

CRIMINALIZAÇÃO DO FUNK: CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS

FUNK CRIMINALIZATION: CRITICAL ANALYSIS

José Roberto Macri Jr.¹

Bianka Jaquetti Macri²

RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar a Sugestão Legislativa nº 17/2017, a qual propõe a criminalização do funk. A proposta será estudada sob duas perspectivas: (I) direito penal como instrumento de tutela de bens jurídicos; (II) *harmprinciple* como limite para intervenção penal. A escolha da primeira perspectiva foi feita porque a Sugestão faz menção à diversos bens jurídicos, sem, contudo, demonstrar como o funk criaria um risco aos mesmos. Quanto ao *harmprinciple*, a escolha foi feita por tal princípio ter se originado como ideal de proteção da liberdade e, contudo, nas últimas décadas, ter se convertido em instrumento de imposição da moralidade.

Palavras-chave: Criminalização – Bem jurídico – *Harmprinciple*

ABSTRACT

This paper aims to analyze the Legislative Suggestion n.17/2017, which propose the funk criminalization. The proposal will be studied on two perspectives: (I) criminal law as a tool for protection of legal goods; (II) harm principle as a limit to criminal law intervention. The choice of the first perspective was made because the Suggestion mentions several legal goods, although it does not demonstrate how the funk would create a risk for them. The choice for the harm principle approach was made because the principle was born as an ideal of protection of liberty and, however, in the past few decades, has become a tool for the moral imposition.

Keywords: Criminalization – Legal goods – Harm principle

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo. E-mail: macrijunior@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0312508391034960>. Email: macrijunior@hotmail.com

² Graduanda em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto. E-mail: biankajaquetti@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0414893846676961>. Email: biankajaquetti@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

A Ideia Legislativa nº 65.513, transformada na Sugestão Legislativa nº 17/2017 propõe a “criminalização do Funk como crime de saúde pública a criança aos adolescentes e a família”. Segundo a proposta, o funk é uma “falsa cultura”, cuja função é, por meio dos “pancadões”, promover “venda e consumo de álcool e drogas”, “orgia e exploração sexual”, “estupro e sexo grupal entre crianças e adolescentes”, “pornografia, pedofilia, arruaça, sequestro, roubo e etc.”³. O objetivo deste trabalho é analisar a adequação da proposta segundo duas teorias acerca dos limites da criminalização: (I) a tutela de bens jurídicos; (II) o princípio do dano (*harmprinciple*). Proceder-se-á com a exposição das mencionadas teorias para, ao final, analisar-se a adequação da proposta.

Em um primeiro momento, pretende-se discutir qual seria o bem jurídico tutelado pela proposta – a qual faz referência à saúde pública, à segurança de crianças e adolescentes e à família. Além da questão acerca da legitimidade da criminalização, a discussão acerca do bem jurídico tutelado é fundamental para a determinação de critérios interpretativos do tipo penal eventualmente criado.

Posteriormente, a proposta será discutida a partir da perspectiva do *harmprinciple*. Segundo este princípio, cujas origens estão precisamente no pensamento filosófico acerca dos limites da restrição da liberdade, a conduta de alguém somente pode ser restringida se causar algum dano a terceiro. Discutir-se-á, assim, qual seria (se é que há algum) o dano causado pelo funk.

Por fim, a proposta será estudada como uma forma de imposição de uma moralidade dominante por meio do direito penal. Esta abordagem é imprescindível, visto que, no texto da Ideia, consta a afirmação de que o funk é uma “falsa cultura”, a qual camufla objetivos criminosos e imorais, devendo, portanto, ser reprimida.

2. BEM JURÍDICO COMO LIMITE DE INTERVENÇÃO PENAL

Uma primeira parte da história da teoria moderna do direito penal, de Kant a Birnbaum, estabeleceu dois pontos decisivos sobre a limitação do poder punitivo estatal: (I) o

³ Ver texto da Ideia Legislativa, disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5299757&disposition=inline>> acesso em 30 jul.2017.

conceito de delito não deve ser meramente formal, sendo preciso determinar um dano social aos bens naturais ou aos criados pelo desenvolvimento social; (II) uma contravenção contra a moral ou a religião não é suficiente em si mesma para justificar a intervenção penal⁴.

Segundo Kant, o direito é liberdade, mas é liberdade limitada pela presença da liberdade dos outros. Logo, seria conforme ao direito “qualquer ação que permita a coexistência entre a liberdade de arbítrio e a liberdade nos termos de uma lei geral para afirmar que se devem evitar ações ilícitas, isto é, aquelas que limitem o espaço de atuação imprescindível ao livre desenvolvimento de uma pessoa moral”⁵. Por outro lado, o delito seria uma transgressão (intencional)⁶ dos limites da liberdade, uma invasão da esfera da liberdade alheia⁷.

