomia. A ética normativa e a ética axiológica exercem funções distintas na filosofia. Nem sempre aquilo que *deve ser feito* confunde-se com aquilo que *é bom*. O direito penal deve assegurar a cada indivíduo o direito de avaliar sua própria vida e decidir o que seja melhor a si mesmo.⁶¹ Ao assegurar a autonomia individual, ao mesmo tempo em que o correto é dar o direito de decidir com base na avaliação subjetiva, o sujeito tem a deliberação de agir conforme sua vontade.

A discussão sobre quais bens devem ser tutelados é muito ampla e repleta de problemas. O que é o correto para uns pode não ser para outros, e isso impede a elaboração de um rol de bens jurídicos tutelados que agrade a todos. O interesse próprio de cada pessoa não é suficiente para proibir ou ordenar condutas justamente pela falta de coincidência

⁶¹ DIEGO FARRELL, Martín. op. cit. p. 141.

entre os interesses de todos os membros de uma sociedade.⁶² Por isso, defende-se a autonomia como interesse fundamental do direito penal, para que cada um escolha o melhor a si próprio e não seja importunado por questões meramente morais.

Cabe ao Estado buscar os meios menos gravosos de proteger os interesses individuais e apenas fazer uso do direito penal quando não houver outra solução. Se a interferência estatal for necessária, os outros instrumentos de proteção devem ter prioridade sobre a coerção. Caso medidas coercitivas sejam necessárias, estas não podem consistir em sanções. Por fim, se punições forem necessárias, as sanções do direito privado e do direito administrativo devem ter prioridade.⁶³

9. CONCLUSÃO

O utilitarismo é uma forma de pensamento e análise do fato que possui grande importância do direito penal. Mill foi um dos grandes pensadores a priorizar a utilidade do ato sobre seu valor. Se levarmos a fundo a ideia de Mill no direito penal, o bem jurídico perde seu valor na teoria do delito para dar lugar ao resultado pretendido pela proibição. Portanto, deve-se ter cautela na análise das consequências de uma proibição para não fundamentar apenas na inibição sem considerar o que se quer tutelar.

As consequências de uma proibição penal, partindo de uma visão utilitarista, devem ter em conta duas vertentes: a melhor proteção ao bem jurídico e a menor restrição da liberdade. O conceito de bem jurídico, apesar da sua importância reduzida com o surgimento de novas formas criminosas, não pode ser descartado. Assim, seguindo a proposta de Mill, um bem jurídico deve estar diretamente ligado à preservação da autonomia da pessoa.

Portanto, a proibição criminal deve ser eficaz na proteção da autonomia individual, tutelando os interesses mais importantes para o desenvolvimento humano. Ao mesmo tempo, as restrições à liberdade devem ser as menores possíveis, de preferência apenas quando não houver consentimento válido sobre lesão a interesse próprio (seja na autolesão,

⁶² GAUTHIER, David P. *Morality and rational self-interest*. New Jersey (Estados Unidos): Prentice Hall. 1970. pp. 03 e ss.

⁶³ JAREBORG, Nils. op. cit. p. 524.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Uma Leitura Utilitarista do Direito Penal Mínimo*, pp. 35-58

seja na lesão provocada por terceiro). A intervenção exacerbada do Estado, proibindo condutas e escolhendo o que é melhor ao indivíduo, contraria a preservação da autonomia proposta por Mill.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Larry, MOORE, Michael. *Deontological Ethics*. In: Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em <<http://plato.stanford.edu/entries/ethics-deontological>>. Acesso em: 06 ago. 2009.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997.

ANGELES, Peter A. *The Harper Collins Dictionary of Philosophy*. Nova Iorque (EUA): HarperCollins. 1992.

BIERMAN, A. K. *Life and morals, an introduction to ethics*. Nova Iorque (EUA): Harcourt Brace Jovanovich. 1980

BLACKBURN, Simon. *Oxford Dictionary of Philosophy*. Nova Iorque (EUA): Oxford University Press. 2008. p. 375.

BRANDT, Richard B. *The utilitarian theory of criminal punishment*. In: ARTHUR, John (coord.) *Morality and moral controversies: Readings In Moral, Social, And Political Philosophy*. New Jersey (EUA): Prentice Hall. 1981.

BRONCANO RODRÍGUEZ, Fernando. Epistemología social y consenso en la ciência. *Revista Hispanoamericana de Filosofía*, Cidade do México (México), vol. 31, ago. 1991.

CHAN, Joseph. *Philosophy and Public Affairs*, vol. 29, n.º 1, 2000.

CRIMMINS, James E. *Contending Interpretations of Bentham's Utilitarianism*. Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique, vol. 29, n.º 04, dez. 1996.