Tal invasão delituosa, ainda segundo Kant, deveria ser punida na *exata medida* do mal causada à sociedade⁸. Afinal, a aplicação da pena com finalidade diversa da retributiva⁹ contrariaria a concepção do ser humano como fim em si mesmo: “o homem nunca deve ser tratado meramente como meio para os propósitos de um outro e confundido com as coisas do direito real, contra o que é protegido por sua personalidade inata, mesmo que possa ser condenado a perder sua personalidade civil”¹⁰. Por outro lado, Beccaria entende que o dano causado à sociedade deve ser o *critério para medir a pena*¹¹. Devendo a sanção, para não se converter em mera violência, “ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima dentre as possíveis, nas dadas circunstâncias ocorridas, proporcional ao delito e ditada pela lei”¹². Kant e Beccaria começam, a despeito das enormes diferenças teóricas entre ambos, a questionar o como e o por qual razão punir. Ambos concebem o dano social como critério para aplicação da sanção. Tem-se, *grosso modo*, a base do motivo pelo qual passou-se a

⁴ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: QuartierLatin, 2014, pp.98-99.

⁵ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Op.cit.*pp.90-91.

⁶ “Uma transgressão *desintencional*, mas imputável, chama-se mera *falta (culpa)*. Uma transgressão intencional (i.e., aquela acompanhada da consciência de que se trata de transgressão) se chama *delito (dolus)*”. KANT, Immanuel. *Princípios metafísicos da doutrina do direito*. Trad. Joãozinho Beckenkamp. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p.26.

⁷ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 4.ed. Trad. Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p.78.

⁸ KANT, Immanuel. *Op.cit.*p.150.

⁹ Figueiredo Dias critica a denominação “teoria retributiva”, pois as teorias retributivas não são, em verdade, teorias sobre os fins da pena. Afinal, defende-se exatamente o contrário: a pena seria uma “entidade independente de fins”. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal*. In: *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

¹⁰ KANT, Immanuel. *Op.cit.*pp.149-150.

¹¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, 40.

¹² BECCARIA, Cesare. *op.cit.*p.139.

considerar “tirania inaceitável, no âmbito do contrato social, a intervenção penal para o fim de impor meras formas de vida ou determinadas ideologias”¹³.

Birnbaum, por sua vez, entende que lesão se refere a um bem que é violado de alguma forma por terceiros. O conceito de “delito em geral” está diretamente ligado à lesão de direitos, independentemente de regulação por lei penal. Já as “contravenções de polícia”, normas utilizadas para a manutenção da religiosidade, da moralidade e dos bons costumes, apesar de também poderem ser reguladas por leis penais e, assim, intituladas “lesão de direitos”, em verdade, não o são. Para o autor, as “contravenções de polícia” apenas regulam situações em que nenhum direito subjetivo está propriamente vinculado, não caracterizando, assim, lesão de direito¹⁴.

Uma questão que ainda hoje se coloca é a preexistência do bem jurídico em relação à lei¹⁵. Segundo Karl Binding, toda norma traz em si um bem, cuja lesão constitui o núcleo oculto da desobediência ao direito. O delito consistiria, dessa forma, em uma infração ao dever de obediência do cidadão frente ao Estado. Assim, o conceito de bem jurídico surge com Binding, que lhe confere sentido formal, positivado¹⁶. Franz von Liszt, por sua vez, faz a distinção entre interesse e bem jurídico. Os primeiros seriam independentes da lei, surgindo da própria vida social. O bem jurídico seria o interesse juridicamente tutelado¹⁷. Von Liszt, portanto, discorda de Binding, entendendo que há interesses vitais preexistentes que, uma vez juridicamente protegidos, passam a constituir bens jurídicos. Em síntese, tem-se que tanto na perspectiva positivista formal de Binding, quanto na concepção naturalista de von Liszt, o conceito de bem jurídico depende da vontade estatal. O problema é que, sendo o Estado o criador do direito penal, o conceito de bem jurídico não teria assim capacidade de limitar o poder punitivo¹⁸.

Atualmente, compreende-se que a intervenção jurídico-penal deve ser limitada à função social do direito penal. Essa função “consiste em garantir a seus cidadãos uma

¹³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Op.cit.*p.91.

¹⁴ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Buenos Aires: B de F, 2010, *passim*.

¹⁵ Cf. a distinção entre conceito dogmático e conceito político criminal de bem jurídico em: GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.77-78.

¹⁶ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Op.cit.*p.100.

¹⁷ “É a vida, e não o direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico”. VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal alemão*. v.I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006, p.94.

¹⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Op.cit.*p.105.

existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando essas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos”¹⁹. Os objetos de regulação legítima das normas penais são os bens jurídicos. Logo, todo delito deve lesionar ou colocar em risco de lesão algum bem jurídico²⁰. Contudo, a “ofensividade compreende não só a lesão, mas também o perigo de lesão a bens jurídico-penais. A lesão (dano) e o perigo, enquanto resultados prejudiciais ao bem jurídico e proibidos pela norma penal, são, nesta medida, formas de ofensividade”²¹.

Claus Roxin, tentando estabelecer um conceito de bem jurídico com fundamento constitucional, defende algumas teses: (I) cominações penais arbitrárias não protegem bens jurídicos e são ilegítimas, pois não servem à capacidade funcional do sistema social fundado de um Estado liberal; (II) as finalidades ideológicas não podem ser tuteladas pelo direito penal; (III) as imoralidades não lesionam bens jurídicos, assim incriminá-las seria uma violação ilegítima da liberdade individual²².

A incriminação de condutas sem respectivo dano social comprovado constitui uma disciplina penal dirigista, a qual acaba por renunciar a alguns princípios básicos do direito penal, como a lesividade²³. E a banalização do princípio da lesividade enfraquece o conceito de bem jurídico, “favorecendo a proliferação de objetos fictícios de tutela, ao encontro da famigerada inflação penal”²⁴. A norma penal é, portanto, legítima se tutela um bem jurídico contra lesão ou risco de lesão²⁵.

¹⁹ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Organização e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 16 e 17.

²⁰ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3.ed. São Paulo: RT, 2011, p.49. Nesse sentido, a doutrina é quase uníssona, mas, vale ressaltar a observação de Greco. Referido autor reconhece que, em regra, o bem jurídico é condição necessária para incriminação; entretanto, tal regra admite exceções, *e.g.*, maus tratos aos animais. GRECO, Luís. *Op.cit.* p.92.

²¹ 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, pp.106 e 107, nota 245.

²² ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte general. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña *et al.* Madrid, Civitas, 1997, pp.56-57.

²³ PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002, p.155.

²⁴ PELARIN, Evandro. *Op.cit.* 157.

²⁵ “O Estado Brasileiro (...) adota o princípio da ofensividade como limite positivo para criminalização de condutas, sendo uma exigência constitucional para determinar a legitimidade do crime”. SATO, Catherine Ruriko. *Crimes de perigo abstrato e a questão da tentativa: limites da antecipação da tutela penal*. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo, 2012, p.34.

3. *HARMPRINCIPLE*:

3.1. Considerações iniciais

Wilhelm von Humboldt escreve seu ensaio “Os limites da ação do Estado” com o intuito de “descobrir para qual finalidade as instituições do Estado devem estar direcionadas e quais os limites que devem ser estabelecidos para suas atividades”²⁶. Segundo o autor, a eficácia do Estado está relacionada com a “maior liberdade para as energias humanas e uma mais rica diversidade de circunstâncias e situações”²⁷. Dessa forma, o ser humano estaria em condições de atingir a completude de sua alma²⁸.

O Estado tentaria atingir duas metas: garantir o bem-estar positivo (felicidade) e garantir o bem-estar negativo (segurança) de seus cidadãos. Metas estas que podem ser atingidas por meio de várias formas de intervenção estatal, com distintos graus de restrição de liberdade²⁹. Assim, questiona-se se deve o Estado tentar garantir o bem-estar positivo, ou deve restringir-se à garantia do bem-estar negativo. Afinal, restringindo-se a esfera de ações estatais, aumenta-se o âmbito de liberdades dos cidadãos³⁰. As instituições estatais, a propósito, podem produzir “uniformidade nacional e uma maneira contida e artificial de atuação”, enfraquecendo a vitalidade da nação³¹. Ou seja, as instituições estatais que buscam

²⁶ HUMBOLDT, Wilhelm von. *Os limites da ação do Estado*. Ideias para um ensaio a fim de determinar as fronteiras da eficácia do Estado. Trad. Jesualdo Correa. Rio de Janeiro: LibertyFund, 2004, p.131.

²⁷ HUMBOLDT, Wilhelm von. *Op.cit.*p.134.

²⁸ “A verdadeira finalidade do homem, ou aquela que se encontra prescrita pelos imperativos da razão eterna e imutável, e não sugerida por vagos e transitórios desejos, é a da formação a mais alta e harmoniosa possível de suas forças em direção a uma totalidade completa e consistente. A liberdade constitui a primeira e indispensável condição que um semelhante desenvolvimento pressupõe; no entanto, existe além disso uma outra condição essencial – intimamente conectada com a liberdade, é bem verdade –, uma variedade de situações”. HUMBOLDT, Wilhelm von. *Op.cit.*p.143.