CRISP, Roger. Deontological ethics. In: HONDERICH, Ted (org.) *The Oxford guide to philosophy*. Oxford (Inglaterra): Oxford University Press. 2005. p. 200.

DIEGO FARRELL, Martín. *Privacidad, autonomia y tolerancia*. Buenos Aires (Argentina): Hammurabi. 2000

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Uma Leitura Utilitarista do Direito Penal Mínimo*, pp. 35-58

DRIVER, Julia. *The History of Utilitarianism*. In: Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/utilitarianism-history/>>. Acesso em: 10 jun. 2009.

DWORKIN, Gerald. *Paternalism: some second thoughts*. In: _____ (coord.) *The Theory and Practice of Autonomy*. Cambridge (Inglaterra), Nova Iorque (EUA): Cambridge. 1988. p. 122.

DWORKIN, Gerald. *Positive and negative freedom*. In: AUDI, Robert (org.) *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. Cambridge (Inglaterra): Cambridge University Press. 2006. p. 723.

DZUR, Albert W. *Liberal Perfectionism and Democratic Participation*. Polity, Staten Island (EUA), vol. 30, n.º 04, 1998

FEINBERG, Joel. *The forms and limits of utilitarianism*. *The Philosophical Review*. The Philosophical Review. Pittsburgh (EUA), vol. 76, n.º 03, 1967. p. 373.

GALVÃO, Pedro. *A teoria utilitarista de J.S. Mill: uma caracterização*. Disponível em: <http://www.spfil.pt/trolei/tr01_galvao1.htm>. Acesso em: 04 ago. 2009; RIVERA LOPEZ, Eduardo. De la racionalidad a la razónabilidad: ¿Es posible una fundamentación epistemológica de una moral “política”? *Revista Hispanoamericana de Filosofía*, Cidade do México (México), vol. 29, n.º 86, ago. 1997.

GAUTHIER, David P. *Morality and rational self-interest*. New Jersey (Estados Unidos): Prentice Hall. 1970. pp. 03 e ss.

GRECO, Luis, TORTIMA, Fernanda Lara (trad. e org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011

GOMES, Mariangela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

HARE, R. M. *Freedom and reason*. London, Oxford (Inglaterra), New York (EUA): Oxford University Press. 1963. p. 118.

HOWARD-SNYDER, Frances. The Heart of Consequentialism. *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, Holanda, vol. 76, n.º 01, out. 1994.

KUHL, Kristian. *Strafrecht*, allgemeiner Teil. Munique (Alemanha): Vahlen. 2005

MARKIE, Peter. *Rationalism*. In: Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/rationalism-empiricism/>>. Acesso em: 20 mar. 2010.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Uma Leitura Utilitarista do Direito Penal Mínimo*, pp. 35-58

MILL, John Stuart. *Utilitarianism*. Indianapolis (EUA): Hackett Publishing Company. 2001

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Montevideo: Editora B de F. 2ªed. 2003

MOORE, G. E. *Ethics*. Londres (Inglaterra): Oxford University Press. 1912.

NERI CASTAÑEDA, Hector. Acción abierta, utilidad y utilitarismo. *Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía*, Cidade do México (México), vol. 03, n.º 9, set. 1969. p. 79.

OMAR SELEME, Hugo. *¿Puede el utilitarismo ser deontológico? Una respuesta a Kymlicka*. *Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía*, Cidade do México (México), vol. 36, n.º 107, ago. 2004.

PLAMENATZ, John. *The English Utilitarians*. Nova Iorque (EUA): Macmillan, 1949.

RACHELS, James. *The elements os moral philosophy*. Nova Iorque (EUA): Random House. 1986.

ROXIN, Claus. ROXIN, Claus. “Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais.” In: http://www.ielf.com.br/webs/ielfnova/cursos/pdf/lfg_que_comportamentos_roxin.pdf.

SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. *Consequentialism*. In: Stanford Encyclopedia of Philosophy. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/consequentialism>>. Acesso em: 04 ago. 2009. _____. An Argument for Consequentialism. *Philosophical Perspectives*, Oxford (Inglaterra), vol. 6, Caderno *Ethics*,

SPARKS, Jared, EVERETT, Edward, LOWELL, James Russell. *The North American Review*, Boston (EUA), vol. 97, n.º 200, jul. 1863. p. 273.

SIMÕES, Mauro Cardoso. *John Stuart Mill e a liberdade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 2008. p. 25.

TAVARES DOS SANTOS, José Vicente. *Violências e dilemas do controle social nas sociedades da “modernidade tardia”*. São Paulo Em Perspectiva, São Paulo, vol. 18, n.º 01. 2004

WARNOCK, G. J. *The object of morality*. Londres (Inglaterra): Methuen Young Books. 1971.