²⁹ “Além disso, os vários meios adotados por um Estado afetam em graus bem diferentes a extensão de uma atividade. Ele pode se esforçar, por exemplo, por assegurar suas finalidades diretamente, seja por coerção, por indução de exemplos e extorsões; ele pode ainda combinar todas essas fontes de influência na tentativa de moldar a vida externa do cidadão e obstruir ações contrárias à sua intenção; por fim, ele pode tentar exercer uma influência sobre seus pensamentos e sentimentos, de modo a conduzir suas inclinações para que estejam em conformidade com seus desejos”. HUMBOLDT, Wilhelm von. *Op.cit.*p.154.

³⁰ HUMBOLDT, Wilhelm von. *Op.cit.*p.155.

³¹ HUMBOLDT, Wilhelm von. *Op.cit.*p.157. “À medida que cada cidadão se entrega à ajuda diligente do Estado, ele estará igualmente abandonando a esse último o destino de seus compatriotas. Isso enfraquece a simpatia e torna a assistência mútua inativa; ou, pelo menos, o intercâmbio recíproco de serviços e benefícios muito provavelmente florescerá de maneira a mais vívida, ali onde são mais agudos os sentimentos de que semelhante assistência é a única coisa da qual se deve depender, já que a experiência nos ensina que as classes oprimidas das comunidades, que são como que negligenciadas pelo governo, criam entre si os mais fortes laços”. HUMBOLDT, Wilhelm von. *Op.cit.*pp.160-161.

o bem-estar positivo acabam apresentando o efeito colateral nocivo de reprimir a individualidade³². Por isso, Humboldt declara que

*o Estado deve abster-se de todo esforço por interferência positiva no bem-estar dos cidadãos e não dar nenhum passo além do necessário para garantir-lhes a segurança mútua e a proteção contra inimigos externos, visto que nenhum outro objetivo deveria constituir motivo para a imposição de restrição à liberdade*³³.

Nesse ponto, coloca-se a questão de como garantir a segurança. Humboldt, em coerência com seu ideal de preservação da individualidade, estabelece algumas restrições para a persecução da segurança. Não são admitidas intervenções que visem a modelagem dos costumes e do caráter da nação³⁴. Além disso, o conceito de “segurança” deve ser bem delimitado, a fim de se evitar restrições e ampliações indevidas da ação estatal. Humboldt assim define:

Considero *seguros* os cidadãos de um Estado quando, vivendo juntos no pleno gozo de seus direitos de pessoa e de propriedade, encontram-se fora do alcance de qualquer perturbação externa que possa representar a usurpação por parte de outros. Por essa razão, chamarei de *segurança* – caso a expressão não pareça ser abrupta demais para ser inequívoca – *a certeza da liberdade legal*. Essa segurança, por sua vez, não é necessariamente perturbada por todas aquelas ações que impedem o homem no pleno exercício de seus poderes, e no pleno desfrute de tudo que pertence a ele, mas apenas por aqueles que o fazem ilegalmente. Esse sentido que atribuo à palavra e a definição que acabei de adotar para expressá-lo não foram por mim arbitrariamente escolhidos. Ambos decorrem como que de imediato de nossas conclusões prévias, e é apenas com esse sentido do termo segurança que o nosso raciocínio anterior pode ser empregado. É apenas na efetiva violação dos direitos que se deve utilizar a força além daquela de que o próprio indivíduo dispõe; apenas aquilo que detém tais violações proporciona um ganho puro para o autocultivo humano, embora qualquer outro esforço do Estado lance obstáculos em seu caminho. Por fim, apenas isso tem raízes no infalível princípio da necessidade, embora outros se apoiem nas precárias bases de uma utilidade plausivelmente ilusória³⁵.

Por fim, Humboldt afirma que as leis penais são um dos meios de garantir a segurança, mas, em face seu caráter repressivo e agressivo, devem ser tratadas como *ultimaratio*. O Estado, em sua luta contra a criminalidade, não deve desrespeitar a

³² “A solicitude de um Estado para com o positivo bem-estar de seus cidadãos será subsequentemente também nociva na medida em que tem que atuar sobre uma promíscua massa de individualidades, prejudicando-as pelo fato de exercer medidas que não podem ir ao encontro de casos individuais”. HUMBOLDT, Wilhelm von. *Op.cit.*p.170 (grifos no original).

³³ HUMBOLDT, Wilhelm von. *Op.cit.*p.180 (grifos no original).

³⁴ “[N]ão é permissível para a promoção desse objetivo [a segurança] que esteja concebido para atuar sobre os costumes e o caráter da nação, para desviá-la para ou de qualquer curso particular”. HUMBOLDT, Wilhelm von. *Op.cit.*p.259.

³⁵ HUMBOLDT, Wilhelm von. *Op.cit.*p.262 (grifos no original).

individualidade, não suprimindo, portanto, as oportunidades de cometimento dos delitos, mas, ao contrário, reduzindo circunstâncias que possam obrigar o cidadão a cometer crimes³⁶.

John Stuart Mill ao estudar a “natureza e os limites do poder que pode ser legitimamente exercido pela sociedade sobre o indivíduo”³⁷, constata que mesmo em regimes democráticos, nos quais o povo é o soberano, há espaço para opressão, uma vez que nesses regimes a “vontade do povo” nada mais é do que a vontade da maioria das pessoas. Logo, mesmo nesses regimes é necessário tomar precauções quanto ao exercício do poder, estabelecendo o limite entre exercício legítimo e “tirania social”³⁸.

Sendo importante moral e culturalmente a liberdade de opinião, é preciso que as pessoas possam viver de acordo com essas opiniões, isto é, comportar-se conforme seus valores. Dessa forma, a maioria do povo não pode impor um *modus vivendi*. Entretanto, certas condutas devem ser reprimidas, controladas socialmente³⁹. A criação de legislação penal é um dos atos de poder estatal mais intrusivos e repressivos. Nas modernas sociedades democráticas liberais há uma presunção de um “pré-arranjo” de regras de *fair play*, de modo que o Estado não possa proibir condutas a seu bel-prazer. A separação de poderes e a exigência de transparência governamental são exemplos de limitações ao Estado. No âmbito penal, a criminalização de condutas deve atender a certos princípios⁴⁰.

Mill entende que há um princípio a justificar a interferência e controle social. É um princípio segundo o qual a intervenção é fundamentada em uma autoproteção. “É o princípio de que o único fim em função do qual o poder pode ser corretamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é o de prevenir dano a outros”⁴¹. Mill estabelece, assim, o *harmprinciple*.

³⁶ “Cada esforço do Estado, por conseguinte, no sentido de evitar os crimes com a supressão de suas causas no criminoso, deve, de acordo com a diferença observada nesses casos, ser dirigida no sentido de modificar e corrigir a situação dos cidadãos que podem vir a obrigá-los a cometer os crimes; deve também procurar restringir as inclinações que normalmente conduzem à transgressão das leis ou que imprima maior força e eficácia aos argumentos da razão e à atuação dos sentimentos morais”. HUMBOLDT, Wilhelm von. *Op.cit.*p.313.

³⁷ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Trad. Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p.25.

³⁸ MILL, John Stuart. *Op.cit.* pp. 26-30.

³⁹ MILL, John Stuart. *Op.cit.* p.91.

⁴⁰ PERŠAK, Nina. *Criminalising harmful conduct*. The harm principle, its limits and continental counterparts. Springer: New York, 2007, p.1. JAREBORG, Nils. Criminalization as last resort (*ultima ratio*). *Ohio State Journal of Criminal Law*. v.2, 2005, *passim*.

⁴¹ MILL, John Stuart. *Op.cit.* p.35.

Percebe-se, portanto, que o *harmprinciple* surge como um legitimador da intervenção estatal de caráter liberal. Transpondo esse princípio para o âmbito jurídico-penal, o *harmprinciple* seria condição necessária, mas não suficiente de incriminação⁴².

3.2. “Colapso” do *harmprinciple*

A doutrina anglo-americana discute se o *harmprinciple* perdeu seu caráter liberal. Harcourt defende que por uma mudança de discurso dos conservadores – a proibição de uma conduta é necessária não por ser imoral, mas sim por ser danosa (*harmful*) – favoreceu o uso abusivo do *harmprinciple* tornando-o contrário aos preceitos liberais. Tal postura, segundo o autor, é apenas uma mudança da justificativa da necessidade de proibição, pois as condutas proibidas sob o argumento do *harmprinciple* são aquelas consideradas imorais pelos conservadores. Por exemplo: homossexualidade favorece a epidemia de AIDS; crianças criadas por casais homossexuais não conseguem desenvolver-se socialmente; a vadiagem cria uma atmosfera que favorece a criminalidade; pornografia e prostituição favorecem diversas manifestações de comportamentos agressivos em relação à mulher (*e.g.* estupros)⁴³. Muda-se o discurso de tutela da moralidade, expandindo-se o conceito de dano de tal forma que se possa “justificar” a imposição da moralidade por meio do direito penal.

Donald Dripps afirma que o *harmprinciple* é insuficiente e deficiente, não podendo definir os limites da intervenção estatal. Três características desse princípio têm sido responsáveis pelo seu uso indiscriminado. Primeiramente, avaguidade do conceito de *harm*. Em segundo lugar, o princípio nada diz sobre balanceamento entre riscos e benefícios. E, por fim, existe a possibilidade de se estabelecer cadeias longas e especulativas entre o agir e o possível (mesmo improvável) dano da conduta⁴⁴. Além disso, ainda segundo Dripps, muitas condutas tornam-se (mais) lesivas precisamente em decorrência da proibição⁴⁵. Douglas Husak defende tese semelhante ao afirmar que grande porcentagem das mortes registradas

⁴² HARCOURT, Bernard E. The collapse of the harm principle. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol.90, 1999, p.114.

⁴³ HARCOURT, Bernard E. *Op.cit. passim*.

⁴⁴ DRIPPS, Donald A. The liberal critique of the harm principle. *Criminal Justice Ethics*, v.17, 1998, pp.3-10.

⁴⁵ DRIPPS, Donald A. *Op.cit.* p.10

como decorrentes do uso de drogas são, na verdade, decorrentes da proibição do uso de drogas, pois, por exemplo, muitas das mortes são causadas por hepatite⁴⁶.

Dessa forma, as características do *harmprinciple* favoreceram seu uso abusivo, retirando-lhe o caráter liberal, deixando de garantir liberdades individuais para, ao contrário, limitá-las⁴⁷.

3.3. A imposição da moralidade pela via penal

Após verificar a existência de alguns delitos sexuais (*e.g.* a homossexualidade masculina) e a licitude de comportamentos semelhantes (*e.g.* a homossexualidade feminina), Devlin questiona: o poder legislativo seleciona estes delitos de maneira arbitrária ou identifica alguns princípios que determinam qual parte da moral deve formar o direito penal? Essa pergunta é relevante porque as leis arbitrárias e ilógicas perdem legitimidade quando passa o ápice de indignação moral que permitiu a criminalização⁴⁸⁻⁴⁹.

Devlin, portanto, tenta racionalizar a tutela penal da moralidade, propondo três questionamentos: (I) Deve existir uma moralidade pública, ou a moralidade deve restringir-se ao âmbito privado? (II) Supondo que exista uma moralidade pública, pode a sociedade usar o direito para impor sua moralidade? (III) Em caso afirmativo, o direito deve ser usado em quais casos?⁵⁰

Pode-se defender, segundo Devlin, a existência de uma moralidade pública por meio da própria noção de sociedade, a qual traz em si a ideia de comunhão de ideias, não só políticas, mas também de comportamentos. Com isso em vista, o autor trata da questão da religião. Afirma que, ao menos nas civilizações ocidentais, a moralidade deriva de princípios religiosos. Com o passar dos séculos, deixou-se de impor princípios religiosos, mas, materialmente, estes estavam preservados em princípios morais, definidores da sociedade e

⁴⁶ HUSAK, Douglas. *Overcriminalization*. The limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 2008, p.46, nota 227.

⁴⁷ “The harm principle is effectively collapsing under the weight of its own success”. HARCOURT, Bernard E. *Op.cit.* 113. Donald A. *Op.cit.* p.11. Emsentidocontrário, respondendo a Harcourt, Smith afirma “So even if such claims sometimes weaken or blunt the force of the harm principle, they do not negate it; nor do they call into question the principle's essentially liberal orientation”. SMITH, Steven D. Is the harm principle iliberal? *The American Journal of Jurisprudence*, v.51, 2006, p.2.

⁴⁸ DEVLIN, Patrick. *La imposición de la moral*. Trad. Miguel Ángel Ramiro et al. Madrid: Dykinson, 2010, pp.47-48. Os exemplos citados, evidentemente, referem-se à legislação do período em que o texto foi escrito.

⁴⁹ Sobre como a percepção social acerca de um problema influencia a criação de leis penais, ver: Díez RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. Teoria e prática. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2005, pp.21 e ss.

⁵⁰ DEVLIN, Patrick. *Op.cit.*p.55.

que, portanto, poderiam ser impostos⁵¹. Logo, a resposta da primeira questão é a de que existe uma moralidade pública. A resposta da segunda pergunta, assim, resta evidente. A sociedade pode usar o direito para preservar a moralidade, da mesma forma que o usa para tutelar qualquer outro elemento essencial para sua existência⁵²⁻⁵³. Quanto à terceira questão, Devlin entende que não podem ser fixados limites teóricos ao poder estatal de combater a imoralidade. A desintegração da sociedade, em geral, se dá por causas internas (*i.e.*, a ausência de uma moralidade comum), justificando o uso do direito, já que este é a ferramenta para proteção social⁵⁴.

O legislador deve determinar os juízos morais da sociedade por meio do critério do homem médio. Um assunto (uma conduta) é suscetível de ser objeto de um juízo coletivo apenas nos casos em que a sociedade se veja afetada. E não há intervenção estatal sem um juízo coletivo⁵⁵.

Em resumo, o direito é um instrumento de defesa social e, como tal, pode ser utilizado para tutelar elementos definidores (princípios morais) da sociedade. A decisão sobre usar ou não o direito com essa finalidade é uma questão política, sendo impossível estabelecer limites teóricos⁵⁶.

⁵¹ “Si quiere vivir en esta casa, tendrá que aceptarla en la forma en la que ha sido construida”. DEVLIN, Patrick. *Op.cit.*p.57. “Wrong (immoral) actions are not to be done, but that means that they are the appropriate targets of our criticism and our discouragement”. DWORKIN, Gerald. Devlin was right: Law and the enforcement of morality. *William and Mary Law Review*. v.40, 1999, p.943. Dworkin, posteriormente, afirma: “All I am claiming is that, because ‘wrongful’ implies ‘ought not to be done,’ the category of immoral acts establishes the same threshold for the legitimacy of state interference as does the category of harmful or offensive acts”. DWORKIN, Gerald. *Op.cit.*944. A tese de Dworkin é de que condutas imorais (wrong) formam uma diretriz de criminalização, exatamente da mesma forma que as condutas danosas ou ofensivas. Isto não quer dizer que qualquer conduta imoral (ou danosa, ou ofensiva) deva ser criminalizada. Assim, o autor afirma: “I encourage liberals who wish to argue against, for example, the criminalization of homosexual sex, to engage in the honest toil of arguing that the reason such conduct ought not be criminalized is that there is nothing immoral in it”. DWORKIN, Gerald. *Op.cit.*946.

⁵² DEVLIN, Patrick. *Op.cit.*pp.58-59.

⁵³ Rudolf Stammler entende, diferentemente de Devlin, ser a ordem jurídica preexistente o elemento pelo qual se pode formular um conceito de sociedade. STAMMLER, Rudolf. *La genesis del derecho*. Trad. Wenceslao Roces. Granada: Editorial Comares, 2006, p.72

⁵⁴ DEVLIN, Patrick. *Op.cit.*pp.60-61. Embora Devlin seja um expoente do *legal moralism*, percebe-se que seu discurso assemelha-se à ideia de tutela da moralidade como forma de prevenção de danos. Afinal, a sociedade deveria se defender de ataques contra seus elementos constitutivos, ou seja, princípios morais.

⁵⁵ “Existe, por ejemplo, una aversión general a la homosexualidad. En primer lugar, nos deberíamos plantear si, al examinar la homosexualidad con calma y objetividad, ésta se nos presenta como un vicio tan terrible que su mera presencia puede llegar a ofendernos. Si este es el auténtico sentir de la sociedad en la que vivimos, no alcanzo a ver cómo se le puede denegar a la misma el derecho a erradicarla”. DEVLIN, Patrick. *Op.cit.*p.65.

⁵⁶ Jhering, a propósito, critica Humboldt e Mill por acreditar ser impossível a formulação de um limite teórico e abstrato para o legislador. “Como tem feito até aqui, também no futuro a legislação calculará as restrições à liberdade pessoal não em conformidade com uma fórmula doutrinária abstrata, mas de acordo com a necessidade prática”. JHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*. Tomo I. Trad. Heder k. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002, p.362.

4. CONCLUSÃO: ANÁLISE CRÍTICA DA PROPOSTA

A Ideia Legislativa nº 65.513, transformada na Sugestão Legislativa nº 17/2017, como já mencionado, propõe a criminalização do funk. Segundo o texto da proposta, o funk é uma “falsa cultura” que coloca em risco a saúde pública, a criança, o adolescente e a família por meio do consumo de álcool e drogas, de orgias, sequestro, roubo etc.

Feita a exposição teórica nas seções anteriores, passa-se agora a análise da proposta sob a perspectiva da teoria do bem jurídico. Referida teoria teve nos últimos séculos o mérito de estabelecer pelo menos dois pontos: (I) não pode haver criminalização sem algum dano social relevante; (II) meras violações da moralidade dominante não podem ser criminalizadas. Assim, sob a perspectiva do direito penal como instrumento de tutela de bens jurídicos, caso não se encontre nenhum bem jurídico a ser tutelado ou dano a ser prevenido pela criminalização do funk, deve-se abandonar a proposta.

O texto da Ideia faz menção a uma série de “bens jurídicos” – a saúde pública, a criança, o adolescente e a família. Não demonstra, entretanto, como a criminalização do funk tutelaria referidos bens. A proposta, todavia, tenta, em alguma medida, justificar a criminalização afirmando que os “pancadões”, promovem a “venda e consumo de álcool e drogas”, “orgia e exploração sexual”, “estupro e sexo grupal entre crianças e adolescentes”, “pornografia, pedofilia, arruaça, sequestro, roubo e etc.” Dessa forma, de acordo com o texto, o funk promoveria várias condutas “reprováveis”, as quais podem ser divididas em duas categorias: (I) delitos (já tipificados, por definição), como o consumo de drogas, estupro, sequestro e roubo; e (II) não delitos, como as orgias, o consumo de álcool, a pornografia. Logo, a Ideia pode ser compreendida como (I) uma tentativa de “recriminalizar”⁵⁷ o que já está tipificado, e/ou como (II) uma tentativa de tornar crime uma série de condutas até então permitidas. Enquanto tentativa de “recriminalização”, a proposta deve ser abandonada, por ser inútil. Enquanto tentativa de novas criminalizações, deve-se procurar responder o porquê das criminalizações (quais bens jurídicos seriam tutelados). E, o mais importante de tudo: deve-se demonstrar como o funk, por si mesmo, coloca em risco ou lesiona bens jurídicos.

A proposta de criminalização, analisada sob a perspectiva do *harmprinciple*, carece de fundamentação teórica. Com efeito, o *harmprinciple* surge como ideal de proteção de liberdades, de garantia de diversidade de manifestações e impedimento para mera

⁵⁷ Cf. HUSAK, Douglas. *Op.cit.* p.36.

imposição de vontades (“tirania social”). Torna-se, assim, condição necessária, mas não suficiente para a criminalização de condutas.

Entretanto, a amplitude da ideia de dano permitiu uma distorção do princípio. Dessa forma, passa-se a afirmar que uma conduta meramente imoral traz em si um elemento de dano social relevante. Tal distorção, entendemos, encontra-se já no maior expoente do moralismo anglo-saxão. Devlin afirmava que a moralidade (com conteúdo religioso) constituía os pilares da sociedade, de modo que um ataque à moralidade causaria um *dano social*.

A proposta analisada é um claro exemplo de distorção do *harmprinciple*. Com efeito, além da ampliação da noção de dano, a proposta alonga uma espécie de cadeia causal para mostrar relação entre o funk e o dano social decorrente de outras condutas, não do funk.

A proposta, enfim, não passa de uma tentativa de imposição de um moralismo recheado de preconceitos sociais (e raciais). Com efeito, o funk é associado a uma determinada classe social (juventude negra e pobre) a qual, por sua vez, é associada ao crime⁵⁸. O funk, enfim, é associado a algo que parte (dominante) da sociedade gostaria de, para usar a expressão de Devlin, erradicar. As condutas associadas ao funk, mencionadas na proposta (consumo de álcool e drogas, orgias etc.) não passam de uma tentativa, inadequada dogmática e político-criminalmente, de racionalização de um preconceito social.

REFERÊNCIAS

- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: QuartierLatin, 2014.
- BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. Buenos Aires: B de F, 2010.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 4.ed. Trad. Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

⁵⁸RODRIGUES, Fernanda dos Santos. *O funk enquanto narrativa: uma crônica do cotidiano*. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal Fluminense, 2005, pp.99-100.

- 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.
- DEVLIN, Patrick. *La imposición de la moral*. Trad. Miguel Ángel Ramiro et al. Madrid: Dykinson, 2010.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal. In: *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. Teoria e prática. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2005.
- DRIPPS, Donald A. The liberal critique of the harm principle. *Criminal Justice Ethics*, v.17, 1998.
- DWORKIN, Gerald. Devlin was right: Law and the enforcement of morality. *William and Mary Law Review*. v.40, 1999.
- GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- HARCOURT, Bernard E. The collapse of the harm principle. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol.90, 1999.
- HUMBOLDT, Wilhelm von. *Os limites da ação do Estado*. Ideias para um ensaio a fim de determinar as fronteiras da eficácia do Estado. Trad. Jesualdo Correa. Rio de Janeiro: LibertyFund, 2004.
- HUSAK, Douglas. *Overcriminalization*. The limits of the criminal law. New York: Oxford University Press, 2008.
- JAREBORG, Nils. Criminalization as last resort (*ultima ratio*). *Ohio State Journal of Criminal Law*. v.2, 2005.
- JHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*. Tomo I. Trad. Heder k. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002.
- KANT, Immanuel. *Princípios metafísicos da doutrina do direito*. Trad. Joãozinho Beckenkamp. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.
- MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Trad. Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

PERŠAK, Nina. *Criminalising harmful conduct*. The harm principle, its limits and continental counterparts. Springer: New York, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3.ed. São Paulo: RT, 2011.

RODRIGUES, Fernanda dos Santos. *O funk enquanto narrativa: uma crônica do cotidiano*. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal Fluminense, 2005.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Organização e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Derecho Penal*. Parte general. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña *et al.* Madrid, Civitas, 1997.

SATO, Catherine Ruriko. *Crimes de perigo abstrato e a questão da tentativa: limites da antecipação da tutela penal*. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo, 2012.

SMITH, Steven D. Istheharmprinciple iliberal? *The American Journal of Jurisprudence*, v.51, 2006.

STAMMLER, Rudolf. *La genesis del derecho*. Trad. Wenceslao Roces. Granada: Editorial Comares, 2006.

VON LISZT, Franz. *Tratado de Direito Penal alemão*. v.I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006.

Submetido em 24.08.2017

Aprovado em 04.09.2017